

DIOGO DE ANDRADE FIGUEIREDO

**A Adequação da Teoria da Fonte na Economia Digital:
A Relevância do Mercado Consumidor na Determinação do Direito às
Bases Tributárias em Operações Transnacionais B2B**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Paulo Celso Bergstrom Bonilha

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

DIOGO DE ANDRADE FIGUEIREDO

A Adequação da Teoria da Fonte na Economia Digital:
A Relevância do Mercado Consumidor na Determinação do Direito às Bases
Tributárias em Operações Transnacionais B2B

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário (DEF), sob a orientação do Professor Doutor Paulo Celso Bergstrom Bonilha.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

de Andrade Figueiredo, Diogo

A Adequação da Teoria da Fonte na Economia Digital: A Relevância do Mercado Consumidor na Determinação do Direito às Bases Tributárias em Operações Transnacionais B2B ; Diogo de Andrade Figueiredo ; orientador Paulo Celso Bergstrom Bonilha -- São Paulo, 2020.

362

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Jurisdição Tributária. 2. Teoria da Fonte. 3. Economia Digitalizada. 4. Mercado Consumidor. 5. Acordos de Bitributação. I. Bergstrom Bonilha, Paulo Celso, orient. II. Título.

Nome: Diogo de Andrade Figueiredo

Título: A Adequação da Teoria da Fonte na Economia Digital: A Relevância do Mercado Consumidor na Determinação do Direito às Bases Tributárias em Operações Transnacionais B2B

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário (DEF), sob a orientação do Professor Doutor Paulo Celso Bergstrom Bonilha.

Aprovado em:

Prof.

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

Prof.

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

Prof.

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

Prof.

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

Prof.

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

*À minha esposa, Lia, pelo carinho e
companheirismo.*

Aos meus filhos, Antonio e Francisco.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família por todo apoio, compreensão e paciência nestes últimos 5 anos. Em especial, agradeço à minha esposa Lia Mara Fecci Figueiredo por tentar me ensinar a enxergar sempre o lado mais fácil das coisas, topar constituir uma família cheia de amor, sonhos e realizações, além de me proporcionar a maior felicidade da minha vida: meus filhos, Antonio Fecci Figueiredo e Francisco Fecci Figueiredo, que me ensinaram finalmente o que é o amor incondicional.

Agradeço aos meu pai José Marcos de Andrade Figueiredo, pelo exemplo de esforço e dedicação. À minha mãe, Maria Auxiliadora de Andrade Figueiredo, por me ensinar a conviver, sem olhar para atrás, mesmo diante das adversidades e surpresas proporcionadas pela vida. Por me ensinar que a única herança válida para os filhos são os valores, estudo e formação. Aos meus irmãos, Thiago de Andrade Figueiredo e Saulo de Andrade Figueiredo, pelos momentos de convivência e felicidades na infância.

Agradeço aos meu orientador, Professor Dr. Paulo Celso Bergstrom Bonilha, pelas oportunidades e ensinamentos durante estes últimos anos. Em especial, agradeço ao Professor Dr. Gerd Willi Rothmann, *in memoriam*, pelo exemplo de ética, amor ao direito tributário e dedicação aos alunos “regulares, ouvintes e falantes”. Seu bom humor e sorriso serão sempre lembrados em meu coração.

Agradeço ao Professor Dr. Luís Eduardo Schoueri por todos os ensinamentos destes últimos anos, bem por ter gentilmente me aceitado como orientando informal nesta etapa final. Todos os aspectos positivos da tese devem ser creditados ao seu olhar crítico, fora da caixa e brilhantismo que lhe são peculiares.

Agradeço aos meus amigos e sócios H. Philip Schneider, Cassio Sztokfisz, Eduardo Pugliese Pincelli e Flavio Eduardo Carvalho por compartilharem comigo o sonho do empreendedorismo. Esta tese não seria possível sem o apoio e suporte de Vocês.

Agradeço ao Dr. João Francisco Bianco pela amizade, conselhos e oportunidade junto ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário-IBDT. Suas ponderações foram essenciais à conclusão da tese.

Agradeço ao Dr. Phelippe Toledo Pires de Oliveira, Dra. Thais de Barros Meira, Dr. Ramon Tomazela Santos, Dr. Raphael Assef Lavez, Dr. Roberto Codorniz, Dra. Isabel Calich, Dra. Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva e Dr. Francisco Moreira pelo apoio e discussões, dentro da sala de aula e fora dela.

Agradeço, ainda, ao Dr. Victor Borges Polizelli e Dr. Gustavo Gonçalves Vettori pelas discussões e materiais compartilhados.

Agradeço a Pedro Guilherme Ferreira Bini e Gabriela Leal pelo auxílio na pesquisa e pela paciência diante da minha desorganização e ansiedade. Muito obrigado!

Não podia deixar de agradecer a todos os colaboradores do Schneider, Pugliese Advogados por todo o suporte e dividirem todas as alegrias e dificuldades do dia a dia.

Por fim agradeço aos clientes e parceiros pelos estudos remunerados forçados proporcionados durante estes 13 anos de escritório.

RESUMO

FIGUEIREDO, Diogo de Andrade. A Adequação da Teoria da Fonte na Economia Digital: A Relevância do Mercado Consumidor na Determinação do Direito às Bases Tributárias em Operações Transnacionais B2B. 2020. 362 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a relevância do mercado consumidor na determinação dos direitos a bases tributárias em operações transnacionais entre pessoas jurídicas (B2B) realizadas no âmbito da economia digitalizada. Para tanto, busca-se responder as seguintes questões: as regras de fonte atualmente adotadas pelos países e pela Convenção Modelo da OCDE são suficientes para fazer frente aos desafios proporcionados pela economia digitalizada? Em caso negativo, existe algum limite ao exercício da jurisdição tributária? Poderiam os Estados adotar como elementos de conexão fatos ou coisas que não guardem nenhuma relação com o seu território? Qual seria o nexo genuíno apto a endereçar adequadamente as particularidades das operações realizadas na esfera da economia digitalizada? Defende-se a tese de que as regras de fonte atualmente adotadas pelos países e pela Convenção Modelo da OCDE não são suficientes para arrostar propriamente os desafios decorrentes da economia digitalizada, o que demanda a adequação da teoria da fonte para que os países possam editar regras de fonte para fazer frente a esse desafio. Sustenta-se que o conceito de fonte, embora determinado, é composto por termos vagos e imprecisos, necessitando de um complemento: uma regra de fonte, de modo a abarcar especificidades relacionadas aos variados tipos de rendimento, bem como adaptar a legislação às mudanças nos ambientes políticos e econômicos. Todavia, embora dinâmico e maleável, a adoção de novos vínculos efetivos (regras de fonte) não está livre de qualquer controle, devendo compreender fatos, coisas ou pessoas que tenham uma relação substancial com o Estado. A nosso ver, ante a ausência de normas concretas sobre a genuinidade do *link*, entendemos que os nexos escolhidos pelos países-fonte para legitimar o exercício de sua jurisdição tributária devem ser justificados pelos princípios econômicos e tributários tradicionalmente reconhecidos pelo direito internacional. Historicamente, o acesso ou exploração do mercado de um determinado país sempre foi considerado como fundamento para justificar a tributação pelos países em que estão localizados, encontrando suporte nos princípios do benefício e da legitimidade. Nesse contexto, em razão das características da digitalização da economia, defende-se que o mercado consumidor, em razão de sua relevância na determinação do direito às bases tributárias, deve ser considerado como regra de fonte adequada para enfrentar a nova realidade econômica, especialmente nas operações transnacionais B2B. Com base nesse nexo sugerido, elaborar-se-ão propostas normativas de dois artigos a serem incorporados pela Convenção modelo da OCDE, bem como pelos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil.

Palavras-chave: Jurisdição Tributária. Teoria da Fonte. Economia Digitalizada. Mercado Consumidor. Acordos de Bitributação.

ABSTRACT

FIGUEIREDO, Diogo de Andrade. **The Adequacy of Source Theory on the Digital Economy: The Relevance of the Consumer Market on the Tax Basis Allocation on Transnational Transactions B2B**. 2020. 362 pages. PhD Thesis (PhD in Economic, Finance and Tax Law) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This thesis aims to analyze the relevance of the consumer market on the tax basis allocation on transnational transactions B2B entered into under the digitalized economy. In order to do so, the following question guided our research: do the source rules currently adopted by the countries and by the OECD are able of addressing the challenges of the digitalized economy? In case they do not, is there any limit related to the exercise of tax jurisdiction? May the States adopt as connecting factor facts or things that do not have and connection with their territory? What would be the genuine link able of properly address the particularities of the digitalized economy? This thesis takes the position that source rules currently adopted by the countries and by the OECD Model Tax Convention are not enough do address the challenge posed by the digitalized economy, which demands the adequacy of the source theory in order for countries to enact source rules to face such challenge. According to this analysis, the source concept, although defined, is composed by vague and inaccurate terms, which requires a complement: a source rule, enacted in order to reach specificities related to the economic and political environments. However, although flexible and dynamic, the adoption of new genuine links (source rules) is not free of control, and should provide facts, things or people with a qualified relationship with the State. Under our view, due to the lack of concrete rules regarding the adequacy of a genuine link, the nexus chosen by the countries in order to support their tax jurisdiction shall be justified by the economic and juridical principles traditionally recognized by international law. Historically, the access and exploration of a country market has always been considered as a justification of the taxation by that country, which could be supported by the benefit and legitimacy principles. In this context, due the digitalized economy characteristics, this thesis defend that the consumer market, based on its relevance on the allocation of taxing rights, should be considered an appropriate source rule to properly address the new economic reality, especially in transnational transaction B2B. Based on the proposed nexus, we recommend normative provisions regarding two new articles to be incorporated by the OECD Model Tax Convention, as well as by the double tax agreements concluded by Brazil.

Keywords: Tax Jurisdiction. Source Theory, Digitalized Economy. Consumer Market. Double Tax Agreements

RÉSUMÉ

FIGUEIREDO, Diogo de Andrade. *L'adéquation de la théorie des sources dans l'économie numérique: La pertinence du marché consommateur pour déterminer les bases fiscales dans les opérations transnationales B2B*. 2020. 362 f. Thèse (Doctorat en Droit Économique, Financier et Fiscal) - Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2017.

Cette recherche vise à analyser la pertinence du marché consommateur pour déterminer les droits aux bases fiscales dans les opérations transnationales entre personnes morales (B2B) réalisées dans le cadre de l'économie numérique. À cette fin, nous cherchons à répondre aux questions suivantes: les règles d'origine actuellement adoptées par les pays et par la Convention Modèle de l'OCDE sont-elles suffisantes pour faire face aux défis posés par l'économie numérique? Sinon, y a-t-il des limites à l'exercice de la juridiction fiscale? Les États pourraient-ils adopter comme éléments de connexion des faits et des choses qui n'ont aucun rapport avec leur territoire? Quel serait le véritable lien capable de répondre adéquatement aux particularités des opérations menées dans le cadre de l'économie numérique? La thèse est défendue que les règles de source actuellement adoptées par les pays et par la Convention Modèle de l'OCDE ne sont pas suffisantes pour relever correctement les défis posés par l'économie numérique, ce qui nécessite l'adéquation de la théorie de la source pour que les pays puissent éditer les règles de source pour relever ce défi. Il est soutenu que la notion de source, bien que déterminée, est composée de termes vagues et imprécis, nécessitant un complément: une règle de source, afin de couvrir les spécificités liées aux différents types de revenus, ainsi que d'adapter la législation aux changements de environnements politiques et économiques. Cependant, bien que dynamique et malléable, l'adoption de nouveaux liens efficaces (règles de source) n'est pas libre de tout contrôle, et doit comprendre des faits, des choses ou des personnes qui ont une relation qualifiée avec l'État. À notre avis, étant donné l'absence de règles concrètes sur l'authenticité du lien, nous estimons que les liens choisis par les pays d'origine pour justifier l'exercice de leur juridiction fiscale doivent être justifiés par les principes économiques et fiscaux traditionnellement reconnus par le droit international. Historiquement, l'accès ou l'exploitation du marché dans un pays donné a toujours été considéré comme une base pour justifier la fiscalité par les pays dans lesquels il est situé, en s'appuyant sur les principes de bénéfice et de légitimité. Dans ce contexte, en raison des caractéristiques de la numérisation de l'économie, il est soutenu que le marché consommateur, en raison de sa pertinence dans la détermination du droit à des bases fiscales, devrait être considéré comme une règle de source adéquate pour faire face à cette nouvelle réalité économique, en particulier dans les opérations transnationales B2B. Sur la base de ce lien proposé, des propositions normatives sont élaborées pour que deux articles soient incorporés par la Convention Modèle de l'OCDE, ainsi que par les accords de double imposition conclus par le Brésil.

Mots clés: Juridiction fiscale. Théorie de la source. Économie numérique. Marché consommateur. Accords de double imposition.

Sumário

INTRODUÇÃO	23
Objeto	23
Problema	25
Hipóteses	27
Importância do tema.....	29
Metodologia	31
1 SOBERANIA FISCAL E O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE	35
1.1 SOBERANIA FISCAL	35
1.1.1 Soberania: origem e evolução	36
1.1.2 Soberania interna.....	47
1.1.3 Soberania externa	48
1.1.4 Soberania e tributação (jurisdição tributária).....	52
1.2 ELEMENTOS DE CONEXÃO COM O ESTADO TRIBUTANTE	57
1.2.1 Ausência de limites materiais ao exercício da jurisdição tributária: doutrina realística.....	58
1.2.2 Necessidade de limites materiais ao exercício da jurisdição tributária ..	61
1.2.3 O costume no direito internacional e o exercício da jurisdição tributária	68
1.2.3.1 Caso <i>Lotus</i>	68
1.2.3.2 Caso <i>Santa Clara Estates Company</i>	72
1.2.3.3 Caso <i>Barcelona Traction</i>	73
1.3 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL	76
1.3.1 Princípio da territorialidade	77
1.3.1.1 Definição de território.....	77
1.3.1.2 Territorialidade positiva e territorialidade negativa.....	78
1.3.1.3 Territorialidade real (fonte) e territorialidade pessoal (residência)....	79
1.3.1.4 Territorialidade material (validade)	81
1.3.1.5 Territorialidade formal (eficácia)	83
1.3.2 Princípio da residência	84
1.3.3 Princípio da personalidade	86
1.3.4 Princípio da universalidade	88

1.4	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	89
2	TEORIA DA FONTE	93
2.1	PRINCÍPIO DO SACRIFÍCIO.....	95
2.2	PRINCÍPIO DO BENEFÍCIO	98
2.3	CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.....	108
2.4	NEUTRALIDADE.....	114
2.4.1	Neutralidade na importação e Neutralidade na exportação	115
2.4.2	Neutralidade entre países (<i>Inter-nations neutrality</i>).....	120
2.5	EQUIDADE	121
2.5.1	Equidade entre países (<i>Inter-nations equity</i>).....	123
2.6	TEORIA DA LEGITIMIDADE (<i>ENTITLEMENT</i>)	126
2.7	NECESSIDADE DE PRESENÇA FÍSICA	128
2.8	ALOCAÇÃO DE RENDA ENTRE OS ESTADOS-FONTE E DE RESIDÊNCIA: ELEMENTOS DE CONEXÃO GENUÍNOS E PRINCÍPIOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS TRADICIONALMENTE ACEITOS PELO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL	131
2.9	CONCEITO DE FONTE.....	137
2.9.1	Regras de fonte nos ordenamentos jurídicos.....	149
2.9.1.1	Fonte de produção e fonte de pagamento.....	149
2.9.1.1.1	Fonte de produção e pagamento à luz do direito brasileiro.....	152
2.9.1.2	Fonte como local de situação dos bens.....	154
2.9.1.3	Fonte como local da prestação dos serviços	155
2.9.1.4	Fonte como local em que está fixado o estabelecimento permanente	157
2.9.1.5	Fonte como local de situação do mercado consumidor.....	158
2.9.2	Regras de fonte nos acordos de bitributação.....	161
2.10	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	162
3	DA GLOBALIZAÇÃO À ECONOMIA DIGITAL	167
3.1	EFEITOS DA ECONOMIA DIGITAL NAS OPERAÇÕES TRANSNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS	170
3.2	CONCEITO DE ECONOMIA DIGITAL	177
3.2.1	Termos indeterminados.....	178
3.2.2	Termos determinados	184
3.3	ECONOMIA DIGITAL E TRIBUTAÇÃO.....	188
3.3.1	Desafios da tributação no âmbito da economia digital.....	189

3.3.2	Vínculos, dados e caracterização de rendimentos.....	192
3.3.2.1	Baixa ou nenhuma tributação no país de residência.....	193
3.3.2.2	Ausência de elemento de conexão	195
3.3.2.3	Coleta de dados.....	195
3.3.2.4	Caracterização dos rendimentos.....	196
3.3.2.5	Desafios das autoridades fiscais	198
3.4	<i>STATELESS INCOME</i>	199
3.5	AÇÕES DA OCDE SOBRE ECONOMIA DIGITAL	202
3.5.1	Conferência ministerial de Ottawa	203
3.5.1.1	Princípios de Ottawa.....	205
3.5.1.1.1	<i>Neutralidade</i>	205
3.5.1.1.2	<i>Eficiência</i>	206
3.5.1.1.3	<i>Certeza e simplicidade</i>	206
3.5.1.1.4	<i>Efetividade e Equidade</i>	207
3.5.1.1.5	<i>Flexibilidade</i>	207
3.5.2	Comitê de assuntos fiscais e grupos de trabalho	208
3.5.2.1	Grupo de trabalho sobre lucros das empresas	208
3.5.2.2	Grupo de trabalho sobre a caracterização de tratados	210
3.5.3	Projeto BEPS.....	212
3.5.3.1	Plano de Ação nº 1 – Addressing the Challenges of the Digital Economy	216
3.5.3.1.1	<i>Vínculo baseado no conceito de presença econômica significativa</i> ...	217
3.5.3.1.2	<i>Determinação da renda em virtude da presença econômica significativa</i>	221
3.5.3.1.3	<i>Retenção na fonte em transações digitais</i>	223
3.5.3.1.4	<i>Equalisation Levy</i>	225
3.5.4	<i>Task force on digital economy</i>	225
3.5.4.1	Pilar I.....	228
3.6	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	234
4	DETERMINAÇÃO DO DIREITO ÀS BASES TRIBUTÁRIAS NAS OPERAÇÕES TRANSNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS REALIZADAS NO ÂMBITO DA ECONOMIA DIGITAL	241
4.1	OPERAÇÕES TRANSNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS	244
4.2	ESTABELECIMENTO PERMANENTE	249

4.2.1	Estabelecimento permanente digital	252
4.3	EROSÃO DA BASE TRIBUTÁVEL COMO ELEMENTO APTO A JUSTIFICAR TRIBUTAÇÃO NA FONTE	267
4.4	MERCADO CONSUMIDOR COMO ELEMENTO DE CONEXÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A TRIBUTAÇÃO NA FONTE.....	272
4.4.1	Mercado-consumo	283
4.4.2	Mercado-produto	287
4.5	EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL - MEDIDAS UNILATERAIS	297
4.5.1	Itália.....	299
4.5.2	França	300
4.5.3	Israel.....	302
4.5.4	Índia.....	304
4.6	ALOCAÇÃO DE RENDA AO PAÍS DO MERCADO CONSUMIDOR	305
4.6.1	Mercado-consumo	306
4.6.2	Mercado-produto	307
4.6.2.1	Utilização do método de divisão do lucro.....	308
4.6.2.2	Utilização do método do formulário de repartição (formulary apportionment).....	310
4.7	FORMA DE APURAÇÃO DO LUCRO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO PAÍS FONTE	314
4.7.1	Mercado-consumo	315
4.7.2	Mercado-produto	317
4.8	FISCALIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO	319
4.8.1	Medidas retaliativas e meios coercitivos indiretos	319
4.8.2	Cooperação internacional.....	321
4.8.3	Dedutibilidade dos pagamentos	324
4.9	PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA, IMPACTOS NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO E MÉTODOS PARA ELIMINAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.....	325
4.10	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	331
CONCLUSÃO		339
REFERÊNCIAS		345

ABREVIATURAS E SIGLAS

AOA - *Authorized OECD Approach*

BEPS - *Base Erosion and Profit Shifting*

CEN - *Capital Export Neutrality*

CIDE - Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico

CIN - *Capital Import Neutrality*

COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

COM - *Capital Ownership Neutrality*

DST – *Digital Service Tax*

ECOFIN - *Economic and Financial Affairs Council*

GATS – *General Agreement on Trade in Services*

GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade*

GB – *Gigabytes*

G20 – Grupo dos 20

IaaS - *Infrastructure as a Service*

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IFA – *International Fiscal Association*

IP – *Internet Protocol*

IR – Imposto de Renda

IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte

ISS - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

ITA – Israel Tax Authority

LLM - *Limited Liability Companies*

MAU - *Monthly Active Users*

MLI – *Multilateral Instrument*

MRPS - método modificado da divisão de lucros remanescentes

NN - *National Neutrality*

NON - *National Ownership Neutrality*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

PaaS - *Platform as a Service*

PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

PIS – Programa de Integração Social

SaaS - Software as a Service

SAT - Seguro Acidente do Trabalho

SDP – *Significant Digital Presence*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TAG - technical advisory groups

VPN – *Virtual Private Network*

APRESENTAÇÃO DA TESE

Nesta tese, defende-se que, em virtude da evolução da tecnologia da informação e comunicação, as regras de fonte, atualmente adotadas pelos países e pela Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), calcadas na necessidade de presença física e certo grau de permanência, não se mostram mais aptas para fazer frente às particularidades da economia digitalizada, especialmente nos casos envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas (B2B). Consequência direta da inadequação dessas normas vigentes é a ausência de tributação pelo país-fonte de rendimentos que, de uma forma ou de outra, tem como origem o seu território.

Em razão disso, torna-se mister o realinhamento da Teoria da Fonte para que novas regras, ou melhor, novos elementos de conexão sejam agregados, a fim de que a alocação do direito às bases tributárias entre os Estados da fonte e de residência possa se realizar de maneira mais eficiente.

Como solução para a readequação da Teoria da Fonte, propõe-se, neste trabalho, que, em face de sua relevância para a produção do rendimento, o mercado consumidor seja considerado a regra de fonte mais promissora para arrostar os desafios suscitados pela digitalização da economia e, conseqüentemente, justificar a tributação, na fonte, pelo país de sua localização, em operações transnacionais entre pessoas jurídicas.

Sob essa ótica, a proposta traduz-se na implantação de novas regras de fonte, com lastro no mercado consumidor como o elemento de conexão apto a legitimar a tributação pelo país-fonte (país do mercado), incluindo a aplicação de metodologias de alocação dos rendimentos e a apuração do imposto devido sobre a renda, bem como sejam os regulamentos distributivos propostos incorporados aos acordos de bitributação, inclusive os celebrados pelo Brasil.

INTRODUÇÃO

Objeto

A tributação internacional sempre foi pautada na dicotomia entre os Estados da fonte e de residência, aqueles, motivados por vínculos genuínos, pretenderam exercer a sua jurisdição tributária sobre fatos, coisas ou pessoas que tenham uma relação especial quer com o seu território, quer com o Estado propriamente dito.

Apesar de, para fins da presente tese, a exigência de limites materiais (i.e., existência de um nexu genuíno) para o exercício da jurisdição tributária pelos Estados constituir um costume de direito internacional, não há nesse último nenhuma definição clara do que venha a ser um elemento de conexão genuíno, tampouco a sua intensidade necessária para justificar o exercício da jurisdição tributária por um dado Estado.

Nesse contexto, historicamente, os países sempre elegeram como elemento tributável fatos, coisas ou pessoas que tivessem uma relação específica com o Estado. No caso dos países-fonte (i.e., territorialidade real), sempre houve a escolha de fatos ou coisas que tivessem uma ligação com os limites geográfico do seu território, nexos esses que, para fins da presente tese, entendemos, deveriam ser lastreados pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributários internacional (e.g. benefício, neutralidade, equidade, legitimidade, dentre outros).

Ocorre, no entanto, que, tradicionalmente, a tributação de não residentes pelo país-fonte fora concebida sob o dogma da necessidade de presença física associada a um certo grau de permanência, sem o qual não haveria que se falar no exercício da jurisdição tributária por esse Estado. Sob essa perspectiva, para que esse exercício fosse exequível pelo país-fonte fazia-se necessária a caracterização de um estabelecimento permanente, elemento histórico do direito tributário internacional e presente na Convenção Modelo da OCDE desde 1963.

E, nem poderia ser diferente, haja vista que, em razão das limitações tecnológicas da época, para a exploração de um mercado de determinado país (e.g. venda de produtos e serviços) exigia-se a presença física no país de consumo para o desenvolvimento das atividades da empresa. Por isso, o estabelecimento permanente condicionado à presença física e permanência é considerado um *proxy* da caracterização de pertença econômica e,

consequentemente, uma regra de fonte para legitimar a tributação pelo país em que se encontra localizado.

Todavia, a disrupção tecnológica da informação e comunicação propiciou não apenas o aumento da eficiência e o campo de atuação das companhias por elas beneficiadas, mas também mudaram os meios pelos quais os produtos e serviços por elas comercializados são produzidos e entregues, alterando completamente o modelo de negócio até então adotados por multinacionais. Com o passar do tempo, a tecnologia da informação e comunicação provou ser uma tecnologia de uso geral, tornando-se a estrutura central dos modelos de negócio das empresas. A partir do seu desenvolvimento, negócios de todos os setores da economia passaram a ter condições de construir os seus modelos de operações com base em recursos tecnológicos, o que suscitou o aumento de flexibilidade, eficiência e redução de custos de transação, bem como expandiu o seu mercado de atuação, que deixou de ser eminentemente doméstico, migrando à globalização.

Como consequência da digitalização da economia, não residentes passaram a ter acesso ao mercado consumidor de outros países visando à venda de produtos ou serviços ou, ainda, a coleta de dados ou “ativar” os consumidores/usuários lá localizados, sem a necessidade de presença física. Noutras palavras, a evolução da tecnologia da informação e comunicação possibilitou o acesso ao mercado consumidor de outros países de forma totalmente virtual, dispensando qualquer tipo de presença física, tampouco permanente, naquela jurisdição. Logo, sem a configuração de estabelecimento permanente.

Resultado da ausência de presença física e, consequentemente, da ausência de caracterização do estabelecimento permanente, diversas operações transnacionais realizadas entre não residentes e consumidores de um dado país, deixaram de ser tributadas na fonte em razão da falta de regras legitimadores de tributação.

Portanto, por conta da digitalização da economia, os regulamentos, tradicionalmente condicionantes à tributação na fonte pelo país do mercado consumidor, tornaram-se obsoletos, acarretando a perda de arrecadação por parte desses países, bem assim possibilitando práticas abusivas por grandes conglomerados multinacionais, o que suscitou a criação do Plano de Ação nº 1 do *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS ou Projeto BEPS).

Problema

O que se pretende demonstrar é que, por força de costume internacional, a tributação pelo país-fonte sempre demandou um elemento de conexão (i.e. fato, coisa ou pessoa) que tivesse uma relação especial com o seu território, que deveria ser fundado em princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional.

Nesse ponto, o acesso ao mercado de um determinado país, isto é, a utilização de toda a infraestrutura econômica, jurídica, tecnológica, incluindo o mercado consumidor, sempre foi considerado uma justificativa para autorizar o exercício da jurisdição fiscal pelo país-fonte. Além disso, a pujança de determinados mercados e características específicas de consumo também valida a tributação, na fonte, dos rendimentos oriundos do mercado consumidor com base no princípio da legitimidade.

Por outro lado, as regras autorizadas de tributação dos rendimentos decorrentes do exercício de atividades empresariais foram concebidas sob a égide da necessidade de presença física e grau de permanência, sem os quais não haveria que se falar em tributação pelo país-fonte, mas apenas pelo Estado de residência.

Dessa forma, os principais questionamentos do presente estudo são se as regras de fonte atualmente adotadas pelos países, como as utilizadas pelos acordos de bitributação são apropriadas para fazer frente às particularidades e desafios gerados pela economia digital. Em caso negativo, qual seria a regra de fonte mais apta para endereçar as peculiaridades da digitalização da economia de forma satisfatória?

Para abordar a questão envolvendo ausência de regras adequadas para enfrentar os desafios proporcionados pela economia digitalizada, optou-se por restringir a análise a operações transnacionais entre pessoas jurídicas. Por conta da prática internacional, em que as atividades entre pessoas jurídicas são comumente denominadas B2B (*business to business*), escolhemos incluí-lo no título da presente tese. De qualquer forma, no desenvolvimento do estudo, serão utilizadas tanto as expressões B2B quando sua significação na língua portuguesa *entre pessoas jurídicas*.

Em decorrência do desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação, fornecedores de produtos de serviços deixaram de ficar circunscritos às fronteiras de seus países, passando a alcançar fornecedores situados ao longo do globo. Foi justamente em razão do avanço tecnológico, propiciado principalmente pela internet, que se rompeu o paradigma da necessidade de presença física e permanente no mercado consumidor.

Em virtude desse rompimento, as regras de fonte baseadas no instituto do estabelecimento permanente deixaram de ser apropriadas para alocar direito à tributação ao país-fonte, que, apesar de propiciar toda a infraestrutura necessária para a obtenção de rendimentos pelo não residente, deixou de exercer qualquer pretensão tributária sobre os rendimentos lá originados.

Trata-se, dessa forma, do típico caso de exploração do mercado consumidor de uma país sob a perspectiva de consumo (mercado-consumo), isto é, fornecedores estrangeiros vendendo produtos e serviços a consumidores pessoas jurídicas localizadas em outra jurisdição. Como o avanço tecnológico promoveu a realização de operações transnacionais sem qualquer tipo de presença física no país de consumo, este se viu desamparado de qualquer regra de fonte que suportasse a sua pretensão tributária sobre os rendimentos lá originados.

Mas não somente sob a perspectiva de consumo que o mercado pode ser explorado. O aumento da sofisticação da tecnologia da informação possibilita que empresas do segmento digital obtenham e utilizem informações de forma e velocidade sem precedentes. O que pode ser ilustrado pela coleta de dados de consumidores de um determinado país com fito de mapear os perfis de consumo na internet e, na sequência, serem o direcionamento de *marketing* e incremento da efetividade de vendas de produtos e serviços das empresas digitais.

Sob essa ótica, o mercado é tido como uma espécie de produto, isto é, uma fonte de dados que, após coletados, armazenados e processados, podem ser comercializados pelo não residente com terceiros, em operações totalmente desvinculadas e independentes em troca de contraprestação financeira, ou ainda, utilizados para orientação de atividades de *marketing*, também em troca de recebimento de contraprestações financeiras por terceiros interessados em acessar aquele mercado consumidor. Essas situações, ao contrário do mercado-consumo, nunca foram abarcadas pelas regras de tributação na fonte tradicionais (i.e., estabelecimento permanente), sendo, destarte, imprescindível o realinhamento da teoria da fonte para que passe a endereçar apropriadamente as operações transnacionais no âmbito da economia digitalizada.

Nessa mesma linha - exploração do mercado consumidor sob a perspectiva de produto (mercado-produto) -, também se verifica nas hipóteses em que os consumidores de uma determinada jurisdição são considerados como uma espécie de “ativo” de companhia não residente, que recebe compensações financeiras ao expô-los a anúncios publicitários ou ao contato direto com fornecedores de produtos ou serviços estrangeiros. Típicos exemplos

desses casos são as plataformas de redes sociais e de *marketplaces*, em que é franqueado acesso gratuito aos usuários residentes em um determinado país, sendo aqueles, em troca, sujeitos à anúncios publicitários, no primeiro caso, ou contato com fornecedores de bens ou serviços, no segundo, que remuneram as companhias digitais estrangeiras por conta do acesso a tais consumidores.

Note-se, portanto, se o fornecimento de bens e serviços a consumidores situados em outras jurisdições e sem a necessidade de presença física já representam um desafio à adequação da teoria da fonte, a tributação dos rendimentos, - obtidos pelo não residente em virtude da exploração do mercado concebido sob a visão de produto -, representa um desafio ainda maior, demandando a edição de regras de fonte específicas para enfrentar as peculiaridades da economia digitalizada.

Conforme será demonstrado, o conceito de fonte, embora determinado, é composto por termos vagos e imprecisos, o que, em determinadas situações¹, carece de complementação das regras de fonte, editadas para regulamentar a alocação das bases tributárias em situações específicas, como é o caso da digitalização da economia.

Para se chegar à referida conclusão, serão analisadas as normas tradicionais que justificam a tributação de fonte, na fonte, bem como os efeitos e desafios suscitados pela economia digitalizada nas operações transnacionais entre pessoas jurídicas. A conclusão que se espera alcançar é a identificação de uma nova regra de fonte, bem como proposições legislativas capazes de lidarem com os diversos cenários desse novo momento econômico.

Hipóteses

Tendo em vista que as regras de fonte atualmente existentes não são suficientes para atender peculiaridades da digitalização da economia, é possível sustentar que, dada a relevância do mercado consumidor, este poderia se constituir numa regra de fonte apropriada para fazer frente às problemáticas advindas da economia digitalizada, especialmente nas situações transnacionais envolvendo a economia digitalizada.

De fato, conforme será demonstrado no decorrer da tese, o mercado, incluindo o mercado consumidor, sempre foi considerado uma justificativa para a tributação, pelo país-fonte, de não residentes, encontrando suporte não apenas no princípio do benefício, como também nos princípios da neutralidade, equidade e legitimidade. Sua existência e,

¹ Utilizamos a expressão “em determinadas situações” pois há casos que, mesmo utilizando termos genéricos, é possível aplicar o conceito de fonte sem maiores dificuldades.

consequentemente, sua exploração por não residentes, somente é possível em virtude da infraestrutura econômica, política, legal, tecnológica, dentre outras, proporcionada pelo Estado. Nesse sentido, o mercado consumidor pode ser considerado como um ativo, o que legitimaria o Estado a cobrar pelo seu acesso, encontrando respaldo nos princípios do benefício e legitimidade, o que o autoriza como um nexu genuíno.

Em virtude da demora da OCDE em propor adequações normativas para endereçar eficazmente essa situação, países, organizações e blocos econômicos tem adotado e/ou sugerido medidas unilaterais para lidar com a digitalização da economia. Em apertada síntese, grande parte das medidas unilaterais, levam em conta a relevância do mercado consumidor, mas praticamente nenhuma o considera propriamente um nexu genuíno e pertinente para alocar direito à base tributária ao país-fonte, isto é, o país em que se localiza o mercado consumidor.

Um exemplo dessas proposições normativas, é a figura do estabelecimento permanente, caracterizada em razão de uma presença econômica ou digital significativa. Todavia, embora por trás do estabelecimento digital esteja a criação de valor proporcionado pela atratividade e pujança do mercado consumidor, a ideia central dessa regra de fonte é a presença econômica e digital significativa, mas não o mercado em si, distanciando-se nesse ponto da conclusão a que se espera alcançar na presente tese, que considera o mercado consumidor, por si só, como uma regra de fonte apta a lidar com os desafios inerentes ao avanço da tecnologia da informação e comunicação. Além disso, o estabelecimento permanente digital não teria o condão de abarcar as duas perspectivas do mercado consumidor: mercado-consumo e mercado-produto.

Outros exemplos de medidas unilaterais para alocar tributação ao país do mercado consumidor em operações transnacionais entre pessoas jurídicas, traduzem-se nos chamados impostos sobre serviços digitais. Em que pese o fato de tais impostos atribuírem ao país do mercado consumidor a possibilidade de tributar operações transnacionais realizadas por meio digital, muito se discute quanto à natureza dos tributos em questão, que seria diversa do imposto sobre a renda, tendo como consequência a tributação sobre a receita e a ocorrência da famigerada dupla tributação, já que o país de residência deixaria de conferir crédito referente ao imposto pago no exterior ou isenção sobre tais montantes.

Por esta tese a ser desenvolvida, pretende-se, ante a sua relevância na determinação do direito às bases tributárias, adequar a teoria da fonte para que o mercado consumidor figure como regra de fonte apta a legitimar a tributação pelo país-fonte os rendimentos

decorrentes de operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas na esfera da economia digitalizada.

Para tanto, partiremos de algumas premissas. A primeira, de que tributação pelo país-fonte em razão do acesso de não residentes ao seu mercado não infringiria as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). A segunda, de que não é possível circunscrever a economia digital a um segmento autônomo, já que, dada a natureza persuasiva da digitalização no mundo dos atuais negócios, ela acaba se confundindo com a própria noção de economia. Daí a utilização da expressão “economia digitalizada”, a qual, para fins do presente estudo, deve ser entendida como sinônimo de economia digital. Por fim, realinhar a teoria da fonte mediante a adoção de regras específicas, a fim de abranger atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada, que não teriam por objetivo segregá-las por meio da atribuição de um tratamento tributário distinto. Muito pelo contrário, objetiva-se inclui-las novamente no mapa tributário dos países-fonte, reestabelecendo o equilíbrio, sob a ótica tributária, entre as atividades digitalizadas e tradicionais.

Importância do tema

A relevância do tema fica evidente quando consideramos que os desafios suscitados pela economia digital é objeto do Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS (*Tax Challenges Arising from Digitalisation*), colocando-se no topo das prioridades do OCDE e do G20, bem como se constituindo no foco principal do Projeto BEPS desde a sua concepção.²

A disseminação da tecnologia da informação e comunicação impactou diretamente a estrutura central dos modelos de negócios das empresas. Setores tradicionais da economia, tais como varejo, logística, mercado financeiro e educação tiveram mudanças significativas, que afetaram estruturalmente os modelos de negócio até então praticados. Com a digitalização da economia, aos negócios de todos os setores da economia possibilitou-se a construção de seus próprios modelos de operação, o que gerou o aumento de flexibilidade, eficiência e redução de custos de transação, além de expandir o seu mercado de atuação, passando de eminentemente doméstico a global.

A economia digitalizada continua a evoluir em uma velocidade sem precedentes, impulsionada pela capacidade de coleta, utilização e análise de uma imensa quantidade de dados de praticamente tudo, o que, além de fomentar o fornecimento de bens e serviços por

² Conforme OCDE. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>>. Acesso em: 04 mar. 2020.

meio digital e consumidores localizados em jurisdições transfronteiriças, também criou a possibilidade de exploração do mercado consumidor sob um novo prisma: o mercado-produto. Revela bem essa pujança, o tráfego de Protocolo de Internet Global, considerado um termômetro de fluxo de dados, cresceu de aproximadamente 100 gigabytes (GB) por dia em 1992 para mais de 45.000 GB por segundo em 2017, sendo que a expectativa para 2022 é que esse tráfego ultrapasse 150.700 (GB) por segundo³.

Em 2020, as receitas decorrentes de transações entre pessoas jurídicas no âmbito do comércio digital representarão a metade de todas as receitas geradas de atividades B2B. Apenas se considerarmos os Estados Unidos, o mercado digital B2B atingirá a marcar de 1,2 trilhões de dólares até 2021⁴, o que, além de demonstrar a importância e crescimento da economia digitalizada, reforça a opção pela redução do escopo da presente tese, que focará a análise apenas nas operações transnacionais entre pessoas jurídicas.

Essa mesma velocidade e expressividade da economia digitalizada, confirmada pela economia e pelas finanças, também se reflete na preocupação e tentativas dos países e de organizações regulamentarem, sob o ponto de vista jurídico-tributário, esse novo contexto econômico.

Deveras, a partir de uma breve pesquisa no sítio eletrônico da OCDE, encontrar-se-á nada menos que 318 trabalhos sobre a economia digitalizada. Esses números chegam a ser ainda mais expressivos se concentrarmos as pesquisas em trabalhos acadêmicos destinados à tributação da economia digitalizada. Ao pesquisarmos a expressão “*digital economy*” no sítio eletrônico do (IBFD), organização internacional focada em informação e educação no que se refere à tributação internacional, encontramos 357 arquivos que tratam do tema, divididos entre cursos, relatórios, artigos, livros e pesquisas.

No campo da OCDE, a Força Tarefa de Economia Digital está trabalhando para entregar uma proposta consensual entre os países envolvidos, ainda em 2020. Além dos relatórios preliminares e final do Plano de Ação do BEPS, diversos outros documentos foram produzidos, muitos deles submetidos à consulta pública. Os últimos, inclusive, reconhecem expressamente quão significativo é o mercado consumidor na alocação do direito à base tributária ao país do mercado consumidor.

³ Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_overview_en.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2010

⁴ Disponível em: <https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-78/accenture-verge-b2b-digital-commerce.pdf> Acesso em: 04 mar. 2020.

Em paralelo, em face da lacuna quanto às regras apropriadas para encarar as características da digitalização da economia, diversos países já editaram medidas unilaterais procurando, da sua própria maneira e segundo as suas políticas tributárias, instituir regras com o fito de tributar operações envolvendo o uso tecnologia da informação e comunicação com o fito de explorar o mercado consumidor (mercado-consumo ou mercado-produto). Até 14 de fevereiro de 2020, 19 países já implementaram algum tipo de legislação para lidar com aspectos relacionados à economia digital, 6 países já possuem projetos de lei, enquanto outros 10 já manifestaram a intenção de implantar algum tipo de tributação sobre o assunto⁵.

Por tais motivos, uma proposta de adequação da teoria da fonte, visando uma reelaboração de uma regra de fonte eficaz para lidar com a digitalização da economia revela-se fundamental, ainda mais em um contexto sem qualquer tipo de proposição concreta pela OCDE, e no qual muitos países estão adotando medidas unilaterais instituindo tributos sobre a receita.

Metodologia

Conforme mencionado, para fins metodológicos, optou-se por tratar, no presente trabalho, apenas as transações transnacionais entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada. Isso porque, conforme poderá ser observado no Capítulo 3, evolução da tecnologia da informação e comunicação subverteu o modelo de negócios das empresas, tanto no que se refere ao de fornecimento de bens e serviços, quanto sob o aspecto de consumo B2B. Ainda, a digitalização da economia, aliada à popularização do comércio eletrônico e operações digitais, tornaram as operações entre pessoas jurídicas não só mais atrativas sob o ponto de vista de potencial de arrecadação, mas também mais complexas em comparação às atividades envolvendo pessoas físicas.

Além disso, não será abordada eventual compatibilidade de regras de fonte aqui propostas com as disposições da OMC, pois essa análise fugiria do escopo. Nessa vertente, também partiremos do pressuposto que adaptar a teoria da fonte, para o fim de considerar o mercado consumidor como regra de fonte apta a endereçar os desafios da economia digitalizada, não ofenderia os princípios estabelecidos na convenção de Ottawa, tampouco

⁵ KPMG. **Taxation of the digitalized economy**. Disponível em: <<file:///C:/Users/diogo/Downloads/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>> Acesso em: 28 fev. 2020.

significaria circunscrever as referidas transações das realizadas sob a forma tradicional. Pelo contrário não se trata de conferir um tratamento tributário diverso, mas implantar regras de fonte para que aludidas relações comerciais passem a ser tributadas, a exemplo das que são carreadas sob a perspectiva da “economia tradicional”.

Ainda, vale a pena, desde já, ressaltar, que não aprofundaremos nossa análise no que tange ao princípio da residência, ainda que este seja importante para fins da identificação da fonte de pagamento, bem como nos aspectos relacionados à dupla tributação. Neste último, partiremos da premissa de que os países de residência teriam o dever de proporcionar métodos (crédito ou isenção) para eliminar ou reduzir a dupla tributação.

Por fim, consideraremos a existência de um direito internacional público, bem como um direito internacional tributário, de observância pelos Estados, e que irão influenciar no exercício da jurisdição tributária e escolha dos elementos de conexão – regras de fonte – adotadas/escolhidas pelos países.

Feitas essas considerações, no Capítulo 1, analisaremos o conceito de soberania Estatal, sua origem, evolução histórica e sua segregação entre soberania interna e externa. Consideraremos a jurisdição tributária como uma decorrência direta da soberania Estatal, podendo esta ser dividida em jurisdição para prescrever e jurisdição para a cobrança. Apesar das diferentes correntes acerca da necessidade da existência de elementos de conexão para o exercício da jurisdição tributária, partimos da premissa que os costumes de direito internacional limitam a prática da soberania Estatal, sendo exigida a existência de um nexó substancial, isto é, que haja uma relação entre a situação tributável e o Estado, para que esse possa exercer a sua jurisdição fiscal. Ao mesmo tempo, analisaremos o princípio da territorialidade em todas as suas vertentes, tais como positiva, negativa, real e pessoal, e material e formal. Feito isso, e após distinguir os princípios da residência, personalidade e universalidade, teremos traçado o pano de fundo para o Capítulo 2.

Nele, analisaremos a teoria da fonte, ocasião em que abordaremos os princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional para justificar o elemento de conexão – regra de fonte – utilizada para o exercício da jurisdição tributária pelo Estado. Superada essa questão, passaremos ao conceito de fonte e à problemática relacionada a imprecisão de seus termos, o que demandaria a adoção de regras de fonte específicas pelos países, o que se verifica na legislação de diversos países (e.g. Estados Unidos). Feito isso, traremos das principais regras de fonte comumente aplicadas pelos países, dentre elas a fonte como o local do mercado consumidor.

No Capítulo 3, por seu turno, abordaremos o fenômeno da globalização e sua relação com a evolução da tecnologia da informação e comunicação. Especial atenção será conferida às características da digitalização da economia, bem como os desafios da tributação das operações a ela relacionadas. Feito isso, versaremos quanto às ações da OCDE sobre a economia digital, em especial o Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS e os trabalhos recentemente desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho da Economia Digital.

Por fim, no Capítulo 4, trataremos da determinação do direito às bases tributárias. Nesse momento, tendo em vista a relevância do mercado consumidor traremos de algumas regras de fonte que, apesar de nem todas consideram expressamente o mercado consumidor, tanta na sua acepção consumo como na sua ótica produto, como regra de fonte, todas elas consideram a relevância do mercado, ao menos, sob pano de fundo. Feito isso, explicaremos os motivos que, a nosso ver, justificam a eleição do mercado consumidor como regra de fonte apta a enfrentar as particularidades da economia digitalizada. Uma vez determinada a regra de fonte para a alocação dos rendimentos, abordaremos as questões relacionadas à apuração da renda e conseqüente tributação, bem como medidas de fiscalização e exigibilidade da tributação. Ao final, apresentaremos proposições legislativas a serem incorporadas à Convenção Modelo da OCDE e pelos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil.

1 SOBERANIA FISCAL E O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

1.1 SOBERANIA FISCAL

Conforme discorrido na parte introdutória deste trabalho, a tese que se pretende defender é que o Estado - fonte no âmbito de operações transnacionais realizadas por pessoas jurídicas no contexto da economia digitalizada e que, portanto, teria jurisdição para exercer a sua competência fiscal para tributar fatos, coisas ou pessoas com uma conexão genuína com o seu território -, é o país em que está localizado o mercado consumidor. Para tanto e de modo a firmar as premissas necessárias para a sustentação da tese, faz-se necessária uma abordagem preliminar sobre soberania, sem a qual não há que se falar na existência da figura do próprio Estado, quiçá de exercício de jurisdição tributária.

Pode-se definir a soberania como um poder central do Estado que se sobrepõe incontestavelmente aos demais poderes sociais, que lhe ficam subordinados. Sob o ponto de vista interno, a soberania repousa na noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e sobre determinada parcela da população acima dos demais ordenamentos sociais. Trata-se, portanto, da vontade suprema e soberana do Estado, decorrente do seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade⁶.

Sob a perspectiva externa, a soberania diz respeito à relação de independência entre os Estados, os quais não se encontram sujeitos à interferência externa de outros Estados, mas apenas ao direito internacional. Como observa Paulo Bonavides, a ênfase na soberania do Estado implica maior ou menor sacrifício do ordenamento internacional, e vice-versa. De outro lado, a ênfase no direito internacional acarreta restrições de vários graus aos limites da soberania⁷. Nos dizeres de Hans Kelsen, o Estado é soberano desde que se encontre sujeito somente ao direito internacional e não ao direito nacional de qualquer outro Estado⁸.

Sob o ponto de vista fiscal, a soberania de um Estado pode ser determinada pela sua habilidade em deter e exercer a sua jurisdição tributária sobre todos os fatos, coisas ou pessoas que tenham algum tipo de relação qualificada com ele, sem qualquer tipo de interferência externa.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132-133.

⁷ Ibidem, p. 133.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992, 177-178.

À semelhança do Estado, a soberania tributária também pode ser segmentada em soberania pessoal e territorial, sendo que cada qual irá influenciar o poder do Estado em exercer a sua jurisdição tributária, haja vista a necessidade de diferentes elementos de conexão genuínos com o Estado, mormente com relação às pessoas (nacionais) ou território (limites geográficos do Estado).

No presente capítulo, iremos abordar a origem da ideia de soberania, a evolução do conceito, até chegarmos à sua noção moderna. Na sequência, trataremos da soberania fiscal, e a prerrogativa que os Estados possuem de instituir e cobrar tributos, elementos essenciais para a presente tese, que objetiva sustentar a legitimidade do mercado consumidor como elemento de conexão genuíno para justificar a tributação na fonte das transações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digital. Para tanto, levantaremos as diferentes correntes sobre a exigibilidade, ou não, da existência de uma relação genuína com o Estado, quer com o seu povo (princípio da personalidade), quer com o seu território (princípio da territorialidade). Especial atenção será dada às diversas classificações do princípio da territorialidade (*e.g.*, territorialidade real *vs.* pessoal, territorialidade formal *vs.* material), dado o reflexo que a territorialidade real tem no presente trabalho.

Por fim, tratado o princípio da territorialidade, abordaremos questões relacionadas ao princípio da personalidade e sua distinção do princípio da universalidade, o que nos permitirá seguir para as conclusões deste capítulo.

1.1.1 Soberania: origem e evolução

Historicamente, os conceitos de soberania e de soberania fiscal são tidos como algo geralmente concreto que pode ser reduzido, ampliado, respeitado ou infringido. Ainda, sob o aspecto jurídico e político, tais conceitos são considerados uma espécie de dogma, cujo significado é facilmente compreendido, sem a necessidade de maiores explicações⁹.

Muito se discute sobre quando e onde haveria surgido a concepção de soberania. Frequentemente é sustentado que os gregos clássicos desenvolveram a ideia de soberania,

⁹ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 1. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

ao menos durante a época de Aristóteles, e que foram eles os primeiros a compreenderem esse conceito¹⁰.

Contudo, conforme se depreende da obra de Francis Harry Hinsley¹¹, o maior – e insuperável – obstáculo enfrentado por Aristóteles para a conceituação de soberania era a ausência de distinção entre comunidade e Estado. Isso porque a palavra “polis”, normalmente traduzida como Estado, também poderia ser sinônimo de comunidade, perspectiva resultante da observância da própria estrutura da “polis” à época, que, embora refletisse uma comunidade extremamente organizada, ainda não havia alcançado uma forma de governo suficientemente separada das instituições das sociedades tribais e, portanto, não permitiu o desenvolvimento de formas de Estado.

Ademais, outros sistemas políticos existentes à época do pensamento de Aristóteles, tais como o Reinado da Macedônia e o Império de Aquemênida, ao contrário do presenciado na Grécia, superaram a distinção entre Estado e comunidade, mas permaneceram em busca de comunidades sobre as quais governar¹².

Dessa forma, tendo em vista que a soberania é uma noção sustentada na visão não só de que o governo rege a sociedade, mas também de que está nela ancorada. Aos reinados e impérios acima mencionados careciam de progresso quanto à extensão do poder do Estado dentro da comunidade, permitindo, em certa medida, a integração de ambos¹³.

Esse progresso foi percebido, ainda que de maneira incipiente, durante o Período Helenístico, no qual os reinados organizaram seus governos de modo a explorar a comunidade com um rigor até então nunca visto¹⁴. Todavia, apesar de haver caminhado em direção à territorialização do governo e ao desenvolvimento de sua administração, ainda não era possível reconhecer a existência de um governo soberano nesse período¹⁵.

Bernard Crick¹⁶ e Louis W. Goodman¹⁷ identificaram a presença de fatores para o surgimento da ideia clássica de soberania na organização do Império Romano e posição do Imperador Romano, desde o início do século II. Naquela época, o Império Romano já havia

¹⁰ HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 27.

¹¹ Ibidem, p. 28.

¹² Ibidem, p. 30-31.

¹³ Ibidem, p. 32.

¹⁴ Ibidem, p. 33.

¹⁵ Ibidem, 36.

¹⁶ CRICK, Bernard. Sovereignty. In: SILLS, David L (ed.). **International Encyclopedia of the Social Sciences**. London: The Macmillan Co., V. 15, 1968, p. 78.

¹⁷ GOODMAN, Louis W. Democracy, Sovereignty and Intervention. **American University International Law Review**. Washington, V. 9, issue 1, 1993, p. 27. Disponível em: <<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1452&context=auilr>>. Acesso em: 03 jul. 2019

desenvolvido um corpo político e administrativo abrangente e integrado. Com o crescimento do seu poder, ou seja, o poder supremo, antes detido pela República do povo romano, foi substituído pelo termo *imperium Romanum*, personificado na figura do Imperador. A partir de então, a autoridade máxima do Imperador Romano restou confirmada¹⁸.

Com a declaração imperial editada no ano de 212, todas as pessoas livres que viviam no Império Romano se tornaram cidadãos do império, já se tinha uma forte indicação de que a sociedade e o Estado Romano completaram o seu ciclo de integração¹⁹. A sociedade integrada pelas leis do Império Romano e controlada pelo Imperador e sob sua administração, segundo Francis Harry Hinsley, já nos dá a ideia de soberania do Imperador²⁰.

No entanto, embora a integração da sociedade e do Estado Romano, unidos pela legislação e sob o controle e o poder do Imperador, já nos remeta à noção, ainda que embrionária, de soberania, não houve o desenvolvimento de um conceito similar ao de soberania pelos estudiosos da época em razão (i) da relutância dos imperadores de reconhecerem explicitamente a nova forma de governo, haja vista o desprezo que a sociedade romana demonstrava em relação ao poder dos reis romanos antes do século IV a.C.²¹; e (ii) do não reconhecimento da soberania do Imperador Romano fora do império²², dada a ausência de outros Estados ou sociedades integradas²³ que faziam fronteira com o território romano. Portanto, não havia nenhum incentivo para o desenvolvimento de um discurso soberano nas relações entre distintos e comparáveis corpos políticos, uma vez que tudo além do Império Romano era considerado irrelevante²⁴.

Etimologicamente, o termo soberania tem origem, inicialmente, na palavra “super” e, posteriormente, na palavra francesa *souverain*²⁵. Pelo que se tem notícia, essa expressão foi utilizada pela primeira vez no século XIII por Philippe de Remi Beaumanoir, ao descrever

¹⁸ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 5. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>> Acesso em: 03 jul.2019

¹⁹ ¹⁹ Ibidem, p. 5.

²⁰ HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 40-41.

²¹ O que levou a primeira Constituição, datada de 27 a.C., a conferir *status* inicial ao imperador de mero “primeiro cidadão” (ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 5. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>). Acesso em: 04 jul.2019

²² ISENBAERT, op. cit., p. 5.

²³ Na sua grande maioria tribos ou comunidades cujo desenvolvimento não pode ser comparado ao Estado Romano.

²⁴ STEINBERGER, Helmut. Sovereignty. In: BERNHARDT, R (ed.). **Encyclopedia of Public International Law**. Amsterdã: North-Holland, 1987, p. 397-398.

²⁵ WILDHABER, Luzius. Sovereignty and International Law. In: MACDONALD, Ronald St John (ed.); JOHNSTON, Douglas Millar (ed.). **The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 425.

crecentes desejos de independência dos reis europeus e vassallos do Papa e do Imperador Romano²⁶⁻²⁷.

A partir do século XIII, as comunidades europeias passaram por uma rápida transformação social e econômica. A economia era estimulada pelo crescimento da produtividade na agricultura e do artesanato; as cidades e suas aristocracias locais ganharam poder e *status*. Iniciou-se, à época, a criação de um mercado mundial, que propiciou o surgimento de uma nova classe social: a burguesia²⁸.

No mesmo período, presenciou-se um processo de codificação e territorialização das leis, em que reis, duques e cidades passaram a editá-las e codificá-las, e, gradativamente, aquelas passaram a ser atreladas a determinado território²⁹.

Entre os séculos XV e XVI, a descoberta do novo mundo impôs desafios adicionais à noção medieval de comunidade global unida por uma mesma religião e autoridade geograficamente irrestrita do Papa e do Imperador³⁰.

As referidas mudanças socioeconômicas pavimentaram o caminho para o surgimento de um conceito de soberania no decorrer do século XVI, por meio de pensadores como Nicolau Maquiavel, Jean Bodin, Johanne Althusius, Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Alberico Gentili e Hugo Grotius³¹.

Apesar de não abordar a questão da soberania, Nicolau Maquiavel foi o primeiro pensador a utilizar o termo “Estado”, cujo conceito se aproximava da ideia de governo. Seu trabalho voltou-se para a natureza da autoridade e para os governantes que lutavam para alcançá-la. Para ele, a noção de Estado era fortemente orientada para o próprio governador e sua máquina política, militar e administrativa³².

Como bem observa Gilberto Bercovici, o núcleo do pensamento de Maquiavel é a concepção de *necessità*³³, traduzida como uma regra de prudência a que o príncipe está submetido em suas ações. Na política de Nicolau Maquiavel, há apenas o reconhecimento da máxima de que na necessidade não há lei, não estando o príncipe subordinado a nenhuma

²⁶ BARTELSON, Jens. **A Genealogy of Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 88.

²⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 50-51.

²⁸ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 6. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>> Acesso em: 07 jul.2019

²⁹ Ibidem, p. 7.

³⁰ Ibidem, p. 7.

³¹ Ibidem, p. 7.

³² Ibidem, p. 7.

³³ MACHIAVELLI, Niccolò; WHITFIELD, John Humphreys. **Il principe. With an Essay on The Prince by John Humphreys Whitfield**. Wakefield: S. R. Publishers, 1969 (1525), p. 159-175.

normatividade ética, jurídica ou religiosa superior³⁴. Dessa feita, o referido teórico separa o poder das noções de moralidade, ética, religião e metafísica, construindo, portanto, o conceito de Estado como um sistema autônomo de valores, independentes de qualquer outra fonte³⁵.

Influenciado pelos ideais de Nicolau Maquiavel, o pensamento de Jean Bodin teve como nascedouro a crescente desordem francesa, causada pelas guerras civis e instabilidade religiosa, atribuídas à luta entre as forças feudais remanescentes, grupos religiosos reformistas e a realeza francesa. O referido pensador buscou encontrar um consenso, a partir do qual a harmonia da comunidade política poderia ser restaurada. Para ele, o caos civil e a anarquia apenas poderiam ser evitados se o poder restasse concentrado em uma única entidade³⁶.

Segundo Jean Bodin, o reconhecimento do poder soberano era essencial para escapar da instabilidade social e civil decorrente do desenvolvimento social-econômico e religioso da época. Para ele, a noção de soberania decorre da própria natureza da comunidade política, a qual, em sua visão, só existiria como resultado, e em função, da sociedade³⁷.

Na concepção de Jean Bodin, a soberania é definida como o poder absoluto e perpétuo do Estado. Todavia, esse teórico faz a ressalva de que soberania não é equivalente a absolutismo. Para tanto, ele reconhece duas formas de limitação do exercício do poder soberano: (i) o poder soberano não estava livre da aplicação das leis divina e natural, às quais a autoridade soberana idealizada por ele ainda estava vinculada³⁸⁻³⁹; e (ii) a soberania estaria restrita aos direitos fundamentais ou costumeiros da comunidade política e ao direito de propriedade de seus cidadãos⁴⁰.

Entre o final do século XVI e o início do século XVII, o debate político com relação à soberania pautou-se na concepção de que o poder soberano residia em apenas uma das duas figuras – povo ou governante. Embora muitos opositores do crescente poder da monarquia acabassem por ignorar as conclusões de Jean Bodin, muitos defensores da

³⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 62.

³⁵ ISENBAERT, op. cit., p. 7-8.

³⁶ BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André (ed.); CHRISTIANS, Allison (ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation. V. 60. The Netherlands: Kluwer Law International B. V., 2017, p. 74.

³⁷ HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 121.

³⁸ Contudo, Bodin não discute em detalhes como ocorreria tal limitação ou como uma violação do governante ao direito divino ou natural deveria ser punido. (HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 122.)

³⁹ Ibidem, p. 122.

⁴⁰ Ibidem, p. 123.

monarquia partiram da sua teoria para reforçar a ideia do poder divino dos reis. Para tais defensores, a soberania natural da autoridade de governo seria uma prova de que ela – soberania – apenas poderia ser detida por um monarca submetido única e exclusivamente a Deus⁴¹.

Típico exemplo desses teóricos é Johannes Althusius, um calvinista alemão pioneiro em aplicar o pensamento de Jean Bodin para reforçar os interesses da autoridade central, bem como a se pautar pela absoluta inalterabilidade da soberania popular⁴². Segundo ele, há uma clara distinção entre o contrato social – que é a base de identificação do povo como sujeito político – e o contrato de governo, feito entre o povo e o governante. Em sua teoria, o calvinista afirmou que a soberania emanava exclusivamente do contrato social, não havendo sido transferida pelo contrato de governo. Nesse contexto, o governador detinha a administração e exercício da soberania apenas em virtude de sua concessão pelo povo⁴³.

A visão de soberania externa teve seu surgimento no século XVI, junto com o nascimento do direito internacional, por meio de teólogos espanhóis dessa época, como, por exemplo, Francisco de Vitória e Francisco Suárez. A necessidade de legitimar a conquista do Novo Mundo, utilizando fundamentos jurídicos, mormente de cunho religioso, foi a pedra fundamental da soberania externa⁴⁴.

Francisco de Vitória, um frade dominicano, foi o primeiro a introduzir o conceito de *communitas orbis*, segundo a qual os Estados soberanos, igualmente livres e independentes, estão sujeitos, no plano externo, a um mesmo tratamento das gentes e às leis constitucionais por eles mesmos instituídas⁴⁵.

Francisco Suárez, por sua vez e cujo pensamento veio após Francisco Vitória, propôs uma teoria parcial ou limitada de soberania com o objetivo de preservar a superioridade da Igreja sobre o Estado secular puro⁴⁶. Em sua visão, enquanto o Papa detinha autoridade advinda diretamente de Deus, o governante mundano derivava a sua autoridade da comunidade, em virtude da transferência da soberania do povo, que havia sido permanentemente alienada para o governante⁴⁷.

⁴¹ HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 122.

⁴² *Ibidem*, p. 132.

⁴³ *Ibidem*, p. 132.

⁴⁴ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 25.

⁴⁵ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 27.

⁴⁶ HINSLEY, op. cit., 135.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 136.

Todavia, divergindo da tese central de seus antecessores⁴⁸, Francisco Suárez defendeu que o povo detinha a prerrogativa de reservar alguns de seus direitos quando da transferência de poder ao governante, introduzindo, portanto, uma soberania limitada⁴⁹.

Francisco Suárez também introduziu restrições à soberania ao realizar uma clara distinção entre os conceitos de direito natural e direito internacional positivo, desenvolvido com base nos costumes e nos acordos. Segundo o referido jesuíta espanhol, além de adotar princípios fundamentais baseados no direito natural, como o *pacta sunt servanda*, o direito internacional positivo compreende tanto as leis que devem ser respeitadas no plano dos Estados (*ius inter gentes*) como a lei que todos os Estados reconhecem em seu plano interno (*ius intra gentes*)⁵⁰. Com isso, os Estados soberanos eram vistos como membros de uma comunidade global⁵¹, que, ao mesmo tempo, participam na criação e estão sujeitos ao direito internacional⁵².

Por conta da obra de Alberico Gentili e, principalmente, da de Hugo Grotius, o direito é tornado autônomo não apenas em relação à moral e à teologia, mas também em relação ao natural⁵³. Assim como Francisco Suárez, Hugo Grotius deve ser reconhecido mais pelas abordagens relacionadas aos limites da soberania do que pela dedicação ao desenvolvimento de seu conceito⁵⁴. Considerado o “pai do direito internacional”⁵⁵, Hugo Grotius idealizou uma ordem legal abrangente baseada na supremacia do direito internacional, respeito e igualdade entre os Estados soberanos.

Como se pode observar, os principais teóricos das primeiras noções de soberania não desvincularam as suas concepções do desenvolvimento político e socioeconômico europeu pós-século XV⁵⁶. As necessárias mudanças nas sociedades onde viviam não apenas inspiraram suas teorias, mas também foram a causa de transformações políticas. Com o crescimento do comércio, surgimento da manufatura e introdução de tributos reais, a ordem feudal iniciou um período de pleno declínio na medida em que o poder na Europa ocidental

⁴⁸ Bodin e Althusius.

⁴⁹ HINSLEY, op. cit., p. 136.

⁵⁰ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 11. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation> > Acesso em: 10 jul.2019.

⁵¹ MURPHY JR., Cornelius F. The Grotian Vision of World Order. **The American Journal of International Law**. V. 76, n. 3 (july). Washington: American Society of International Law, 1982, p. 477-479. Disponível em: <http://omero.humnet.unipi.it/2004/matdid/517/murphy_ocr.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁵² ISENBAERT, op. cit., p. 11.

⁵³ MARCELO, op. cit., p. 30.

⁵⁴ ISENBAERT, op. cit. 11.

⁵⁵ PERREZ, Franz Xaver. **Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law**. Haia: Kluwer Law International, 1997, p. 36.

⁵⁶ ISENBAERT, op. cit., p. 12.

passou a concentrar-se cada vez mais nas monarquias ou outros territórios sob governança única⁵⁷.

Durante o século XVI, com a resgate da cultura clássica propiciada pelo mercado renascentista, bem como diante do rápido desenvolvimento das artes, literatura e filosofia, houve um gradativo declínio do poder da Igreja e autoridade do Imperador⁵⁸. A religião, que antes era efetiva na solução de conflitos e na manutenção da paz europeia, passou a ser motivo para incremento do caos, brutalidade e intolerância por todo o continente⁵⁹, já que soberanos, como Henry VIII⁶⁰, Philip II⁶¹ e Gustav Wasa⁶² começaram a utilizá-la para fins políticos⁶³. Típico exemplo de tal transformação foi a Guerra dos Trinta Anos, que perdurou entre 1618 e 1648, envolvendo Boêmia, França, Itália e Províncias Unidas⁶⁴, e culminou na celebração da Paz de Vestfália.

O referido tratado, que pôs fim à Guerra de Trinta Anos, compunha-se de dois acordos distintos: (i) o Tratado de Münster, contratados entre as partes católicas; e (ii) o Tratado de Osnabrück, concluído pelos protestantes. De acordo com o termo de paz, alguns “países” estenderam o seu território, enquanto outros tiveram a soberania sobre seus territórios confirmada. Foi reconhecida a soberania territorial dos Estados integrantes do acordo em relação ao Império, que passaram a poder realizar pactos entre si, surtindo efeitos perante terceiros. Os conflitos religiosos foram solucionados com base no princípio *cuius*

⁵⁷ CAMILLERI, Joseph A.; FALK, Jim. **The end of Sovereignty?: The Politics of a Shrinking and Fragmenting World**. Aldershot: Edward Elgar, 1993, p. 13.

⁵⁸ ISENBAERT, op. cit., p. 13.

⁵⁹ PERREZ, op. cit., p. 21.

⁶⁰ Nascido em 28 de junho de 1491, em Greenwich, Henrique VIII foi rei da Inglaterra (1509-47), e presidiu os primórdios da Renascença inglesa e da Reforma inglesa. (ELTON, Geoffrey R.; MORRILL, John S. **Henry VIII**. Encyclopædia Britannica, inc. 2019. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Henry-VIII-king-of-England>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

⁶¹ Nascido em 21 de maio de 1527, em Valladolid, foi rei dos espanhóis (1556-1598) e rei dos portugueses (como Felipe I, 1580-1598). Durante seu reinado, o império espanhol alcançou seu maior poder, extensão e influência, embora não tenha conseguido suprimir a revolta dos Países Baixos (a partir de 1566) e perdeu a “Invencível Armada” na tentativa de invasão da Inglaterra (1588). (KOENIGSBERGER, Helmut Georg. **Philip II**. Encyclopædia Britannica, inc. 2019. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Philip-II-king-of-Spain-and-Portugal>>. Acesso em: 02 jul. 2019).

⁶² Nascido em 12 de maio de 1496, foi rei da Suécia (1523-60) e fundador da linha dominante Vasa, que estabeleceu a soberania sueca independente da Dinamarca. (AUGUSTYN, Adam, et. al. **Gustav I Vasa**. Encyclopædia Britannica, inc. 2019. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Gustav-I-Vasa>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

⁶³ ISENBAERT, op. cit., p. 13.

⁶⁴ HOLSTI, Kalevi Jaakko. **Peace and war: Armed Conflicts and International Order 1648-1989**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 25.

regio, eius religio, pelo qual a religião do governante deve determinar a religião do seus governados/súditos⁶⁵.

Nesse contexto, a Paz de Vestfália⁶⁶ deu origem a um sistema territorial que definiu a soberania dos Estados, cada um dotado de administração centralizada própria e detentor do monopólio no uso da violência legítima⁶⁷. A consolidação desses Estados é então desvinculada de ideologias e religiões, sobrepondo-se à dominação da Igreja e do Império⁶⁸. Contudo, vale ressaltar que os tratados supramencionados continham elementos que limitavam a soberania dos Estados contratantes, na medida em que previam serem as partes obrigadas a defender e proteger os regulamentos previstos nesses acordos⁶⁹.

Enquanto a Paz de Vestfália legitimou o conceito de soberania, cuja noção teórica teve início com Philippe de Remi Beaumanoir, no século XIII, e aperfeiçoou-se no período da Guerra dos Trinta Anos⁷⁰, a instabilidade social e política causada pela Guerra Civil inglesa propiciou o surgimento de uma nova concepção de soberania, idealizada por Thomas Hobbes.

Para ele, o desejo dos homens pela glória e poder sempre os levaram a quebrar suas promessas, a não ser que exista um poder central forte o suficiente que garanta o seu cumprimento. Nesse sentido, ao contrário dos teóricos anteriores, o referido filósofo foi o primeiro a conceber que a visão dualística da política – baseada na figura entre governante e governado – era a principal fraqueza das teorias existentes⁷¹.

Além de acabar com o referido dualismo, eliminando qualquer direito atribuído ao povo, Thomas Hobbes defendeu a extinção da personalidade do povo, já que, na sua visão, o povo não era capaz de agir em prol de um propósito comum sem a existência de uma autoridade central à qual o poder é conferido⁷².

⁶⁵ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 13. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>> Acesso em: 07 jul.2019

⁶⁶ Com a Paz de Vestfália houve o surgimento da estrutura da comunidade internacional, permanecendo dessa forma por três séculos, até o nascimento da ONU, em 1945 (FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17).

⁶⁷ Ante a ausência de um monopólio público da força, já que o poder (principalmente) militar está concentrado nas mãos de cada Estado, cada ator garante a própria segurança com suas forças, sozinho ou em combinação com os aliados.

⁶⁸ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 30.

⁶⁹ ISENBAERT, op. cit., p. 13.

⁷⁰ Ibidem, p. 15.

⁷¹ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 15. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>> Acesso em: 17 jul.2019

⁷² HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 142.

Para tanto, um contrato social seria celebrado apenas entre os indivíduos, e não entre os indivíduos e o soberano. Ou seja, segundo a teoria desenvolvida por Thomas Hobbes, o soberano não seria parte do contrato, mas o seu resultado. Conseqüentemente, qualquer falha decorrente do contrato social celebrado não poderia ser a ele imputada, mas apenas aos indivíduos, os quais figurariam como coautores das ações do soberano. Tal coautoria, por si só, protegeria o soberano de eventuais críticas dos governados, que não poderiam responsabilizá-lo por seus atos. Portanto, por definição, o soberano não seria capaz de agir ilegalmente, já que, pelo contrato social celebrado, ele determinaria o que é justo e injusto; sua ação se confundiria com a lei⁷³.

Sem sombra de dúvidas, a soberania de Thomas Hobbes foi o conceito mais absoluto idealizado até então. Publicado apenas três anos após a Paz de Vestfália, seu livro – *Leviatã* – marcou o momento em que o conceito de soberania tomou o centro de todos os pensamentos políticos na Europa. De fato, suas ideias foram o pano de fundo de todos os debates subsequentes, não apenas em virtude do conceito de soberania baseado no contrato entre todos os indivíduos, mas porque sua teoria representava a desvinculação⁷⁴ da análise dos problemas políticos de bases teológicas⁷⁵.

Um dos pontos centrais do *Leviatã* é a obrigatoriedade da lei civil, explicitando a necessidade de obediência e disciplina pelos súditos. Para Thomas Hobbes, a lei natural não é suficiente para constituir uma comunidade política, pois inexistente um poder comum respeitado por todos. De outro lado, a lei civil é um instrumento da disciplina, um produto da obediência, fundada na soberania. Trata-se de fruto do consenso entre os cidadãos e a sociedade em troca do reconhecimento e da constituição da autoridade soberana⁷⁶.

A exemplo de seus antecessores, o desenvolvimento da teoria soberana de Thomas Hobbes surge da ideia de prover estabilidade e paz para a comunidade. Aliás, considerando que ele presenciou, já na fase adulta, anos muito turbulentos por força da Guerra Civil inglesa, não causa nenhuma surpresa o fato de ter percebido a grande necessidade de uma sociedade unida por forte liderança⁷⁷.

⁷³ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 15. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>. Acesso em: 22 jul.2019

⁷⁴ A teoria idealizada por Hobbes representa uma mudança de paradigma na análise política. O que antes era analisado sob o ponto de vista teológico passou a ser observado de forma racional (Ibidem, p. 16).

⁷⁵ HINSLEY, op. cit., p. 144.

⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 87.

⁷⁷ EBENSTEIN, William. **Great Political Thinkers**. 3. ed. New York: Holt. Rinehart and Winston, 1963, p. 359.

De fato, é exatamente na aversão à anarquia, uma forma de acabar com o caos e a instabilidade social, que o conceito de soberania moderna encontra as suas raízes: a centralização do poder em uma única e definida entidade. Portanto, a concepção por trás da soberania não é a maximização do bem-estar da sociedade, mas a manutenção da ordem, condição necessária para qualquer conjunto de medidas que visem ao aumento do bem-estar ou qualquer outro objetivo da comunidade⁷⁸.

Tem-se, portanto, que a soberania é um conceito desenvolvido durante a Idade Média, que está intimamente ligada à própria criação dos Estados e suas delimitações territoriais. Dotados de administrações centralizadas e próprias, além de deter a prerrogativa de utilização da violência como uma forma de manutenção da paz e a ordem dentro dos seus limites territoriais, a soberania nada mais é do que a existência de um poder supremo sobre uma entidade política. Em sua forma mais simples⁷⁹, ela pode ser definida como o poder detido por um Estado dentro de seu território, cuja autoridade exclusiva não está sujeita a qualquer tipo de interferência por qualquer outro Estado.

Durante o século XVII, o entendimento de soberania atingiu sua adolescência⁸⁰ com o pensamento de Thomas Hobbes e o estabelecimento da comunidade europeia inspirado no sistema de Estados-Nação derivado da Paz de Vestfália⁸¹. Todavia, como conceito mutante e que vem sendo desenvolvido desde os tempos do Império Romano, faz-se mister a distinção de seu componente interno, relação entre a autoridade central dentro de um determinado território (soberania interna), do seu componente externo, sua relação com outros Estados, igualmente soberanos, dentro de um plano internacional.

Desde já, contudo, é importante se ter em mente que soberania externa e interna estão intrinsecamente relacionadas, de modo que a posse da soberania externa, sem a simultânea aquisição da soberania interna (e vice-versa) seria uma contradição (*contradictio in*

⁷⁸ BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André (ed.); CHRISTIANS, Allison (ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation. V. 60. The Netherlands: Kluwer Law International B. V., 2017, p. 77.

⁷⁹ Ibidem, p. 76.

⁸⁰ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 16. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>. Acesso em: 22 jul.2019

⁸¹ “O processo de criação dos Estados europeus culmina nos tratados de Vestefália (1648) que põem termo à guerra dos Trinta Anos e, simultaneamente, selam a ruptura religiosa da Europa, o fim da supremacia política do Papa (mesmo nos países católicos) e a divisão da Europa em diversos Estados independentes, cada qual compreendido dentro de fronteiras precisas. A República Christiana sucede, assim, um sistema de Estados Soberanos e iguais.” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 39).

adjecto)⁸². Isto é, assim como faces da mesma moeda, ambas as soberanias são complementares e essenciais, sem as quais não há que se falar em Estado soberano.

1.1.2 Soberania interna

Influenciado pelo pensamento de Thomas Hobbes, a soberania no período pós-Vestfália é tida por um poder central legitimado por uma lei civil⁸³, que deve ser observado e obedecido por parte dos súditos estabelecidos naquele território, sob pena de repreensão por parte do soberano. Nesse período, dentro dos limites territoriais do Estado o soberano era absoluto, não estando submetido às leis civis, além de não estar limitado pela propriedade, tampouco pela tributação consentida⁸⁴.

Contudo, com o desenvolvimento das sociedades e o consequente aumento da complexidade da ordem social, iniciou-se o surgimento de uma demanda por uma forma de governo mais flexível e equilibrada. Se, de um lado, havia uma dependência da soberania como forma de unificação social, de outro, surgia uma crescente necessidade por um sistema legal reconhecido pelo soberano e que pudesse regular as então complexas relações entre os atores do corpo político⁸⁵.

Em razão disso, com o aumento da complexidade das organizações sociais e o surgimento de demandas na regulamentação das relações tanto entre os indivíduos quanto entre estes e o soberano, a soberania, tida por absoluta no pensamento de Thomas Hobbes, acabou por passar por restrições defendidas pelos teóricos subsequentes, mormente John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu.

Nesse contexto, a partir da Revolução Francesa, datada de 1789, nota-se uma limitação da soberania interna com o consequente fortalecimento da soberania externa. Referida limitação, ou completo esvaziamento da soberania interna, foi agravada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e com a instituição das

⁸² GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 22 jul.2019.

⁸³ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 87.

⁸⁴ BERCOVICI, op. cit., p. 87.

⁸⁵ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 17. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>. Acesso em: 22 jul.2019.

Constituições dos Estados, que lhes estabeleceram a divisão de poderes, o princípio da legalidade e os direitos fundamentais⁸⁶.

Com a construção do Estado de Direito e da democracia europeia, entre o período compreendido entre o século XIX e a metade do século XX, no qual todos os poderes estão sujeitos à lei, a soberania, da forma até então entendida como poder absoluto e irrestrito do governante, deixa de existir. Em substituição, surge um poder central limitado, vinculado não somente à lei, mas também ao princípio da maioria e aos direitos fundamentais⁸⁷.

1.1.3 Soberania externa

O absolutismo hobbesiano chegou em seu auge no século XIX. Naquele período, vigorava a máxima de que os Estados eram totalmente independentes, mesmo em relação à comunidade de nações como um todo. Resultado dessa evolução no conceito de soberania, culminou em Estados totalmente independentes entre si, porquanto aquele era calcado totalmente à territorialidade⁸⁸.

Entre a metade do século XIX e a metade do século XX, enquanto a soberania interna passou por um processo de limitação, mormente em razão do direito e suas leis constitucionais, a soberania externa seguia um caminho diametralmente oposto. Fundamentada pelo fortalecido sentimento de nacionalidade dos Estados recém-formados, a soberania externa chega a uma dimensão na comunidade internacional equivalente a uma total liberdade, as suas formas mais desenfreadas e ilimitadas. Típico exemplo dessa “liberdade selvagem” são as guerras e conquistas coloniais e as duas Guerras Mundiais⁸⁹.

Naquele período, portanto, um Estado, com seu sistema jurídico fechado e autossuficiente, compete externamente com outros Estados igualmente independentes, dentro de um ambiente marcado por aspirações expansionistas, de domínio ou de destruição, alimentados por terríveis corolários e exaltação à guerra⁹⁰. Para Hegel, não havia nenhuma

⁸⁶ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 33.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

⁸⁸ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 22. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>. Acesso em: 22 jul. 2019

⁸⁹ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, pp. 34-35.

⁹⁰ Ibidem, p. 35.

lei, seja ela divina ou natural, que pudesse prevalecer sobre as leis dos Estados⁹¹, chegando a ponto de afirmar que qualquer discordância entre as vontades dos Estados que não pudesse ser harmonizada somente poderia ser dirimida por meio de guerra⁹².

Nesse contexto, há uma expansão contínua da soberania externa, que vai desde os descobrimentos e suas colonizações até a criação de Estados e nações dependentes ou colônias. Essa realidade atinge seu auge com as duas Grandes Guerras do século XX (1914 e 1945) e inicia seu declínio com a instituição da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945⁹³.

O aumento do poder destrutivo presenciado a cada guerra, como a utilização do gás neurotóxico durante a Primeira Guerra Mundial e dos mísseis de longo alcance e fissão nuclear na Segunda, levou ao consenso global de que o direito à guerra (*ius ad bellum*) dos Estados, que pouco tempo atrás era considerado um componente essencial da soberania externa, deve ser limitado por uma organização internacional⁹⁴.

A Liga das Nações (1919-1946) foi a primeira tentativa de estabelecer tal organização internacional após a Primeira Guerra Mundial. Contudo, ela não se mostrou suficiente para reduzir o abismo existente entre os princípios federais para os quais foi criada e a prática internacional dos Estados, que ainda era fortemente pautada na ilimitada soberania estatal⁹⁵.

A Organização das Nações Unidas, no entanto, teve um enorme impacto no conceito de soberania dos Estados individualmente considerados. De fato, de acordo com a Carta das Nações Unidas, todos os Estados-Membros deveriam abdicar de seus *ius ad bellum*, haja vista que a renúncia ao direito de ir à guerra era uma condição necessária para a adesão à recém-criada organização supranacional⁹⁶. Nasce, portanto, com a Carta das Nações

⁹¹ ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010, p. 24. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>. Acesso em: 22 jul.2019

⁹² EBENSTEIN, William. **Great Political Thinkers**. 3. ed. New York: Holt. Rinehart and Winston, 1963, p. 594.

⁹³ MARCELO, op. cit., p. 35-36.

⁹⁴ ISENBAERT, op. cit., p. 25.

⁹⁵ HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 210.

⁹⁶ ISENBAERT, op. cit., p. 26.

Unidas⁹⁷, um novo direito internacional⁹⁸, dotado de uma nova estrutura, deixando para trás os modelos até então adotados de pacto associativo (*pactum associationis*), para atingir o patamar de pacto de sujeição (*pactum subjectionis*).

Trata-se do declínio da soberania conquistadora e desenfreada experimentada nos séculos precedentes, que passa a dar lugar, pela primeira vez na história, a um conceito de soberania no qual um Estado soberano pode, por livre e espontânea vontade, aderir a determinadas limitações à sua soberania imposta por tratados internacionais, sem deixar de ser soberano⁹⁹. A partir de então, o aumento da interdependência econômica entre os Estados durante o século XX levou os países a eliminarem suas barreiras ao comércio internacional, o que culminou na assinatura do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*), em 1º de janeiro de 1948.

De fato, a Carta das Nações Unidas¹⁰⁰ instaurou um novo marco na relação entre Estados igualmente soberanos, inaugurando um ciclo não só de cooperação econômica, mas também de pactos sociais, respeito ao meio ambiente, etc. Consequência lógica dessa nova forma de se relacionar é o surgimento dos blocos econômicos como a União Europeia, a Declaração Universal do Direito do Homem e do Cidadão, entre outros, e cujas deliberações impactam, atualmente, a soberania dos Estados em todas as áreas de atuação, inclusive a tributação¹⁰¹.

Portanto, com o surgimento de instituições supranacionais reconhecidas por seus Estados-Membros, inicia-se uma nova era da soberania estatal, em que a completa

⁹⁷ A Carta das Nações Unidas foi elaborada pelos representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniu em São Francisco de 25 de abril a 26 de junho de 1945. As Nações Unidas, entretanto, começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários. A Carta da ONU é o documento mais importante da Organização, como registra seu artigo 103: “No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 26 JUN 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acessado em: 17 de julho de 2019).

⁹⁸ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 36.

⁹⁹ HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 230-232.

¹⁰⁰ “One cannot find objection to Besson’s claim that the principle of equality of states (or sovereignty equality) codified in article 2(1) of the Charter of the United Nations, is also a necessary corollary of the concept of sovereignty state.” (GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents’ Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>). Acesso em: 11 de ago. 2019.

¹⁰¹ Notadamente os acordos internacionais para evitar a bitributação, os quais surgiram inicialmente com o propósito de estabelecer métodos que aliviassem a dupla tributação sofrida pelos contribuintes, mas tiveram seu escopo expandido para combater arranjos abusivos e a dupla não tributação, ao prever mecanismos de auxílio entre os países, tais como trocas de informações e assistência na coleta de tributos.

independência e liberdade do Estado, que poderia ser limitada apenas pela vontade do próprio Estado, dá lugar à aceitação¹⁰² de um direito internacional de observância obrigatória e vinculante¹⁰³.

Sob o ponto de vista fiscal, costumes e acordos internacionais¹⁰⁴ (e.g. acordos celebrados no âmbito da OCDE e da Organização das Nações Unidas - ONU, da qual, inclusive, o Brasil é signatário) delimitam a soberania fiscal dos países e constituem, juntamente com as normas internas dotadas de elementos de estraneidade¹⁰⁵, o direito tributário internacional. Apesar das diversas discussões envolvendo o conceito e natureza desse direito¹⁰⁶, para fins da presente tese, limitaremos a nossa análise à consideração de que o referido instituto mormente os costumes e acordos internacionais celebrados devem ser observados pelos Estados, restringindo a sua soberania fiscal.

Nessa vereda, para fins da presente tese, considerar-se-á que mesmo um Estado soberano pode ter sua “soberania limitada” por força de um direito internacional que deve ser observado, principalmente no exercício de sua respectiva jurisdição. Consequência direta dessa sujeição às normas tributárias internacionais, é que a adequação da teoria da fonte pelos países, com vistas à tributação de negócios jurídicos transnacionais realizados no âmbito da economia digitalizada, deve se atentar aos preceitos internacionais¹⁰⁷, sem os quais não há que se falar em legitimidade da sua adesão.

Antes, porém, abordaremos a prerrogativa de os Estados soberanos criarem obrigações tributárias, bem como exigirem o seu cumprimento por parte dos contribuintes.

¹⁰² Besson destaca a existência de um link entre soberania e direito internacional, já que são Estados soberanos que criam as leis internacionais, segundo sua própria vontade, que, ao mesmo tempo, limitam a sua soberania em virtude dos desejos de todos os Estados. (BESSON, Samantha. **Sovereignty**. Max Planck Encyclopedia of International Law. 2011 Disponível em: <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1472?prd=EPIL>>. Acesso em: 15 ago. 2019, p. 31).

¹⁰³ PERREZ, Franz Xaver. **Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law**. Haia: Kluwer Law International, 1997, p. 51.

¹⁰⁴ JARACH, Dino. O Fato Imponível. Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 47.

¹⁰⁵ VASCONCELLOS. Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 75.

¹⁰⁶ Sobre direito tributário internacional vide ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 10.; XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 3 e ss.; SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2002, p. 48; VASCONCELLOS, op. cit., p. 68-75.

¹⁰⁷ Vide item 1.2.

1.1.4 Soberania e tributação (jurisdição tributária)

Como visto, o cerne por trás da soberania é a existência de uma entidade com poder superior dentro de um Estado, e que detém a prerrogativa de instituir as leis sem nenhuma interferência externa¹⁰⁸ - o poder de autodeterminação de um Estado¹⁰⁹⁻¹¹⁰. Tal necessidade, aliás, decorre da precariedade da sociedade na manutenção da paz e da ordem, sem as quais não há prosperidade, independentemente do sistema político¹¹¹.

A soberania pode ser vista sob a ótica interna e externa. Enquanto a primeira diz respeito às relações entre os súditos e seu soberano, a segunda refere-se ao relacionamento entre Estados igualmente independentes e soberanos. O poder de tributar, ou melhor, a faculdade de editar normas instituindo a obrigação de entregar quantias ao Estado como forma de pagamento de tributo é uma vertente do exercício da soberania.

Desde as mais remotas formas de sociedade organizada, há registros de alguma espécie de cobrança para gastos coletivos, como os dízimos, cobrados no século XIII a.C. sobre frutos, carnes, óleos e mel¹¹².

Na antiguidade, os tributos não eram cobrados dos cidadãos livres, mas apenas daqueles que tivessem a liberdade privada, sendo tido como o preço da falta de liberdade¹¹³.

Na Idade Média, o contexto da tributação assume outras cores, sendo o consenso a palavra de ordem¹¹⁴. A tributação pública e os impostos eram considerados sempre eventos extraordinários, já que tinham por objetivo financiar as guerras e a defesa do reino, e os recursos ordinários eram provenientes do domínio real. Por isso, a necessidade do

¹⁰⁸ BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André (ed.); CHRISTIANS, Allison (ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation. V. 60. The Netherlands: Kluwer Law International B. V., 2017, p. 78.

¹⁰⁹ A existência do Estado é fundamental para a Soberania. Esta só existirá se houver um Estado. O Estado, por sua vez, pressupõe a soberania para a sua existência, por ela é um dos fundamentos do Estado (MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 23.).

¹¹⁰ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 11.

¹¹¹ BRAUNER, op. cit., p. 78

¹¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

¹¹³ *Ibidem*, p. 21.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

consentimento dos súditos¹¹⁵. O homem era tido como livre e apenas no exercício de sua liberdade é que havia espaço para contribuições¹¹⁶⁻¹¹⁷.

Vigorava naquela época o Estado Patrimonial, cuja principal característica era o patrimonialismo financeiro. Aos poucos, o Estado Patrimonial foi dando lugar ao Estado de Polícia, o qual, embora tenha preservado características do antecessor, passou a ser dotado de configuração intervencionistas. Em outros termos, o Estado deixa de ser agente econômico e passar a se valer de todos os instrumentos a seu dispor para dirigir a economia, inclusive os tributos¹¹⁸.

O modelo de Estado de Polícia foi substituído pelo Estado Fiscal, cuja principal característica é seu modo de financiamento ser prioritariamente por tributos. Nesse modelo, não é o Estado que gera a sua riqueza, mas o particular é a fonte originária de riquezas, que transfere uma parcela, por derivação, ao Estado¹¹⁹. Posteriormente, o Estado Fiscal foi substituído pelo Estado Social, que passou a demandar um volume muito maior de recursos para o seu custeio. Assim, em razão do aumento do tamanho do Estado, presenciou-se um significativo incremento da carga tributária¹²⁰.

Atualmente, vigora o Estado Social Democrático de Direito, cuja peculiaridade, além da necessidade arrecadatória dos tributos, é a função distributiva e alocativa, especialmente em seu viés indutor¹²¹.

Verifica-se, portanto, que o poder de tributar, ou seja, o direito de instituir e arrecadar tributos, pertence exclusivamente a entidades denominadas Estados¹²². Tal qualidade é sempre o resultado do exercício de um poder central. Inicialmente, por meio de tratamento discricionário, já que cidadãos não estavam sujeitos ao seu pagamento, enquanto escravos e estrangeiros estavam. Posteriormente, à medida que o conceito de soberania, junto com a noção de Estado, vai se desenvolvendo como um poder necessário para evitar o caos e a desordem social, proporcionando o bem-estar coletivo e o desenvolvimento da sociedade, a

¹¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 53.

¹¹⁶ Em tais circunstâncias, o tributo jamais poderia ser imposto contra a sua vontade, sendo necessário o consentimento na sua cobrança. (SCHOUERI, op. cit., p. 21).

¹¹⁷ SCHOUERI, op. cit., p. 21-22.

¹¹⁸ Ibidem, p. 24.

¹¹⁹ Ibidem, p. 25.

¹²⁰ Ibidem, p. 29.

¹²¹ Ibidem, p. 29.

¹²² GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 1. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em 11 ago. 2019.

tributação vai deixando de ser um elemento acessório, cobrado de alguns ou por questões circunstanciais (como em períodos de guerra, por exemplo), e começa a ser algo imposto em caráter permanente, sendo a principal fonte de recursos do Estado.

Em todos os casos, o poder que legitima a exigência de tributos, quer sobre os governados, quer sobre transações em seu território, é o poder jurídico superior detido pelo Estado, cujos preceitos (*e.g.*, dever de entregar determinada quantia ao Estado a título de tributo) devem ser cumprido por todos, sob pena de sanção por parte do Estado, inclusive mediante a utilização de violência. Note-se, dessa forma, que o direito¹²³ que o Estado tem de exigir tributos, ou melhor, a soberania fiscal (jurisdição tributária), nada mais é do que a decorrência do exercício de sua soberania interna, hoje, altamente regulamentada, ou melhor, limitada por normas e princípios constitucionais, de forma a permitir a realização¹²⁴ de valores como justiça, segurança jurídica e igualdade.

Em que pese o enfraquecimento da soberania interna verificado entre a metade do século XIX e a metade do século XX, no que tange à fiscal, a doutrina tradicional defende a inexistência de restrições ao exercício da competência dos Estados para legislar nessa matéria. E o fundamento de tal ausência é a própria soberania fiscal, que, no entendimento de Alberto Xavier, seria um simples aspecto da soberania do Estado em geral¹²⁵. Um corolário lógico do caráter ilimitado da própria soberania¹²⁶.

De acordo com K. Friedrich, contudo, o princípio da soberania fiscal não confere carta branca aos Estados na prática de sua deliberação tributária. Soberania, nesse caso, não significa um poder ilimitado e absoluto do Estado. Muito pelo contrário, referido princípio

¹²³ De acordo com Allix Albrecht, "(...) the right to tax is justified in international law essentially as an attribute of statehood or sovereignty, limited by international law (...), and exercised in varying manners according to the policies of the states possessors of it". (ALBRECHT, Allix. *The Taxation of Aliens under International Law*. Y.B. Int'l, 1952, p. 148 apud MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Deventer, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers, n. 9, p. 23. 1989.).

¹²⁴ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 78.

¹²⁵ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

¹²⁶ KNECHTLE, Arnold. **Basic problems in international fiscal law**. Deventer: HFL (Publishers), 1979, p. 34. (apud *Ibidem*, p. 9)

denota apenas um poder supremo relativo sujeito à lei¹²⁷. Sob esse aspecto, soberania fiscal existe apenas e tão somente dentro da circunscrição do direito internacional¹²⁸.

Como bem observado pelo árbitro Max Huber, quando do julgamento do *Island of Las Palmas Case*, o objetivo do direito internacional é garantir a coexistência de diferentes interesses que valem a pena ser protegidos. Na seara do direito internacional público, sua função é demarcar as esferas de validade das diversas ordens nacionais, determinando a quem, como e quando as leis de um Estado soberano devem e podem ser aplicadas. Em outras palavras, as normas de direito internacional estabelecem sobre quais pessoas, território, o momento e sobre qual objeto a soberania do Estado pode ser estendida¹²⁹⁻¹³⁰. Definida a jurisdição dos Estados, as leis nacionais são livres para definir o seu âmbito de incidência.

Tida como um dos mais importantes aspectos desse instituto, a jurisdição deve ser entendida como o poder do Estado de estabelecer a sua própria legislação, bem como decidir a melhor forma de exigir o seu cumprimento¹³¹. A soberania é, portanto, uma pré-condição da jurisdição, de tal modo que esta existe até onde a primeira existir e, inversamente, perde a sua legitimidade quando aquela ultrapassar¹³².

Sob o ponto de vista fiscal, a jurisdição tributária expressa o poder que o Estado possui de criar obrigações tributárias, bem como exigir o seu cumprimento por parte dos contribuintes. Observe-se, portanto, que a citada jurisdição pode ser segregada em jurisdição para instituição/criação de tributos (jurisdição para prescrever) e jurisdição para exigir o cumprimento da obrigação tributária (jurisdição para cobrança).

¹²⁷ Para Knechtle “ In the case of IFL (international Fiscal Law) it is not a matter of choice of law but a matter of limitation of law; in other words, the question is whether the tax authorities can apply international (domestic) fiscal law to certain fiscal facts”. KNECHTLE, Arnold. **Basic Problems in International Fiscal Law**. HFL (Publishers), 1979. (apud MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers, n. 9, p. 30, 1989.)

¹²⁸ FRIEDRICH, Kurt. Gibt es eine Völkerrechtliche grenze für die Höhe der Besteuerung? Dissertation, Köln 16 (1972) apud Ibidem, p. 30.

¹²⁹ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 3. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em 21 ago. 2019.

¹³⁰ MARTHA, op. cit., p. 24.

¹³¹ GADŽO, ap. Cit., p. 3.

¹³² XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10.

A jurisdição para prescrever é o direito do Estado em legislar¹³³. No âmbito fiscal, o direito a instituir tributos é um atributo essencial à soberania do Estado¹³⁴, que, a princípio¹³⁵, é livre o suficiente para aplicar tributos sobre fatos, coisas ou pessoas. Tal liberdade, no entanto, é alvo de frequente questionamento pela doutrina, que não é unânime em admitir a tributação dos fatos, coisas ou pessoas que não tenham qualquer conexão com o Estado¹³⁶.

De outro lado, a jurisdição para a cobrança é o direito de o Estado implementar seu sistema legal e decisões judiciais. Via de regra¹³⁷, a jurisdição para a cobrança de determinado Estado está adstrita ao seu território, haja vista que atuações fora de seu território podem interferir na soberania de outro Estado¹³⁸. No campo do direito tributário, o Estado pode apenas instituir tributos e iniciar procedimentos de fiscalização dentro de seu território¹³⁹, salvo se amparado por acordos internacionais e mediante o auxílio de governos estrangeiros.

Da mesma forma que o Estado tem a população e territórios como elementos, a soberania também pode ser distinguida entre soberania pessoal e soberania territorial¹⁴⁰. Considera-se soberania pessoal a qualidade que o Estado possui de tributar seus nacionais, independentemente do país em que se encontrem. De outro lado, define-se soberania territorial o poder detido pelo Estado de legislar sobre fatos, coisas ou pessoas estabelecidas em seu território. Essas duas faces da soberania legitimam os Estados a poder tributar até os

¹³³ MONSENEGO, Jérôme. **Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation**. IBFD Doctoral Series. V. 22. Online Books, IBFD, 2012, p. 2. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Taxation-Foreign-Business-Income-within-European-Internal-Market>>. Acesso em 21 ago. 2019.

¹³⁴ MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers, n. 9, p. 15. 1989.

¹³⁵ Sobre doutrina realística vide: NORR, Martin. Jurisdiction to tax and international income. **Tax Law Review**, v.17, March 1962, p. 431-462; TADMORE, Niv. Source Taxation of Cross-Border Intellectual Supplies – Concepts, History and Evolution into the Digital Age. **Bulletin for International Taxation**, V. 61, n. 1, 2007, pp. 4-5; OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, pp. 22-23.

¹³⁶ De acordo com Jérôme Monsenego, “no internationally accepted minimum connection is required from and binding on states to exercise jurisdiction to prescribe in the field of tax law, but at the same time it is possible that jurisdiction may not be exercised in the lack of any connection”. (MONSENEGO, Jérôme. **Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation**. IBFD Doctoral Series. V. 22. Online Books, IBFD, 2012, p. 15. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Taxation-Foreign-Business-Income-within-European-Internal-Market>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹³⁷ Utilizamos a expressão via de regra, pois seria possível o cumprimento extraterritorial do sistema jurídico de um Estado mediante a celebração de acordos internacionais com outros Estados soberanos.

¹³⁸ MONSENEGO, op. cit., p. 2.

¹³⁹ Ibidem, p. 8.

¹⁴⁰ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10.

limites onde ela se estende, mas proíbe o exercício de jurisdição quando tais limites são ultrapassados.

Dessa forma, para grande parte da doutrina, mesmo em se tratando de um Estado soberano, nem todas os fatos, coisas ou pessoas estão sujeitos às regras tributárias de determinado país. Para essa corrente, até mesmo a soberania fiscal, tida por ilimitada e corolário lógico da ausência de limitação da própria soberania¹⁴¹, possui restrições impostas pelo direito tributário internacional. E tais limites consistem na existência de um elemento de conexão, real ou pessoal, com determinado Estado.

1.2 ELEMENTOS DE CONEXÃO COM O ESTADO TRIBUTANTE

Como visto, a faculdade de tributar baseia-se na soberania dos Estados¹⁴², estando a jurisdição tributária intimamente relacionada ao conceito de soberania¹⁴³. Trata-se do poder que o Estado tem de arrecadar tributos por meio da edição de leis e exigir o seu cumprimento pelos contribuintes.

Em transações envolvendo residentes ou nacionais daquele território, ou ainda, fatos ocorridos ou coisas localizadas dentro dos seus limites geográficos, não há maiores dúvidas sobre a legitimidade do Estado em exercer a sua jurisdição tributária. Contudo, sempre que houver elementos externos, seja de natureza objetiva ou subjetiva, a jurisdição tributária de um determinado Estado deixa de ser trivial e passa a ser um desafio para o direito internacional¹⁴⁴. Nesses casos, circunscrito pelo conjunto de normas internacionais, cada Estado é livre para decidir como exercer e impor sua jurisdição tributária sobre o elemento estrangeiro.

O cerne da questão é se um Estado soberano pode, no exercício regular de sua jurisdição tributária, exigir tributos sobre quaisquer elementos externos ao seu território ou nacionais. Isto é, um Estado soberano poderia ter o exercício de sua jurisdição tributária abalizada, de alguma forma, pelo direito internacional?

¹⁴¹ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

¹⁴² Ibidem, p. 15.

¹⁴³ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 3. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 9.

De acordo com Asif H. Qureshi¹⁴⁵, existem duas correntes doutrinárias sobre o conteúdo e a extensão da jurisdição tributária de um Estado. A primeira corrente defende que essa jurisdição está delimitada por requisitos previstos pelo direito tributário internacional, que exigem a existência de um elemento de conexão razoável entre o Estado e o sujeito tributado ou objeto tributável. A segunda, por sua vez, nega qualquer tipo de fronteira da jurisdição fiscal de um Estado soberano por aquele direito internacional¹⁴⁶, o qual pode, nesses casos, juridicizar e instaurar relações jurídicas sobre quaisquer fatos, coisas e pessoas, ainda que não tenham nenhum tipo de relação, ou melhor, conexão com o Estado. Trata-se da teoria da doutrina realística¹⁴⁷.

1.2.1 Ausência de limites materiais ao exercício da jurisdição tributária: doutrina realística

Segundo a doutrina realística, o direito internacional não impõe nenhuma restrição no direito de o Estado exercer a sua jurisdição tributária, haja vista tratar-se de um Estado independente e com soberania ilimitada. Para tal corrente, não existe condição mínima ou necessária para um Estado instituir tributos¹⁴⁸. Nela, a ideia geral de que normas internacionais, ao exigirem a existência de um elemento de conexão genuíno entre o Estado e os elementos da tributação, acabariam por estabelecer limites à jurisdição estatal é totalmente descartada¹⁴⁹.

Trata-se, portanto, de uma visão extrema baseada na soberania fiscal ilimitada dos Estados, cujos preceitos são defendidos por alguns doutrinadores. Martin Norr¹⁵⁰, por

¹⁴⁵ QURESHI, Asif H. **The Public International Law of Taxation: Text, Cases and Materials**. London: Graham & Trotman, 1994, p. 24.

¹⁴⁶ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 10. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁴⁷ Vide: KNECHTLE, Arnold. **Basic Problems in International Fiscal Law**. HFL (Publishers), 1979, p. 37; TEJEIRO, Guillermo. Opening the Pandora Box in the International Tax Field. In: **Tax Plan. Int'l Rev.** 42(4), 2015, p. 5; KOBETSKY, Michael. **International Taxation of Permanent Establishments: principles and policy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 23-24; SATO, Mitsuo; BIRD, Richard Miller. International aspects of the taxation of corporations and shareholders. In: **IMF Staff Papers**, Palgrave Macmillan, V. 22, n. 2, jul. 1975, pp. 395-396.

¹⁴⁸ MONSENEGO, Jérôme. **Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation**. IBFD Doctoral Series. V. 22. Online Books, IBFD, 2012, p. 13. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Taxation-Foreign-Business-Income-within-European-Internal-Market>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁴⁹ GADŽO, op. cit., p. 11.

¹⁵⁰ NORR, Martin. Jurisdiction to Tax and International Income. **Tax Law Review**, V.17, Mar. 1962, p. 431.

exemplo, entende que não existem regras no âmbito do direito internacional que demarcariam a jurisdição tributária de um país, o qual seria livre para adotar quaisquer regras que escolhesse. Brian J. Arnold¹⁵¹, por seu turno, vai ainda mais longe que Martin Norr, ao afirmar que o poder de um determinado governo de instituir tributos é apenas confinado por compensações de outros Estados ou limitações na sua cobrança e arrecadação. Para o referido autor, o direito internacional não pode reprimir o exercício da prerrogativa tributária de uma nação, sendo certo que, na maioria dos países, sequer há limitação constitucional¹⁵².

No Brasil, a doutrina realística é abordada por Gerd Willi Rothmann¹⁵³, o qual defende o poder de tributar ilimitado dos Estados, já que não há obstáculo de direito internacional público que impeça os Estados de estabelecerem seus fatos geradores além de suas fronteiras¹⁵⁴. Em razão disso – ausência de limitação –, teoricamente, todos os Estados poderiam tributar pessoas e fatos em qualquer parte do mundo¹⁵⁵. Tal entendimento é também defendido por Armin Spitaler (1976, pp. 165-166 apud SCHOUERI, 2003, p. 232), cujo teor é no sentido de que a competência material dos Estados não deve ser adstrita territorialmente, já que estes se valem de expedientes, como a sucessão e a substituição, por exemplo, para atingir circunstâncias não relacionadas ao território¹⁵⁶.

Tem-se, assim, que, baseado na falta de legislação internacional que restrinja o exercício da soberania fiscal dos Estados, essa corrente defende o poder infinito de tributar dos Estados. Além de dificuldades relacionadas à arrecadação e fiscalização de tributos sobre fatos e pessoas que não guardam nenhuma relação com o Estado¹⁵⁷, a inexistência de fontes normativas externas obliteradoras da soberania é, como visto, combatida por Rutsel Silvestre J. Martha. De acordo com ele, os defensores da teoria realística desconsideram

¹⁵¹ ARNOLD, Brian J. **The Taxation of Controlled Foreign Corporations: an international comparison**. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986, p. 1.

¹⁵² GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 10. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 05 set. 2019.

¹⁵³ ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade do imposto de renda sobre ganhos de capital?. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, V. 10, 2006. pp. 108-109.

¹⁵⁴ Com exceção da não-tributação do corpo diplomático de países estrangeiros.

¹⁵⁵ ROTHMANN, Gerd Willi; Bitributação Internacional. In: **Temas Fundamentais do Direito Tributário Atual**. Belém: CEJUP, 1983, p. 124.

¹⁵⁶ SPITALER, Armin. Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten, 2ª edição, Colônia, Ptto Schmidt, 1976, 165-166, apud SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 332.

¹⁵⁷ GADŽO, op. cit., p. 10.

completamente a função fundamental do direito internacional, que é justamente a delimitação das esferas de validade do sistema legal de um determinado país¹⁵⁸.

Segundo Stejepan Gadžo, a teoria da jurisdição ilimitada carece de suporte sob a perspectiva do direito internacional. A alegação de que o exercício da jurisdição tributária por parte de um Estado não teria limite seria, por si só, uma contradição, já que, como visto, a jurisdição é um conceito regido por normas internacionais, sendo totalmente dependente do conceito de soberania¹⁵⁹.

A doutrina realística sugere que sem poder de tributar não há jurisdição, justamente na contramão dos preceitos de soberania. Nesse sentido, a jurisdição tributária seria definida tendo por base a capacidade do Estado em exigir a arrecadação e efetuar a cobrança de tributos¹⁶⁰, sem, contudo, ser restrita por quaisquer normas de direito internacional. Para tal corrente, seria plenamente possível um Estado que não tivesse nenhuma relação com quaisquer elementos da tributação, sejam eles objetivos ou subjetivos, legalmente exercer a tributação justamente em razão do fato de ele ter um acordo de arrecadação e cobrança com outro Estado, apto a exercer sua soberania territorial sobre um conjunto determinado de fatos¹⁶¹, o que, a nosso ver, não nos parece razoável.

Como bem exemplificado por Jacques Sasseville, a doutrina realística, atualmente, pode explicar a atual dinâmica na tributação internacional. Segundo o referido autor, enquanto se tem discussões intermináveis sobre a existência, ou não, de um nexos suficiente que justifique a tributação dos lucros de uma determinada empresa por um Estado, a verdade é que, provavelmente, as autoridades fiscais estejam mais preocupadas com a forma em que irão exigir e cobrar seus tributos¹⁶².

Dado que, salvo na existência de acordos internacionais, Estados não arrecadam/cobram, tampouco julgam leis tributárias de outros Estados; de acordo com a doutrina realística, a tributação de não residentes geralmente é realizada por meio de retenções na fonte, método este que tem sido cada vez mais utilizado para a respectiva

¹⁵⁸ MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers., n. 9, p. 19. 1989.

¹⁵⁹ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 11. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 05 set. 2019.

¹⁶⁰ TADMORE, Niv. Source Taxation of Cross-Border Intellectual Supplies – Concepts, History and Evolution into the Digital Age. **Bulletin for International Taxation**, V. 61, n. 1, 2007, p. 4.

¹⁶¹ GADŽO, op. cit., p. 11.

¹⁶² SASSEVILLE, Jacques. The Future of the Treaty Rules for Taxing Business Profits. In: Canadian Tax Foundation (ed.), **World tax conference Report**, 2000, p. 3.

arrecadação, já que permite que Estados realizem incursões de cobrança contra não residentes, mediante a simples imposição de medidas dentro do seu território¹⁶³.

Nessa rota, apesar de defenderem a ausência de normas de direito internacional balizadoras do exercício do poder de tributar pelos Estados - e, daí, não haveria nenhuma necessidade de existência de elemento de conexão entre fatos, coisas ou pessoas sujeitas/objeto de tributação com o Estado ou seu território¹⁶⁴ -, a doutrina realística não prega a prática ilimitado da jurisdição tributária. Isto é, não se trata da defesa da liberdade desenfreada dos Estados em exigir o cumprimento de suas normas no exterior, mas sim o reconhecimento de que, em virtude de sua soberania, os Estados são livres para editar normas fiscais com o aspecto material do fato gerador que bem entender. Ao contrário, segundo os preceitos da aludida teoria, o exercício da jurisdição seria adstrito ao poder que os Estados possuem em exigir e arrecadar tributos, mormente em situações implicando não residentes. Trata-se, assim, de uma circunscrição atrelada apenas e tão somente à capacidade de um Estado cobrar impostos.

1.2.2 Necessidade de limites materiais ao exercício da jurisdição tributária

Conforme visto acima, em contraposição à doutrina realística, parte da doutrina tributária internacional defende a existência de restrições materiais ao exercício da jurisdição tributária. Para esses juristas, a jurisdição tributária está adstrita por condições previstas em normas supranacionais que demandam a existência de um nexo¹⁶⁵ entre o Estado e o sujeito tributado ou objeto tributável. Apenas nos casos em que se verifica a presença de tal vínculo é que o Estado estaria apto, ou melhor, teria o condão de exercer o seu direito de impor tributos a fatos, coisas ou pessoas.

No direito tributário internacional, o termo elemento de conexão diz respeito a determinadas situações, que, dada a sua relação intrínseca, vinculam a atribuição de referida competência a determinado Estado (e.g. domicílio e residência, sede e direção,

¹⁶³ TADMORE, Niv. Source Taxation of Cross-Border Intellectual Supplies – Concepts, History and Evolution into the Digital Age. **Bulletin for International Taxation**, V. 61, n. 1, 2007, p. 3.

¹⁶⁴ O que poderia gerar situações injustas, draconianas e resultados absurdos. (TADMORE, Niv. Source Taxation of Cross-Border Intellectual Supplies – Concepts, History and Evolution into the Digital Age. **Bulletin for International Taxation**, V. 61, n. 1, 2007, p. 3).

¹⁶⁵ De acordo com Irineu Strenger a subordinação dos fatos a um sistema jurídico (estrangeiro ou nacional) se estabelece por meio de um vínculo, de um liame, que se chama elemento de conexão. O elemento de conexão é, assim, fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o direito aplicável (STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. Vol I – Parte Geral. São Paulo: RT, 1986, p. 265.

estabelecimento permanente, situação do bem etc.). Dita relação com o respectivo país é indispensável para justificar a tributação¹⁶⁶, porquanto a ele não é dado o privilégio de simplesmente tributar tudo o que pretenda¹⁶⁷.

Tendo em vista que a escolha arbitrária ou artificial de um elemento de conexão é uma das maiores causas de violação da soberania, um problema que se coloca para traçar as fronteiras materiais ao exercício da jurisdição tributária está exatamente em identificar qual seria o liame, bem como a sua intensidade, a fim de “autorizar” o exercício da jurisdição tributária de um Estado¹⁶⁸.

Ao analisar a prática dos Estados no desempenho de sua jurisdição, Stjepan Gadžo diz ser possível identificar um elemento comum, que consiste exatamente na existência, ou melhor, na necessidade de um nexu entre o Estado e os fatos, coisas ou pessoas objeto de tributação. Ocorre, no entanto, que, como bem observa o referido autor, não basta apenas a existência de qualquer vínculo com o Estado, mas sim uma conexão qualificada, com um certo nível de intensidade, de tal modo a justificar a jurisdição tributária pelo Estado. Logo, por não se tratar de uma mera junção, esse nexu com o Estado é frequentemente denominada/qualificada como “suficiente”, “estrita”, “genuína”, ou *l* conexão “substancial”¹⁶⁹.

A necessidade de escolha de um elemento que tenha uma ligação especial com o Estado tributante foi analisada pela Supremo Tribunal da Austrália no caso *Commr. of Stamp Duties v. Millar*, datado de 1932. Na ocasião, o Estado de *New South Wales* cobrou imposto sobre herança em relação a companhia, incorporada no estado de Victoria, do Sr. Millar, também residente e domiciliado naquele Estado, que exercia atividades ligadas à mineração em *New South Walles*. Segundo a legislação deste estado, datada de 1984, a tributação, quando do falecimento do detentor das ações, representaria uma forma de o Estado cobrar a sua “parcela” da riqueza obtida pelo acionista da companhia por força da extração ou esforço

¹⁶⁶ ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade do imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, V. 10, 2006. p. 110.

¹⁶⁷ VASCONCELLOS, Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 76.

¹⁶⁸ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

¹⁶⁹ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 5. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 05 set. 2019.

em extrair riqueza do solo pertencente aquele Estado, o que justificaria a imposição do imposto sobre a herança em questão¹⁷⁰.

Ao analisar se, independentemente de a companhia e seu acionista possuir residência fora dos seus limites geográficos, o fato de a companhia exercer atividades dentro do Estado de *New South Walles* representaria uma conexão suficiente com os limites territoriais, sobre essa questão o Tribunal Supremo Australiano decidiu que, para fins da imposição de imposto sobre herança, mister a existência de um vínculo do falecido com *New South Walles*. Considerando que (i) as ações detidas pelo falecido não estavam situadas em *New South Walles*; (ii) o acionista não pode ser considerado um agente representativo da companhia; e (iii) a existência de um negócio em *New South Walles* conduzido por uma companhia incorporada fora de seu território não teria o condão de tornar o seu acionista sujeito à legislação daquele Estado, o requisito da conexão não teria sido preenchido nesse caso concreto¹⁷¹.

Mesmo na hipótese de o acionista ter obtido uma vantagem em decorrência da posse da propriedade localizada em *New South Walles* pela companhia da qual ele é acionista, hipótese em que ainda seria necessário desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica e relacionar os benefícios ou vantagens econômicas diretamente entre a propriedade localizada no Estado e o acionista, ainda assim, no caso concreto, a base tributável eleita pela legislação não representaria um ganho auferido a partir daquela região, mas sim o valor total das ações, cuja precificação seria baseada em uma série de fatores.

Como bem observado, a operação no Estado de *New South Walles* poderia ter menor representatividade em comparação com as operações conduzidas em outras localidades, podendo, ainda, ser deficitária e não ter nenhuma relação com os valores atribuídos às ações. Logo, de acordo com a Supremo Tribunal Australiano, a legislação da *New South Walles* não pretendeu tributar vantagem ou benefício econômico obtido com a sua jurisdição. Ao contrário, ela objetiva tributar as ações detidas fora de sua jurisdição sob a simples alegação de existência de uma atividade dentro de seu território. E, ao assim fazê-lo, adotou um critério de conexão muito remoto, que não suportaria a sua pretensão tributária¹⁷².

No caso específico, embora se aceite a existência de algum tipo de vínculo entre o acionista da companhia e *New South Walles*, a imposição tributária teria ultrapassado os

¹⁷⁰ *Commr. of Stamp Duties v. Millar*, p. 628 - 629. Disponível em: < <https://jade.io/article/63617>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 632.

¹⁷² *Ibidem*, p. 632.

limites mínimos da relação com o espaço geográfico, essenciais para autorizar a tributação. A conexão, nesse caso específico, entre as atividades da companhia e os interesses do Mr. Millar seria muito tênue, o que não justificaria o exercício de sua jurisdição tributária.¹⁷³

É importante se ter em mente, todavia, que o Supremo Tribunal Australiano não decidiu que o Estado de *New South Walles* estaria proibido de tributar fatos, coisas e pessoas que tenham um nexu com o seu território, como seria o caso das operações conduzidas pela companhia de propriedade do Sr. Millar, mas que, no caso examinado, tributar as ações detidas por ele não caracterizaria a ocorrência da relação genuína com o Estado suficiente para o exercício do poder de tributar¹⁷⁴.

Observa-se, assim, que a exigência de uma relação genuína entre o Estado jurisdicional e os fatos, coisas ou pessoas sujeitos à tributação é o principal limitador ao exercício da jurisdição tributária pelo direito internacional. Ocorre, no entanto, que os elementos de união e sua relação com o Estado não são estanques. Muito pelo contrário, são dotados de razoável maleabilidade e suscetíveis a alterações de acordo com as mudanças nos ambientes econômico e político. Típico exemplo dessas transformações nas relações entre fatos, coisas e pessoas e Estado é o deslocamento de uma conexão - baseada estritamente em território - para um vínculo calcado na nacionalidade, cujo apogeu deu-se no início do século XX¹⁷⁵.

Atualmente, em virtude dos desafios decorrentes da globalização e economia digitalizada, os fatores vinculantes, até então utilizados, não se mostram mais suficientes para externar o nexu entre o objeto e os sujeitos da relação tributária, sendo necessária a adaptação da teoria da fonte, buscando-se novos vínculos para fazer frente a esses novos desafios, o que, aliás, é o tema central do presente trabalho.

A resposta ao tipo e intensidade da conexão a autorizar, ou melhor, justificar a tributação por um determinado Estado vai depender, então, das especificidades do caso concreto. Como bem apontado por Stjepan Gadžo¹⁷⁶, não há uma regra geral aplicável a toda e qualquer tipo de situação.

¹⁷³ *Commr. of Stamp Duties v. Millar*, p. 628 - 629. Disponível em: < <https://jade.io/article/63617>>. Acesso em: 22 fev. 2020, p. 633.

¹⁷⁴. *Ibidem*, 636.

¹⁷⁵ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 6. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 22 fev. 2020.

¹⁷⁶ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 7. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 24 fev. 2020.

Apesar de o tipo e intensidade da relação com o Estado variar de acordo com cada caso, por muito tempo pretendeu-se medir o atendimento à necessidade de elemento de conexão baseado em um teste, tendo a razoabilidade como principal critério. O referido teste como norma de direito internacional é, contudo, altamente contestado nos dias de hoje¹⁷⁷.

Tem-se, portanto, que para o exercício da jurisdição estatal exige-se a presença de um componente ligando determinados conjuntos de fatos ao plano da soberania de um determinado Estado. Embora as normas gerais de direito internacional não preverem uma clara definição desse elemento de conexão (assim como a sua intensidade) não tem o condão de enfraquecer a sua aplicação, mas, ao contrário, apenas confirma a necessidade de utilização de uma abordagem flexível no que tange ao desempenho da jurisdição por um dado Estado¹⁷⁸, cuja ligação com os fatos, coisas ou pessoas objeto/sujeito de tributação irá variar de acordo com o caso concreto.

A ausência de requisitos mínimos que justifiquem o exercício da jurisdição tributária por um Estado é criticada por Jérôme Monsenego, que define essa teoria como não convincente. Para ele, fatores de conexão podem variar de país para país e conforme o tipo de tributo. Ainda, a corte tributária ou o legislador de um determinado Estado pode exigir um fator mínimo de conexão que outra corte ou outro legislador não consideraria suficiente para o exercício da jurisdição tributária. Assim, dado esse caráter subjetivo na determinação ou, ainda, aceitação, de elemento de conexão genuíno, tal corrente é criticada por Jérôme Monsenego, o qual considera que apenas a doutrina realística parece refletir o *status* atual do direito internacional¹⁷⁹.

Como visto, a ausência de requisitos mínimos previamente definidos em normas internacionais, ao contrário de Jérôme Monsenego, é tida por Stjepan Gadžo como um fator positivo, já que confere flexibilidade bastante ao exercício jurisdicional de um Estado. Ainda que existam críticas a respeito, grande parte da doutrina defende a existência de condições

¹⁷⁷ Vide: GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 7. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 24 fev. 2020.; MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers., n. 9, p. 7. 1989.

¹⁷⁸ GADŽO, op. cit., p. 7.

¹⁷⁹ MONSENEGO, Jérôme. **Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation**. IBFD Doctoral Series. V. 22. Online Books, IBFD, 2012, p. 14. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Taxation-Foreign-Business-Income-within-European-Internal-Market>>. Acesso em: 24 ago 2019

mínimas – elementos de conexão substanciais entre o fato/coisa/pessoa e o Estado – sem as quais obliteraria o poder de tributar.

Nos dizeres de Rutsel Silvestre J. Martha, é o que se denomina *fiscal attachment*, que nada mais é do que a relação legal entre a entidade soberana e o objeto tributável, que dá origem ao direito de tributar. Sob essa óptica, segundo o aludido jurista, para que um Estado possa exercer a sua jurisdição tributária, deverá haver, necessariamente, uma conexão jurídica, ou melhor, um nexu, entre o Estado e o objeto fiscal¹⁸⁰.

Quanto mais intrínseca for a conexão entre o fato, coisa ou pessoa objeto de tributação e o Estado, maior será o poder jurisdicional tributário do Estado. Tal fato é ilustrado por Jérôme Monsenego, segundo o qual diferentes tipos de relações podem ser representados em uma escala de quatro pontos¹⁸¹.

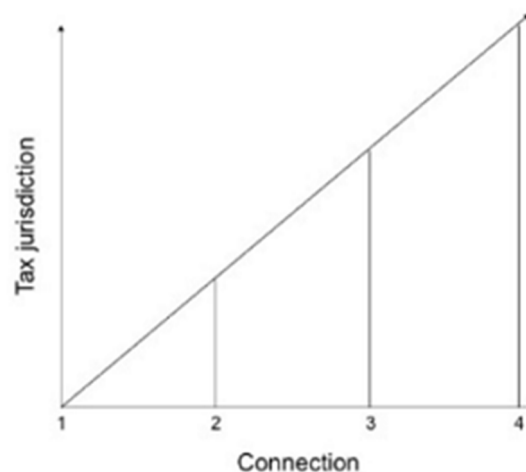


Figura 1

Sob o prisma dessa corrente doutrinária, portanto, para que um Estado possa exercer a sua jurisdição, é indispensável a presença de vínculos genuínos entre o Estado e um conjunto de fatos relevantes para o direito tributário. Apenas quando a conexão genuína é verificada, estabelece-se uma legítima imposição e arrecadação tributária¹⁸².

¹⁸⁰ MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers,. n. 9, p. 46. 1989.

¹⁸¹ O primeiro ponto representa a ausência de qualquer tipo de link, o segundo ponto representa uma frágil conexão; o terceiro ponto representa uma conexão forte e o quarto ponto representa uma conexão de maior intensidade.

¹⁸² GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018,

Tradicionalmente, presume-se a existência de uma conexão genuína quando a situação fiscal¹⁸³ está sujeita quer à soberania pessoal, baseada na nacionalidade, quer à soberania territorial, baseada no território, de um Estado. Nesse contexto, tanto o nexo pertinente à nacionalidade quanto o vínculo relacionado ao território são considerados os princípios fundamentais da tributação internacional¹⁸⁴.

Aliás, ao tratar da tributação do comércio eletrônico internacional, Roberto de França Vasconcellos pontua que quaisquer que sejam os critérios estabelecidos para a tributação do comércio eletrônico internacional, será imperiosa a observância aos limites da soberania pessoal ou real. Isto é, faz-se mister haver um adequado elemento de conexão que permita a tributação da renda auferida pelo não-residente, sob pena de violação ao direito internacional público¹⁸⁵.

Dessa forma, apesar dos defensores da doutrina realística que, calcados na independência e soberania ilimitada dos Estados, admitem a tributação de fatos, coisas ou pessoas independentemente da existência de elementos de conexão genuínos com o Estado. Para os fins da presente tese, adotaremos a corrente de que o exercício da jurisdição tributária, especialmente, pelo país-fonte, demanda a existência de um fator vinculante substancial com o Estado, sem o qual não há que se falar em tributação. A nosso ver, a privação de balizas objetivas mínimas previstas em regulamentos internacionais, de modo a cancelar a substancialidade do elemento de conexão, bem como um rol de fatos, coisas ou pessoas elegíveis à categoria de “vínculo com o Estado”, é justamente o que motiva o desenvolvimento da presente tese.

De fato, em razão das evoluções econômicas e sociais, muitas vezes alavancadas pelo avanço da tecnologia da informação e comunicação, necessária se faz a identificação de novos elementos de conexão genuínos, aptos a fazer frente à nova realidade econômico-social, como é o caso do mercado consumidor de produtos e serviços digitalizados.

Além disso, conforme será abordado a seguir, além de ser considerado requisito fundamental da tributação internacional, a existência de um vínculo substancial entre os

p. 13. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹⁸³ Algum fato, coisa ou pessoa.

¹⁸⁴ MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers. n. 9, p. 47. 1989.

¹⁸⁵ VASCONCELLOS. Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 90.

fatos, coisas ou pessoas e o Estado pode ser tida como um costume internacional e fonte de direito internacional, como previsto pelo artigo 38 da Corte Internacional de Justiça.

1.2.3 O costume no direito internacional e o exercício da jurisdição tributária

Dentre os vários princípios que regem o sistema internacional, a jurisdição é um assunto de constante debate entre os juristas. Dentre as causas mais comuns de divergências doutrinárias, destacam-se as fontes de direito tributário internacional. Como não existem tratados que regulamentem exclusivamente o exercício da jurisdição por um dado Estado, as discussões relacionadas a ela, geralmente, se baseiam nos costumes internacionais¹⁸⁶, que, juntamente com os acordos internacionais e normas internas dotadas de aspectos de estraneidade constituem o direito tributário internacional.

Pelo que se tem notícia, a última vez que os tribunais internacionais analisaram questão relativa exclusivamente à jurisdição estatal foi em 1927, quando do julgamento do Caso *Lotus*¹⁸⁷.

1.2.3.1 Caso *Lotus*

Em 2 de agosto de 1926, a cerca de seis milhas náuticas de Cape Sigri (Mitolene), colidiram uma embarcação francesa (*Lotus*), comandada por Monsieur Demons, e um navio turco (*Boz-Kourt*), sob as ordens do capitão Hassan Bey. Como resultado da colisão, o *Boz-Kourt* acabou por naufragar, ocasionando a morte de oito turcos que estavam a bordo¹⁸⁸.

Os tripulantes do *Lotus*, ao enviar reforços no resgate dos turcos, conseguiram ainda salvar dez vítimas do acidente, dentre as quais o capitão do *Boz-Kourt* e, então, seguiram seu curso em direção a Constantinopla, onde atracaram no dia seguinte à colisão¹⁸⁹. Na mesma data em que a embarcação francesa chegou a Constantinopla, a polícia turca iniciou um inquérito sobre a colisão, o que culminou na prisão preventiva do comandante Demons¹⁹⁰.

¹⁸⁶ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 4. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>. Acesso em: 24 ago 2019.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 4.

¹⁸⁸ PERMANENT COURT OF JUSTICE. **The Case of S.S. "Lotus"**. Collection of Judgments. Series A. n. 10, Set. 1927, p. 15. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 05 se. 2019.

¹⁸⁹ PERMANENT COURT OF JUSTICE, op. cit., p. 15.

¹⁹⁰ Ibidem, pp. 15-16.

O caso foi analisado, em um primeiro momento, pela Corte Criminal de Istambul, ocasião na qual o comandante Demons alegou que a Corte Turca não possuía jurisdição para analisar tal ocorrência. Não obstante, o referido argumento fosse rejeitado e a sentença proferida pelo órgão jurisdicional turco, que entendeu estar configurado homicídio culposo, condenando o capitão francês, bem como o comandante turco¹⁹¹⁻¹⁹².

A condenação do comandante Demons resultou em diversas representações diplomáticas por parte do Governo Francês ou de seus representantes na Turquia, fato que motivou o Governo Turco a declarar a sua não objeção em ser o caso remetido ao Tribunal de Haia¹⁹³. Após a mencionada declaração, ambos os governos concordaram¹⁹⁴ em submeter à Corte Permanente de Justiça Internacional a questão referente à jurisdição quanto à colisão entre as embarcações¹⁹⁵.

Instado a se manifestar, coube ao Tribunal responder à seguinte questão: a Turquia, ao condenar o comandante francês por homicídio culposo, contrariou o disposto no art. 15 da Convenção de Lausanne, de 24.07.1923¹⁹⁶, o qual estabelece que todas as questões concernentes à jurisdição entre a Turquia e outros Estados Contratantes devem ser decididas em consonância com os princípios de direito internacional¹⁹⁷?

Em face da redação do artigo citado, esclareceu o Tribunal que os Governos Turco e Francês interpretaram norma de maneiras distintas, quais sejam: (i) o Governo Francês sustentou que os Tribunais Turcos só podem exercer jurisdição quando demonstrarem ser tal jurisdição reconhecida pelo direito internacional em favor da Turquia, enquanto (ii) o Governo Turco defendeu que os Tribunais Turcos podem exercer livremente a jurisdição, desde que isso não resulte em conflito com um princípio de direito internacional¹⁹⁸.

Ao analisar a questão, a Corte Permanente entendeu que a segunda interpretação, conferida pelo Governo Turco, estaria em conformidade com o dispositivo em análise, de modo que as normas jurídicas dos Estados devem emanar de suas próprias vontades, sendo reprimidas apenas pelos acordos firmados internacionalmente ou pelos costumes geralmente aceitos como expressão dos princípios do direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Isto

¹⁹¹ O comandante Turco foi condenado a uma ligeiramente mais severa.

¹⁹² PERMANENT COURT OF JUSTICE. **The Case of S.S. "Lotus"**. Collection of Judgments. Series A. n. 10, Set. 1927, p. 17. Disponível em: < https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf >. Acesso em: 05 se. 2019.

¹⁹³ Ibidem, 17.

¹⁹⁴ Por meio do acordo de Geneva, assinado em 12 de Outubro de 1926.

¹⁹⁵ PERMANENT COURT OF JUSTICE, op. cit., p. 19.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 5.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 16.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 18.

é, segundo o Tribunal, as restrições à independência dos Estados não podem ser presumidas¹⁹⁹, podendo decorrer somente de acordos internacionais ou de princípios comuns²⁰⁰.

Com efeito, de acordo com a Corte Permanente, a restrição imposta pelo direito internacional diante dos Estados diz respeito ao exercício do seu poder no território de outro Estado. Ou seja, o exercício de jurisdição pelo Estado é certamente territorial²⁰¹.

Embora essa conclusão não impeça o direito de Estado exercer, em seu próprio território, sua jurisdição sobre casos que ocorreram no exterior. Ao contrário, ao Estado é conferida grande margem de discricionariedade para estender sua jurisdição, e consequentemente suas leis, a pessoas, bens ou fatos fora do território, liberdade esta que é limitada em poucos casos por regras proibitivas²⁰²⁻²⁰³.

Percebe-se, portanto, que o Caso *Lotus* constitui um importante marco para os costumes internacionais, haja vista que deixou clara a necessidade de se diferenciar a jurisdição para prescrever da jurisdição para cobrar. No caso em questão, esta última está caracterizada pela restrição imposta pelo direito internacional no que diz respeito ao exercício do poder, por parte de um Estado, no território de outro Estado.

A jurisdição para prescrever, por outro lado, pode ser observada no reconhecimento de que a edição de leis, por um Estado soberano, prevendo em seu antecedente normativo fatos, coisas ou pessoas situados fora de seus limites geográficos não encontraria restrições por parte das normas internacionais. Além disso, foi confirmado pela Corte que a legalidade do exercício da jurisdição por um determinado Estado é matéria pertinente ao direito internacional, que é tido como um corolário essencial para a inter-relação entre os conceitos de jurisdição e a soberania estatal²⁰⁴.

Vale a pena pontuar, contudo, as observações realizadas por Rutsel Silvestre J. Martha, de que, embora no caso concreto não houvesse a precisão de se discutir a existência

¹⁹⁹ PERMANENT COURT OF JUSTICE. **The Case of S.S. “Lotus”**. Collection of Judgments. Series A. n. 10, Set. 1927, p. 18. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁰⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 329.

²⁰¹ PERMANENT COURT OF JUSTICE, op. cit., pp. 18-19.

²⁰² Ibidem, p. 19.

²⁰³ SCHOUERI, op. cit., p. 328.

²⁰⁴ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents’ Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 4. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>. Acesso em: 06 set. 2019.

de um elemento de conexão, já que a embarcação era considerada uma extensão do território turco, o exercício da jurisdição fora do território requer uma conexão genuína entre o Estado soberano e a pessoa ou objeto abrangidos pela legislação doméstica, a fim de ter legitimidade perante o direito tributário internacional²⁰⁵.

De qualquer forma, como observa Luís Eduardo Schoueri, apesar de Rutsel Silvestre J. Martha ter razão no que tange ao Caso *Lotus*, já que a embarcação já teria uma ligação com o território turco, não se pode menosprezar a importância do caso, uma vez que a afirmação da Corte no sentido de que os Estados têm a liberdade de prever em seus regulamentos²⁰⁶ situações ultraterritoriais, isto é, ocorridas além de suas fronteiras.

Não obstante a prerrogativa jurisdicional, no que tange à validade das normas, tenha sido um importante aspecto do Caso *Lotus*, como bem observa Stjepan Gadžo, a maioria dos Estados nunca exerceu seu direito de editar leis prevendo situações fiscais além de seu território. De fato, a prática nos mostra, que no regular exercício da jurisdição, uma característica comum se revela, isto é, a exigência de um nexo²⁰⁷, ou melhor, um elemento de conexão genuíno entre o Estado jurisdicional e a situação juridicizada.

Note-se, portanto, que, do ponto de vista dos costumes internacionais, a exigência de um nexo substancial entre o Estado e o fato, coisa ou pessoa para que o país possa praticar a sua jurisdição é um costume incorporado às normas de direito internacional, constituindo um verdadeiro limitador da jurisdição, que não existe sem a soberania.

De fato, como visto, a soberania é um elemento essencial do Estado e sem ela não há sequer a possibilidade do exercício da jurisdição. Tal fato, a impossibilidade do exercício da jurisdição, no caso específico de instituição/imposição de tributos, foi retratada no Caso *Santa Clara Estates Company*.

²⁰⁵ MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers. n. 9, p. 7. 1989.

²⁰⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 330.

²⁰⁷ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 5. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>. Acesso em: 06 set. 2019.

1.2.3.2 Caso *Santa Clara Estates Company*

A empresa britânica *Santa Clara Estates*, estabelecida em Orinoco, distrito da Venezuela, operou suas atividades durante o período em que este se encontrava sob o domínio de revolucionários, liderados pelo General Matos, no lapso temporal compreendido entre maio de 1902 até maio de 1903²⁰⁸.

Durante o domínio dessa região da Venezuela pelos revolucionários, o General Matos exigia que as empresas ali estabelecidas lhe oferecessem gêneros de subsistência²⁰⁹. Dessa feita, a *Santa Clara Estates Company*, que tinha por objeto social a criação de gado, sofreu severos prejuízos no período mencionado, porquanto os revolucionários tomaram para si o rebanho como forma de custear a rebelião²¹⁰.

Não obstante o significativo dano à propriedade da empresa, que foi reconhecido como um efetivo pagamento de exação, após a fuga do General Matos para a Ilha de Curaçao e a conseqüente declaração, em junho de 1903, do fim da guerra, o Governo da Venezuela exigiu o recolhimento de tributos retroativos, referentes ao período da revolução do General Matos²¹¹.

A Comissão de Queixas Britânico-Venezuelana, encarregada de apreciar o caso em tela, entendeu que entre maio de 1902 e maio de 1903, no Distrito de Orinoco, o Governo Venezuelano não era competente para exercer suas funções governamentais, porquanto havia perdido completamente sua soberania sobre essa região²¹².

Ademais, acrescentou a Comissão ser indefensável a cobrança de tributos quanto ao mencionado lapso temporal, na medida em que o exercício da soberania fiscal pressupõe a contrapartida do Estado, o qual deve zelar pela proteção de sua população, dever este que restou descumprido pelo Governo Venezuelano²¹³.

Tem-se, portanto, que o Caso *Santa Clara Estates Company* é expresso ao determinar que sem soberania não é possível o exercício da jurisdição fiscal e, conseqüentemente, a criação de obrigações tributárias a serem cumpridas pelas pessoas que tenham algum tipo de vínculo genuíno com o Estado.

²⁰⁸ UN. *Santa Clara Estates Case (Supplementary Claim)*. **Reports of International Arbitral Awards**. V. IX, 2006, p. 455. Disponível em: <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/455-460.pdf> Acesso em: 06 set. 2019.

²⁰⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 333.

²¹⁰ UN. *Santa Clara Estates Case*, op. cit., p. 455.

²¹¹ SCHOUERI, op. cit., p. 333.

²¹² UN. *Santa Clara Estates Case*, op. cit., p. 458.

²¹³ *Ibidem*, p. 458.

Aliás, a imprescindibilidade da existência de um elemento de conexão genuíno com o Estado para o exercício da jurisdição fiscal refletiu-se no Caso *Barcelona Traction*.

1.2.3.3 Caso *Barcelona Traction*

A empresa *Barcelona Traction, Light and Power Ltd.* era uma *holding*, instalada em 1911, em Toronto (Canadá), onde se encontrava sua sede. A fim de desenvolver um sistema de produção e distribuição de energia elétrica na Catalunha (Espanha), essa empresa constituiu uma série de subsidiárias operacionais, de financiamento e de concessão²¹⁴.

Dentre essas subsidiárias, três foram incorporadas sob a legislação canadense e tinham suas sedes no Canadá (*Ebro Irrigation and Power Company Ltd.*; *Catalonian Land Company Ltd.*; *International Utilities Finance Corporation Ltd.*), enquanto as demais o foram sob a legislação francesa e tinham suas sedes na França²¹⁵.

De acordo com o Governo Belga, alguns anos após a Primeira Guerra Mundial, grande parte do capital social da *Barcelona Traction* fora detido por nacionais belgas (pessoas físicas ou jurídicas) e um alto percentual acionário continuou, a partir de então, a pertencer a nacionais da Bélgica, em especial à *Société Internationale d'Énergie Hydro-Électrique* (Sidro), a qual tinha como principal acionista a *Société Financière de Transport et d'Entreprises Industrielles* (Sofina), que, por sua vez, é uma empresa na qual é majoritária a participação belga²¹⁶.

A empresa *Barcelona Traction* emitiu uma série de títulos, alguns em peseta, mas principalmente em libras esterlinas. Esses títulos eram garantidos por meio de contrato fiduciário, com a empresa *National Trust Ltd.*, de Toronto, atuando como fiduciária dos títulos emitidos em libras esterlinas²¹⁷.

Em 1936, o pagamento de juros dos títulos emitidos pela *Barcelona Traction* foi suspenso em razão da Guerra Civil Francesa. Em 1940, o pagamento de juros dos títulos em peseta foi retomado, com a autorização das autoridades de controle cambial. Todavia, a

²¹⁴ ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment**. I. C. J. Reports 1970, p. 7. Disponível em: < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> > Acesso em: 06 set. 2019.

²¹⁵ Ibidem, p. 7.

²¹⁶ Ibidem, p. 7.

²¹⁷ Ibidem, p. 8.

autorização quanto à transferência de moeda estrangeira, referente ao pagamento dos juros de títulos em libras esterlinas, foi negada e, portanto, os juros devidos nunca foram pagos²¹⁸.

A restrição imposta pelo Governo Espanhol quanto à transferência de moeda culminou, em 9 de fevereiro de 1948, no pedido de decretação de falência da empresa canadense, o qual foi acatado em 12 de fevereiro do mesmo ano²¹⁹.

Como a *Barcelona Traction* era majoritariamente detida por *holdings* belgas, a Bélgica ajuizou uma ação em face do Governo Francês perante a Corte de Justiça. A Corte decidiu que o Governo Belga não tinha legitimidade para reportar o caso internacionalmente, já que a empresa cujos direitos supostamente foram violados – *Barcelona Traction* – não era nacional da Bélgica²²⁰. Ou seja, isso evidenciou a necessidade de um vínculo genuíno entre o fato para repercutir no mundo jurídico e o respectivo Estado²²¹.

Portanto, a prática internacional, ou melhor, o costume internacional é de que, para que um determinado Estado possa exercer a sua jurisdição fiscal, é preciso haver um nexó substancial entre o Estado e a situação fiscal.

Nesse contexto, depreende-se que o vínculo essencial é requisito indispensável para o desempenho da jurisdição, mormente para a instituição e cobrança de tributos (jurisdição tributária), além de ser reconhecida como um costume internacional. De fato, ao discorrer sobre a questão, Ernst Isay (1934, p. 29 apud ROTHMANN, 1978, p. 2) assevera que a prática comum dos Estados de não tributarem rendimentos sem conexão com o seu território revelaria um direito costumeiro internacional²²².

Ao tratar sobre o tema, Alexander Rust é enfático ao afirmar que o direito costumeiro internacional não proíbe a dupla tributação, mas impede os Estados de impor tributos nos casos em que não há um elo genuíno entre o rendimento e o Estado tributante²²³. Nesse mesmo sentido, Michael Akehurst (1999, pp. 59-60 apud GADŽO 2018, p. 13) afirma que o direito costumeiro internacional autoriza apenas o exercício da jurisdição fiscal pelos

²¹⁸ ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment**. I. C. J. Reports 1970, p. 8. Disponível em: < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>> Acesso em: 20 set. 2019.

²¹⁹ Ibidem, p. 8.

²²⁰ TRAVERSA, Edoardo; RICHELLE, Isabelle. Belgium in The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation. In: LANG, Michael, *et al* (ed.). **The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation**. IBFD European and International Tax Law and Policy Series. V. 8. Online Books, IBFD, 2017, p. 3.

²²¹ PAMPERL, Elisabeth. **Article 16 of the OECD Model Convention: History, Scope and Future**. IBFD European and International Tax Law and Policy Series. V. 1. Online Books, IBFD, 2015, p. 2.

²²² ISAY, Ernst. **Internationales Finanzrecht**, Stuttgart-Berlin, 1934, p. 29, apud ROTHMANN, Gerd Willi. **Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação**. 1978. 226 f. Tese. (Dourado em Direito Econômico-Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 2.

²²³ RUST, Alexander (Ed.). **Double taxation within the European Union**. The Netherlands. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 3.

Estados na hipótese, desde que o mesmo requisito for verificado entre o Estado e o contribuinte ou entre o Estado e a transação ou propriedade tributável²²⁴.

Ao formular questionamento acerca da possibilidade de os Estados tributarem rendimentos de não residentes que não tenham nenhuma relação com o país, Reuven S. Avi-Yonah é enfático ao responder que não poderiam, valendo-se como fundamento tanto a perspectiva de prática internacional adotada quanto à de costumes internacionais²²⁵. Envereda no mesmo sentido, Heleno Taveira Torres quando afirma que, é praxe, os Estados circunscrevem a atividade legislativa em função de critérios de conexão entre o fator de produção dos rendimentos, ou a pessoa por este responsável, e o respectivo Estado²²⁶.

Assim, em sua atividade legislativa, o Estado soberano é livre para escolher os fundamentos de conexão que considera relevantes para exercer a sua prerrogativa tributária. Contudo, a prática e os costumes internacionais restringem a escolha dos fatos tributáveis a elementos que tenham um certo nível de conexão com os limites geográficos do país. Portanto, o processo técnico de escolha dos elementos de conexão, representados por situações ou fatos internacionais que serão abarcados pelas normas tributárias de um determinado Estado, devem guardar uma genuína relação com o Estado, sob pena de infringirem os costumes internacionais²²⁷.

Ao analisar as fontes do direito internacional, Stjepan Gadžo observa que o art. 38 da Corte Internacional de Justiça, tido como inventário de fontes de direito internacional, prevê quatro tipos de fontes: (i) tratados internacionais; (ii) costumes internacionais; (iii) princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas; e (iv) decisões judiciais, as quais podem ser utilizadas para limitar o exercício da jurisdição estatal, incluindo a autonomia de instituir e arrecadar tributos²²⁸.

²²⁴ AKEHURST, Michael. Jurisdiction in International Law. In: REISMAN, W.M. (ed.). Jurisdiction in International Law. Ashgate, 1999, p. 59-60. (apud GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 13. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>. Acesso em: 20 set. 2019.

²²⁵ AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax as International Law: an analysis of the international tax regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 28.

²²⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69.

²²⁷ ROCHA, Sérgio André; SANTOS, Ramon Tomazela. Tax Sovereignty and Digital Economy in Post-BEPS Times. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison (ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation. V. 60. The Netherlands. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, p. 31.

²²⁸ GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 3. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>. Acesso em: 06 set. 2019.

Como bem observa Luís Eduardo Schoueri, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais, o direito internacional reconhece como fonte, positivada no art. 38 da Corte Internacional de Justiça, os princípios de direito geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas. Tais noções, por seu turno, não derivam apenas da doutrina e da jurisprudência consolidadas (método dedutivo), mas também da prática reiterada dos Estados (método indutivo). Nesse sentido, essa última estratégia dos Estados em buscar alguma relação com o território para lastrear a sua tributação pode ser um indício daquele princípio²²⁹.

Conclui-se, dessa forma, que os casos internacionais acerca da matéria, bem como a praxe²³⁰ dos Estados nos revelam um direito costumeiro internacional, quiçá um fundamento reconhecido pelas nações civilizadas, atrelado à existência de um nexó substancial com o Estado para que este possa exercer a sua jurisdição tributária. Em sendo assim, para fins da presente tese, toda e qualquer adequação da teoria da fonte com o fito de fazer frente aos desafios proporcionados pela economia digitalizada, a nosso ver, deve levar em consideração a necessidade de um vínculo genuíno com o país, como será tratado no próximo item, pode ter respaldo em um elemento pessoal ou territorial.

1.3 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

Como visto, o poder de tributar baseia-se na soberania dos Estados, a qual pode ser dividida em duas vertentes: (i) soberania pessoal; e (ii) soberania territorial. Assim, no âmbito do direito tributário, a tributação pode se basear no princípio da pessoalidade ou no princípio da territorialidade.

²²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 333.

²³⁰ ZILVETI, Fernando; TORO, Carlos Eduardo Costa M. A.; BRITO, Bianca Maia de. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Direito tributário: tributação internacional**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva/FGV, 2007, p 51 e 52.

1.3.1 Princípio da territorialidade

Assim como o território é um elemento essencial ao Estado²³¹, visto que *não existe Estado sem território*²³², também o é para a soberania, pois é dentro do território que ela se exercitará. Sob esse prisma, considerando que as normas são produzidas dentro de um determinado território, estabelecendo as relações jurídicas que ali possam ocorrer²³³, esse princípio revela-se de suma importância para o direito tributário, mormente para o direito tributário internacional.

Tão bem observa Luís Eduardo Schoueri²³⁴, como princípio informador do direito tributário internacional que é, a territorialidade relaciona-se com o aspecto espacial do fato gerador do tributo. Para o referido professor, a concepção da territorialidade é tida como um limitador da soberania fiscal dos Estados, uma vez que estes somente podem tributar fatos que guardem um elemento de conexão, ou melhor, que tenham uma relação significativa com o seu território.

Luís Eduardo Schoueri²³⁵ ainda alerta acerca da ambiguidade contida no vocábulo territorialidade, sendo essa uma das causas de confusão entre autores. Enquanto alguns autores afirmam a existência da territorialidade, outros a afastam, sem notarem que podem estar se referindo a conceitos diversos, a diferentes aspectos, ou visualizando-a sob diferentes ângulos.

Definição de território

1.3.1.1 Definição de território

De acordo com a doutrina, o termo território deve ser compreendido como qualquer superfície espacial juridicamente delimitada dentro da qual os sujeitos exercem direitos e

²³¹ “(...) a noção de territorialidade guarda uma conexão estrita com a própria evolução da teoria do Estado e suas relações internacionais.” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 333).

²³² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 76.

²³³ MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 71.

²³⁴ SCHOUERI, op. cit., p. 326.

²³⁵ *Ibidem*, p. 326.

deveres jurídicos, sob a égide da jurisdição do Estado²³⁶. Ferruccio Pergolesi define território como a parte do globo terrestre na qual o elemento populacional encontra-se efetivamente fixado, com a exclusão da soberania de qualquer outro Estado²³⁷.

Segundo Heleno Taveira Torres²³⁸, o conceito de território não pode ser confundido com o conceito de territorialidade. Por território, deve ser entendido o espaço físico, juridicamente delimitado, e, por conseguinte, imprescindível à noção de Estado de Direito. A territorialidade, por seu turno, encontra-se relacionada aos efeitos da norma tributária, quanto à perspectiva de vigência no espaço, e também à própria noção de soberania.

Como parte do Estado que é²³⁹, o território se constitui em uma base física, a superfície terrestre que ocupa; as fronteiras demarcam os limites entre os Estados e servem como parâmetro para balizar as relações nacionais e internacionais, de natureza política e jurídica. É no território que se estabelece uma relação entre espaço e poder político, indispensável à convivência internacional dos Estados²⁴⁰.

As delimitações territoriais entre Estados são estabelecidas juridicamente, sem as quais o território não existiria, tampouco o efeito de territorialidade. Dessa forma, pode-se apenas falar em território como espaço físico juridicamente qualificado e delimitado²⁴¹.

O território, portanto, deve ser compreendido como o limite geográfico dentro do qual o Estado exercita a sua soberania. Em termos físicos, o território encontra-se formado não apenas pela terra firme, mas também pelo mar territorial (se houver), o espaço aéreo e o subsolo correspondentes e a plataforma continental²⁴², por uma altura e profundidade estendida até onde seja possível o efetivo exercício soberano²⁴³.

1.3.1.2 Territorialidade positiva e territorialidade negativa

Em sentido negativo, a territorialidade estabelece que as leis estrangeiras não se aplicam dentro das circunscrições geográficas de um determinado Estado. Nesse sentido, os

²³⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

²³⁷ PERGOLES, Ferruccio, *Diritto Costituzionale*, v. 1, p. 94, apud BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94.

²³⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluriributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

²³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 94-95.

²⁴⁰ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013, pp. 115-116.

²⁴¹ TÔRRES, op. cit., p. 72.

²⁴² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 95.

²⁴³ TÔRRES, op. cit., p. 73.

órgãos de regência do direito de cada Estado apenas aplicarão suas próprias regras fiscais. Noutras palavras, leis tributárias estrangeiras jamais poderão desencadear a produção de efeitos dentro de um outro território, que não o seu²⁴⁴, a menos que o próprio ordenamento interno preveja a aplicação da lei estrangeira, como ocorre, por exemplo, nos casos de qualificação²⁴⁵.

A territorialidade em sentido positivo, por seu turno, consiste em assegurar que as leis tributárias internas sejam aplicadas no território de um país, de um modo generalizado, inclusive aos que não são cidadãos daquele Estado²⁴⁶.

1.3.1.3 Territorialidade real (fonte) e territorialidade pessoal (residência)

Conforme discorrido acima²⁴⁷, para fins da presente tese, adotamos ser condicionante a existência de uma conexão genuína entre os fatos, coisas ou pessoas tributáveis e o Estado, para que este possa desempenhar a sua jurisdição tributária. Esse fator vinculante pode ocorrer de várias formas, bem como sofrer mutações ao longo do tempo, de modo a se adaptar às mudanças políticas e econômicas do Estado, tais como a globalização e o surgimento da economia digitalizada. A territorialidade é, justamente, a necessidade de uma relação mínima com o território do Estado e os fatos, coisas ou pessoas que se pretende tributar.

Nessa vertente, um dos principais critérios de divisão da territorialidade é sua dicotomia em sentido pessoal e real. Tem-se por territorialidade real a demanda de que a situação tributada tenha liame com o território de um dado Estado²⁴⁸, como ocorre, por exemplo, nos casos de local da fonte de produção ou pagamento de um rendimento, o local do estabelecimento permanente, o local do exercício da atividade ou da situação do bem, local da abertura do inventário, entre outros²⁴⁹. Por outro lado, considera-se territorialidade pessoal a exigência de que a tributação esteja restrita apenas a pessoas sediadas, domiciliadas ou residentes no território²⁵⁰.

²⁴⁴ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 16.

²⁴⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 328.

²⁴⁶ XAVIER, op. cit., p. 16.

²⁴⁷ Vide item 1.2.2.

²⁴⁸ SCHOUERI, op. cit., p. 327.

²⁴⁹ XAVIER, op. cit., p. 17.

²⁵⁰ SCHOUERI, op. cit., p. 327.

Rutsel Silvestre J. Martha, ao discorrer sobre a relação de um não nacional com o território de um determinado Estado, defende o direito de esse Estado tributar um não residente estrangeiro, mas apenas com relação ao interesse econômico devido junto ao território. Em seus dizeres, é o chamado *economic attachment*²⁵¹. Nessa rota, ao tratar da relação de um cidadão estrangeiro com determinado território²⁵², o mesmo autor sustenta a possibilidade de tributação do rendimento ou riqueza com fulcro na residência do beneficiário. É o que ele denominou de *syntetic taxation*²⁵³.

Como bem observa Alberto Xavier, a desmaterialização dos pressupostos e a tendência de personalização dos impostos propiciaram o surgimento de legislações com elementos de conexão territorial menos objetivos, baseados em aspectos subjetivos da situação tributária²⁵⁴, como sede, domicílio e residência do contribuinte²⁵⁵.

Ao tratar de um sistema territorial puro, Heleno Taveira Torres²⁵⁶ atenta para o fato de a tributação justificar-se exclusivamente pela localização da categoria tributável como sendo produzida dentro dos limites territoriais, definida por bases de conexão de natureza material ou objetiva, presentes na fonte efetiva de rendimentos, ou subjetivas, pela presença do beneficiário, residente ou não residente, no território, conforme o tipo de rendimento.

Portanto, não raras vezes, a doutrina delimitou o alcance do princípio da territorialidade aos *aspectos objetivos* da situação tributária, distinguindo um critério territorial ou princípio da realidade (territorialidade real), de um critério pessoal ou princípio da pessoalidade. (territorialidade pessoal), em que se levam em consideração *aspectos subjetivos* da situação tributária²⁵⁷. Destarte, a territorialidade real corresponde ao princípio da fonte, o qual será explorado no próximo capítulo, enquanto a territorialidade pessoal refere-se ao princípio da residência, que será mais bem abordado no item 1.3.2.

²⁵¹ MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers., n. 9, p. 54. 1989.

²⁵² É importante mencionar que, ao tratar da territorialidade, Martha faz menção apenas e tão somente à relação dos estrangeiros com o Estado, já que considera que a relação dos cidadãos com o seu Estado deve ser regulamentado pelo link de nacionalidade. (Ibidem, p. 50).

²⁵³ Ibidem, p. 50.

²⁵⁴ Desde que diversos da nacionalidade.

²⁵⁵ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17.

²⁵⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

²⁵⁷ XAVIER, op. cit., p. 17.

1.3.1.4 Territorialidade material (validade)

Além da dicotomia entre territorialidade real e pessoal, esse princípio permite outras duas classificações, considerando aspectos de validade e eficácia da norma tributária²⁵⁸.

A validade da lei deverá respeitar, sempre, o seu âmbito espacial de incidência, isto é, a esfera de aplicação geográfica dos comandos gerais e abstratos contidos nas normas tributárias²⁵⁹. Como bem observa Luís Eduardo Schoueri, a validade, sob o ponto de vista da territorialidade, questiona se a lei tributária pode contemplar, ou não, tanto fatos internos quanto externos à jurisdição de um determinado Estado. Neste último caso, como abordado anteriormente, quando analisamos as doutrinas relacionadas ao exercício da jurisdição por um Estado, a territorialidade em sentido material consiste em verificar se ausência de conexão com o território teria o condão de invalidar, ou não, a norma tributária²⁶⁰.

Helena Taveira Torres, ao examinar a territorialidade em seu aspecto material, pontua que uma coisa é determinar se uma norma possui eficácia vinculante além das fronteiras do Estado; outra situação, bem diversa, é o Estado poder tributar os seus residentes por fatos econômicos praticados por eles no exterior. O princípio da territorialidade tributária, em seu sentido material, teria a função de sopesar a validade de uma norma fiscal de um país que objetiva juridicizar fatos, coisas ou pessoas localizados fora dos limites geográficos de um determinado país e com o qual não guarda nenhum vínculo suficiente para justificar a tributação²⁶¹.

Conforme amplamente discorrido no tópico 1.2, embora a plausibilidade dos argumentos no sentido de que a soberania dos Estados permitiria a tributação de quaisquer fatos ao redor do mundo, ainda que não tenham nenhuma relação quer com o seu território, quer com os seus nacionais, somos do entendimento de que tal doutrina poderia levar a práticas totalmente arbitrárias, sendo incompatível com o direito tributário internacional. Mesmo porque, conforme abordado no item 1.2.3, é praxe comum internacional, objetivando legitimar o exercício da jurisdição tributária, a identificação de liames entre o fato, coisa ou pessoa objeto de tributação e o Estado tributante. Por corolário, a validade de uma lei

²⁵⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 326.

²⁵⁹ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 18.

²⁶⁰ SCHOUERI, op. cit., p. 327.

²⁶¹ TÔRRES, Helena Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

tributária de um dado país, no âmbito da territorialidade material, está atrelada à existência, ou não, de um elemento de conexão genuíno com o território estatal.

Como bem observa Alberto Xavier, a territorialidade na versão material escolhe, dentre situações tributárias internacionais, aquelas que estarão sujeitas às normas fiscais internas, mediante o processo técnico da escolha de um elemento de nexos significativos com o território a que respeita²⁶². Logo, as restrições impostas pela territorialidade das leis fiscais impediriam a factibilidade de uma imposição tributária sobre fato, coisa ou pessoa que não tenha qualquer relação com o território do Estado²⁶³. Assim, na ausência de algum vínculo substancial não há que falar de ocorrência de tributação²⁶⁴.

Aliás, para Luís Eduardo Schoueri, a territorialidade em seu caráter material encontraria suporte na própria ideia de capacidade contributiva. Considerando que referido princípio é adotado pelos mais diversos ordenamentos jurídicos como concretizador do princípio da igualdade, a adoção de referida capacidade impõe que o contribuinte esteja, perante o Estado, em uma situação suscetível de avaliação econômica²⁶⁵, o que só pode ser atingido nos casos em que houver um nexo efetivo entre o contribuinte e o território Estatal.

A aplicação da capacidade contributiva como um limitador da tributação de não residentes também é defendida por Ezio Vanoni, o qual propõe que o estrangeiro só pode ser tributado enquanto participe da vida do Estado que o acolhe e na medida de tal participação²⁶⁶. Nesse mesmo sentido, Federico Maffezzoni vale-se da capacidade contributiva para restringir o exercício do poder de tributar aos fatos que se apresentam como manifestações objetivas do gozo dos serviços públicos oferecidos pelo Estado (revelando sinais da teoria do benefício)²⁶⁷.

A concepção do princípio da capacidade contributiva como limitador do exercício jurisdicional tributário do Estado reside no fato de que o este apenas teria condições de aferir

²⁶² XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 82.

²⁶³ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

²⁶⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 334.

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 334-335.

²⁶⁶ VANONI, Ezio. *Natura ed Interpretazione delle Leggi Tributarie*, Padova, CEDAM, p. 1932, p.77, apud *ibidem*, p. 335

²⁶⁷ MAFFEZZONI, Federico. *Il Principio di Capacità Contributiva nel Diritto Finanziario*, Torino, UTET, 1970, pp. 17-18, apud *ibidem*, p. 335.

a capacidade econômica daqueles que se encontrem mais próximos²⁶⁸, daí condição necessária da existência de um vínculo efetivo com o seu território.

É importante se ter em mente, contudo, que, apesar de o princípio da territorialidade encontrar suporte na própria capacidade contributiva, a depender do tipo de territorialidade (i.e. real), e do método utilizado para a tributação das operações transnacionais, a tributação da renda, bem como a observância da capacidade contributiva, nem sempre se dá de forma plena. Típico exemplo são os casos em que tributação na fonte ocorre por meio de retenção pelo responsável tributável, e cuja problemática será tratada no item 2.2.1.

De qualquer forma, independentemente da aplicação ou não da capacidade contributiva em sua plenitude (i.e. nos casos de territorialidade real²⁶⁹), para fins da presente tese, consideramos que a territorialidade em sentido material representa um limitador ao exercício da jurisdição tributada dos Estados, já que subordina a validade da norma jurídica à existência de um vínculo suficiente entre a situação tributária e o seu território. Nesse contexto, qualquer realinhamento da teoria da fonte, para que seja possível a tributação das operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada, faz-se necessária a escolha de elementos que tenham vínculos genuínos com o território do Estado tributante, sem o qual não haverá que se falar em tributação.

1.3.1.5 Territorialidade formal (eficácia)

Enquanto a territorialidade material atua no âmbito espacial de incidência do tributo (jurisdição para prescrever), a territorialidade formal está relacionada à sua eficácia, ou seja, à sua execução coercitiva (jurisdição para cobrança)²⁷⁰.

Trata-se de um limitador à exigência do cumprimento da lei tributária (*e.g.*, na forma de lançamento fiscal, fiscalização, cobrança do crédito tributário etc.), de um determinado Estado fora de seus limites geográficos. Se é bem verdade que a formulação de comandos gerais e abstratos que prevejam e disciplinem fatos ocorridos no território estrangeiro não ofendam a sua soberania, a prática de atos que envolvam o exercício de poderes de autoridade no que toca à sua aplicação já o faz²⁷¹.

²⁶⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 335.

²⁶⁹ Com exceção dos casos em que há a caracterização de estabelecimento permanente.

²⁷⁰ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 18.

²⁷¹ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 18.

Destarte, sob a égide da territorialidade formal, não é pertinente a prática de atos para obrigar contribuintes que estejam sob a tutela de um outro Estado a pagarem tributos ou mesmo serem acionados por mecanismos administrativos de arrecadação, cobrança e fiscalização tributária²⁷², salvo, é claro, nas hipóteses de tributação de não residentes, relativamente a rendimentos cuja fonte esteja localizada dentro dos seus limites geográficos.

Deveras, por força da soberania, as autoridades fiscais de um Estado somente podem exigir o cumprimento de obrigações tributárias dentro de seu território. Logo, citadas autoridades de um país não podem executar atos de autoridade²⁷³ em outros Estados soberanos com vistas à arrecadação de tributos devidos de acordo com a sua legislação doméstica²⁷⁴, sob pena de ofensa à soberania desses outros Estados.

Contudo, a falta de executabilidade das obrigações fiscais fora dos limites geográficos de um dado Estado está diretamente relacionada à efetividade da legislação tributária. Não se trata, portanto, de escolher o elemento de conexão que melhor se justifique para a imposição tributária por um determinado país, mas a forma como haverá a arrecadação de tributos do modo mais eficiente e com o menor custo²⁷⁵.

Por conseguinte, a territorialidade formal diz respeito à impossibilidade de cobrança do crédito tributário fora dos espaços territoriais de um Estado soberano, o que poderia implicar uma violação, exceto nos casos em que há celebração de tratados internacionais, por um Estado, da soberania exercida por outro ou do direito internacional²⁷⁶.

1.3.2 Princípio da residência

Conforme visto, a existência de conexão territorial baseada em elementos da situação tributária diretamente ligados aos aspectos subjetivos dela, como sede, domicílio e residência do contribuinte, é intrínseca à territorialidade pessoal.

Como o próprio nome já nos dá a entender, a territorialidade pessoal está pautada em elementos de conexão ligados aos sujeitos da tributação. Pelo princípio da residência, o

²⁷² TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 84.

²⁷³ Salvo se autorizado por acordos de cooperação e arrecadação tributária.

²⁷⁴ ROCHA, Sérgio André; SANTOS, Ramon Tomazela. Tax Sovereignty and Digital Economy in Post-BEPS Times. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison (ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation. V. 60. The Netherlands. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, p. 37.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 37.

²⁷⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 327-328.

elemento conectivo está justamente na relação do sujeito tributável com o território de um determinado Estado. Nesse sentido, este sempre poderá exercer a sua jurisdição tributária sobre os contribuintes sediados, residentes e domiciliados dentro das fronteiras geográficas do país.

De acordo com Roberto França de Vasconcellos, a residência, como fator de conexão, envolve o conceito de “pertinência” de caráter socioeconômico. Para esse mesmo autor, dada a grande variedade terminológica empregada no vocábulo residência, o referido termo, relativamente às pessoas físicas, abrange (i) o conceito de domicílio utilizado pelos países anglo-saxônicos; (ii) a residência no sentido de presença física (com a intenção de morar); e a (iii) estada habitual²⁷⁷.

As noções subjetivistas de residência não se limitam a exigir a permanência física num dado local (*corpus*), mas também reclamam a intenção de o sujeito se tornar residente de um certo país (*animus*). De outro lado, as noções mais objetivas se satisfazem com a presença física num dado território por um certo período de tempo, fixando-se, nesses casos, a duração suficiente para que a estadia se converta em residência²⁷⁸. Via de regra, como forma de distinguir a residência temporária da definitiva, as legislações dos países determinam uma presença mínima de 183 dias²⁷⁹ (teste de presença física) para que determinada pessoa seja considerada residente²⁸⁰.

Segundo Reuven S. Avi-Yonah, geralmente a presença de uma pessoa em um país por mais de meio ano é tida como motivo suficiente para justificar a tributação de seus rendimentos, tendo em vista o aproveitamento dos benefícios decorrentes do país²⁸¹. O recurso ao teste de presença física pode ter seus “efeitos colaterais”, haja vista que possibilita frequentes situações em que uma determinada pessoa pode ser considerada residente para fins fiscais em um ano e não no ano subsequente, bem como propicia que pessoas físicas enfrentem questões relacionadas à dupla residência, o que enseja que a legislação dos Estados enderece esses tipos de situação²⁸².

²⁷⁷ VASCONCELLOS, Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 90.

²⁷⁸ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 220.

²⁷⁹ A exemplo do Brasil, Reino Unido, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Noruega, Espanha e Indonésia.

²⁸⁰ VASCONCELLOS, op. cit., p. 90.

²⁸¹ AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax Law as International Law**. *Tax Law Review*, V. 57, n. 4, 2004, p. 486.

²⁸² AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax Law as International Law**. *Tax Law Review*, V. 57, n. 4, 2004, p. 485.

Relativamente às pessoas jurídicas, o conceito de residência aplica-se para aquelas constituídas de acordo com a legislação de um dado Estado ou com sede ou direção efetiva naquele país. A determinação da sede ou direção efetiva deve ser definida com base nos fatos e circunstâncias de cada caso, devendo ser entendida como o lugar onde ocorre a administração efetiva da empresa; onde o controle e as decisões são tomados.

Embora tal previsão como critério de desempate em caso de dupla residência de pessoas jurídicas tenha sido retirada dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE²⁸³, os comentários ainda indicam uma série de fatores que deverão ser considerados para a definição do local da sede de administração, tais como: local em que ocorrem as reuniões do conselho de administração ou órgão equivalente; lugar em que o presidente e diretores exercem as suas atividades; local em que é realizada a administração quotidiana da empresa; local em que a sede é mantida; de que país são as leis que disciplinam os negócios sociais; e o lugar em que a contabilidade é mantida.

Portanto, o princípio da residência tem como elemento de conexão aspectos relacionados ao sujeito passivo da tributação, o qual deverá responder, ante o país de residência, pela renda produzida quer naquele país (nos casos de territorialidade pura²⁸⁴), quer no exterior, isto é, claro, nos casos em que há a adoção do princípio da universalidade, que será melhor detalhado no item 1.3.4.

1.3.3 Princípio da personalidade

Conforme demonstrado no item 1.2.2, para fins da presente tese, abraçamos o posicionamento acerca da existência de limites materiais para o exercício da jurisdição, porquanto há a necessidade da presença de elementos de conexão genuínos entre o Estado e um conjunto de fatos relevantes para o direito tributário, sem o qual – nexu genuíno – não há que se cogitar em legítima imposição e arrecadação de tributos. Sob esse ângulo, mencionada exigência é retratada pelo princípio da territorialidade²⁸⁵, enquanto a necessidade da existência de um nexu entre o Estado e seus nacionais é tratada pelo princípio da personalidade ou nacionalidade.

²⁸³ OECD. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 112.

²⁸⁴ Como era o caso do Brasil até a edição da Lei nº 9.249/1995.

²⁸⁵ Territorialidade em sentido material.

A referida conexão substancial tem sua origem no conceito de dependência ou pertinência política. Como aponta Roberto França de Vasconcellos, a lei prussiana de 1891 determinava que *os contribuintes são os cidadãos prussianos*, sendo certo que a obrigação tributária de acordo com a lei prussiana persistia, relativamente aos valores mantidos na Prússia, por mais dois anos após o cidadão ter deixado o país²⁸⁶.

Decorrência lógica da soberania pessoal e, como o próprio nome já o diz, o princípio da pessoalidade em matéria tributária objetiva tributar as pessoas que tenham uma relação efetiva com um determinado Estado, mas não necessariamente com o seu território. Por força desse princípio, estão sujeitos à tributação os cidadãos de um determinado Estado (regime de tributação baseado na cidadania). Trata-se, portanto, de um regime fiscal calcado na cidadania em vez de na residência, o qual, como visto, revela a existência de um liame da situação fiscal com os limites geográficos do país.

De acordo com Bruno Simma e Andreas Th. Müller, o princípio da nacionalidade (ou pessoalidade) reflete a ideia de uma relação especial existente entre o Estado e seu povo, isto é, seus nacionais, atribuindo a prerrogativa de aquele regulamentar a conduta de seus cidadãos independentemente do local em que se encontrem²⁸⁷.

A cidadania é, via de regra, interpretada como nacionalidade. Por consequência, os nacionais de um país adepto ao regime de tributação condicionado à nacionalidade deverão ser tributados na totalidade de seus rendimentos, ainda que residentes ou domiciliados no exterior.

Pelo que se tem notícia, atualmente, apenas dois Estados adotam a sistemática de tributação baseada em cidadania: Eritreia e Estados Unidos da América, sendo certo que a grande maioria dos países adota a sistemática de tributação da renda em bases universais (a ser explorada no próximo item) apenas de seus residentes²⁸⁸.

Relativamente aos Estados Unidos, os cidadãos americanos não residentes foram submetidos à tributação pela primeira vez durante a Guerra Civil. À época, esse mecanismo

²⁸⁶ VASCONCELLOS, Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 87.

²⁸⁷ SIMMA, B.; MULLER, A.T. Exercise and Limits of Jurisdiction. In: CRAWFORD, J.; KOSKENNIEI (ed.). **The Cambridge Companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 142.

²⁸⁸ HAMMER, Mike. **Old Habits Die Hard**: Should the United States Abolish Citizenship-Based Taxation? IBFD, 2016, p. 4. Disponível em <<https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/White%20Paper%20-%20Mike%20Hammer%2017Feb16.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

foi visto pelo governo norte-americano como uma forma de penalizar as pessoas ricas que deixaram o país durante o período de guerra, que forma considerados “trapaceiros”²⁸⁹.

Passados aproximadamente 154 anos do fim da Guerra Civil, os Estados Unidos ainda insistem no direito de tributar seus cidadãos independentemente do lugar em que vivam²⁹⁰. De acordo com Reuven S. Avi-Yonah, a Suprema Corte Norte-Americana, ao analisar o caso *Cook v. Tail*, reafirmou tal direito sob o argumento dos benefícios que os Estados Unidos proporcionam aos seus cidadãos, ainda que residam no exterior²⁹¹.

Portanto, embora altamente criticada²⁹² e raramente adotada pelos países, a tributação baseada na cidadania é decorrência lógica da soberania pessoal, tendo como elemento de conexão a relação de dependência ou pertinência política²⁹³ com o Estado. Uma vez verificada a existência dessa relação política com o Estado, o cidadão sujeitar-se-á à tributação de todo o seu rendimento, ainda que viva no exterior em caráter permanente.

1.3.4 Princípio da universalidade

No direito tributário internacional, o princípio da universalidade possibilita o alcance da norma tributária a situações ocorridas além das fronteiras geográficas do Estado tributante²⁹⁴. De acordo com o aludido princípio, o contribuinte responde, ante o seu país de residência, domicílio ou nacionalidade, por toda a renda produzida, independentemente do lugar de produção²⁹⁵, ainda que fora dos limites territoriais do Estado a que esteja vinculado.

Dessa forma, na dinâmica desse princípio, os rendimentos tributáveis de um dado contribuinte, produzidos tanto interna quanto externamente ao território, estão sujeitos, por meio de critérios de conexão objetivos e subjetivos, ao exercício da jurisdição fiscal do Estado.

²⁸⁹ HAMMER, Mike. **Old Habits Die Hard**: Should the United States Abolish Citizenship-Based Taxation? IBFD, 2016, p. 4. Disponível em <<https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/White%20Paper%20-%20Mike%20Hammer%2017Feb16.pdf>>. Acesso em: 15 de jul. 2019.

²⁹⁰ AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax Law as International Law**. Tax Law Review, V. 57, n. 4, 2004, p. 484.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 484.

²⁹² HAMMER, op. cit., pp. 5-8.

²⁹³ VASCONCELLOS, Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 87.

²⁹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 354.

²⁹⁵ TÓRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

Conforme visto acima, a utilização da residência ou domicílio como fator de conexão é uma característica da territorialidade pessoal, enquanto a tributação com base na cidadania é feita com fundamento no princípio da pessoalidade. Via de regra, a tributação com base na nacionalidade, isto é, tendo a cidadania como elemento vinculante com o Estado, implica, necessariamente, a tributação de todos os rendimentos auferidos pela pessoa, independentemente de sua residência e do seu lugar de produção. De outro lado, a tributação com fulcro na residência não implica, automaticamente, a adoção do princípio da universalidade, já que pode alcançar atos ocorridos apenas dentro do território (sistemática de tributação baseada na fonte).

Como bem observa Heleno Taveira Torres, o princípio da universalidade não exclui o princípio da territorialidade; muito pelo contrário, o pressupõe. Trata-se apenas de um possibilitador de alcance ultraterritorial às normas de tributação de um determinado Estado, mantendo-se, de modo subjacente, o princípio da territorialidade pura, até porque a conexão entre a pessoa e o território é fundamental para justificar a localização ultraterritorial da produção de rendimentos²⁹⁶.

Para Luís Eduardo Schoueri, ao mesmo tempo em que se opõe à territorialidade pura, o princípio da universalidade não comporta a sua exclusão²⁹⁷. Todos os países que incorporam a universalidade exigem um elemento de conexão com o Estado, quer com o corpo político (nacionalidade), quer com o seu território (residência/domicílio), caracterizando-se a observância ao princípio da territorialidade neste último caso.

Portanto, tem-se por princípio da universalidade o alcance da norma tributária de um dado Estado a situações que ultrapassam o seu território, fazendo com que determinada pessoa, nacional ou residente naquele país, responda, perante aquele Estado, por toda a renda produzida, independentemente do lugar de produção.

1.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

A soberania deve ser entendida como um poder central do Estado que se sobrepõe aos demais poderes sociais, em uma relação de subordinação. Sob o ponto de vista interno,

²⁹⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 89.

²⁹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 355.

a soberania é vista como o predomínio do ordenamento sobre certo território e sobre determinada parcela da população, em uma relação entre súditos e seu soberano.

Sob a ótica externa, a soberania diz respeito à relação de independência entre os Estados, os quais não se encontram sujeitos à interferência externa de outros Estados, mas apenas ao direito internacional que, com o surgimento de instituições supranacionais reconhecidas pelos Estados, passa a ser de observância obrigatória e vinculante.

O poder de tributar, isto é, a prerrogativa de editar normas instituindo a obrigação de entregar quantias ao Estado como forma de pagamento de tributo, bem como exigir o seu pagamento por parte dos contribuintes, é uma vertente do exercício da soberania, podendo ser definida como soberania fiscal ou jurisdição tributária. Esta, por seu turno, pode ser segmentada em jurisdição para instituição/criação de tributos (jurisdição para prescrever) e jurisdição para exigir o cumprimento da obrigação tributária (jurisdição para cobrança).

A jurisdição para prescrever pode ser sintetizada como o direito do Estado em legislar. O exercício da atividade legislativa, no entanto, em que pese ser um atributo decorrente da soberania do Estado, é alvo de frequente questionamento pela doutrina, que não é unânime em admitir a tributação de fatos, coisas ou pessoas que não tenham uma ligação suficiente com o Estado. A jurisdição para a cobrança, de outro lado, deve ser entendida como o direito de o Estado implementar seu sistema legal e decisões judiciais. No campo do direito tributário, o Estado pode apenas instituir tributos e iniciar procedimentos de fiscalização dentro de seu território, salvo se amparado por acordos internacionais e mediante o auxílio de governos estrangeiros.

O conteúdo e a extensão da jurisdição tributária de um Estado podem ser vistos por duas vertentes. Sob a primeira, a jurisdição tributária estaria limitada por requisitos previstos pelo direito internacional, que exigem a existência de um elemento de conexão suficiente entre o Estado e o sujeito ou objeto tributável. Sob a segunda, inexistiria qualquer tipo de limitação da jurisdição fiscal de um Estado soberano pelo direito internacional, que seria livre para tributar quaisquer fatos, coisas e pessoas, independentemente da manutenção de qualquer nexos com o Estado.

De acordo com esta última corrente, chamada de doutrina realística, o direito internacional não impõe nenhuma limitação no direito de o Estado exercer a sua jurisdição tributária, haja vista tratar-se de um Estado independente e com soberania ilimitada. Apesar de defender a ausência de normas de direito internacional restritivas do exercício do poder de tributar pelos Estado, a doutrina realística não suporta o exercício ilimitado da jurisdição

tributária, mas sim restringe sua prática ao poder que os Estados possuem em exigir e arrecadar tributos.

Em contraposição à doutrina realística, parte da doutrina tributária internacional defende a existência de balizas materiais à execução da jurisdição tributária. Para essa corrente, a jurisdição tributária está circunscrita por regras internacionais que submetem à existência de um vínculo substancial entre o Estado e o sujeito ou objeto tributável. Apenas nos casos em que se verifica a presença de tal nexos é que o Estado estaria habilitado a desempenhar a sua jurisdição tributária.

Ocorre, contudo, que os elementos de conexão e sua relação com Estado não são estáticos, sendo dotados de razoável maleabilidade e suscetíveis a alterações de acordo com mudanças nos ambientes econômico e político. De qualquer forma, somos do entendimento de que o fato de as normas gerais de direito internacional não proverem uma clara definição desse elemento de conexão (assim como a sua intensidade) não tem o condão de enfraquecer a sua aplicação, mas apenas confirma a necessidade de sua adequação de acordo com cada caso concreto.

Para fins da presente tese, entendemos que o exercício da jurisdição tributária, especialmente pelo país-fonte, demanda a existência de um elemento de conexão genuíno com o Estado, sem o qual não há tributação. Tal posicionamento, inclusive, é corroborado pelo costume internacional, que vincula o exercício da jurisdição fiscal à existência de um nexos substancial entre o Estado e a situação fiscal, conexão esta que pode ter respaldo em um elemento pessoal (princípio da pessoalidade) ou territorial (princípio da territorialidade).

A territorialidade pode ser classificada em territorialidade positiva e negativa, bem como em territorialidade real (fonte) ou pessoal (residência). Segundo a territorialidade real, o fato ou coisa - objeto de tributação - deve guardar um nexos suficiente com o território de um dado Estado, ao passo que, nos termos da territorialidade pessoal, há a exigência de que a tributação esteja restrita apenas a pessoas sediadas, domiciliadas ou residentes no território.

Além da segregação entre territorialidade real e pessoal, considerando aspectos de validade e eficácia da norma tributária, o princípio da territorialidade permite, ainda, outras duas classificações: a territorialidade material e a materialidade formal.

A territorialidade em sentido material representa um limite ao exercício da jurisdição tributária pelos Estados, visto que condiciona a validade da norma jurídica à existência de um vínculo suficiente entre a situação tributária e o seu território.

Assim, enquanto a territorialidade material atua no âmbito espacial de incidência do tributo (jurisdição para prescrever), a territorialidade formal, por sua vez, está relacionada à

sua eficácia, isto é, à impossibilidade de cobrança do crédito tributário fora dos limites territoriais de um Estado soberano, exceto nos casos em que há celebração de tratados internacionais.

Enquanto o princípio da territorialidade condiciona a tributação à existência de uma relação genuína objetiva (territorialidade real) ou subjetiva (territorialidade pessoal) com o território estatal, o princípio da pessoalidade pressupõe a existência de um nexo entre o Estado e seus nacionais. Isto é, o princípio da pessoalidade em matéria tributária objetiva tributar as pessoas que tenham um nexo efetivo com o Estado, mas não necessariamente com o seu território. Trata-se de um regime fiscal baseado na cidadania em vez da residência, o qual, como visto, retrata uma relação da situação fiscal com os limites geográficos do país.

Diferentemente do princípio da territorialidade (real ou pessoal) e da pessoalidade, o princípio da universalidade prevê o alcance da norma tributária a situações ocorridas além dos limites geográficos do Estado tributante, de forma que o contribuinte responda, ante o seu país de residência, domicílio ou nacionalidade, por toda a renda produzida, independentemente do lugar de produção.

Nesse contexto, para encarar os desafios decorrentes da digitalização da economia, especialmente nos casos envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas, a adequação das regras de fonte (territorialidade real) até então existentes deverá levar em consideração elementos (fatos ou coisas) que tenham um vínculo genuíno com o território do Estado tributante.

Antes, contudo, diante da complexidade que o conteúdo da expressão fonte traz consigo, dedicaremos o próximo capítulo à análise do princípio da fonte, quesito essencial da presente tese e sem o qual a tributação pelo país do mercado consumidor de produtos e serviços digitalizados não seria possível.

2 TEORIA DA FONTE

Em linhas gerais, a teoria ou princípio da fonte baseia-se em aspectos objetivos da situação tributável. Sob esse prisma, de acordo com o aludido princípio, o Estado tributará todos os rendimentos cuja origem esteja localizada em seu território²⁹⁸.

Saliente-se, desde já, que o princípio da fonte não se confunde com o princípio da territorialidade²⁹⁹. De fato, conforme discorrido anteriormente³⁰⁰, este tem como pressuposto a tributação de fatos, coisas ou pessoas que detenham uma conexão genuína com o território de determinado Estado. A teoria da fonte, ou melhor, a territorialidade real, por seu turno, visa tributar fatos ou coisas que tenham uma conexão suficiente com um dado Estado (*e.g.*, pagamentos realizados, local de produção do rendimento; local da celebração do contrato, dentre outros), isto é, trata-se de uma espécie do gênero territorialidade.

Dessa forma, diferentemente da territorialidade pessoal, em que se objetiva tributar residentes ou pessoas com um certo tipo de conexão com o território de um determinado país, a teoria da fonte almeja tributar interesses econômicos e financeiros atinentes aos limites geográficos de um determinado Estado.

Conforme será explanado a seguir, o conteúdo de fonte pode ser compreendido tanto sob a perspectiva econômica, quanto à financeira. Pela econômica, considera-se fonte o local de produção do rendimento, enquanto sob a visão financeira, a fonte pode ser compreendida como o local do pagamento.

Dessa forma, tem-se que, sob a óptica de produção, o Estado-fonte deve ser considerado o Estado no qual o rendimento é gerado³⁰¹. Noutras palavras, o princípio da fonte autoriza a tributação pelo país que tenha algum tipo de nexos com a produção do rendimento, isto é, o país em que é atribuído/agregado valor³⁰² a um dado bem ou serviço.

Já sob a perspectiva de realização (aspecto financeiro), fonte deve ser concebida com base no local de domicílio ou residência do pagador dos rendimentos. Nesse caso,

²⁹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 342.

²⁹⁹ Ibidem, p. 342.

³⁰⁰ Vide item 1.3.1.

³⁰¹ PIRES, M. *International Juridical Double Taxation of Income*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 120. (apud GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy**. IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018, p. 31. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>>). Acesso em: 11 de out. 2019.

³⁰² Ibidem, p. 31.

diferentemente da origem do rendimento sob a perspectiva econômica, a origem do rendimento é atrelada ao seu beneficiário³⁰³.

Em que pese a complexidade em torno da definição do seu conteúdo³⁰⁴, a tributação lastreada na fonte, ou melhor, a reivindicação dos governos para o exercício da sua jurisdição tributária³⁰⁵, pode ser justificada por alguns princípios econômicos ou jurídicos tradicionalmente reconhecidos pelo direito internacional tributário, mormente as teorias ou princípios do benefício, capacidade contributiva, neutralidade, equidade e legitimidade.

Com efeito, como tratado anteriormente³⁰⁶, constituiu prática internacional a exigência de um elemento de conexão genuíno entre o Estado e o fato, a coisa ou a pessoa objeto de tributação, sem o qual restaria obliterado o exercício da jurisdição fiscal. A residência e a fonte se constituem nos dois principais vínculos efetivos reconhecidos internacionalmente como fundamentos do direito de os Estados tributarem a renda³⁰⁷. Ainda, sob o caráter material da territorialidade³⁰⁸, a legitimidade de uma lei tributária de um dado país está alicerçada à existência, ou não, de um nexa entre a situação tributável o território estatal. Dessa forma, para fins da presente tese, partiremos da premissa de que quanto maior for o nexa entre os fatos e as coisas e o território estatal mais justificável será a eleição de uma regra de fonte pelo ordenamento jurídico interno dos países e, conseqüentemente, mais legítimo³⁰⁹ será o seu exercício da jurisdição tributária.

Como já explorado, apesar de entendermos tratar-se de um costume internacional³¹⁰, não existe no direito internacional qualquer definição clara de vínculo efetivo, bem como a intensidade necessária para autorizar a tributação pelo país-fonte, sendo, destarte, de bom alvitre a utilização de uma abordagem flexível adaptada a cada caso concreto. É justamente na justificativa para implementar determinado elemento de conexão que entram em cena os princípios econômicos e jurídicos, os quais podem ser utilizados para afirmar ou até mesmo

³⁰³ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 232.

³⁰⁴ Vide item 2.3.

³⁰⁵ LOKKEN, Lawrence. The Sources of Income from International: Uses and Dispositions of Intellectual Property. **Tax Law Review**, V 36, n. 3. Boston: Warren, Gorham e Lannot, 1981, p. 239.

³⁰⁶ Vide item 1.2.2.

³⁰⁷ CASTELON, Marta. **International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions**. Development, Practice and Policy. Series on International Taxation. V. 63. Series Editors. Wolters Kluwer. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B. V., p. 393.

³⁰⁸ Vide item 1.3.1.4.

³⁰⁹ Vale ressaltar, contudo, que as referidas proposições consuetudinárias – necessidade de um vínculo genuíno, não são vinculantes para os Estados. Conseqüentemente, a falta de sua observação não pode ser tida como um ilícito tributário, ou mesmo um ilícito internacional, já que não existe qualquer veto expresso no ordenamento internacional a esse respeito. (TÓRRES, Heleno Taveira. **Pluriritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

³¹⁰ Vide item 1.2.3.

infirmar os nexos utilizados pelos Estados. Noutras palavras, apesar de não existir no direito internacional uma definição de elemento de conexão genuíno, é certo que este não pode ser eleito ao bel prazer³¹¹ dos países, devendo ter como parâmetros (i) uma relação com o seu território; (ii) ser justificado pelos princípios econômicos ou jurídicos para ser considerado legítimo.

Dessa forma, somente após a análise dos princípios que justifiquem a tributação na fonte será possível compreender a sua extensão, possibilitando o desenvolvimento de regras de fonte hábeis para taxar as operações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no cenário da economia digitalizada.

Nesses moldes, nos próximos itens abordaremos os princípios econômicos e jurídicos admitidos que lastreiem a tributação por um determinado Estado, especialmente as teorias do sacrifício, benefício, capacidade contributiva, neutralidade, equidade e legitimidade e sua aplicabilidade, ou não, às operações realizadas na seara da economia digital. Feito isso, discorreremos sobre a alocação da renda entre os Estados de fonte e de residência, para, então, ingressarmos no conceito e regras de fonte. O resultado que se pretende alcançar é a compatibilidade do mercado consumidor como regra de fonte apta a tributar negócios jurídicos, especialmente operações internacionais entre pessoas jurídicas no contexto da economia digitalizada.

2.1 PRINCÍPIO DO SACRIFÍCIO

Conforme mencionado no item anterior, desde o século XIX, teorias, ou melhor, princípios econômicos são empregados para estear a tributação por um determinado Estado, afirmando ou até mesmo infirmando os elementos de conexão utilizados para exercer a jurisdição tributária. De acordo com essas teorias, a tributação pode ser entendida tanto como uma retribuição pelos serviços propiciados a uma dada pessoa pelo Estado (teoria ou princípio do benefício) quanto um sacrifício devido ao Estado em virtude de valores morais atrelados a um senso de coletividade sobre desejos individuais (teoria ou princípio do sacrifício)³¹².

³¹¹ NUNES, Renato. **Imposto sobre a Renda Devido por Não Residentes no Brasil: Regime Analítico e Critérios de Conexão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 126.

³¹² VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III)*. **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 394.

Segundo o princípio do sacrifício, os contribuintes devem agravar-se em prol do Estado, sendo obrigados ao pagamento de tributos para custear as necessidades daquele. Diferentemente da teoria do benefício, a do sacrifício ignora os benefícios proporcionados pelo Estado e trata os tributos como se fossem um confisco de propriedade³¹³. Segundo Walter Blum e Harry Kalven, essa teoria aplica à tributação o primeiro princípio do utilitarismo, segundo o qual a lei deve ser feita para trazer o maior benefício possível a maior número de pessoas, ou seja, a maior quantidade de satisfação total³¹⁴.

Nos moldes do princípio do sacrifício, os tributos impõem um encargo aos contribuintes, na medida em que os impedem de satisfazer as suas necessidades³¹⁵. Isto é, o sacrifício, de acordo com a teoria em questão, é representado pelas perdas de utilidade causadas pela imposição tributária³¹⁶ por um dado Estado.

Via de regra³¹⁷, o princípio do sacrifício sustenta a necessidade de tributação igualitária entre os contribuintes, estando intrinsecamente relacionada à tributação progressiva e ao princípio da capacidade contributiva. Como bem observa José Maurício Conti, a noção de sacrifício pode ser relacionada à capacidade contributiva enquanto critério de graduação por excelência dos impostos, já que explora a capacidade de suportar o ônus tributário³¹⁸. Isto é, o sacrifício de abrir mão de recursos ligados às necessidades mais urgentes diferencia-se daqueles voltados às menos urgentes³¹⁹, sendo certo que a tributação idêntica ou proporcional não infligiria sacrifícios equivalentes em indivíduos com diferentes condições econômico-financeiras, o que poderia ser corrigido com uma gradação proporcional das alíquotas efetivas³²⁰.

³¹³ GUTIERREZ, Miguel Delgado. **O imposto de Renda e os Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade**. 2014. f. 200. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 173.

³¹⁴ BLUM, Walter J.; KALVEN, Harry Jr. The Uneasy Case for Progressive Taxation. **University of Chicago Law Review**, V. 19, Issues 3, Article 2, 1952, p. 455. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol19/iss3/2>>. Acesso em: 11 de out. 2019.

³¹⁵ GUTIERREZ, op. cit., p. 173.

³¹⁶ SILVA, Pedro Eduardo Pinheiro. **Sistema Tributário: Constituição Econômica e Justiça Social**. 2010. f. 245. Tese. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 135.

³¹⁷ Utilizamos a expressão via de regra, pois existem críticas à utilização da teoria do sacrifício para suportar a progressividade e capacidade contributiva. Vide: LAVEZ, Raphael Assef. **Fundamentos e Controles da Progressividade no Imposto Sobre a Renda**. 2017. f. 260. Tese. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo., pp. 34-49; e SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 399-401.

³¹⁸ CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996, p. 29.

³¹⁹ LAVEZ, op. cit., p. 33.

³²⁰ SELIGMAN, Edwin R. A. **Progressive Taxation in Theory and Practice**. 2 ed. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 1909, pp. 210-211.

Como bem observa John Stuart Mill, a igualdade na tributação, como máxima da política, deve ser compreendida como igualdade de sacrifício. Em outras palavras, deve ser entendida como a contribuição igualitária de todos os contribuintes para satisfazer as despesas do governo, de modo que ninguém se sinta mais ou menos prejudicado em virtude das contribuições realizadas³²¹. Na visão utilitarista, se os ricos possuem mais capacidade contributiva em comparação aos pobres, os primeiros poderiam pagar tributos superiores, já que a utilidade marginal da renda seria decrescente³²². Trata-se, portanto, de submeter a todos aos mesmos ônus ao custear as despesas do Estado.

E é justamente da ideia de sujeitar a todos os contribuintes ao mesmo encargo que surge a defesa da tributação progressiva e capacidade contributiva, de acordo com o potencial econômico dos contribuintes. Segundo John Stuart Mill, retirar mil por ano de um detentor de dez mil não o privaria de nada realmente necessário para o seu suporte ou existência, ao passo que retirar cinco libras daqueles com renda de cinquenta implicaria sacrifício não apenas muito maior a este último, como também completamente incompatível com o sacrifício imposto ao primeiro³²³.

Portanto, o princípio do sacrifício, utilizado como argumento para privar as pessoas de parte dos seus rendimentos auferidos ao cabo de um determinado período de tempo, é invocado muito mais como uma forma de busca da justiça fiscal, autorizando a tributação progressiva e o princípio da capacidade contributiva, do que como a prerrogativa de o Estado, pautado no princípio da territorialidade, taxar pessoas, fatos ou coisas com uma relação genuína com o seu território, motivo pelo qual não aprofundaremos nossos estudos nesse aspecto, já que foge do escopo da tese aqui defendida.

Ressaltamos, contudo, que uma exceção a essa tendência de invocar o princípio do sacrifício com vista à justiça fiscal é o pensamento de Klaus Vogel. Embora para o referido professor tal teoria não seja mais aceita atualmente, se é que já foi aceita algum dia, a teoria do sacrifício poderia ser apenas invocada para suportar a tributação em bases universais dos cidadãos de um dado país (princípio da pessoalidade)³²⁴, não tendo relação alguma com a territorialidade real (princípio da fonte), objeto do presente estudo.

³²¹ MILL, John Stuart. **Principles of Political Economy**., 2009. p. 499. Disponível em: <<http://library.umac.mo/ebooks/b31139632.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

³²² BELLSTEDT, Cristoph. *Die Steuer als Instrument der Politik*. Berlin: Duncker&Humblot, 1966, p. 129. Apud SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3ª edição. Ed. Saraiva, 2013, p. 200.

³²³ MILL, John Stuart. **Principles of Political Economy**., 2009. p. 499. Disponível em: <<http://library.umac.mo/ebooks/b31139632.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

³²⁴ VOGEL, Klaus. **Worldwide vs. Source Taxation of Income**: a review and re-evaluation of arguments (Part III). *Intertax*, V. 16, n. 11, 1988. pp. 394-395.

Portanto, para fins da presente tese, e ressalvados os entendimentos contrários sobre o assunto³²⁵, consideraremos o princípio do sacrifício como uma teoria utilizada para a busca de igualdade fiscal, por meio da adição de sacrifício proporcionalmente igualitário incorrido por todos os contribuintes para custear as necessidades básicas do Estado, ou, quando muito, como teoria apta a respaldar a tributação em bases universais de cidadãos de determinado país. Consequência lógica dessa premissa, é que o princípio do sacrifício, a nosso ver, não poderia ser empregada para justificar eventuais critérios utilizados pelos países-fonte para tributar não residentes que tenham um nexó genuíno com o seu território.

2.2 PRINCÍPIO DO BENEFÍCIO

De conformidade com o abordado anteriormente, apesar de decorrer da soberania estatal, a imposição de tributos sobre fatos/coisas/pessoas com uma relação efetiva com determinado Estado pode ser ancorada por algumas teorias, dentre elas o princípio do benefício. Mais do que fundamentar a tributação, o princípio do benefício pode ser empregado para legitimar o nexó utilizado pelo país como regra de fonte, uma vez que, como visto³²⁶, não há no direito internacional uma definição clara do que venha a ser um vínculo substancial e qual a sua intensidade para que a jurisdição tributária do Estado seja exercida.

Segundo o referido princípio, a tributação tem pálio decorrente dos benefícios obtidos pelo contribuinte devido à atividade do Estado. De acordo com José Maurício Conti, a tributação deve ser justa para que cada contribuinte participe na arrecadação dos tributos na proporção dos benefícios auferidos em função dos gastos efetuados com recursos estatais³²⁷.

Note-se, portanto, que o princípio do benefício valida o exercício da jurisdição tributária de um determinado Estado em virtude dos benefícios e serviços que o Estado proporciona aos contribuintes que com ele interagem. Nessa linha, os tributos são considerados um preço a ser pago por todos os serviços estatais usufruídos pelos contribuintes, sendo ao Estado outorgado o direito de exercer a sua jurisdição tributária baseado nos serviços, ou seja, nos benefícios proporcionados³²⁸.

³²⁵ Vide nota de rodapé nº318.

³²⁶ Vide item 1.2.2.

³²⁷ CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996, p. 14.

³²⁸ PINTO, Dale. The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, V. 60, n. 7, jul. 2006, p. 267. Disponível em: <<https://research.ibfd.org/collections/bit/pdf/bifd070601.pdf>> Acesso em: 05 out. 2019

Sob a perspectiva histórica, o tributo era tido por Thomas Hobbes como o preço pela paz³²⁹. Assim, da mesma forma em que o Estado, mais precisamente, a soberania estatal era concebida como uma ordem central com poderes suficientes para pôr fim ao caos decorrente à inaptidão das pessoas em uma convivência harmônica e pacífica no caso de sua ausência, a imposição tributária era justificada em razão da proteção proporcionada pela existência do Estado. O benefício promovido pelo Estado, e que autoriza a imposição de tributos, era justamente a proteção³³⁰ conferida às pessoas ligadas ao seu território. Isto é, historicamente, como o Estado protegia a vida e a propriedade de seus membros, caberia a estes contribuírem para suas despesas³³¹. No início do liberalismo, o imposto era visto como contrapartida da segurança e da liberdade³³².

O princípio do benefício parte, portanto, da premissa de que o poder tributário atua para o benefício da coletividade que suporta o peso econômico da tributação. A “cobrança”, nesses casos, seria fundamentada no benefício efetivo, potencial ou simplesmente possível proporcionado pela atividade do Estado em favor daqueles que repartem o ônus financeiro de sua execução. Trata-se da assimilação do tributo a uma troca de serviços entre o Estado e os cidadãos³³³.

Via de regra, a teoria do benefício é associada ou de certa forma relacionada a princípios de justiça, equidade e capacidade contributiva³³⁴, tendo em vista os inúmeros defensores de que a tributação deve recair na proporção da utilização e beneficiamento das atividades estatais. Nesse sentido, são os ensinamentos de Richard e Peggy Musgrave, para

³²⁹ SELIGMAN, Edwin R. **A. Progressive Taxation in Theory and Practice**. 2 ed. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 1909, p. 158.

³³⁰ No mesmo sentido, podemos citar Hugo Grotius (considerado o pai da teoria do benefício), Pufendorf, Locke, William Petty, Hume, Rousseau, Montesquieu e Adam Smith. (Cf. PESSOA, Leonel Cesarino. **O Princípio do Benefício como Critério de Justiça Tributária**: as diferentes interpretações. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2008, pp. 4870-4871. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/leonel_cesarino_pessoa.pdf>.

Acesso em: 14 out. 2019

³³¹ CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996, p. 15.

³³² TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 294

³³³ GUTIERREZ, Miguel Delgado. **O imposto de Renda e os Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade**. 2014. f. 200. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 51.

³³⁴ DODGE, Joseph M. **Theories of Tax Justice**: Ruminations on the Benefit, Partnership, and Ability to Pay Principles, Florida State University College of Law, Public Paper and Legal Theory Working Paper n° 150, March 2005 p. 2 e ss.

quem, segundo o princípio do benefício, cada contribuinte deveria ser tributado de acordo com sua demanda por serviços públicos³³⁵.

Como bem aponta Ricardo Lobo Torres, o benefício como fundamento da capacidade contributiva surgiu com o causalismo³³⁶. Sob esse enfoque, a cobrança de impostos, taxas e contribuições era uma contraprestação pelo benefício ou a vantagem usufruída pela entrega de serviços públicos pelo Estado³³⁷. Benvenuto Griziotti³³⁸, após modificar a sua teoria para encampar as ponderações de Dino Jarach³³⁹, entende que os impostos são as contribuições exigidas pelo poder público para lograr fins coletivos, sendo uma contraprestação coletiva do Estado para a sociedade.

Ao longo do século XIX, a abordagem do princípio do benefício era frequentemente associada à metodologia de prêmio de seguro³⁴⁰. Deveras, na análise atuarial dos riscos envolvidos em um contrato de seguro e aos quais a companhia seguradora estará sujeita, são feitas várias ponderações, sendo uma delas o valor do objeto assegurado, de modo que quanto maior for o risco, maior será o prêmio cobrado do contratante. Nesse ponto, à semelhança das operações de seguros, o Estado deveria fazer o mesmo: impor a tributação de forma proporcional ao patrimônio tutelado pelo Estado.

O princípio do benefício também passou por transformações desde a sua concepção inicial, sendo tido no final do século XIX como uma condição de equilíbrio e não mais um fator de justiça³⁴¹. De qualquer forma, independentemente de se tratar de um princípio de justiça, equidade, capacidade contributiva ou equilíbrio, várias críticas à referida teoria surgiram ao longo do tempo, dada a dificuldade³⁴² de identificar as vantagens pessoais obtidas pelos indivíduos³⁴³ em razão dos serviços prestados ou colocados à disposição pelo Estado. Baseados na premissa lógica *utiliza-se mais, paga-se mais*, teríamos, sem sombra de

³³⁵ MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy. **Public Finance in Theory and Practice**, 5. ed. Nova York: McGraw-hill, 1989, p. 220.

³³⁶ Griziotti, o maior nome entre os causalistas, considerava como causa jurídica do tributo o interesse do Estado pela despesa pública em correspondência ao interesse privado ligado à prestação de serviço público. (Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295)

³³⁷ Ibidem, p. 94

³³⁸ GRIZIOTTI, Benvenuto. **L'imposition fiscale des étrangers**. Recueil des Cours. Académie de Droit International. Leiden: Cour International de Justice, 1926-III, p. 5-158, (SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3ª edição. Ed. Saraiva, 2013, p. 197).

³³⁹ JARACH, Dino. **O fato imponible**. Teoria geral do Direito Tributário Substantivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 109

³⁴⁰ SELIGMAN, Edwin R. A. **Progressive Taxation in Theory and Practice**. 2 ed. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 1909, p. 150.

³⁴¹ MUSGRAVE; MUSGRAVE, op. citi., p. 220.

³⁴² TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo Malheiros Ed. 2002, p. 29.

³⁴³ Salvo nos casos de taxas e contribuições de melhorias.

dúvidas, uma tributação dos mais pobres em detrimento dos mais ricos, haja vista que, em um Estado Social³⁴⁴, os mais necessitados costumam ter mais benefícios do Estado do que as classes mais favorecidas, o que, nas palavras de John Stuart Mill, poderia levar a uma tributação regressiva³⁴⁵.

É importante ter em mente, contudo, que, ao lado da existência de correntes doutrinárias críticas do princípio do benefício, sob o argumento de que os mais necessitados acabariam pagando mais tributos, há correntes³⁴⁶ que defendem que a renda auferida e os bens detidos pelas pessoas somente são possíveis em razão da própria existência do Estado, sem o qual os homens, no estado de natureza hobbesiano, estariam fadados ao mínimo ou até a ausência de bem-estar. E, em razão disso, partindo da máxima de que quem detém mais recursos ganhará, proporcionalmente, uma maior contribuição do governo, também deverá arcar com tributos proporcionalmente maiores³⁴⁷.

De acordo com Ezio Vanoni, a teoria do benefício pode ser considerada como um modelo econômico análogo ao contrato de parceria, em que o particular atribui ao Estado uma participação sobre os lucros de seu empreendimento individual como uma forma de compensar a fruição dos serviços prestados pelo Estado. Não se trata, na visão do referido economista, de um preço pago em virtude do uso e da utilidade efetivos dos serviços públicos, mas os prováveis³⁴⁸.

Segundo Klaus Vogel, não seria factível considerar o tributo como um preço por serviços individualmente prestados pelo Estado, mas sim contraprestações pela totalidade

³⁴⁴ GUTIERREZ, Miguel Delgado. **O imposto de Renda e os Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade**. 2014. f. 200. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 52.

³⁴⁵ MILL, John Stuart. **Principles of Political Economy**., 2009. p. 354. Disponível em: <<http://library.umac.mo/ebooks/b31139632.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

³⁴⁶ MURPHY, L.; NAGEL, T. **O Mito da propriedade**. São Paulo Martins Fontes, 2005, p. 23.

³⁴⁷ PESSOA, Leonel Cesarino. O Princípio do Benefício como Critério de Justiça Tributária: as diferentes interpretações. In: **XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. 2008, pp. 4875. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/leonel_cesarino_pessoa.pdf>. Acessado em: 14 out. 2019.

³⁴⁸ VANONI, Ezio. Natureza e interpretação das leis tributárias. Robens Gomes de Sousa (trad). Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A. s.d. (título original: *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*. Padova: CEDAM, 1932), p. 56.

dos serviços disponíveis ou utilizados por todos os contribuintes³⁴⁹. É esse, inclusive, o entendimento de John Stuart Mill³⁵⁰ e *Lehrbuch von Stein*³⁵¹.

De qualquer forma, apesar das várias correntes e críticas acerca da teoria do benefício, mormente no que tange às dificuldades de sua aplicação para fins da justa tributação, equidade ou equilíbrio na tributação da renda, para fins do presente estudo importa-nos abordar a justificativa de imposição tributária baseada em benefícios proporcionados pelo Estado. Mais precisamente, a possibilidade de instituição de uma regra de fonte calcada em elemento de conexão genuíno que levaria a tributação de não residentes que detenham benefícios gerais ou específicos proporcionados no âmbito de sua interação com o Estado. Nessa vertente, para fins da presente tese, busca-se verificar se o princípio do benefício pode ser utilizado para validar um elemento de conexão para tributação de operações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas na esfera da economia digitalizada.

A esse respeito, Reuven S. Avi-Yonah observa que o princípio do benefício determina que a jurisdição de residência tem a preferência no direito de tributar rendimentos passivos (i.e., rendimentos decorrentes de aplicações financeiras, aluguéis etc.), ao passo que a jurisdição da fonte tem a preferência no direito de tributar rendimentos ativos (i.e., decorrentes de atividades empresariais)³⁵².

Em se tratando de benefícios proporcionados pelo Estado, os quais, segundo a teoria do benefício, autorizariam a execução de sua jurisdição tributária, portanto especial relevância deve ser dada à tributação de não residentes, isto é, a tributação desses sobre os rendimentos auferidos com um certo nível de conexão com o Estado.

Com efeito, a tributação de não residentes pelo Estado-fonte não é uma discussão recente. O desejo de os governos taxarem aqueles já fora apontado pelos quatro economistas responsáveis pelo relatório sobre dupla tributação da Liga das Nações, datado de 1923³⁵³. Naquele mesmo período, T. S. Adams definiu a tributação, na fonte, de rendimentos de não

³⁴⁹ VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III)*. *Intertax*, V. 16, n. 11, 1988. p. 395.

³⁵⁰ MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy*, 2009. p. 354. Disponível em: <<http://library.umac.mo/ebooks/b31139632.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

³⁵¹ VON STEIN, Lorenz. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 5th edn., Zweiter Teil, Erste Abteilung (1885), p. 348. (apud VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III)*. *Intertax*, V. 16, n. 11, 1988. p. 395).

³⁵² AVI-YONAH, Reuven S. "International taxation of electronic commerce." In: *Tax L. Rev.* 52, 1996, p.520.

³⁵³ "(a) survey of the whole field of recent taxation shows how completely the Governments are dominated by the desire to tax foreigner". Report on double taxation, League of Nations Doc. E. FS. 73F.19, at 40 (1923) reprinted in 4 Staff of Joint Comm. on Tax'n, Legislative History of United States Tax Conventions 4003, 4044 (1962).

residentes como “inevitável”³⁵⁴⁻³⁵⁵. Segundo o referido professor, considerando que a jurisdição da fonte tem a primeira oportunidade de coletar tributos sobre pagamentos provenientes de suas fronteiras (*the fist bite at the apple*), seria extremamente difícil proibir a jurisdição da fonte de auferir tais rendimentos³⁵⁶

O direito de o Estado-fonte tributar rendimentos granjeados por não residentes tem aporte em benefícios proporcionados pelo Estado a eles, benefícios estes que podem ser tanto gerais, isto é, colocados à disposição de todos, como específicos, destinados e/ou utilizados por um certo ou limitado número de pessoas.

Típicos exemplos de benefícios gerais promovidos pelo Estado são a educação, o que reflete na qualidade dos trabalhadores, segurança, corpo de bombeiros, dentre outros. Benefícios específicos, por sua vez, são considerados os serviços de infraestrutura necessários ao bom funcionamento dos negócios, bem como políticas governamentais específicas, como estabilidade cambial e política monetária, essenciais para a manutenção e garantia de estabilidade política e econômica, além de atrair a confiança de investidores e consumidores³⁵⁷. Esses proventos outorgam a tributação baseada na fonte, considerando que o governo do país incorre em custos ao conceder os benefícios essenciais para a obtenção do rendimento pelo não residente³⁵⁸. Nas palavras de T. S. Adams, grande parte dos custos do governo está relacionada à necessidade de manutenção de um ambiente de negócios adequado³⁵⁹. Tais despesas, por si só, já fundamentam a tributação como uma forma de compensação do governo que neles incorre³⁶⁰.

No entanto, o argumento de tributação pelo Estado-fonte com espeque no princípio do benefício tem sofrido críticas ao longo do tempo. Uma das principais críticas é de que a tributação deveria ocorrer apenas na justa medida dos benefícios proporcionados pelo Estado aos não residentes, o que levaria a uma tributação significativamente inferior daquela que os residentes estariam sujeitos, já que estes teriam muito mais benefícios do Estado³⁶¹.

³⁵⁴ “Inevitably so”.

³⁵⁵ ADAMS, Thomas S. Interstate and International Double Taxation. In: **Nat'l Tax Ass'n Proc**, 22, 1929, pp. 193.

³⁵⁶ ADAMS, Thomas S. Interstate and International Double Taxation. In: **Nat'l Tax Ass'n Proc**, 22, 1929, pp. 193.

³⁵⁷ PINTO, Dale. The need to reconceptualize the permanent establishment threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 7, 2006, p. 267.

³⁵⁸ AVI-YONAH, Reuven S. "International taxation of electronic commerce." In: **Tax L. Rev.** 52, 1996, p.521.

³⁵⁹ ADAMS, ap. Cit., pp. 185-186.

³⁶⁰ AVI-YONAH, op. cit., p. 521.

³⁶¹ SHAY, Stephen E.; FLEMING JR, J. Clifton; PERONI, Robert J. The David R. Tillinghast Lecture. What's Source Got to Do with it? Source Rules and US International Taxation. **Tax L. Rev.**, v. 56, 2002, p. 90.

Tal crítica é prontamente rebatida por Stephen E. Shay, Clifton Fleming Jr. e Robert J. Peroni, para quem os benefícios auferidos pelos não residentes que investem ou detêm negócios em um dado país não estão limitados a benefícios básicos e gerais como estradas, segurança e bombeiros. Muito pelo contrário, ao tratarem especificamente dos Estados Unidos, os referidos autores pontuam que investidores não residentes naquele país se beneficiam das atividades/políticas proporcionadas pelo governo que criam e fomentam a segurança pública e nacional, de um sistema legal justo, da infraestrutura financeira transparente e segura, das proteções legais conferidas à propriedade intelectual, dentre outros. Nesse sentido, os benefícios proporcionados aos não residentes investidores ou com negócios no país são bastante similares aos benefícios recebidos pelos próprios residentes, o que justificaria a tributação efetiva pelo país-fonte³⁶².

Dessa forma, a tributação de não residentes suportada pelo princípio do benefício³⁶³ decorre das vantagens recebidas pelos não residentes em usufruir da infraestrutura física, econômica e legal de um dado país³⁶⁴. É a que, Stephen E. Shay, Clifton Fleming Jr. e Robert J. Peroni se referem como “U.S. Market”³⁶⁵, ao se tratar dos Estados Unidos: sendo a tributação uma forma de compensação pelo benefício que o não residente tem ao acessar o “mercado” de um determinado país.

Para Paul Kirchhof, a vantagem promovida pelo “mercado” serviu para estear a imposição de tributos. Segundo o aludido jurista, o domínio individual sobre os bens econômicos é proporcionado pelo distanciamento do Estado da atividade econômica. Em razão disso, o financiamento do Estado ocorre por meio da sua participação no sucesso econômico privado³⁶⁶. Nessa rota, conforme Kirchhof, a renda obtida se dá tanto em virtude do esforço pessoal dos indivíduos, quanto mediante a existência do mercado³⁶⁷, ou seja, não adiantaria nada o esforço pessoal do agente sem um mercado a ser explorado. Portanto, segundo Luís Eduardo Shoueri, na teoria de Paul Kirchhof, que combina elementos das teorias do sacrifício e benefício, o tributo seria devido ao Estado, na qualidade de

³⁶² SHAY, Stephen E.; FLEMING JR, J. Clifton; PERONI, Robert J. The David R. Tillinghast Lecture. What's Source Got to Do with it? Source Rules and US International Taxation. **Tax L. Rev.**, v. 56, 2002, p. 91.

³⁶³ É importante se ter em mente que, mesmo no princípio do benefício, há a necessidade de uma conexão genuína com o país, a fim de legitimá-lo a exercer a sua jurisdição tributária sobre não residentes.

³⁶⁴ SHAY, op. cit., p. 91.

³⁶⁵ Ibidem, p. 91.

³⁶⁶ KIRCHHOF, Paul. **Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuer**. In Kirchhof, Paul et al. Steuern im Verfassungsstaat: Symposium zu Ehren von Klaus Vogel aus Anl. seines Geburtstags. Munchen: Beck, 1996, pp. 27-63. (apud SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 201-202).

³⁶⁷ Ibidem, pp. 201-202.

representante da coletividade, por ele ter criado as condições para o enriquecimento das pessoas³⁶⁸.

Ao tratar da “luta” pela distribuição das competências tributárias, Gerd Willi Rothmann observa que a tributação nos Estados da fonte pode ser explicada em razão do vínculo entre rendimentos obtidos no seu território e sua economia, que se manifesta pelo usufruto de toda a sua infraestrutura, do próprio mercado nacional e até do seu ordenamento jurídico. Segundo o saudoso professor, é o Estado da fonte, mediante o oferecimento de serviços públicos, que torna possível a obtenção de rendimentos³⁶⁹.

Note-se, desde já, que o acesso ao mercado de um determinado país já é, há tempos, utilizado pelos países como um elemento apto a autorizar a tributação. Para fins da presente tese, a acepção do termo “mercado” abrange uma série de benefícios/serviços que o não residente teria acesso ao investir em um dado país, dentre eles o mercado consumidor, que será melhor explanado³⁷⁰ adiante, e sem o qual não haveria possibilidade de obtenção de rendimentos por parte do não residente.

Pois bem, além das críticas acerca do nível de benefícios auferidos pelos não residentes de modo a franquear uma tributação efetiva, discute-se, atualmente, se a tributação calcada no princípio do benefício demandaria a presença física no país-fonte, a fim de estabelecer um nexó genuíno capaz de autorizar a tributação na fonte. Defensores dessa corrente, como Charles McLure, sustentam sua posição sob a alegação de que serviços como bombeiros e segurança pública seriam apenas relevantes se houvesse uma efetiva presença no país-fonte³⁷¹. Isto é, vários dos serviços proporcionados pelo Estado e que autorizariam a tributação de não residentes somente seriam passíveis de proveito na hipótese de uma presença física no país-fonte, ou seja, tais serviços e, portanto, os benefícios deles decorrentes teriam como pressuposto um certo nível de presença física.

Esta, como um requisito necessário para estear a tributação com base na teoria do benefício, colocaria barreira no exercício da jurisdição fiscal pelo país-fonte em casos

³⁶⁸ ³⁶⁸ KIRCHHOF, Paul. **Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuer**. In Kirchhof, Paul et al. *Steuern im Verfassungsstaat: Symposium zu Ehren von Klaus Vogel aus Anl. seines Geburtstags*. München: Beck, 1996, pp. 27-63. (apud SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 201-202).

³⁶⁹ ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 97.

³⁷⁰ Vide itens 2.4.8 e 4.6.

³⁷¹ MCLURE, Jr., Charles E., *Source-Based Taxation and Alternatives to the Concept of Permanent Establishment*. In: **2000 World Tax Conference Report**, 2000, 6:5. (apud PINTO, Dale. *The need to reconceptualize the permanent establishment threshold*. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 7, 2006, p. 267).

envolvendo comércio eletrônico ou operações realizadas no âmbito da economia digital, o que não nos parece ser o posicionamento mais acertado, uma vez que muito mais do que usufruir de serviços como polícia e bombeiros, não residentes atuantes em determinado país têm acesso a toda sua infraestrutura jurídica e econômica (“mercado”), o que inclui o ingresso ao mercado consumidor.

Imagine-se, por exemplo, que uma dada empresa A, residente no Estado A, vendesse uma mercadoria para B, residente no país B. Em caso de inadimplência de B, poderia A cobrar de B o valor referente à venda da mercadoria. Nesse caso, a cobrança necessariamente implicaria o sistema judiciário do país B, serviço este do qual a empresa A se beneficiaria, ainda que não tivesse nenhuma presença física naquele país. Por esse motivo, atualmente, não nos parece que a tributação baseada na teoria do benefício demandaria um certo nível de presença física em um determinado Estado, a fim de validar a tributação na fonte.

Ao analisar a exigência de presença física no país-fonte para autorizar a tributação com base no princípio do benefício, Arvid A. Skaar assevera que o estabelecimento permanente (presença física) é apenas uma evidência de pertença econômica, mas não o fundamento para a tributação na fonte. Aquela é corroborada pela ideia de que todos que obtêm benefícios decorrentes de um país devem efetuar a sua contribuição para a sociedade desse Estado, independentemente da existência de estabelecimento permanente³⁷².

Aliás, ao defender a tributação baseada na teoria do benefício independentemente da existência de presença física, Dale Pinto entende que provedores de conteúdo digital não teriam condições de explorar o mercado de determinado país sem infraestrutura de telecomunicações adequada ou que não tenha uma população com acesso a computadores (o que pressupõe determinado nível de instrução). E mais, vendedores estrangeiros de produtos *on-line* não conseguiriam entregar seus produtos sem a existência de estradas, sem falar nos custos que o Estado incorre com o descarte dos materiais de embalagem e ao assegurar leis de proteção aos seus consumidores³⁷³.

Dessa forma, a tributação de transações realizadas no âmbito do comércio eletrônico seria validada em razão dos serviços prestados ou colocados à disposição pelo Estado de consumo aos não residentes (“mercado”), já que indispensáveis para a obtenção de receitas.

³⁷² SKAAR, Arvid A., Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle. In: **Kluwer Law International**, 1991, pp. 559-560. (apud PINTO, Dale. The need to reconceptualize the permanent establishment threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 7, 2006, p. 267).

³⁷³ PINTO, Dale. The need to reconceptualize the permanent establishment threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 7, 2006, p. 268.

Lawrence Lokken, ao tratar de regra de tributação na fonte em transações encampando propriedade intelectual, concebe que a relação entre a produção de rendimento e os serviços e proteções prestados pelos governos deve ser o fundamento para a determinação da origem do ganho³⁷⁴. Na hipótese de o rendimento obtido por uma determinada pessoa decorrer de benefícios promovidos por mais de um governo, o rendimento destinado, isto é, alocado para cada país, deve estar relacionado às atividades desempenhadas ou capital empregado por cada jurisdição³⁷⁵.

Nesse sentido, Lawrence Lokken define que, no âmbito da propriedade intelectual, a tributação pelo país de utilização do direito de propriedade intelectual decorre dos serviços e proteções fornecidos por aquele Estado³⁷⁶. As leis e o sistema legal do país de utilização da propriedade intelectual³⁷⁷, típicos exemplos de serviços e proteções oferecidos pelo governo, permitem que o não residente possa obter rendimentos de *royalties* provenientes dos direitos licenciados.

É importante ter em mente, contudo, que a invocação da teoria do benefício, pelo Estado-fonte, como justificativa de tributar não residentes, especialmente em situações envolvendo a economia digitalizada, deve ser interpretada apenas como o benefício proporcionado ao não residente (sistema legal, infraestrutura, mercado consumidor, dentre outros), mas não como os benefícios recebidos pelas pessoas tomadoras de produtos e serviços, os quais, segundo Lawrence Lokken³⁷⁸, não têm nenhuma relação com a origem do rendimento.

Observe, portanto, que, mormente em situações implicando operações no âmbito da economia digitalizada, não residentes realizando atividades econômicas em outros países se beneficiam de serviços propiciados por estes, independentemente de terem um estabelecimento permanente ou qualquer tipo de presença física, o que justifica a tributação, pelo país-fonte, em razão do acesso a esses benefícios “mercado”, dentre o mercado consumidor.

Como visto³⁷⁹, constituiu costume de direito internacional, quiçá um princípio reconhecido pelas nações civilizadas, a exigência de um elemento de conexão genuíno com determinado Estado para que esse possa exercer a sua jurisdição tributária. Contudo, em

³⁷⁴ LOKKEN, Lawrence. The Sources of Income from International: Uses and Dispositions of Intellectual Property. *Tax Law Review*, V 36, n. 3. Boston: Warren, Gorham e Lannot, 1981, pp. 239-240.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 239.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 240.

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 240-241.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 239.

³⁷⁹ Vide item 1.2.3.

razão da ausência de regras sobre a definição de vínculo efetivo com o Estado, bem como a intensidade necessária para dar azo à tributação, temos que as teorias econômicas, nesse caso, o princípio do benefício, podem ser relevantes para validar o *link* genuíno utilizado pelo Estado-fonte para tributar não residentes.

Deveras, apesar de ser uma exigência do direito tributário internacional a necessidade de um nexos significativo entre o fato, coisa ou pessoa e Estado tributante, este não possui carta branca para eleger qualquer elemento de conexão e qualificá-lo como genuíno. Muito pelo contrário, há de ser um nexos que tenha uma relação especial com o Estado ou seu território. Por isso, exige-se uma justificativa para que um elemento de conexão seja considerado válido. E é exatamente nesse ponto que entra em cena o princípio do benefício: ele é utilizado para legitimar a tributação daquele fato, coisa ou pessoa pelo Estado.

Por essa via, com base no princípio do benefício, tributar-se-á o não residente em razão do acesso ao “mercado”, ou melhor, em virtude dos benefícios usufruídos pelo não residente oferecidos pelo mercado do país estrangeiro, o que inclui toda a infraestrutura física, econômica e legal, além do mercado consumidor. Consequentemente, para autenticar o elemento de conexão utilizado pelo Estado, a referida teoria econômica exige a adoção de uma regra de fonte, ou melhor, um nexos que tenha alguma relação com os limites geográficos do país, como, por exemplo, o mercado consumidor.

2.3 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Conforme dito anteriormente, a eleição de um elemento de conexão genuíno para o exercício da jurisdição tributária por um determinado governo pode ser corroborada por princípios econômicos e jurídicos, como o princípio do sacrifício, o princípio do benefício, equidade, dentre outros. Ainda, como discorrido, sob o ponto de vista da territorialidade real – princípio da fonte –, a teoria do sacrifício não teria o condão de validar a tributação do não residente por um determinado país, devido a sua utilização como forma de atingir a equidade ou, segundo Klaus Vogel, para autorizar a tributação em bases universais de cidadãos de determinado país. Nesse sentido, principalmente em transações realizadas na seara da economia digitalizada, destaca-se o princípio do benefício como teoria econômica capaz de validar um nexos entre fatos, coisas ou pessoas e um dado país e, assim, autorizar o exercício da jurisdição fiscal por este.

Ocorre, no entanto, que, apesar de o princípio ou teoria do benefício assentir a tributação como forma de retribuição pelos serviços ou proteções conferidas por um

determinado Estado aos contribuintes, esse princípio, por si só, não seria o bastante para lastrear a tributação de acordo com a capacidade tributária de cada contribuinte. E é justamente para alocar a tributação entre os diferentes contribuintes de uma forma que melhor reflita a sua habilidade de pagar tributos que surge o princípio da capacidade contributiva.

Como bem observa Lawrence Lokken³⁸⁰, a aludida capacidade não tem qualquer relação com a origem geográfica (territorialidade) dos rendimentos auferidos pelos contribuintes. De outro lado, a teoria do benefício não possui contornos de progressividade, característica essencial dos tributos sobre a renda. Por esse motivo, dada a incapacidade de cada teoria individualmente considerada para consagrar a tributação progressiva da renda de contribuintes beneficiários de serviços e proteções prestados ou colocados à disposição por dado Estado, é que, como princípio geral, a origem geográfica do rendimento poderia ser extraída da combinação de ambas as teorias econômicas: princípio do benefício e a capacidade econômica.

Dessa forma, em um primeiro momento, o princípio do benefício autorizaria a tributação por um determinado Estado de contribuintes que obtivessem algum tipo de serviço ou proteção do governo que propiciasse o exercício de determinada atividade econômica. Uma vez validado o exercício da jurisdição tributária pelo Estado, a capacidade contributiva entraria em cena com o fito de alcançar tratamento igualitário entre os contribuintes, bem como tributação progressiva³⁸¹ dos rendimentos

Via de regra, a distribuição da carga tributária de acordo com o bem-estar econômico de cada contribuinte é alcançada por meio da capacidade contributiva³⁸², sendo considerado um meio para a realização de justiça fiscal³⁸³. Esse princípio, por seu turno, é tido como um mecanismo pelo qual o cidadão deve contribuir para as despesas públicas na exata proporção de sua potencialidade econômica³⁸⁴. Ou seja, segundo a capacidade contributiva, os custos públicos devem ser rateados de forma proporcional entre os cidadãos, na medida da fruição

³⁸⁰ LOKKEN, Lawrence. *The Sources of Income from International: Uses and Dispositions of Intellectual Property*. **Tax Law Review**, V 36, n. 3. Boston: Warren, Gorham e Lannot, 1981, p. 239.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 239.

³⁸² JR FLEMING, J. Clifton; PERONI, Robert J.; SHAY, Stephen E. *Some Perspectives from the United States on the Worldwide Taxation vs. Territorial Taxation Debate*. In: SMITH, Bernadette (ed). **Journal of the Australasian Tax Teachers Association** 2008, p. 60.

³⁸³ BARRETO, Paylo Ayres. **Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 45.

³⁸⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, v. 6, t. 1, 1988, p. 57-58.

individual da riqueza garantida pelo Estado³⁸⁵. Trata-se, portanto, de princípio informador do imposto sobre a renda e corolário do princípio da igualdade, na medida em que confere critério para a comparação de contribuintes³⁸⁶.

Sob o aspecto internacional, a tributação segundo a capacidade contributiva é considerada o princípio fundamental de toda a tributação, mas na seara da tributação da renda mundial, deve passar por adaptações e modificações, de modo a atender aos interesses dos Estados da fonte, em que parte dessa renda mundial foi produzida, de receber uma parcela dos respectivos impostos³⁸⁷.

Nessa vertente, apesar de o princípio da capacidade contributiva ser um princípio norteador dos impostos, especialmente do imposto sobre a renda, em se tratando da tributação de não residentes, como é a hipótese tratada na presente tese, essa capacidade teria uma aplicação bastante limitada, já que a tributação não alcança a universalidade patrimonial do beneficiário da renda.

Nos dizeres de Gerd Willi Rothmann, a capacidade contributiva somente pode ser levada em consideração pelo Estado-fonte numa medida muito pequena, o que requer que sua análise seja realizada de forma diferenciada³⁸⁸. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Henry Tilbery, para quem não seria possível exigir de pessoas jurídicas não residentes apurar o lucro real auferido por ela da fonte produtora no país, mediante escrituração mantida em sua sede no exterior, o que permitiria a sua tributação somente sobre o rendimento adquirido no país-fonte e não sobre o “lucro apurado pela contabilidade”³⁸⁹.

Com efeito, tendo como base o direito brasileiro, além do princípio da capacidade contributiva, o imposto sobre a renda é informado por três fundamentos específicos, a saber: (i) generalidade, (ii) universalidade e (iii) progressividade³⁹⁰. Por generalidade deve ser entendido que o imposto sobre a renda deve tratar de forma igual todo tipo de renda ou provento, de modo que qualquer acréscimo patrimonial receba um tratamento uniforme³⁹¹.

³⁸⁵ ZILVETI, Fernando Aurélio. **Capacidade contributiva e mínimo existencial**. In: COSTA, Alcides Jorge [et.al]. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética:IBDT, 1998. p. 38.

³⁸⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2013, p. 332.

³⁸⁷ ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 98.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 99.

³⁸⁹ TILBERY, Henry. **A tributação do ganho de capital nas vendas de participações societárias pelas pessoas físicas**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 94.

³⁹⁰ Artigo 153, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

³⁹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 253.

O princípio da universalidade, por seu turno, pressupõe a consideração de todos (universalidade) os fatores positivos e negativos que compõem o patrimônio do contribuinte, sem nenhum tipo de fracionamento, no início e no final do período de apuração, assim como a universalidade de todos os fatores que o aumentam ou diminuem dentro desse período de tempo fixado em lei³⁹².

Cabe notar que, tanto a generalidade como a universalidade atuam em paralelo ao princípio da isonomia, já que contribuem para evitar medidas desiguais a situações equivalentes, isto é, asseguram para que aumentos patrimoniais sejam tratados de forma semelhante³⁹³.

Por fim, a progressividade, por outro lado, é uma característica da maioria dos impostos sobre a renda e, como tal, é respaldada pelo princípio da capacidade contributiva³⁹⁴⁻³⁹⁵, aspecto esse que não é atingido pela a teoria do benefício³⁹⁶⁻³⁹⁷. Em apertada síntese, a progressividade no imposto sobre a renda consiste na adoção de alíquotas crescentes na medida do crescimento da base de cálculo. Especificamente no que tange ao imposto sobre a renda, a progressividade implica o aumento da alíquota à medida que a renda do contribuinte aumenta³⁹⁸.

Todavia, no âmbito do direito brasileiro, a progressividade acolhida pela Constituição Federal como princípio apenas se mostra eficiente se for associada aos princípios da generalidade e da universalidade, já que asseguram que as alíquotas crescentes tenham, a mesma aplicação independentemente das fontes de produção do acréscimo

³⁹² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 253.

³⁹³ Ibidem, p. 257.

³⁹⁴ LOKKEN, Lawrence. The Sources of Income from International: Uses and Dispositions of Intellectual Property. **Tax Law Review**, V 36, n. 3. Boston: Warren, Gorham e Lannot, 1981, p. 239.

³⁹⁵ De acordo com Schoueri, a teoria do sacrifício “não implicaria progressividade, mas sim isentar os mais pobres, tributando-se, sempre, os mais ricos até que estes se iguallassem aos primeiros. (SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2013, p. 382.)

³⁹⁶ “(...) Ocorre que não é evidente que as pessoas com maior renda recebem mais benefícios dos Estado; entretanto mesmo que isso fosse verdade, não estaria por isso justificada a progressividade, já que também na proporcionalidade existe um crescimento do tributo conforme a renda aumenta. Como visto, a progressividade exigiria que se demonstrasse que os benefícios crescem em taxas mais elevadas que a renda. Se o benefício em questão é a proteção da propriedade, não é evidente que os custos daquela proteção cresçam mais rapidamente que o valor da propriedade protegida. Se o benefício é o bem-estar produzido pela renda, então a progressividade exigiria que se afirmasse que os benefícios que se auferem com a renda crescem mais rapidamente para os ricos que para os pobres, o que dificilmente se sustentaria.” (ibidem, p. 387)

³⁹⁷ Sobre a possibilidade de a progressividade ser atingida com base em benefícios ou oportunidades propiciadas pelo acesso a transações ocorridas em determinado mercado vide MCMAHON JR, Martin J.; ABREU, Alice G. Winner-Take-All Markets: Easing the Case for Progressive Taxation. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 4, 1998, pp. 66-71.

³⁹⁸ GUTIERREZ, Miguel Delgado. **O imposto de Renda e os Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade**. 2014. f. 200. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 165.

patrimonial (generalidade) e da totalidade do acréscimo patrimonial, também sem qualquer distinção de sua fonte produtora e sem a sua fragmentação (universalidade)³⁹⁹. Os referidos princípios se entrelaçam e se interpenetram, sendo certo que sua conexão com o princípio da capacidade contributiva⁴⁰⁰ e da isonomia fiscal⁴⁰¹ são exigências da adoção de uns e de outros deles.

No entanto, no caso de não residentes, ao contrário do que ocorre com a tributação dos residentes, não há a possibilidade de apuração da universalidade patrimonial do beneficiário da renda. Em razão disso, a ausência de aplicação dos princípios da generalidade e da progressividade em decorrência da particularidade da tributação do não residente seria tolerável, visto que a observância dos referidos princípios somente tem sentido quando aliados ao da universalidade, para que sejam aplicados em conjunto⁴⁰², sem os quais também não seria possível alcançar a tributação conforme a capacidade contributiva do não residente.

Neste contexto, em virtude da impossibilidade de o Estado-fonte averiguar a situação pessoal do contribuinte residente no exterior, a tributação com base no princípio da capacidade contributiva caberia, principalmente, ao Estado do domicílio⁴⁰³.

Para Gerd Willi Rothmann, a ação concomitante entre os princípios da fonte e da universalidade levaria à bitributação dos rendimentos, cabendo ao Estado da residência a obrigação jurídica de evitar a bitributação internacional, obrigação esta resultante do princípio da capacidade contributiva e que representa o outro lado da moeda da tributação da renda mundial⁴⁰⁴.

Aliás, é exatamente por esse motivo – impossibilidade de apuração do patrimônio universal do não residente, que o método normalmente utilizado pelos países-fonte para sua tributação consiste na retenção do imposto pelas fontes da renda. O referido método, sobressai-se devido a praticabilidade na administração do tributo e a impossibilidade de cobrança e arrecadação tributária fora dos limites geográficos do país⁴⁰⁵, salvo nos casos de acordo internacional.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 259.

⁴⁰⁰ Artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

⁴⁰¹ Artigo 150, inciso II, da Constituição Federal.

⁴⁰² OLIVEIRA, op. cit., p. 271.

⁴⁰³ ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.100.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 100.

⁴⁰⁵ Vide item 1.3.1.5.

Muito se discute sobre a inconstitucionalidade da retenção do imposto pela fonte da renda no direito brasileiro, especialmente por afrontar o caráter pessoal do imposto de renda e o princípio da universalidade, bem como por não permitir a progressividade da tributação, tampouco a sua graduação de acordo com a capacidade contributiva⁴⁰⁶. No entanto, ainda que sem a observância dos princípios informadores do imposto sobre a renda, somos do entendimento de que a retenção do imposto devido na fonte sobre rendas percebidas no Brasil por não residentes não é de todo inconstitucional, embora nos pareça que a sistemática de retenção na fonte nesses casos acaba por não tributar a renda, tampouco atenda aos critérios da universalidade, generalidade e progressividade e ao princípio da capacidade contributiva.

De qualquer forma, apesar de todas as críticas atribuídas à sistemática de tributação analítica da renda, nesta tese, assumir-se-á que, ainda que imperfeito, o referido método é plenamente aceito pelo direito internacional e pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser empregado como uma maneira prática e eficaz de tributação do não residente, bem como aprimorado, a fim de aproximar-se da tributação da renda, o que será melhor explorado adiante. Isso porque, dada as peculiaridades e complexidades envolvidas na tributação de não residente pelo país de origem dos rendimentos, temos, para fins da presente tese, não ser aplicável para este os princípios da generalidade, universalidade, progressividade e capacidade contributiva, o que não invalidaria a adoção da tributação por meio de retenção na fonte. Essa etapa, porém, será melhor explorada posteriormente, no momento em que analisaremos as possibilidades/sistemáticas de tributação pelo “país-fonte”.

Destarte, sob a ótica da capacidade contributiva, nos parece que, ainda que o referido princípio não possa ser atingido por meio da aplicação da teoria do benefício, por se tratar de tributação de não residente, a falta de observância da capacidade contributiva não teria o condão de invalidar a tributação calcada na territorialidade real, desde que presente um vínculo genuíno entre o fato ou coisa e o Estado, e a tributação possa ser justificada pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo Direito Tributário Internacional.

⁴⁰⁶ GUTIERREZ, Miguel Delgado. **O imposto de Renda e os Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade**. 2014. f. 200. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, pp. 188-189.

2.4 NEUTRALIDADE

A neutralidade está intrinsecamente relacionada à eficiência econômica. Esta, por seu turno, é baseada na premissa de que a produtividade está diretamente ligada à interferência, ou não, de fatores externos ao mercado na alocação dos fatores de produção da renda. Noutras palavras, quanto menor for a interferência pública na alocação dos fatores de produção da renda, maior será a produtividade e, conseqüentemente, a eficiência econômica.

As leis, especialmente as tributárias, possuem um enorme potencial de influenciar a alocação dos fatores de produção da renda, afetando diretamente a eficiência econômica. Por esse motivo, legislações fiscais que não interferem no critério de distribuição dos fatores de produção da renda pelo mercado são chamadas de neutras. É senso comum, contudo, que as leis tributárias nunca serão completamente neutras, mas na busca da eficiência econômica um certo nível de neutralidade deve ser perseguido⁴⁰⁷. Nas palavras de McDaniel, o sistema tributário deve afetar o mínimo possível a natureza e a localização dos investimentos e atividades negociais⁴⁰⁸.

Aliás, se é senso comum que quanto menores forem as interferências externas na alocação dos fatores de produção da renda, maior será a eficiência, qualquer tentativa dos países em preservar ou, ainda, aumentar seus interesses fiscais afetará diretamente a eficiência. Como bem observa Klaus Vogel, esse tipo de interferência frequentemente causa mais prejuízo do que benefícios ao país intervencionista⁴⁰⁹.

Sob esse prisma, a neutralidade surge como um princípio fundamental de política tributária, segundo o qual nenhum processo econômico deve ser afetado por qualquer tipo de influência externa como, por exemplo, a tributação. A neutralidade, portanto, está estreitamente relacionada com o conceito econômico de eficiência, sendo certo que regras fiscais não devem interferir nos fatores de distribuição da renda, já que as distribuições proporcionadas pelas forças de mercado são, por si só, consideradas neutras⁴¹⁰.

Em sua acepção clássica, o paradigma da neutralidade tributária na busca do incremento da eficiência global é um mundo sem tributos, no qual investimentos e outras decisões negociais são considerados mais eficientes sob o ponto de vista econômico. Para

⁴⁰⁷ VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments* (Part III). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 310.

⁴⁰⁸ MCDANIEL, Paul R. *Territorial vs. Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the US*. **Fla. Tax Rev.**, v. 8, 2006, p. 11.

⁴⁰⁹ VOGEL, op. cit., p. 310.

⁴¹⁰ PINTO, Dale. **E-commerce and Source-based Income Taxation**. IBFD, 2003, p. 4.

tanto, a neutralidade tributária esforça-se para manter tais investimentos e decisões neutros do ponto de vista fiscal, ou seja, manter os investimentos ou decisões negociais sem qualquer interferência ou distorções, a exemplo do que ocorreria em um mundo sem tributos, por meio de imposições ou contraprestações tributárias⁴¹¹.

Pelo que se tem notícia, cinco teorias de neutralidade fiscal no âmbito internacional foram desenvolvidas: (i) *capital export neutrality* (CEN); (ii) *capital import neutrality* (CIN); (iii) *national neutrality* (NN); (iv) *capital ownership neutrality* (CON); e (v) *national ownership neutrality* (NON)⁴¹². Desde os estudos de Peggy Musgrave em 1963⁴¹³ e 1969⁴¹⁴, CEN e CIN foram objeto de discussão⁴¹⁵ por economistas e advogados, ocupando posição de destaque nas cruzadas em busca da neutralidade fiscal e eficiência econômica.

Na experiência norte-americana, desde a administração Kennedy, o CEN e o CIN têm ocupado posição de destaque em sua política tributária internacional, dominando os debates sobre qual deveria ser a política adotada pelo país⁴¹⁶. Baseados sempre no binômio residência *versus* fonte, professores vêm travando, há mais de 50 anos⁴¹⁷ verdadeiras batalhas sobre o modelo mais adequado sob a perspectiva internacional (CEN ou CIN), com vistas à neutralidade fiscal e eficiência econômica.

2.4.1 Neutralidade na importação e Neutralidade na exportação

Conforme adiantado acima, tanto CEN quanto CIN são proposições que visam à neutralidade⁴¹⁸, isto é, objetivam que considerações fiscais não influenciem na decisão do âmbito da alocação de recursos por parte de investidores. Segundo o CEN ou, como o próprio nome já o diz, neutralidade na localização do investimento, nenhum aspecto fiscal deve influenciar a decisão de um investidor acerca do local em que será aplicado o seu capital, se no próprio país de residência ou no exterior. Dessa forma, em um sistema que atende ao CEN em sua plenitude, apenas circunstâncias negociais, e não razões tributárias,

⁴¹¹ SHAHEEN, Fadi. International tax neutrality: reconsiderations. **Va. Tax Rev.**, v. 27, 2007. p. 207.

⁴¹² *Ibidem*, p. 131.

⁴¹³ RICHMAN, Peggy Brewer. **Taxation of foreign investment income: an economic analysis**. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1963.

⁴¹⁴ MUSGRAVE, Peggy B. **United States taxation of foreign investment income: Issues and arguments**. Harvard Univ Harvard Law School, 1969.

⁴¹⁵ Para Fadi Shaheen mais recentemente COM e NON também passaram ser objeto de extensa discussão entre economistas e advogados (SHAHEEN, op. cit., p.131).

⁴¹⁶ AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation. **Va. Tax Rev.**, v. 25, 2005, p 15.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pp. 3-4.

⁴¹⁸ KNOLL, Michael S. Reconsidering international tax neutrality. **Tax L. Rev.**, v. 64, 2010, p. 100.

influenciarão onde o investidor empregará seu capital⁴¹⁹. Para Richard Musgrave, neutralidade na exportação significa que o investidor deve pagar o mesmo montante a título de tributo (tributação doméstica mais estrangeira), independentemente de receber rendimentos de fontes domésticas ou estrangeiras⁴²⁰.

De outro lado, a neutralidade na fonte do investimento (CIN) tem por objetivo evitar discriminações, sob a ótica fiscal, entre investimentos realizados por investidores domésticos ou estrangeiros. Em um sistema que atende aos preceitos do CIN, aspectos negociais, e não tributários, determinarão a pessoa (residente ou não) que realizará o investimento⁴²¹. Nas palavras de Richard Musgrave, a neutralidade na importação significa que o capital originário de vários países deve competir em igualdade de condições no mercado de qualquer país⁴²².

Dessa forma, CEN remeteria a um sistema de tributação em bases universais com a possibilidade de tomada de crédito tributário sobre os tributos, sobre a renda incidentes no exterior sem qualquer tipo de limitação, ao passo que CIN implicaria a adoção de uma sistemática estritamente territorial, em que não há tributação dos rendimentos auferidos no exterior⁴²³⁻⁴²⁴.

Em que pese o fato de Richard Musgrave, a quem se credita ser o pioneiro na abordagem do CEN e CIN, não ter sugerido a preferência de um sistema sobre o outro, Peggy Musgrave, três anos depois, indicou uma preferência ao CEN sobre o CIN. A referida professora descartou a ideia da existência de uma “neutralidade fiscal internacional” sob o argumento de que seria virtualmente impossível de ser alcançada, dadas as diferenças nas estruturas e alíquotas tributárias nacionais, assim como os benefícios proporcionados. Dessa forma, segundo Peggy Musgrave, o CEN teria o condão de assegurar a neutralidade tributária, na medida em que decisões de investidores acerca do local do investimento (se no país de residência ou no exterior) não seriam influenciadas por questões fiscais. CEN, nesse

⁴¹⁹ KNOLL, Michael S. Reconsidering international tax neutrality. **Tax L. Rev.**, v. 64, 2010, p. 100.

⁴²⁰ MUSGRAVE, Richard A. Criteria for Foreign Tax Credit, in: Taxation and Operation Abroad, Symposium, 1960, p. 84-85. Apud VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part II). In: **Intertax**, v. 16, n. 11, 1988, pp. 311.

⁴²¹ KNOLL, op. cit., p. 101.

⁴²² MUSGRAVE, op. cit.,

⁴²³ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part II). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 311.

⁴²⁴ Nesse mesmo sentido vide Paul McDaniel: “Two competing notions of neutrality have been employed in assessing international tax systems: capital export neutrality (CEN) and capital import (or competitive) neutrality (CIN). The former is associated with a foreign tax credit mechanism and the latter with an exemption system. The issue is whether both of these asserted neutralities satisfy the efficiency criterion (...)”. (MCDANIEL, Paul R. Territorial vs. Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the US. **Fla. Tax Rev.**, v. 8, 2006, p. 11.)

sentido, garantiria que os investimentos fossem alocados internacionalmente da forma mais eficiente⁴²⁵.

Ao discorrer sobre o tema, Paul McDaniel assevera que o modelo de tributação em bases universais com a concessão de crédito sobre o imposto pago no exterior seria mais eficiente do que a sistemática de isenção (tributação estritamente territorial), na medida em que a decisão sobre o local da realização de negócios ou investimentos seria influenciado por regras fiscais⁴²⁶.

Verifica-se, portanto, que sob o ponto de vista de eficiência, o CEN foi inicialmente preferido, ainda que pudesse causar disparidades entre empreendimentos competindo no mesmo país estrangeiro. Tal assimetria não estaria presente no CIN, já que todos os investidores em determinado país (fonte dos rendimentos) estariam sujeitos aos mesmos tratamentos, que permitiriam oportunidades iguais de expansão a todos os investidores estrangeiros. Contudo, apesar da igualdade de tratamento e condições conferidos aos investidores, tal sistema, baseado no CIN, não seria neutro, sob o aspecto do fluxo de capital internacional, salvo se existisse uma padronização de alíquotas fiscais⁴²⁷, o que não é o caso⁴²⁸

Apesar de CEN ser tradicionalmente o princípio preferido pelos economistas, que o classificam como um pré-requisito para a eficiência econômica mundial⁴²⁹, sob o ponto de vista de competitividade internacional, mormente em um mundo altamente globalizado e cada vez mais influenciado e propulsionado pelos novos mecanismos de venda e/ou prestação de serviços realizados por meios digitais, um sistema baseado no CIN é o mais recomendável.

Dessa forma, o CIN é frequentemente preferido por investidores, sob o argumento de competitividade. Para tanto, os países devem evitar leis fiscais que possam sujeitar seus contribuintes realizando negócios em mercados estrangeiros a alíquotas efetivas superiores em comparação a seus concorrentes, residentes em outras jurisdições. Para a implementação

⁴²⁵ MUSGRAVE, Peggy. *United States Taxation of Foreign Investment Income, Issues and Arguments* (1969), p. 83-84. Apud VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part II)*. In: *Intertax*, v. 16, n. 11, 1988.p. 311.

⁴²⁶ MCDANIEL, Paul R. *Territorial vs. Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the US*. *Fla. Tax Rev.*, v. 8, 2006, p. 12.

⁴²⁷ VOGEL, op. cit., p. 311.

⁴²⁸ MUSGRAVE, Peggy. *Taxation of Foreign Investment Income: An economic analysis*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1963. p. 8.

⁴²⁹ COCKFIELD, Arthur J. et al. *Taxing global digital commerce*. Kluwer, 2013, p. 35.

do CIN, os países devem isentar seus residentes de tributar os lucros e rendimentos auferidos no exterior ou, pelo menos, admitir o diferimento na tributação doméstica de tais valores⁴³⁰.

Nesse ponto, como bem observa Dale Pinto, sob a perspectiva de um vendedor comercializando produtos em um país estrangeiro, é preferível, quanto à equidade, que ele seja tributado da mesma forma que todos os seus concorrentes naquele país, especialmente se o nível de tributação for inferior no país estrangeiro em comparação ao seu Estado de residência.

Nesse sentido, *inter-nation neutrality* asseguraria que todos os contribuintes conduzindo negócios em outro país e beneficiários de sua infraestrutura devem ser tributados da mesma maneira que todos os demais contribuintes que, sob as mesmas circunstâncias, utilizam a estrutura do país na mesma medida. Noutras palavras, se benefícios são utilizados por um não residente conduzindo negócios no país, então tal residente não deverá sofrer tributação mais gravosa do que outros contribuintes que utilizam essa mesma infraestrutura e na mesma medida. Resultado prático da *inter-nation neutrality* seria a compatibilidade com o CIN e tributação pelo país-fonte⁴³¹.

Além de questões relacionadas à competitividade internacional, o CEN, tradicionalmente defendido pela literatura⁴³², tem sido objeto de críticas por parte da doutrina, sob a alegação de que a tributação baseada na fonte (calcada no CIN) deve prevalecer sobre a tributação baseada na residência⁴³³.

Dentre os autores que passaram a criticar o entendimento até então predominante na literatura sobre a preferência do CEN em detrimento do CIN, destacam-se Thomas Horst e Otto Grandeberger. Em um pequeno artigo, Thomas Horst, baseado em análise matemática, concluiu que o CEN resulta em eficiência apenas quando a oferta de capital nos dois países é fixa, enquanto a demanda varia de acordo com os custos. De outro lado, o CIN resulta em eficiência global se assumido que a demanda por capital é fixa e a oferta variável. Em razão de, na prática, ambos os fatores variarem, Thomas Horst concluiu que CEN restringe investimentos internacionais, ao passo que CIN os promove⁴³⁴.

⁴³⁰ COCKFIELD, Arthur J. et al. **Taxing global digital commerce**. Kluwer, 2013, p. 36.

⁴³¹ PINTO, Dale. **E-commerce and Source-based Income Taxation**. IBFD, 2003, p. 5.

⁴³² Vide MCDANIEL, Paul R. Territorial vs. Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the US. **Fla. Tax Rev.**, v. 8, 2006.

⁴³³ PINTO, op. cit., p. 5.

⁴³⁴ HORST, Thomas. A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income. In: **The Quarterly Journal of Economics**, v. 94, n. 4, 1980, p. 793 (apud VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part II). In: **Intertax**, v. 16, n. 11, 1988, p. 312).

Otto Grandeberger, por sua vez, enfrenta a teoria defendida por Peggy Musgrave no sentido de que um sistema baseado no CEN não afetaria a competição no país em que o investimento é realizado, já que, desde que o investimento seja lucrativo, o investidor com carga tributária mais alta em seu país de residência sempre encontrará uma forma de superar a sua redução de capital após tributação mediante o financiamento do seu investimento por meio de fontes externas. Ao contrário de Peggy Musgrave, para Otto Gandenberger, a redução da lucratividade após a tributação diminui as chances de o investidor financiar novos investimentos e, além disso, o custo do financiamento externo seria mais elevado do que o financiamento interno⁴³⁵.

Ainda segundo Otto Grandeberger, o nível de tributação em um dado país deveria corresponder ao nível de serviços públicos prestados ou colocados à disposição dos contribuintes⁴³⁶. Na medida em que isso seja verdade e a tributação pelo país de residência seja implementada de acordo com sua regular carga tributária, independentemente do fato de que menos serviços públicos são recebidos pelo investidor, haveria uma influência na decisão sobre em qual país investir, o que afetaria tanto o CEN quanto o CIN⁴³⁷.

Além do mais, pelo que se noticia, raros são os países que tributam lucros auferidos por empresas estrangeiras independentemente de distribuição da renda, sendo que o diferimento no pagamento de tais lucros pode acarretar uma distorção se comparados a lucros ou rendimentos que são tributados de forma anual e automática. Por esse motivo, a não ser que seja adotada uma sistemática de tributação de rendimentos adquiridos no exterior com a possibilidade de creditamento integral, sem qualquer tipo de limitação, eventual sistema pautado no CEN também enfrentará distorções⁴³⁸.

Na esteira de Thomas Horst e Otto Grandeberger, Leif Muten também advogou a favor das vantagens da tributação baseada na fonte em vez da residência, especialmente no caso de países em desenvolvimento⁴³⁹. Além disso, Norman Ture também defende que a tributação baseada na residência distorce a neutralidade e, portanto, seria inconsistente com a eficiência econômica. Para ele, apenas a tributação baseada na fonte e isenção pelos países

⁴³⁵ GANDENBERGER, Otto. Kapitalexportneutralitat versus Kapitalimportneutralitat, Aufsätze zur Wirtschaftspolitik, Forschungsinstitut Fur Wirtschaftspolitik an der Universitat Mainz, 1983, p. 12., apud VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part II). In: *Intertax*, v. 16, n. 11, 1988.p. 312.

⁴³⁶ Ibidem, p. 312.

⁴³⁷ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part II). *Intertax*, V. 16, n. 11, 1988. p. 312.

⁴³⁸ Joint Committee on Taxation. Description and Analysis of Present-Law Rules Relating to International Taxation, 1999. pp. 82-83

⁴³⁹ PINTO, Dale. *E-commerce and Source-based Income Taxation*. IBFD, 2003, p. 6.

de residência produziria um resultado neutro, já que seria o único sistema que não afetaria o fluxo de capital e o comércio internacional⁴⁴⁰.

Nesse contexto, como bem observa Klaus Vogel, se é que alguma distinção básica entre CEN e CIN deva ser aceita, há de ser dada preferência para a neutralidade na importação em detrimento da exportação⁴⁴¹, o que implicaria a tributação pelos países-fonte.

2.4.2 Neutralidade entre países (*Inter-nations neutrality*)

Conforme visto, a neutralidade fiscal deve ser entendida como o princípio segundo o qual tributos não devem influenciar na forma como os processos econômicos ocorrem, tampouco na decisão dos investidores do local em que realizarão seus investimentos.

Pois bem, se a neutralidade é um requisito no cenário internacional, faz-se necessário perquirir quais seriam as condições preliminares a serem adotadas pelos países para prevenir suas leis fiscais de favorecerem determinados tipos de investimentos em detrimento de outros. Noutras palavras, faz-se necessário endereçar o conceito de neutralidade entre países⁴⁴².

Peggy Musgrave descartou a ideia de neutralidade fiscal internacional sobre o argumento de que ela seria virtualmente impossível de ser atingida, dadas as diferenças nas estruturas tributárias e alíquotas nacionais, bem como os benefícios concedidos⁴⁴³. Dessa forma, as diferenças de estruturas fiscais e níveis de tributação seriam, por si só, não neutras e, portanto, representariam um obstáculo a tal conceito⁴⁴⁴.

Norman Ture, ao discorrer sobre o tema, superou as restrições até então apontadas, arguindo que a neutralidade deve ser endereçada de acordo com os seus efeitos sobre os preços. É de seu entendimento que a tributação não pode alterar, de forma explícita ou implícita, os preços dos bens, serviços, atividades, produção, dentre outros, praticados pelo setor privado. Destarte, a neutralidade entre países pode ser definida como a vedação aos países de utilizarem seus poderes fiscais para influenciar os preços praticados em outro país.

⁴⁴⁰ TURE, Norman, Taxing Foreign Source Income. In: **U.S. Taxation of American Business abroad**, 38, 1975. (apud VOGEL, Klaus. Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law: An Institutional Approach. In: **Kluwer Law International**, 1994, p. 24).

⁴⁴¹ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part II). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 313.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 313.

⁴⁴³ MUSGRAVE, Peggy. **United States Taxation of Foreign Investment Income**, Issues and Arguments (1969), pp. 83-84. (*ibidem*, p. 311).

⁴⁴⁴ MUSGRAVE, Peggy. **Taxation of Foreign Investment Income**. An economic analysis. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1963. pp. 6-8. (*ibidem*, p. 313).

Resultado lógico do pensamento de Norman Ture seria a rejeição da tributação em bases universais e o suporte da tributação lastreada na fonte⁴⁴⁵.

Para Klaus Vogel, além da tributação, a neutralidade internacional também deveria levar em consideração o nível dos benefícios, tais como segurança, estabilidade econômica, infraestrutura etc., proporcionados pelo país. Dessa forma, ao decidir sobre o local onde irá alocar seus investimentos, investidores analisarão não apenas aspectos fiscais, mas também os benefícios que eles esperam usufruir, de modo que sua decisão levará em conta tanto aspectos fiscais quanto os benefícios proporcionados⁴⁴⁶.

Nesse aspecto, a neutralidade entre países, segundo Klaus Vogel, demanda que qualquer contribuinte que realize negócios em outro país ou mercado e, portanto, se beneficie/utilize de bens públicos daquele país seja tributado na exata medida de outros contribuintes que, nas mesmas circunstâncias, utilizam, na mesma medida, as mesmas instalações. Aliás, para o referido professor, tal neutralidade entre países poderia ser alcançada apenas mediante restrição dos países à tributação doméstica, já que a tributação em bases universais seria inconsistente com a neutralidade⁴⁴⁷.

Portanto, tanto sob o ponto de vista de competitividade quanto sob o aspecto da neutralidade internacional, a tributação baseada na fonte seria preferível sobre a baseada na residência. Conseqüentemente, a tributação de qualquer coisa ou fato que detenha uma relação genuína com o território de determinado país, o que inclui operações transnacionais entre pessoas jurídicas praticadas no âmbito da economia digitalizada, pode ser justificada, além do princípio do benefício, com fulcro nos princípios da neutralidade fiscal e equidade, este último objeto de nossa análise a seguir.

2.5 EQUIDADE

A equidade é um princípio fundamental de política fiscal. Sob o aspecto doméstico, a equidade sempre se refere à igualdade entre contribuintes, a qual é comumente denominada equidade horizontal e vertical. Enquanto a equidade horizontal exige que contribuintes sob a mesma condição sejam tributados da mesma forma, a equidade vertical demanda que

⁴⁴⁵ TURE, Norman, Taxing Foreign Source Income. In: **U.S. Taxation of American Business abroad**, 38 (1975). (apud VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part II)*. **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 313).

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 313.

⁴⁴⁷ VOGEL, Klaus. Fiscal Obstacles to the International Flow of Capital Between a Parent and its Subsidiary. General Report, LXIX, a **Cahiers de Droit Fiscal International**, 1984, pp. 122-125.

contribuintes com maior renda sejam tributados de uma forma mais onerosa do que os com menores rendimentos⁴⁴⁸.

Ao discorrer sobre equidade, Peggy Musgrave considera que todos os residentes em certo país que se beneficiam da proteção e outros privilégios proporcionados pelo governo daquele país devem ser tributados naquele país de forma equivalente àqueles que recebem igual rendimento, independentemente da fonte, doméstica ou estrangeira⁴⁴⁹.

Ao tratar de equidade individual (*individual equity*), Klaus Vogel⁴⁵⁰, após definir equidade como a relação existente entre os contribuintes e o Estado tributante, esclarece que a equidade somente seria possível se o Estado tivesse legitimidade para tributar determinadas transações ou eventos, legitimidade esta que seria justificada pelos princípios do sacrifício e benefício já anteriormente explanados. Aliás, é importante reprimir que, conforme já discorrido anteriormente, o referido professor delimita a aplicação da teoria do sacrifício e fundamenta a validade de tributação pelo Estado-fonte com base na teoria do benefício.

Enquanto alguns autores⁴⁵¹ sugerem que a equidade horizontal possa ser utilizada como fundamento tanto para a tributação baseada na fonte quanto para a baseada na residência, outros, como Klaus Vogel, defendem que a equidade somente poderia embasar a tributação na fonte. De fato, ao discorrer sobre críticas recentes à tributação em bases universais, Klaus Vogel assevera que professores de renome⁴⁵² têm defendido a tributação baseada na fonte, sob o ponto de vista da equidade. Para os referidos estudiosos, tributação da renda em bases universais pelo país de residência seria injusta tanto com os contribuintes que auferiram o rendimento em outras jurisdições, quanto com o país-fonte, já que afetaria as decisões acerca de sua política fiscal⁴⁵³.

Ainda, a tributação em bases universais em sua forma mais plena é criticada por Klaus Vogel, visto que abalaria a igualdade de condições na relação entre contribuintes e, portanto, a igualdade. Isso porque contribuintes que adquirem rendimentos oriundos de fontes localizadas no exterior, muitas vezes, não se encontram nas mesmas condições de contribuintes que recebem rendimentos de fontes estritamente domésticas, já que, via de

⁴⁴⁸ COCKFIELD, Arthur J. et al. **Taxing global digital commerce**. 2013, Kluwer, p. 36.

⁴⁴⁹ MUSGRAVE, Peggy. **Taxation of Foreign Investment Income: An economic analysis**. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1963. p. 11.

⁴⁵⁰ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. pp. 394-395.

⁴⁵¹ Vide COCKFIELD, op. cit., p. 37.; HELLERSTEIN, Walter, et al. **Electronic commerce and multijurisdictional taxation**. Kluwer law international, 2001, p. 69.

⁴⁵² De acordo com Vogel, Hans Flick, Klaus Tipke, Arno Schulze-Brachmann and Horst-Walter Endriss defendem este ponto de vista. (VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part I). In: **Intertax**, v. 16, n. 11, 1988.p. 222).

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 222.

regra, investimentos no exterior implicariam maiores riscos aos investidores, os quais, ainda, poderiam sofrer restrições com relação à repatriação dos recursos lá obtidos. Por tais razões, Klaus Vogel conclui que, sob o aspecto da igualdade, não seria exigido que rendimentos oriundos de fontes localizadas no exterior se sujeitem à tributação no país de residência. De qualquer forma, caso assim o seja, o renomado professor defende que apenas uma versão limitada da tributação em bases universais, isto é, limitada aos rendimentos repatriados no exterior e mediante a concessão de crédito pago no país-fonte, seria compatível com a igualdade⁴⁵⁴.

Em artigo datado de 1998, Nancy Kaufman abordou questões relacionadas à equidade individual e concluiu que tal princípio não demandaria a adoção da tributação em bases universais, defendendo o direito de os países-fonte exercerem a sua jurisdição tributária⁴⁵⁵.

Verifica-se, portanto, que, também pela equidade individual, a tributação na fonte seria preferível sobre a tributação calcada na residência, o que seria plenamente aplicável a operações transnacionais entre pessoas jurídicas praticadas no âmbito da economia digitalizada.

2.5.1 Equidade entre países (*Inter-nations equity*)

A equidade entre países tem como objetivo uma divisão equitativa das receitas tributárias entre eles⁴⁵⁶. Trata-se de princípio destinado a regulamentar a relação entre ganhos e perdas nacionais capturados por duas ou mais nações, cada qual com a sua conexão específica com o referido ganho⁴⁵⁷. Diante da existente dicotomia fonte *versus* residência, uma divisão equitativa das receitas entre os países depende (i) da alocação de base tributária entre o país-fonte e o de residência, e (ii) da alíquota do país-fonte. Ademais, questões relacionadas à equidade internacional também podem decorrer de reivindicações pelos países-fonte acerca do mesmo rendimento, mas baseadas em diferentes premissas de tributação (regras de fonte)⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III). *Intertax*, V. 16, n. 11, 1988. p. 395-96.

⁴⁵⁵ KAUFMAN, Nancy H. **Fairness and the Taxation of International Income**, 29 LAW AND POLICY IN INTERNATIONAL BUSINESS, 1998, p. 145. (apud BROOKS, Kim. Inter-nation equity: The development of an important but underappreciated international tax policy objective. In: HEAD, J.G., et al. **Tax reform in the 21st century**, 2009, p. 18).

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁵⁸ COCKFIELD, Arthur J. et al. **Taxing global digital commerce**. 2013, Kluwer, p. 37.

Com bem exemplifica Richard e Peggy Musgrave, em artigo datado de 1972, a equidade internacional pode ser exemplificada da seguinte forma: X, residente do país A, investe no país B. O rendimento decorrente do referido investimento representa um ganho nacional do país A. Na hipótese de o país B tributar o rendimento auferido por X, o ganho alocado ao país A, como país, é reduzido. Note-se, portanto, que, ao contrário da equidade individual, que se destina à equidade entre contribuintes, a equidade internacional destina-se a nações, tendo como ponto crucial o momento e como o país-fonte irá exercer a sua jurisdição tributária⁴⁵⁹.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Richard e Peggy Musgrave, a tributação condicionada à residência não teria nenhum impacto na equidade internacional, visto que o ganho atribuído ao país A é alocado independentemente do exercício, ou não, de sua jurisdição fiscal⁴⁶⁰. No entanto, como bem observa Klaus Vogel, esse argumento desconsidera por completo o fato de que no momento em que o rendimento é produzido, ele é composto de valores integrados na economia do Estado-fonte e sujeito à soberania daquele país⁴⁶¹.

Dessa forma, ao contrário da tributação fundamentada na residência, a tributação pautada na fonte é relevante para a equidade ente os países, já que permite que eles tributem os rendimentos decorrentes de atividades realizadas dentro dos seus limites geográficos⁴⁶². Mas quais seriam as hipóteses em que o Estado-fonte, isto é, o país no qual o rendimento tem sua origem, teria alguma justificativa para ficar com parte desses rendimentos?⁴⁶³

No caso do exercício concorrente de sua jurisdição tributária por ambos os países – da fonte e de residência, há de se valer das teorias legitimadoras da tributação vistas acima, quais sejam, a teoria do sacrifício, do benefício, neutralidade, equidade e legitimidade. Nesse contexto, a teoria do sacrifício não poderá ser utilizada para exercer a justa alocação dos rendimentos auferidos entre os países, haja vista que o sacrifício como dever moral de custear as atividades do Estado é aplicável tanto ao país de residência quanto ao país-fonte. De outro lado, sob a ótica do princípio do benefício, não há dúvidas de que tal princípio

⁴⁵⁹ MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. Inter-nation equity. In: BIRD, Richard M.; HEAD, John G. (eds.). **Modern Fiscal Issues: Essays in Honour of Carl S. Shoup**, 1972, p. 69. (apud INFANTI, Anthony C. Inter-nation equity and human development. In: Stewart, Miranda; BRAUNER, Yariv (eds.). **TAX LAW AND DEVELOPMENT**. Edward Elgar Publishing, 2012. p. 211.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 211).

⁴⁶¹ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 398.

⁴⁶² INFANTI, op. cit., p. 211.

⁴⁶³ BROOKS, Kim. Inter-nation equity: The development of an important but underappreciated international tax policy objective. In: HEAD, J.G., et al. **Tax reform in the 21st century**, 2009, p. 22.

poderia ser empregado para suportar a alocação entre os países. Nesse aspecto, segundo Klaus Vogel, o Estado-fonte, via de regra, proporciona a maioria, se não todos, dos benefícios relevantes para a produção da renda, de modo que, sem as oportunidades econômicas do Estado, como o mercado, por exemplo, o rendimento jamais teria sido produzido⁴⁶⁴.

Um típico exemplo da prática da jurisdição tributária por ambos os Estados é o caso da venda de bens. Há tempos, os países-fonte têm reclamado o direito de tributar as vendas realizadas aos seus clientes, sob a alegação de que, sem o mercado por eles proporcionado, o rendimento nunca poderia ter sido produzido. Via de regra, um certo nível de integração do vendedor com a economia do país da venda ou consumo, com base no estabelecimento permanente ou *trading within*, é necessário⁴⁶⁵. No entanto, na hipótese de ausência de tal integração, como pode ocorrer em casos envolvendo transações realizadas no âmbito da economia digitalizada, por exemplo, Klaus Vogel assevera que a tributação pelo país da venda deve ser considerada sob o aspecto da equidade internacional⁴⁶⁶. Ainda, segundo o renomado professor, o mesmo raciocínio seria aplicado à prestação de serviço internacional.

Aliás, desde 1988, Klaus Vogel, pautado na equidade internacional, já reconhecia o direito de os países-fonte tributarem vendas realizadas aos seus consumidores, isto é, em razão do fato de não residentes acessarem o seu mercado, ainda que sem a presença de um estabelecimento permanente ou qualquer outro tipo de integração do vendedor com tais países.

Tal posicionamento, sem sombra de dúvidas, valida o direito de o país de consumo de produtos, serviços ou outros intangíveis decorrentes de operações realizadas entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada adotar nexos, baseados no acesso ao mercado consumidor, com o fito de exercer a sua jurisdição tributária independentemente da caracterização de estabelecimento permanente, haja vista que, sem o mercado e infraestrutura proporcionados, o rendimento auferido por tais provedores de bens e serviços jamais seria obtido.

Além disso, conexões baseadas no acesso do não residente ao mercado consumidor, que atribuiriam a prerrogativa de o país-fonte tributar operações no segmento da economia digitalizada, ganhariam ainda mais legitimidade nos casos de produtos/serviços

⁴⁶⁴ VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III)*. **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 398.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 401.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 401.

customizados ou sob encomenda, já que eles sequer seriam produzidos sem o mercado proporcionado pelo país-fonte⁴⁶⁷.

Dessa forma, também pelo princípio da equidade internacional, a tributação pelo país-fonte pode ser justificada, ainda mais em se tratando de operações realizadas no âmbito da economia digitalizada, sem qualquer tipo de presença física. Tal fato – utilização da *international equity* –, inclusive, foi reconhecido pela OCDE como um dos princípios que deve nortear a divisão da base tributária em transações envolvendo o comércio eletrônico⁴⁶⁸.

2.6 TEORIA DA LEGITIMIDADE (*ENTITLEMENT*)

Além dos princípios citados acima, os quais, por si só, já suportam a tributação pelos países-fonte, o elemento de conexão utilizado por tais países também pode ser justificado por meio do conceito de *entitlement*, que pode ser definido como o direito desses países-fonte tributarem os rendimentos originários dentro dos seus limites geográficos, mesmo se capturados por contribuintes não residentes⁴⁶⁹. Para McLure, é a visão de que o país-fonte teria o direito à tributação dos rendimentos gerados dentro de suas fronteiras⁴⁷⁰.

De acordo com Richard e Peggy Musgrave⁴⁷¹, o Estado-fonte deveria ter a legitimidade de tributar os rendimentos relacionados aos seus limites geográficos, porquanto o país-fonte seria o lugar em que teria ocorrido a atividade que teria dado origem ao rendimento (*place of income generating activity*). Ao contrário do país de residência do investidor, o país-fonte contribui economicamente para a produção do rendimento, o que validaria o exercício da sua jurisdição tributária. E mais, segundo Peggy Musgrave, com base na teoria da legitimidade, os países-fonte teriam o direito de tributar os rendimentos decorrentes de operações realizadas com o seu território, visto que o país de consumo proporcionaria serviços complementares ao consumo de seus residentes⁴⁷².

⁴⁶⁷ PINTO, Dale. **E-commerce and Source-based Income Taxation**. IBFD, 2003, p. 10.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 10.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 10.

⁴⁷⁰ MCLURE JR, Charles, et al. Alternatives to the Concept of Permanent Establishment: E-commerce and Taxation. In: **CESifo Forum**. ifo Institute-Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, 2000, p. 12.

⁴⁷¹ MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Inter-nation equity*. In: BIRD, Richard M.; HEAD, John G. (eds.). **Modern Fiscal Issues: Essays in Honour of Carl S. Shoup**, 1972, p. 71.

⁴⁷² MUSGRAVE, Peggy B. *Interjurisdictional coordination of taxes on capital income*. In: Sijbren Cnossen (ed.), **Tax coordination in the European Community**. Springer, Dordrecht, 1987. p. 198.; MUSGRAVE, Peggy B, *Principles for Dividing the State Corporate Tax Base*. In: MCLURE JR, Charles E. (ed.), **The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination**, 1984, p. 230.

Além disso, o direito de o país-fonte tributar fatos relacionados com o seu território pode ser respaldado por outros motivos, como o princípio do benefício, *economic rent* e direito fundamental dos Estados-fonte⁴⁷³. Conforme amplamente analisado acima⁴⁷⁴, a teoria ou princípio do benefício autorizaria a tributação pelo país-fonte como uma forma de remuneração pelos serviços por ele proporcionados ao investidor não residente. Não se trata de uma remuneração diretamente relacionada aos serviços, como ocorre com as taxas e contribuições previstas no direito brasileiro, mas serviços proporcionados ou colocados à disposição do não residente, como, por exemplo, infraestrutura, sistema legal, estabilidade econômica política, acesso ao mercado consumidor, os quais, sem sombra de dúvidas, possibilitam a aquisição do rendimento pelo investidor estrangeiro, ainda que sem a ocorrência de presença física.

O *economic rent*, também utilizado para sustentar a legitimidade do país-fonte em tributar os rendimentos decorrentes de transações e operações com vínculo com o seu território, consistiria em um valor ao qual o Estado-fonte teria direito em razão do aluguel de fatores de produção complementares ao investidor estrangeiro. Alternativamente, a legitimidade do país-fonte em questão também poderia ser vista como um *quid pro quo*, isto é, uma retribuição em razão da redução de custo e majoração de lucros proporcionados por tal país⁴⁷⁵.

Para Charles McLure, a teoria da legitimidade seria mais contundente nos casos de tributação de recursos naturais, especialmente em países em que tais recursos são privados e sua exploração resultaria em *economic rents*, isto é, lucros extraordinários em comparação ao regular retorno do capital investido. Adicionalmente, essa teoria poderia ser igualmente aplicada em indústrias em que os lucros são extraordinários em razão de outras circunstâncias, como, por exemplo, a existência de um mercado pujante e com alta demanda (*power market*). Segundo o aludido professor, típica hipótese de um mercado com alto poder de demanda, seria o caso da Coca Cola, produto que seria vendido facilmente em qualquer mercado mundial, ao contrário do trigo, mercadoria com demanda e mercados específicos.

476

⁴⁷³ PINTO, Dale. **E-commerce and Source-based Income Taxation**. IBFD, 2003, p. 10.

⁴⁷⁴ Vide item 2.2.

⁴⁷⁵ MUSGRAVE, Peggy B. Sovereignty, Entitlement, and Cooperation in International Taxation. In: **Brooklyn Journal of International Law**, 2001, v. 26, p. 1335. (apud PINTO, Dale. **E-commerce and Source-based Income Taxation**. IBFD, 2003, p. 10).

⁴⁷⁶ MCLURE JR, Charles, et al. Alternatives to the Concept of Permanent Establishment: E-commerce and Taxation. In: **CESifo Forum**. ifo Institute-Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, 2000, p. 12.

Nesse particular, podemos, desde já, traçar um paralelo entre produtos tradicionais com alta penetração no mercado (e.g. Cola Cola) e os produtos e serviços oferecidos no âmbito da economia digitalizada. Destarte, conforme será posteriormente analisado⁴⁷⁷, com a evolução da tecnologia da informação e comunicação, o alcance aos mercados consumidores pelos fornecedores de produtos e serviços por meios digitalizados deixou de ser restrito a determinada região e passou a ser praticamente global.

Essa ausência de limites geográficos e a crescente procura por produtos ou serviços oferecidos por via digital (e.g. vendas por meio de comércio eletrônico, prestação de serviços por meio de plataformas digitais, *streaming*, dentre outros), nos levam à conclusão de que, atualmente, o mercado de produtos e serviços fornecidos por meio virtuais representa um típico caso de *power market* e que justificaria a tributação pelo país-fonte, isto é, pelo país do mercado. Aliás, não é “à toa” que as quatro marcas mais valiosas do mundo⁴⁷⁸ são empresas que atuam, de uma forma ou de outra, no segmento da economia digitalizada.

Dessa forma, teoria da legitimidade, segundo Charles McLure, justificaria a tributação pelo país-fonte todas as vezes em que a pessoa jurídica estrangeira se aproveita dos recursos naturais ou do mercado de um determinado Estado. É o que ele chama de benefício econômico⁴⁷⁹.

Dessa forma, enquanto a teoria do benefício seria baseada nos benefícios disponíveis ao investidor, a teoria da legitimidade seria baseada nos benefícios econômicos⁴⁸⁰, como a vantagem de explorar o mercado de um dado país.

Nesse contexto, tem-se que, além das teorias já mencionadas, a tributação de rendimentos ligados ao seu território pelo país-fonte encontra suporte na teoria da legitimidade. Consequentemente, qualquer que seja o elemento de conexão utilizado pelo Estado-fonte para exercer a sua jurisdição tributária ele há de ser suportado pela referida teoria ou alguma das outras teorias anteriormente analisadas.

2.7 NECESSIDADE DE PRESENÇA FÍSICA

Um ponto que deve ser discutido antes de avançarmos para a análise do conceito de fonte, é a necessidade de presença física ou qual a intensidade da relação, ou melhor, do

⁴⁷⁷ Vide Capítulo 3.

⁴⁷⁸ Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/marketing/amazon-e-a-marca-mais-valiosa-do-mundo-revela-brand-finance-2019/>>. Acesso em: 26 out. 2019.

⁴⁷⁹ MCLURE JR, op. cit., p. 12.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 12.

nexo do investidor estrangeiro com o território do Estado-fonte, de modo a autorizar a tributação por parte deste.

Tradicionalmente, países europeus costumam trabalhar com a necessidade de existência de estabelecimento permanente, ao passo que países de *common law* adotam o conceito de *trade within*, os quais exigiriam a presença física ou uma relação qualificada com o Estado-fonte. Ocorre, no entanto, que a referida presença física ou relação qualificada mostra-se extremamente sensível no mundo atual, especialmente em razão dos avanços proporcionados pela tecnologia, propiciando a realização de operações envolvendo produtos, serviços e outros intangíveis em um dado país sem qualquer tipo ou com baixo nível de presença física.

Deveras, à época de concepção do estabelecimento permanente, raras eram as atividades com alcance ultraterritorial que prescindiram da presença física no país de consumo. Foi justamente em razão da necessidade desse requisito para a condução da atividade econômica, sem a qual ela não era possível de ser realizada por força das restrições tecnológicas da época, que surgiu o “dogma” da imprescindibilidade de presença física para que o país-fonte pudesse exercer legitimamente a sua jurisdição tributária. No entanto, o fato de a atividade econômica ser realizada sem a presença física não implica dizer que a tributação na fonte não teria validade. Conforme abordado nos itens anteriores, o vínculo genuíno elementar para justificar a tributação na fonte é o nexo com o território, relação esta que deve ser baseada em princípios econômicos e jurídicos abordados anteriormente. Dessa forma, desde que o nexo utilizado pelo país em suas normas jurídicas internas tenha uma relação com o território e possa ser suportado pelos princípios econômicos e jurídicos, a nosso ver, estaria legitimado o exercício do poder de tributar independentemente da existência física.

A esse respeito, Charles McLure defende, fundamentado na teoria da legitimidade e no mundo digital⁴⁸¹, que os países-fonte teriam a prerrogativa de tributação independentemente da existência de presença física, já que uma presença econômica já seria suficiente para fundamentar a tributação com base na teoria da legitimidade⁴⁸². Por sua vez,

⁴⁸¹ The “digital world,” in which there are remote vendors, important intangible assets, intangible products, and digitalized services that can be provided at a distance, as well as the attributes of the pre-digital world.

⁴⁸² MCLURE JR, Charles, et al. Alternatives to the Concept of Permanent Establishment: E-commerce and Taxation. In: **CESifo Forum**. ifo Institute-Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, 2000, p. 13.

no âmbito da economia digitalizada⁴⁸³, a presença econômica pode ser determinada por meio de referência ao direcionamento regular e sistemático de atividades a um determinado país⁴⁸⁴, mais precisamente, a presença econômica nesse caso pode ser determinada nas hipóteses em que o investidor estrangeiro mira, ou seja, tem como alvo os consumidores de determinado país.

Para M. A. Harris, isso pode ser determinado mediante a realização de três perguntas: (i) o contribuinte intencionalmente aproveita dos benefícios proporcionados pelo Estado-fonte?; (ii) o nível das operações e transações realizadas pelo contribuinte no país-fonte poderia sujeitá-lo ao sistema judiciário local?; e (iii) as atividades do contribuinte no Estado constituem uma parte contínua e sistemática de sua atividade geral?⁴⁸⁵

Como visto no item⁴⁸⁶, a tributação na fonte pode ser concebida como uma contraprestação pelos benefícios gerais proporcionados ao não residentes, que vão desde a infraestrutura econômica até a estabilidade política. Trazendo a questão para a economia digitalizada, aspecto essencial da presente tese, temos que o avanço da tecnologia da informação e comunicação propiciou a venda de produtos e serviços por meio digital sem a necessidade ou com um mínimo de presença física, sem, contudo, a caracterização de estabelecimento permanente no país-fonte. No entanto, independentemente da presença física ou caracterização de estabelecimento permanente, não se pode negar que o não residente faz uso de toda infraestrutura de telecomunicação do país-fonte (e.g. internet, telefone etc), inclusive a bancária, sem a qual o recebimento pelas mercadorias e/ou serviços não seriam possíveis, a judiciária, sem a qual eventuais conflitos não poderiam ser solucionados (e.g. cobrança de pagamentos atrasados). Mas não é só: se levarmos em conta a teoria da legitimidade e o mercado potencial por produtos e serviços fornecidos via digital, a tributação pelo país-fonte também é cabível em face da pujança e da alta demanda de mercado, tudo isso, independentemente do elemento presencial.

Portanto, no âmbito da economia digitalizada, a existência de uma presença econômica no país já seria suficiente para legitimar a tributação dos rendimentos que com ele tenham uma relação especial, seja por utilizar infraestrutura posta à sua disposição (e.g.,

⁴⁸³ Ao tratar do tema Dale Pinto utiliza a expressa comércio eletrônico ao invés de economia digital, o que para nós, no âmbito de aplicação da teoria da legitimidade não influenciaria em nada as conclusões por ele alcançadas.

⁴⁸⁴ PINTO, Dale. The need to reconceptualize the permanent establishment threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 7, 2006, p. 271.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 271.

⁴⁸⁶ Vide item 2.2.

correios, sistema judiciário, infraestrutura tecnológica etc.), seja por acessar o seu mercado consumidor.

2.8 ALOCAÇÃO DE RENDA ENTRE OS ESTADOS-FONTE E DE RESIDÊNCIA: ELEMENTOS DE CONEXÃO GENUÍNOS E PRINCÍPIOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS TRADICIONALMENTE ACEITOS PELO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Como visto⁴⁸⁷, o entendimento majoritário da doutrina é de que o exercício da jurisdição tributária pelos Estados está condicionado à existência de um vínculo entre o Estado e o sujeito ou objeto tributável. Apenas nos casos em que se verifica a presença de tal nexos é que o Estado estaria apto a exercer a sua jurisdição tributária. Contudo, com o pretexto de tributar fatos, coisas ou pessoas não pode o Estado eleger elementos de conexão aleatoriamente. Isto é, não se trata de mera formalidade a ser cumprida. Muito pelo contrário, faz-se necessária a escolha de vínculos qualificados, ou nexos genuínos ente os fatos, coisas ou pessoas, sem os quais não há que se falar em tributação.

Neste sentido, de acordo com os costumes internacionais os dois principais elementos de conexão seriam a pessoa ou o território, que vinculariam o Estado tributante com os contribuintes e/ ou o rendimento a ele vinculados. Neste sentido, Reuven Avi-Yonah é enfático ao afirmar, a partir de uma perspectiva prática e do costume internacional, que um país não pode tributar não residentes sem qualquer tipo de conexão com ele⁴⁸⁸. Este vínculo pode ser de índole pessoal (residência ou cidadania) ou uma conexão com o território⁴⁸⁹.

Ocorre que, além da determinação da existência de um vínculo de índole pessoal ou territorial, a prática internacional não estabelece um conceito claro do que venha a ser uma relação qualificada, tampouco a sua intensidade, a fim de estabelecer o exercício da jurisdição tributária por um determinado país.

Todavia, a nosso ver, a ausência de regras claras sobre os tipos de elemento de conexão, além de se relacionarem com a pessoa ou com o território, deve ser encarada de forma positiva, já que possibilita a utilização de uma abordagem flexível na escolha dos nexos, bem como a sua adaptação às novas práticas comerciais e realidades econômicas.

⁴⁸⁷ Vide item 1.2.2.

⁴⁸⁸ AVI_YONAH, Reuven. **International Tax as International Law**: An Analysis of the International Tax Regime. Cambridge Tax Law Series. Cambridge University Press, p. 5.

⁴⁸⁹ RUST, A. **Double Taxation, within the European Union**, Kluwer Law International. 2011, p. 3.

De qualquer forma, ainda que dotada de flexibilidade, a escolha dos vínculos qualificados não está livre de quaisquer limites, devendo ser, sob nossa ótica, justificada pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional, os quais, serviriam para afirmar ou infirmar os elementos de conexão utilizados pelos Estados (ligados à pessoa ou ao seu território) para o exercício de sua jurisdição tributária.

Embora os nexos até então utilizados possam ser justificados pelo princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional, como, por exemplo, o princípio do benefício, neutralidade, equidade, legitimidade, dentre outros, a pergunta que se faz presente é se, nos dias atuais, em que venda e serviços são prestados de forma *on-line*, com uma rapidez e mobilidade nunca antes experimentadas, a prerrogativa para que um dado país exerça sua jurisdição tributária ou, ainda, a divisão de receitas tributáveis entre países-fonte e de residência baseada em elementos de conexão tradicionais poderia ser afirmada pelos teorias até então utilizadas? Noutras palavras, a dicotomia entre fonte e residência e a justa alocação entre elas, da forma até então concebida, ainda teria guarida nos dias atuais?

Em que pese o histórico dos princípios econômicos e jurídicos utilizados desde os primórdios do século XX para validar a tributação por um ou outro Estado, trabalhos acadêmicos recentes, mormente no contexto da economia digitalizada, têm desencorajado uma maior e mais profunda análise teórica sobre a justa alocação entre os direitos à tributação baseada na tradicional dicotomia entre fonte e residência, cuja rivalidade foi fonte de inspiração e pautou o regime tributário internacional até então conhecido.

Nesse contexto, como observam Andrés Baez e Yariv Brauner, um aprofundamento sobre as fundações pelas quais se baseia a tributação pelo Estado-fonte em transações relacionadas à economia digitalizada pode ser considerado inútil nos dias atuais⁴⁹⁰. Aliás, como bem observa Wolfgang Schön⁴⁹¹, ao tratar da alocação de rendimentos no âmbito da economia digital, “o resultado do jogo estaria aberto”, não havendo necessidade de correr atrás do cálice sagrado ou de uma alocação natural dos direitos à tributação dos rendimentos decorrentes da economia digital. Talvez a regra mais fundamental da tributação internacional seria, como bem colocado por Bird e Wilkies, que “não existe regra de tributação

⁴⁹⁰ BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 8.

⁴⁹¹ SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). In: **World Tax Journal**, 2009, p. 93.

internacional”⁴⁹². Ao tratar sobre a jurisdição e alocação tributária, Wolfgang Schön pontua que, apesar de a necessidade da existência de um elemento de conexão genuíno com o Estado ser um preceito utilizado pelo direito internacional público⁴⁹³ como definidor da jurisdição dos Estados, a alocação do direito à tributação não segue automaticamente tal orientação. Muito pelo contrário, a grande variedade dos *links* atualmente aceitos demonstra a necessidade da realização de escolhas políticas em nível nacional, bem como consenso no cenário internacional. Nesse contexto, esforços no estabelecimento dos elementos de conexão devem ser guiados pelos padrões de eficiência, equidade e praticabilidade, sem supremacia ou qualquer tipo de preferência entre eles⁴⁹⁴.

De fato, conforme observado por Andrés Baez e Yariv Brauner, apesar de inúmeras manifestações sobre aplicabilidade das teorias até então adotadas no âmbito da tributação internacional para justificar a prerrogativa de o país-fonte tributar rendimentos, que tenham uma relação com o seu território, não foram, até o momento, sistematicamente confrontados com a nova realidade traçada pela economia digital, pelo menos com um aporte razoável apto a legitimar a tributação pela fonte⁴⁹⁵.

No entanto, mesmo na hipótese de assumir que não exista uma regra de tributação internacional ou, ainda, regra de tributação internacional capaz de endereçar os desafios de alocação da renda proporcionados pela economia digitalizada, isso não significa que não seria válido identificar um princípio geral⁴⁹⁶, que serviria como verdadeira viga mestra na alocação de rendimentos ou na legitimação da fonte para tributar transações ou operações com relação especial com o seu território.

De fato, segundo Andrés Baez e Brauner⁴⁹⁷, a identificação de um critério de alocação geral apto a lidar com os desafios decorrentes da economia digital teria duas vantagens decisivas:

⁴⁹² “(...) there are no rules of international taxation”. (BIRD, R.M.; WILKIE, J.S. Source- vs. residence-based taxation in the European Union: the wrong question? In: CNOSEN, S. (ed.), **Taxing Capital Income in the European Union** (Oxford University Press, 2002), p. 91, (apud W SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). In: **World Tax Journal**, 2009, p. 93.)

⁴⁹³ Vide item 1.2.2.

⁴⁹⁴ SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). In: **World Tax Journal**, 2009, p. 93.

⁴⁹⁵ BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 8.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 8.

⁴⁹⁷ BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 8.

- (i) ajudaria no *design* e na justificativa para adoção de regras distributivas, ainda que formuladas de forma arbitrária e artificial. Contudo, uma vez delimitada tal norma, todas as consequências dali advindas, como distribuição de alocação entre fonte e residência e a possibilidade de tomada de crédito do imposto pago no exterior, dentre outras, teriam que seguir, bem como ser coerentes com a premissa inicialmente fixada; e
- (ii) se o princípio geral for devidamente elaborado, adotando premissas simples, claras e objetivas⁴⁹⁸, ele poderá servir como um guia para a distribuição de legitimidade internacional tributária, conferindo *legal certainty* não só aos países, mas a todo o sistema internacional.

Diferentemente das ponderações acima, de acordo com os princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente reconhecidos pelo direito tributário internacional é preciso respaldar a escolha dos nexos pelos Estados. Se é bem verdade que os países são livres para estabelecer elementos de conexão que tenham uma relação substancial com o Estado (conexão pessoal ou territorial), também é verdade que, ante a ausência de delimitações claras sobre a genuinidade do vínculo com o Estado, os vínculos eleitos para a tributação de fatos, coisas ou pessoas devem ser afirmados pelos princípios econômicos e jurídicos. Por corolário, guardado o devido respeito às ponderações em contrário, não nos parece que não haja limites para a escolha dos nexos pelos países. Muito pelo contrário, o que não existe são delimitações claras sobre a abrangência e intensidade dos elementos de conexão, os quais, quando utilizados pelos Estados, devem encontrar respaldo nas teorias econômicas.

Aliás, nem poderia ser diferente, já que se houvesse regras rígidas sobre os elementos de conexão genuínos utilizados, não seria possível aos Estados fazer frente às peculiaridades inerentes a novos modelos econômicos e transações comerciais. Logo, os países, no intuito de adaptar a sua legislação interna de modo a endereçar corretamente novos fatos econômicos, lançam mão de elementos de conexão específicos para cada tipo de rendimento ou transação, desde que, é claro, tenham uma relação pessoal ou territorial com o Estado e

⁴⁹⁸ No pensamento de Andrés Baez e Yariv Brauner a concorrência na tributação deveria ser resolvida com um sim ou um não, dando ensejo a tributação na fonte apenas no primeiro caso. (BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 8.).

possam ser justificados pelos princípios econômicos e jurídicos como os anteriormente analisados.

Temos, portanto, que, no âmbito da economia digitalizada, a prerrogativa de um dado Estado tributar fatos com uma relação especial com o seu território pode ser esteadada em elementos de conexão específicos, cuja genuinidade deve ser afirmada pelos princípios utilizados praticamente no último século, desde que aptos a endereçar os desafios gerados por esse novo modelo econômico de venda de bens, prestação de serviços ou de transações envolvendo qualquer outro intangível.

Neste sentido, de modo a fazer frente às peculiaridades de cada tipo de rendimento ou operação Wolfgang Schön observa que os critérios escolhidos para alocação de direitos à tributação, ou seja, os nexos não são únicos ou, se únicos, eles sofrem ramificações de acordo com o tipo de transação ou rendimento. Típico exemplo disso são os elementos de conexão autorizadores da tributação, quer pela fonte, quer pela residência, que variam de acordo com a pessoa, operação ou modelo de negócio que se pretende tributar⁴⁹⁹.

Aliás, tal pluralidade de critérios decorre, na grande maioria das vezes, de evoluções nas relações empresariais, bem como em virtude do surgimento de novas atividades e modelos econômicos. Destarte, o mundo tal como vivenciado pelos quatro economistas responsáveis por pensar o modelo tributário à época da Liga das Nações não é mais o mesmo. Naquela época, o direito à tributação foi concebido sob a premissa de pertença econômica. De igual sorte, os princípios do benefício e sacrifício, tal como abordado por Musgrave⁵⁰⁰, a tributação em razão do acesso ao mercado, mencionada por Thomas Adams⁵⁰¹, e a legitimidade da fonte pautada na teoria da legitimidade⁵⁰² também não acompanham a evolução nas relações comerciais, tampouco a forma com que os negócios são conduzidos, especialmente no âmbito da economia digitalizada.

Com efeito, o benefício auferido por investidores não residentes, concebido anteriormente, pautava-se, dentre outros, nos serviços de bombeiro, estradas e segurança pública, os quais eram promovidos pelos Estados à época e propiciavam um ambiente para a realização de negócios por não residentes e retorno financeiro sobre os investimentos. Hoje

⁴⁹⁹ Os elementos de conexão variam de acordo com a situação. Em se tratando de prestação de serviço, por exemplo, o elemento de conexão pode ser considerado o local da prestação do serviço. Em outras situações envolvendo venda de bens, o *link* genuíno com o Estado pode ser a celebração do contrato. Ainda, nas hipóteses de tributação de pessoas jurídicas, o elemento de conexão pode ser o lugar de incorporação e assim por diante.

⁵⁰⁰ MUSGRAVE, Peggy. **Public Finance in Theory and Practice**, 5. ed. Nova York: Mcgraw-hill, 1989, pp. 219-221

⁵⁰¹ ADAMS, Thomas S. The Taxation of Business, 11 In: **Nat'l Tax Ass'n Proc.** 1917, pp. 187.

⁵⁰² Vide item 2.6.

em dia, este seria traduzido pela existência de uma economia e ambiente político estáveis, infraestrutura adequada (*e.g.*, fibra ótica, serviço de telecomunicação, internet de alta velocidade, transporte multimodal via *courrier* etc.) para a realização de transações por meios digitais entre pessoas jurídicas, acesso a um poder judiciário seguro, consolidado e ágil, dentre outros.

Da mesma forma, o mercado, anteriormente idealizado como elemento de conexão apto a legitimar a tributação pelo país-fonte, não é mais o mesmo. Na atual realidade digital, aludido mercado certamente seria abrangido pelos consumidores, os quais, indiscutivelmente, agregam valor, ou melhor, possibilitam o auferimento de rendimentos pelos não residentes. Sem o mercado consumidor existente em um dado país, impensável se falar na venda de bens, prestação de serviço, tampouco a negociação de algo intangível. Baseados nessas premissas, os países estariam autorizados a cobrar tributos sobre investidores não residentes nos casos de existência de uma relação especial com o território do Estado, constituindo elemento de conexão com os limites geográficos desse país o acesso ao seu mercado consumidor, ainda que seja por meio virtual.

Isso, contudo, não inviabiliza as teorias, mas apenas demonstra que os princípios econômicos e jurídicos, repita-se, utilizado por quase um século para afirmar os elementos de conexão utilizados ainda são válidos para justificar novos nexos.

Na evolução dos elementos de conexão ensejadores de tributação (*e.g.*, relação especial com o país que proporciona o surgimento do rendimento), a presença física dá lugar ao conceito de presença digital, que, à exemplo do que ocorre no âmbito da economia tradicional, justificaria a tributação, pelo país-fonte, das transações realizadas com um determinado país no âmbito da economia digital.

Em se tratando da dicotomia do direito à tributação entre fonte e residência, não existe certo ou errado, mas sim elementos de conexão mais ou menos adequados a uma ou outra transação, a um ou outro modelo de negócio, a uma ou outra fase econômica, avaliados sempre sob o prisma político e negociados no contexto internacional, bem como guiados pelos padrões de eficiência, equidade e praticabilidade.

Portanto, desde a concepção da estrutura tributária internacional, impulsionada pelos conflitos de tributação entre fonte e residência, cujo resultado culmina, muitas vezes, na famigerada dupla tributação da renda, a motivação e a distribuição do direito à tributação entre os países lastrearam-se em fatores de conexão que atendiam às necessidades da época. Com a evolução nas relações econômicas e o surgimento de novos modelos de negócios, tais nexos passaram a ser reinterpretados ou novos passaram a ser adotados, vínculos estes que

muitas vezes se confundem ou são utilizados como sinônimo do próprio conceito de fonte para uma ou outra transação, para um ou outro modelo de negócio.

Aliás, com relação a isso – confusão de conceitos –, para fins da presente tese, consideramos que o país apenas pode exercer sua jurisdição tributária sobre fatos, coisas ou pessoas se detentora de uma relação genuína com o seu território. Contudo, além de respeitar o elemento de conexão elementar – vínculo com o território – as normas tributárias instituídas pelos Estados devem prever “regras de fonte” com aporte em princípios econômicos e jurídicos (e.,g. benefício, equidade, legitimidade etc.) e que tem função de complementar o conceito de fonte propriamente dito, servindo como critério para alocar, da forma mais simples, prática, justa, eficiente e objetiva possível, o direito à tributação da renda entre os Estados-fonte e de residência. Mas qual seria o conceito de fonte? Qual(is) seria(m) o(s) seu(s) verdadeiro(s) significado(s)?

Via de regra, não há muitas dúvidas acerca do conceito de residência, existindo algumas variáveis que, apesar de não menos importantes, podem ser identificadas⁵⁰³ e mapeadas. Para fins da presente tese, em que se pretende demonstrar a relevância do mercado consumidor como regra de fonte hábil para lidar com operações transnacionais entre pessoas jurídicas na esfera da economia digitalizada, deixaremos de explorar a problemática associada à residência, bem como o seu conceito. De outro lado, no que tange ao conceito de fonte, os desafios proporcionados são bem superiores, dada a falta de consenso na doutrina, além da confusão, na grande maioria das vezes, entre o conceito de fonte e regras de fonte, o que nos leva intuitivamente a pensar na existência de várias acepções do vocábulo fonte. É o que passaremos a explorar no próximo item.

2.9 CONCEITO DE FONTE

Regras de fonte são importantes especialmente para não residentes, uma vez que apenas os seus rendimentos decorrentes de fontes domésticas estão sujeitos à tributação. Nesses casos - não residentes -, a definição de fonte tem o condão de controlar a tributação no país-fonte⁵⁰⁴. Ainda, embora o conceito e regras de fonte não aparentem ter relevância para a tributação de residentes, já que jurisdições tendem a tributar seus rendimentos sob a

⁵⁰³ Lugar de incorporação, lugar da administração efetiva da companhia (*effective place of management*).

⁵⁰⁴ AVI-YONAH, Reuven S. **International tax as international law**. An Analysis of the International Tax Regime. Cambridge Tax Law Series. Cambridge University Press. 2007 p. 38.

sistemática de tributação em bases universais⁵⁰⁵, na prática, tais regras são tão fundamentais para os residentes como são para os não residentes, mormente para evitar ou reduzir a dupla tributação nos casos de tributação tanto pelo Estado-fonte quanto pelo da residência⁵⁰⁶.

A eliminação ou redução da dupla tributação é geralmente considerada essencial para a saúde dos negócios internacionais e mercados de investimentos. Por meio de consenso internacional, o país de residência tem a responsabilidade em promover a ausência ou redução da dupla tributação sob a forma de concessão de créditos sobre o imposto pago no exterior ou isentar os rendimentos auferidos de fonte situada fora de seus limites geográficos⁵⁰⁷. Tal “consenso” foi, inclusive, incorporado ao mecanismo estrutural dos acordos de bitributação, que atribuem ao país de residência a tarefa de eliminar a dupla tributação decorrente de qualquer tributação na fonte realizada de acordo com as distribuições previstas no acordo⁵⁰⁸. Por essas razões, o conceito de fonte mostra-se significativo para ambos os países (fonte e residência).

Em apertada síntese, o conteúdo do conceito de fonte e suas regras identificam (i) a origem do rendimento, isto é, o local de sua produção ou realização; e (ii) o país competente para exercer a pretensão tributária sobre ele. Por essa via, um determinado país teria competência para tributar apenas nos casos de existência de uma conexão econômica entre ele o rendimento produzido⁵⁰⁹.

Com efeito, a definição de país-fonte não é algo trivial, haja vista a ambiguidade⁵¹⁰ e as várias acepções em que este conceito pode ser adotado. Ocorre, no entanto, que, em que pese a ambiguidade e volatilidade das regras a ele inerentes, surpreendentemente, poucos se debruçaram sobre o tema⁵¹¹. Richard e Peggy Musgrave, por exemplo, em trabalho acadêmico datado de 1972, definiram país-fonte como o lugar em que o rendimento é gerado, isto é, o sítio em que a atividade geradora do rendimento ocorre, o qual, como bem

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 38.

⁵⁰⁶ LOKKEN, Lawrence. What is this thing called source?. *Int'l Tax J.*, v. 37, 2011. p. 25.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 25.

⁵⁰⁸ PINTO, Dale. Chapter 3. The Definition of Source and Identification of Characteristics of Electronic Commerce which Suggest a Need to Reconceptualize the Way Source is Defined. In: **E-Commerce and Source-Based Income Taxation**, Books IBFD, p.4.

⁵⁰⁹ ROHATGI, Roy. **Basic International Taxation**. Richmond, 2 ed., v. 1, p. 222.

⁵¹⁰ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part I). *Intertax*, V. 16, n. 11, 1988. p. 223.

⁵¹¹ Ibidem, p. 223.

observado pelos professores, não pode ser confundido com o local de residência dos empreendedores⁵¹²⁵¹³.

Universalmente, a expressão fonte de rendimento é utilizada pela legislação tributária como uma forma de vínculo territorial para fins de tributação da renda. Todavia, não se pode negar a existência de um considerável grau de ambiguidade envolvendo o seu conteúdo, o que pode ser comprovado pela imensa gama de caminhos escolhidos por Estados ao incorporarem a ideia abstrata de fonte à sua legislação interna.

Klaus Vogel, ao analisar o conceito de fonte, é enfático ao apontar a dificuldade na sua conceituação. Para o saudoso professor, fonte não seria algo natural, um conceito autoexplicativo, sobre o qual não haveria muito dissenso ou discordância. Muito pelo contrário, fonte é uma noção precisa apenas no que ele excluir: tributação baseada na fonte é diferente de tributação baseada na residência ou cidadania. Nesse contexto, o autor define que a única afirmação possível de ser feita é que a fonte se refere ao Estado que de alguma forma ou outra possui uma conexão com a produção do rendimento, ou seja, com o país em que é atribuído valor ao produto⁵¹⁴.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Heleno Taveira Torres, para quem fonte efetiva da renda é o lugar onde se consumir e se puder identificar a real e concreta produção de rendimentos⁵¹⁵. Para Luís Eduardo Schoueri, em linhas gerais, ao adotar o princípio da fonte, o país tributará todo o rendimento cuja origem esteja localizada em seu território.⁵¹⁶ Ademais, embora já abordado anteriormente, não é demais reprimir que o princípio da fonte não pode ser confundido com o da territorialidade, já que a fonte atende ao princípio da territorialidade, mas não a esgota⁵¹⁷.

Adam Becker, ao discorrer sobre o tema, assevera que as proposições até então adotadas tendem a identificar a relação entre o rendimento e a atividade de produção, mas

⁵¹² MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. Inter-nation equity. In: BIRD, Richard M.; HEAD, John G. (eds.). **Modern Fiscal Issues: Essays in Honour of Carl S. Shoup**, 1972, p. 71. (apud BECKER, Adam. The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice. **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n.4, 2016, p. 194).

⁵¹³ É importante mencionar que o foco dos Musgraves na busca do conceito de fonte era a alocação de rendimentos da atividade empresarial, mas hipóteses em que a atividade e desempenhada em mais de um país. Vide MUSGRAVE, Richard A. **Fiscal systems**. New Haven: Yale University, n.10, 1969, p. 261 e ss.

⁵¹⁴ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part I). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 223.

⁵¹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 120.

⁵¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 342.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 342.

se esquecem de estabelecer o tipo de conexão requerida para o exercício de tributação pela fonte⁵¹⁸. Para Eric Kemmeren, a tributação na fonte é justificada pela conexão econômica⁵¹⁹ (*economic attachment*) com o território do país-fonte. Isto é, o rendimento deve ter alguma espécie de conexão geográfica com o país-fonte, e a conexão deve ser econômica, ou seja, deve haver uma relação causal entre os limites geográficos do país e a produção do rendimento⁵²⁰, o que remeteria às definições do casal Musgrave e Klaus Vogel mencionados acima⁵²¹.

Ao discorrer sobre fonte, Alberto Xavier é enfático ao afirmar que, relativamente ao imposto sobre a renda, o elemento de conexão fundamental é o lugar da situação da fonte dos rendimentos. Para ele, a fonte possui tanto um conceito econômico quanto um financeiro. Enquanto o primeiro equivale ao “capital donde brota a renda tributada”, já que localizada na região em que a atividade é exercida, em que são utilizados os fatores de produção necessários a sua obtenção ou em que estão situados os bens ou direitos de que são decorrentes, fonte sob a perspectiva financeira equivale à fonte de pagamento. Enquanto o sentido econômico de fonte está ligado a uma ideia de existência de um nexo causal direto entre renda e fato que a determina, o seu sentido financeiro remete à noção de origem dos recursos que representam renda para o respectivo beneficiário⁵²².

Nessa mesma óptica é o entendimento de Manuel Pires, para quem duas abordagens podem ser utilizadas na determinação do conceito de fonte. A primeira delas, consistiria na atribuição de fonte ao local de sua produção, em que a localização dos fatores de produção é levada em consideração (fonte em sentido econômico). De acordo com a segunda abordagem, a fonte de pagamento ou a fonte sob a perspectiva financeira seria relevante. Nessa última, o local em que recursos se tornaram disponíveis ao seu beneficiário e o lugar em que os custos relacionados ao rendimento incorreram são levados em consideração⁵²³.

Nesse contexto, a fonte econômica do rendimento estaria ligada à sua produção, ao passo que a fonte financeira estaria atrelada à sua realização⁵²⁴. Portanto, a nosso ver, fonte deve ser considerada o local de origem do rendimento. Este, por sua vez, pode ser entendido

⁵¹⁸ BECKER, Adam. The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice. **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n.4, 2016, p. 194.

⁵¹⁹ KEMMEREN, E.C.C.M. **Principle of Origin in Tax Convention: A Rethinking of Models**, Kluwer L, Int., 2001, p. 21 e ss.

⁵²⁰ Ibidem, p. 36.

⁵²¹ BECKER, op. cit., p. 194.

⁵²² XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**, 7ª Edição. Forense. Rio de Janeiro, p. 233.

⁵²³ PIRES, Manuel. **International Juridical Double Taxation of Income**. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 115.

⁵²⁴ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**, 7ª Edição. Forense. Rio de Janeiro, p. 234.

como o palco de produção/criação do rendimento ou, ainda, sob a perspectiva de local do pagamento

Via de consequência, em que pese a dificuldade de definição do conceito de fonte, doutrinadores de peso, há tempos, fixaram a premissa de que fonte deve ser considerada a área de origem do rendimento, o lugar em que se dá o seu nascimento, seja sob a perspectiva econômica, seja sob a perspectiva financeira.

A nosso ver, a dificuldade no estabelecimento do conceito de fonte está atrelada à ambiguidade e imprecisão que, como bem observa Eros Grau, são marcas características da linguagem jurídica⁵²⁵. De acordo com Genaro Carrió, a linguagem jurídica é nutrida pela linguagem natural, representando uma textura aberta. Consequência lógica desta particularidade é a existência de zonas de penumbra na linguagem jurídica, com que faz que ela seja, atual ou potencialmente, ambígua e imprecisa⁵²⁶.

São justamente os fenômenos da ambiguidade e imprecisão das palavras e expressões jurídicas⁵²⁷ que levam ao surgimento dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Todavia, é importante, desde já, se ter em mente que, segundo Eros Grau, a utilização da expressão conceito jurídico indeterminado não é apropriada. Para o referido professor, todo conceito é uma suma de ideias circunscritas num continente determinado. Assim, a indeterminação não seria do conceito, mas sim dos termos que o expressam. Noutras palavras, ainda que as terminologias utilizadas na confecção do conceito sejam indeterminadas, o conceito em si é sempre signo de uma significação determinada⁵²⁸.

Portanto, para fins da presente tese, considerando que o conceito de fonte - local de origem do rendimento - traduz-se por termos imprecisos e ambíguos, mister se faz sua complementação por regras de fonte - elementos de conexão - a serem elaboradas pelos países, sem as quais seria bastante difícil e temerária a locação de direito à tributação aos Estados-fonte.

Como discorrido acima, desde a década de 70, o Richard e Peggy Musgrave, Kaus Vogel, Alberto Xavier, Pires, dentre outros, já conceituavam fonte como o local de origem

⁵²⁵ GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 77, 1982, p. 222.

⁵²⁶ CARRIÓ, Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguage. Srgunda Edicion. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, apud GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 77, 1982, p. 222.

⁵²⁷ GRAU, op. cit., p. 223.

⁵²⁸ GRAU, Eros Roberto. **Conceitos Indeterminados. In Justiça Tributária: direito do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Direito Tributário Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET Centro de Convenções de Vitória-ES, 12-15 de agosto de 1998. P. 122.**

do rendimento. Infere-se, dessa forma, que todos os elementos constitutivos da fonte já estavam, há tempos, devidamente identificados: (i) existência de um rendimento, (ii) decorrente do perímetro geográfico de um dado país, (iii) fruto de um ativo ou atividade que tenha uma relação, um *link* econômico com o território do referido país; ou (iv) fruto de um pagamento, que tenha um vínculo financeiro com o referido território⁵²⁹

Mas não é só, se nos atentarmos para o relatório da Liga das Nações – *League of Nation Report on Double Taxation*, datado de 1923, utilizado como base para vários princípios contemporâneos de tributação internacional, os quatro economistas, Gijsbert Bruins, Luigi Einaudi, Edwin Seligman e Josiah Stamp, sintetizaram o conceito de fonte e residência em uma única doutrina chamada de pertença econômica (*economic allegiance*), que leva em conta quatro quesitos: (i) origem do rendimento; (ii) a locação do rendimento; (iii) o lugar em que os direitos sobre o rendimento são passíveis de serem exercidos; e (iv) a residência ou domicílio⁵³⁰. Verifica-se que, em que pese o fato de os quatro economistas terem se inclinado pela tributação com base na residência, em detrimento do país-fonte, os três primeiros elementos nos remetem à ideia de que os rendimentos estavam condicionados ao território de um país. Guardadas as devidas particularidades e as premissas⁵³¹ levadas em consideração à época, e superada a prerrogativa⁵³² do Estado de residência sobre o de fonte⁵³³, é fato que pelo menos os itens (i) e (iii) acima já abordavam a noção de fonte defendida por Richard e Peggy Musgrave, Klaus Vogel e Alberto Xavier.

Portanto, a nosso ver, o conceito de fonte já se anunciava, ao menos de forma embrionária, desde o relatório da Liga das Nações elaborado em 1923, conceito este resgatado por Richard e Peggy Musgrave na década de 70, que definiu fonte como o local de origem do rendimento. É precisamente esta definição que adotamos para fins da presente

⁵²⁹ Os itens (iii) e (iv) se aplicam de forma alternada.

⁵³⁰ BRUINS, G.W.J., et al., **Report on Double Taxation**, League of Nations, 1923, pp. 22-26.

⁵³¹ “The experts suggested that States reciprocally exempt nonresidents from income taxation so that only taxation by the State of residence would prevail. Neither were the reasons for this conclusion convincing, nor was it politically acceptable, in particular to the numerous debtor States of that era.” (VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part I)*. In: **Intertax**, v. 16, n. 11, 1988. p. 220.)

⁵³² De acordo com Alberto Xavier, ninguém hoje põe em dúvida o direito do país da fonte de tributar a renda (ou a fortuna) nele produzida, por evidentes razões ligadas à forte conexão entre ele e a produção do fato tributário, embora, no passado e durante muito tempo, tenha prevalecido o primado do país de residência. (XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed. 2010, p. 190).

⁵³³ Como bem observa Vogel ao mencionar o entendimento do Schanz, “(w)here a person is economically bound not only to the state of his or her residence, but also to another state through business activities or by way of income arising in the other state, Schanz deems the allegiance to this other state, the source state, to be more important than the state of residence. SCHANZ, Zur Frage der Steuerpflicht. 9 II **Finanzarchiv** 1, 4 1982. (apud VOGEL, opt cit., p. 219).

tese, porquanto é passível de ser entendida sob uma perspectiva econômica – local de produção; ou sob um enfoque financeiro, local de pagamento.



Não obstante, o conceito de fonte já estar presente no sistema tributário internacional há um bom tempo, não podemos deixar de concordar com Klaus Vogel e demais juristas sobre a ambiguidade e imprecisão presente em seus termos. Nesse sentido, em razão da referida ambiguidade, bem como da necessidade de existência de um vínculo entre o objeto tributável e o território do país, resta margem aos Estados para estabelecerem regras quanto ao local em que se considera originado dado rendimento, quanto ao vínculo existente com os seus limites geográficos, desde que, é claro, tais diretrizes respeitem e possam ser justificadas pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente reconhecidos pelo direito tributário internacional.

Portanto, a nosso ver, embora o conceito de fonte seja um conceito “definido”, estático e vigente até os dias atuais, dada a indeterminação de seus termos, ele teria uma aplicabilidade limitada, exigindo a edição de regulamentos de fonte pelos países. Estes, por sua vez, são dinâmicos e confeccionados pelos Estados de acordo com as características específicas de cada rendimento e/ou atividade comercial, sendo isso a causa da complexidade e dificuldade em torno de tal instituto. Isto é, a questão, sob o nosso ponto de vista, se é que existe alguma, se encontra nas regras de fonte necessárias para se chegar ao seu conceito ao tratar sobre os critérios de conexão material e pessoal.

Helena Taveira Tôres afirma que a definição do princípio de conexão território (territorialidade real - fonte), impescinde da determinação de critérios de conexão que servirão para vincular o sujeito ao ordenamento jurídico⁵³⁴. Isto é, na linha da corrente aqui defendida, o mencionado professor defende a existência de um princípio de conexão, que, a nosso ver, seria o conceito de fonte, o qual deve ser incorporado por critérios de conexão, os quais, sob o nosso entendimento, seriam os que denominamos de regras de fonte, normas

⁵³⁴ Tôres, Helena Taveira. **Pluriributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, p. 119.

jurídicas atinentes⁵³⁵ à localização dos rendimentos utilizadas pelos países para o exercício da sua pretensão tributária.

Dessa forma, para Heleno Taveira Tôres, a fonte efetiva (regras de fonte) poderia atribuir a origem do rendimento ao local de pagamento da renda ou do benefício, da celebração do contrato, do exercício da atividade, da situação dos bens, do estabelecimento permanente, da exploração de bens e direitos, dentre outros. Como se verifica, segundo o aludido professor, a regra de fonte detectará sempre a posição da situação jurídica, mas nunca a identificação do objeto, da coisa ou da situação física.

Para Klaus Vogel fonte consiste num Estado que, de um modo ou de outro, está conexo ao rendimento em questão⁵³⁶. O elemento de conexão do Estado com a origem do rendimento, por outro lado, não pode ser definido genericamente, já que depende de regras de fonte, as quais precisarão o tipo de vínculo com o Estado, que, por sua vez, demarcará o local de origem do rendimento.

É exatamente em virtude de o conceito de fonte conter termos imprecisos, que carece de complementação por regras de fonte, que Vogel afirma que fonte não é um *self-defined concept*⁵³⁷. Aliás, a nosso ver, nem poderia ser diferente, dado o dinamismo das relações econômicas e meios de produção e comercialização globais, atualmente impulsionados e modificados pelo avanço tecnológico. Em razão da referida imprecisão de termos, bem como de situações ou novos modelos que surgirem em decorrência das evoluções econômicas, as regras, isto é, os seus complementos, podem ser adaptados de acordo com os tipos de rendimento.

Caso os termos presentes no conceito de fonte fossem estáticos e precisos, esse título teria que ser modificado ou adaptado para cada tipo de rendimento, bem como em consequência do surgimento de novas atividades econômicas.

Da forma como concebido, ou pelo menos até então abordado, temos que um conceito de fonte, agregados por critérios específicos – regras de fonte – constituiu um mecanismo apto a atender as mutações necessárias para abarcar os diversos tipos de rendimento e situações existentes ou que porventura venham a existir, como é o caso dos rendimentos decorrentes de atividades transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas desenvolvidas no âmbito da economia digitalizada.

⁵³⁵ Tôres, Heleno Taveira. **Pluriributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, p. 120.

⁵³⁶ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part I). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988. p. 223.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 223.

Ressalte-se, contudo, que as regras de fonte devem ter como critério de localização a procedência do rendimento e não do rendimento em si. Logo, devidamente localizada a origem daqueles e qualificados os sujeitos passivos e os rendimentos tributáveis, haverá a incidência das normas impositivas previstas para tais ganhos⁵³⁸.

Embora, a nosso ver, a utilização de critérios de fonte para determinação do local de sua origem de produção ou pagamento do rendimento seja uma boa prática legislativa e uma técnica a ser adotada pelos Estados, conferindo segurança jurídica e contribuindo para a eliminação da dupla tributação, nem todos os países adotam tais diretrizes. Como bem observa Alberto Xavier, o direito positivo brasileiro⁵³⁹ não consagrou um conjunto sistemático e orgânico dessas normas⁵⁴⁰ com o intuito de definir claramente o local onde se considera a origem de produção ou local do pagamento do rendimento.

Com efeito, de acordo com os artigos 741 e 744 do Decreto nº 9.580, de 2018, o Brasil adota a origem do rendimento tanto na sua acepção econômica quanto sob sua ótica financeira. Assim, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, o país exercerá sua jurisdição tributária sobre (i) os rendimentos produzidos no seu território; ou (ii) os devedores desses rendimentos – fontes pagadoras – forem aqui residentes ou domiciliados.

Apesar da existência de divergência doutrinária acerca da necessidade, ou não, de as duas perspectivas da fonte – econômica e financeira – serem cumuladas para ensejar a tributação na fonte, pelo Brasil, é certo que, seja por uma⁵⁴¹ ou outra doutrina⁵⁴², ele incorporou em seu ordenamento jurídico tanto a fonte de produção, quanto a fonte de pagamento.

Ocorre que, diferentemente de outros países, o Brasil optou por não criar várias regras de fonte, valendo-se preponderantemente dos princípios de conexão⁵⁴³ (territorialidade real – fonte), por meio da tributação do não residentes sob o argumento de fonte produção ou

⁵³⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, p. 120.

⁵³⁹ Salvo nos casos de ganho de capital auferido por não residente previsto pelo artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003.

⁵⁴⁰ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**, 7ª Rio de Janeiro: Edição Forense., p. 233.

⁵⁴¹ Segundo Gerd Willi Rothmann e Alberto Xavier os rendimentos auferidos por não residentes apenas terão fonte brasileira se produzidos no território brasileiro e suas fontes pagadoras aqui se localizarem (ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade de imposto de renda sobre ganhos de capital? In ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). **Grandes Questões atuais de direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2006, v10, p.110-113; XAVIER, op. cit., p. 439).

⁵⁴² Para Heleno Taveira Tôres o local de produção prevaleceria ante a fonte de pagamento. (TÔRRES, op. cit., pp. 338-400)

⁵⁴³ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, p. 120.

fonte de pagamento, sem fazer uso de regras mais específicas, com exceção da tributação de ativos circunscritos neste território⁵⁴⁴.

De outro lado, a legislação norte-americana pode ser considerada um típico exemplo de regulamentação que se adapta à dinâmica e à necessidade de adequação das regras de fonte às novas realidades econômicas, já que as define para fins de tributação, ou não, pelos Estados Unidos. Tais normas encontram-se definidas na seção 861 e 862 do *Internal Revenue Code* desde 1954 e permaneceram inalteradas até a edição do *Foreign Investor Act* de 1966⁵⁴⁵. A par das especificidades do referido ato, que não constitui objeto do presente estudo, vale mencionar que, além da introdução do conceito de *effectively connected income*, o referido ato estendeu o direito de os Estados Unidos tributarem certos tipos de rendimento, mesmo se, de acordo com a suas leis domésticas até então aplicáveis, eles eram tratados como fonte estrangeira⁵⁴⁶. Isto é de acordo com a nova legislação, fontes anteriormente consideradas estrangeiras e, portanto, não sujeitas à tributação pelos Estados Unidos, foram tidas como efetivamente conectadas àquele país gerando-se, como observa Lawrence Lokken, por meio do referido ato, uma regra adicional de fonte⁵⁴⁷.

A experiência norte-americana apenas confirma que o conceito de fonte, ou melhor, as regras de fonte necessárias para identificar o local de origem do rendimento e/ou o vínculo entre a atividade produtora e o território do Estado são cambiantes e podem variar de acordo com políticas fiscais e interesses de cada país. Outro exemplo de alteração ou inclusão de novas regras de fonte consoante os interesses dos Estados é a tributação de ganho de capital de não residentes com relação a ativos localizados no Brasil, instituído pelo artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003. Anteriormente a essa legislação, o Brasil limitava a tributação de não residente às situações em que a fonte de produção ou fonte de pagamento estivessem localizados no país. Após a edição do referido dispositivo legal, o Brasil passou a considerar como fonte brasileira o rendimento proveniente da alienação de bens localizados neste solo.

No entanto, se, de um lado, a adoção de termos precisos e definidos no conceito facilita a sua adaptação aos mais variados tipos de rendimentos, bem como a sua adequação às novas atividades econômicas, de outro, a inexistência de regras padronizadas e universalmente aceitas proporcionam, sem sombra de dúvidas, incertezas, disputas e litígios.

⁵⁴⁴ Vide artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003.

⁵⁴⁵ I.R.C. sect. 864 (c); sect. 871 (b) (I) as amended by the Foreign Investors Tax Act of 1966. 80 Stat. 1544 (1966).

⁵⁴⁶ VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part I)*. *Intertax*, V. 16, n. 11, 1988. p. 224-225.

⁵⁴⁷ LOKKEN, Lawrence. *The Sources of Income from International Uses and Dispositions of Intellectual Property*. In: *Tax L. Rev.*, v. 36, 1980, p. 300.

Tal “pluralidade de significados”⁵⁴⁸ é exemplificada por Eric Kemmeren, que asseverou que fonte para uns Estados é considerado como o local em que a propriedade tangível ou intangível está localizada, enquanto para outros é o lugar em que a propriedade é utilizada⁵⁴⁹.

A exemplificação adotada por Eric Kemmeren que, embora a nosso ver, não se tratar do conceito de fonte, mas sim de regras de fonte, demonstra claramente as práticas adotadas pelos países, que instituem regulamentos específicos demarcando o local em que se considerada originado certo rendimento.

Portanto, salvo se negociadas sob o pálio de acordos internacionais, dada a existência de termos imprecisos no conceito de fonte, cada Estado possui a prerrogativa de editar normas determinando as regras de fonte para a tributação de rendimentos auferidos para não residentes, elementos de conexão estes que devem ser justificados pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional .

Sob este ângulo, visando estabelecer a origem do rendimento, é comum aos países criarem regras de fonte, mais ou menos abrangentes, sendo este sistema denominado por Adam Becker como *enumeration approach*.⁵⁵⁰ Por meio desse método, vários países⁵⁵¹ listam certos “eventos”, como a localização de bens, atividades ou rendimentos, que, no seu entendimento, possuem uma relação com o lucro produzido e com seu território. Assim, são considerados como fontes no país, o local de pagamento da renda, do benefício, da celebração do contrato, dentre outras. Ele será sempre demarcado pela posição da situação jurídica, nunca pela identificação do objeto, da coisa ou da situação física⁵⁵²

É importante se ter em mente, todavia, que referido método – enumerar as regras de fonte – não teria a capacidade de prever, de forma automática, todas as regras possíveis e imagináveis que possam dar azo à tributação na fonte, mas sim circunstâncias específicas, como é o caso das regras de fonte elencadas pelo Barein que elegeu apenas duas atividades como fonte tributável naquele país: (i) venda de petróleo produzido/extraído a partir do território do Barein; e (ii) venda de produto acabado ou semiacabado manufaturado no Barein a partir de petróleo cru.

⁵⁴⁸ A nosso ver o conceito de fonte não possui uma pluralidade de significado, mas sim o seu complemento, isto é, as regras de aplicação podem ser as mais diversas possíveis, abrangendo desde tipos de rendimentos até novas atividades que possam surgir em razão das evoluções nas relações econômicas.

⁵⁴⁹ KEMMEREN, E.C.C.M. **Principle of Origin in Tax Convention: A Rethinking of Models**, Kluwer L, Int., 2001, p. 34.

⁵⁵⁰ BECKER, Adam. The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice. **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n.4, 2016, p. 193.

⁵⁵¹ Tal como os Estados Unidos.

⁵⁵² TÓRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 120.

Além da descrição das regras de fonte, os países também podem se valer de normas que, apesar não possuírem uma relação tão clara com o rendimento produzido e o território do Estado, estes ficam sujeitos à tributação pelo país-fonte por meio de uma presunção (*deemed source system*). Referida sistemática permite que o legislador deixe de lado critérios econômicos, como a localização dos bens ou da atividade, passando a considerar como fonte interna situações que, em princípio, não o seriam⁵⁵³. Todavia, não obstante a utilização da sistemática de presunção por certos países, temos, para os fins da presente tese, que apenas podem ser considerados legítimos os elementos de conexão que possuam uma relação genuína com o território do Estado tributante, sem o qual não há que se falem em exercício da jurisdição tributária. A genuinidade, ou não, de determinado elemento de conexão, conforme abordado anteriormente, é justificada pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional que, como vimos, afirmam ou infirmam as regras de fonte incorporadas pelos países.

Verifica-se, portanto, que por se tratar de um conceito com expressões ambíguas e/ou imprecisas, o princípio fonte precisa ser complementado por uma regra de fonte, instituída para abarcar situações específicas previstas pelos Estados que teriam uma conexão genuína com o seu território, bem como utilizadas para adaptar a sua legislação local às novas realidades econômicas proporcionadas por avanços tecnológicos e novas modalidades de negócios, como a economia digitalizada, por exemplo.

Esta imprecisão de termos contidos no conceito de fonte propicia o surgimento de uma grande variedade de vínculos atualmente praticados e aceitos pelos Estados, os quais devem ser, sempre, fruto de escolhas políticas na esfera nacional e de consenso no cenário internacional. Nesse contexto, como bem observado por Wolfgang Schön, as regras de fonte instituidoras dos elementos de conexão devem ser guiadas pelos padrões de eficiência, equidade e praticabilidade, sem supremacia ou qualquer tipo de preferência entre eles⁵⁵⁴

No próximo item, passaremos a abordar algumas das regras de fonte mais utilizadas pelos países, bem como pelos acordos de bitributação, sendo dado especial destaque àquelas que consideram o local do mercado consumidor como um critério plausível e apto a endereçar os desafios gerados pela economia digitalizada, especialmente em situações envolvendo operações transnacionais promovidas entre pessoas jurídicas.

⁵⁵³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 349.

⁵⁵⁴ SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). In: **World Tax Journal**, 2009, p. 93.

2.9.1 Regras de fonte nos ordenamentos jurídicos

Como já visto anteriormente, regras de fonte são os critérios utilizados para alocar a tributação no Estado-fonte, por meio dos quais se elegem rendimentos, fatos ou coisas que tenham relação genuína com o seu território. Por não existirem regras acerca da fixação dos aludidos critérios⁵⁵⁵, mas apenas orientações baseadas em princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente reconhecidos pelo direito tributário internacional, os países possuem relativa autonomia para a sua instituição, que podem ser os mais variados possíveis. Entretanto, aqueles desembocam, mormente, à situação jurídica de rendimento, fatos ou coisas, desde que possuam vínculos ou relação com o rendimento produzido ou originário⁵⁵⁶ nos limites geográficos do Estado.

Saliente-se, desde já, que não faz parte do escopo do presente tópico analisar a razoabilidade das regras de fonte geralmente adotadas pelos países, que muitas vezes elegem situações que não possuem qualquer tipo de relação com o seu território ou, quando possuem, não se justificam em face dos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional. Entretanto, abordar algumas das regras de fonte mais utilizadas pelos países, bem como pelos acordos de bitributação. Especial atenção, será dada ao local do estabelecimento do mercado consumidor como regra de fonte apta a fazer frente aos desafios proporcionados pelas operações transnacionais entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada.

2.9.1.1 Fonte de produção e fonte de pagamento

Conforme visto acima, fonte pode ser determinado como o local de origem do rendimento. Este, por sua vez, pode ser compreendido a partir de uma perspectiva econômica (fonte de produção), quanto sob uma ótica financeira (fonte de pagamento).

O critério da fonte de produção, de índole econômica, refere-se ao local de onde procede o rendimento, exigindo-se, para tanto, o nexos causal entre a renda e o fato que a

⁵⁵⁵ Além da necessidade de vínculo genuíno com o território.

⁵⁵⁶ Sob a perspectiva da produção e realização.

determina.⁵⁵⁷ Nesse sentido, considera-se como local de origem do rendimento, o Estado em cujo território a renda é produzida ou a atividade da qual a renda deriva é exercida.⁵⁵⁸

Por essa rota, fonte de produção da renda teria vocação econômica, surgindo a partir do nexos causal entre o substrato econômico e o fato que o determina. Logo, a fonte de produção condiz com o local em que se dá a efetiva geração do rendimento, demarcando o local de ocorrência do evento que produziu ou originou o rendimento a ser tributado. Este, por seu turno, pode decorrer “do exercício de atividade econômica, da utilização de fatores de produção ou, mesmo, da detenção de bens ou direitos capazes de gerar renda para o seu titular”⁵⁵⁹. Sob a perspectiva financeira, o elemento de conexão para tributar o não-residente também pode ser definido a partir da situação da fonte pagadora no território de um determinado país.⁵⁶⁰ Dessa feita, demanda uma análise fática, “identificada com aquele de cujo patrimônio foram extraídos os recursos para o pagamento”.⁵⁶¹

A fonte como local de pagamento está condicionada à ideia de rastreamento do país de origem dos recursos financeiros utilizados para o pagamento do rendimento. Como os recursos necessários para esse pagamento devem ser extraídos do patrimônio de uma pessoa, dita regra estabelece um vínculo entre o rendimento e o Estado competente para a sua tributação.⁵⁶²

Para fins de definição da fonte de pagamento, é irrelevante onde ocorre o desembolso e a moeda por meio da qual foi realizado o pagamento, pois o que se considera é apenas e tão somente o local de residência “do titular do patrimônio ao qual são imputáveis os respectivos pagamentos”⁵⁶³.

⁵⁵⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 343.

⁵⁵⁸ PEDREIRA, José Luís Bulhões. **Imposto de renda**. Rio de Janeiro: Justec, 1971, p.208.

⁵⁵⁹ SANTOS, Ramon Tomazela. As pensões nos Acordos Internacionais para evitar a Dupla Tributação da Renda celebrados pelo Brasil – Análise do artigo 18 da Convenção Modelo da OCDE. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 232, São Paulo, janeiro/2015, pp. 132-133.

⁵⁶⁰ VASCONCELLOS, Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 200.

⁵⁶¹ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed. 2003, p. 258.

⁵⁶² SANTOS, op. cit., p. 133.

⁵⁶³ SANTOS, Ramon Tomazela. As pensões nos Acordos Internacionais para evitar a Dupla Tributação da Renda celebrados pelo Brasil – Análise do artigo 18 da Convenção Modelo da OCDE. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 232, São Paulo, janeiro/2015, p. 133.

Via de consequência, enquanto a fonte de produção refere-se a um nexos entre a renda e o fato que a determina, a fonte de pagamento condiciona-se à origem do rendimento sob a perspectiva do seu beneficiário⁵⁶⁴, ou seja, está relacionada à ideia de realização da renda.

De qualquer forma, independentemente da perspectiva, econômica ou financeira, é certo que tais regras decorrem da imprecisão e ambiguidade contidos no conteúdo de fonte, que como visto⁵⁶⁵, pressupõe a dotação de uma regra de fonte para a sua aplicação.

Não obstante, a exemplo do famoso “sonho de Linda”, caso hipotético elaborado por Reuven Avi-Yonah⁵⁶⁶, a fim de expressar a complexidade relativa quanto à identificação da fonte de produção de rendimento, pois em algumas situações, o rendimento pode advir de mais de uma jurisdição. Assim, considerando operações levadas a efeito no contexto da economia digitalizada, em que as atividades das quais deriva a renda podem ser exercidas, de forma complementar e concomitante, em vários países, torna-se difícil – ou mesmo impossível – a localização da fonte de produção do rendimento.

Em que pese ser um critério pragmático e, portanto, mais simples em comparação com a fonte de produção, a aferição da fonte de pagamento, por coincidir com o local em que reside ou é domiciliada a pessoa responsável pelo pagamento, não é isenta de complexidade, na medida em que requer a definição de residência ou domicílio.⁵⁶⁷ Essa tarefa encontra óbice nas diversas conceituações de residência pelos países, o que, por vezes, resulta em situações de dupla residência de indivíduos ou de empresas.

A fim de enfatizar o quão árduo pode ser definir a residência do pagador, ressalta-se que até mesmo os vários critérios de desempate (*tiebreaker rules*) para a demarcação da residência, previstos na Convenção Modelo da OCDE, são alvos de discussão. A título de exemplo, no que tange à residência de empresas, o critério do local de direção efetiva (*place of effective management*), concebido primeiramente como definitivo – visto que teoricamente só existir um único local de direção efetiva – mostra-se inconclusivo em um cenário onde predominam tecnologias de comunicação, o que pode gerar a dispersão da direção efetiva em diversas jurisdições, ou, ainda, a ausência desta em um local específico.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ PRZEPIORKA, Michell, et al. Tributação Direta dos Rendimentos Provenientes da Computação na Nuvem: Alguns Pressupostos. In: PISCITELLI, Tathiane dos Santos; BOSSA, Gisele Barra (Org.) **Tributação da nuvem**. Conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. pp. 77-81.

⁵⁶⁵ Vide item 2.9.

⁵⁶⁶ AVI-YONAH, Reuven S. International taxation of electronic commerce. **Tax L. Rev.**, v. 52, 1996.

⁵⁶⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 344.

⁵⁶⁸ POTGENS, F. P. G. et al. Dual Residence of Companies under Tax Treaties. **ITAXS International Tax Studies**, n. 1, 2018, p. 30.

Por tais motivos, independentemente tratar-se de fonte de produção ou fonte de pagamento, é fato que a expressão “origem do rendimento”, tida para fins da presente tese como o conceito de fonte presente há tempos no âmbito do direito tributário internacional, contém termos vagos e ambíguos, o que implica a adoção de regras de fonte pelos Estados. Quanto mais precisa e particularizada for a regra de fonte empregada pelo ordenamento jurídico interno dos países, maior será a acuracidade do local em que se considera a origem dos recursos, facilitando o exercício da jurisdição tributária por parte dos Estados e conferindo maior segurança jurídica aos contribuintes na aplicação das normas jurídicas fiscais.

2.9.1.1.1 Fonte de produção e pagamento à luz do direito brasileiro

Há tempos que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou conceitos como fonte de produção e fonte de pagamento. Em 1943, por força do artigo 35 do Decreto-lei nº 5.844, já se considerava tributável, via retenção, os resultados das pessoas jurídicas derivados de fontes nacionais.

Conforme mencionado acima⁵⁶⁹, os artigos 741 e 744 do Decreto nº 9.580, de 2018 (Regulamento do Imposto de Renda), o Brasil adota a origem do rendimento tanto na sua acepção econômica quanto sob a ótica financeira. Por força do artigo 741, inciso I, do referido regulamento, ficam sujeitos à incidência de imposto sobre a renda, retido na fonte, a renda e os proventos granjeados por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior de fontes situadas no país. De outro lado, dispõe o artigo 744 do Regulamento do Imposto de Renda que, como regra geral, os rendimentos, ganhos de capital e os demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no país, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, ficam sujeitos à tributação, via retenção na fonte, à alíquota de 15%.

Verifica-se, portanto, que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil exercerá sua jurisdição tributária sobre (i) os rendimentos produzidos no seu território (fonte de produção); ou (ii) os valores pagos por fontes localizadas em seu território, assim considerado o local de residência, ou o domicílio dos devedores, ou lugar em que ocorre a dedutibilidade dos pagamentos.

⁵⁶⁹ Vide item 2.9.

De acordo com Alberto Xavier, ressalvados certos casos como, por exemplo, os de ganho de capital previstos no artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003, considera-se como fonte brasileira, os rendimentos obtidos por não residentes que, cumulativamente, forem economicamente produzidos no Brasil e que no país tem domicílio ou residência os devedores destes mesmos rendimentos⁵⁷⁰.

Ao contrário de Alberto Xavier, Heleno Taveira Tôrres assevera que bastaria apenas que a fonte de produção se localize em território brasileiro para justificar a sua tributação no Brasil. Para esse professor, o rendimento do não residente obtido por meio de uma fonte de produção específica, pressupõe a sua localização prévia, sendo esta a regra relevante para o estabelecimento da efetiva conexão entre a renda e o sistema tributário⁵⁷¹. Portanto, segundo Tôrres, desde que a fonte de produção esteja presente no Brasil, não importa se o pagamento foi feito no Brasil ou qualquer outro lugar do mundo. Contudo, caso a fonte de produção não esteja localizada em território brasileiro, caberá a incidência, no Brasil, sobre o pagamento, remessa, crédito emprego ou entrega de rendimento quando aqui seja praticado em favor do não residente⁵⁷².

Apesar de concebermos que a fonte de pagamento não está atrelada à liquidação financeira da operação, mas sim à residência do devedor e, conseqüente, à dedutibilidade dos valores pagos ao não residente, nos filiamos à corrente de que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, bastaria a localização quer da fonte de produção, quer da fonte de pagamento, para que o Brasil possa exercer a sua jurisdição tributária sobre os rendimentos auferidos por não residentes.

Todavia, conforme tratado quando da análise do conceito de fonte⁵⁷³, embora tenha incorporado tanto a regra de fonte de produção quanto a de fonte de pagamento, salvo em hipóteses bastante específicas, como é o caso da tributação de ganhos de capital de não residentes, o Brasil optou por não editar leis com regras de fonte específicas de acordo com tipos de rendimentos ou operações comerciais, por exemplo, o que dificulta ou muitas vezes impede a tributação de não residentes, cujos rendimentos capturados apenas são possíveis em virtude do acesso ao mercado brasileiro.

Tal fato - perda de arrecadação por conta da ausência de regras de fonte específicas - pode ser verificado nos casos de coleta de dados por empresas estrangeiras, as quais lucram

⁵⁷⁰ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário internacional do Brasil**, 7ª edição, editora Forense, p. 233.

⁵⁷¹ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 339.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 340.

⁵⁷³ Vide item 2.9.

sobre produtos (e.g. perfis de consumos de empresas jurídicas brasileiras), que são vendidos a fornecedores interessados no mercado brasileiro, para que passem a oferecer produtos ou serviços que se enquadrem nos perfis de consumo.

Outra situação que representa perda de arrecadação ao Brasil por conta de ausência de regra de fonte específica, embora previstas nos acordos de bitributação celebrados pelo país, consiste na hipótese de fornecimento de produtos via digitalizada, em que não há a necessidade de presença física e, conseqüentemente, a caracterização de estabelecimento permanente no Brasil. Nessas hipóteses, por força dos artigos 5º e 7º dos acordos de bitributação celebrados, o Brasil apenas poderia tributar lucros auferidos por empresas não residentes em caso de caracterização de estabelecimento permanente. Como a configuração de estabelecimento permanente está condicionada ao quesito da presença física, a ausência de regras específicas para lidar com o modelo de negócio decorrente da digitalização da economia impede que o Brasil exerça a sua jurisdição tributária. Dessa feita, torna-se essencial à adequação das regras de fonte existentes para que o país possa fazer frente a essa nova realidade econômica.

2.9.1.2 Fonte como local de situação dos bens

Além dos critérios já mencionados, a fonte pode ser definida também como o local da situação dos bens (critério *locus rei sitae*). A legislação brasileira, por exemplo, adota a referida concepção de fonte no que diz respeito ao ganho de capital auferido por não residente em razão da alienação de bens localizados no Brasil.⁵⁷⁴

A modalidade de fonte em tela é amplamente incorporada pelos países em seus respectivos sistemas tributários, especialmente em se tratando de propriedade imóvel. Isso porque, ainda que o bem imóvel, considerado de maneira isolada, não produza rendimento algum, necessitando, em certa medida, de intervenção humana para desenvolver, manter ou explorar a propriedade, na maioria dos casos, tal intervenção não tem o condão de descaracterizar o fato de ser o bem imóvel o objetivo subjacente à transação da qual derivam os rendimentos. Por essa razão, afirma-se que a rentabilidade do imóvel geralmente depende preponderantemente da propriedade em si.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 352.

⁵⁷⁵ BRUINS, G.W.J., et al. **Report on Double Taxation**. League of Nations, Economic and Financial Commissions. Geneva, 1923, pp. 27-28.

Ademais, há a justificativa histórica de que o país no qual o bem imóvel está situado é, em última instância, o protetor dessa propriedade. Assim, essa conexão entre a proteção do Estado e os rendimentos provenientes do bem imóvel nele localizado se enquadra perfeitamente no que preconiza o princípio do benefício, daí o porquê de a jurisdição do Estado da fonte, nesse aspecto, ser largamente respeitada.⁵⁷⁶

Inclusive, a maior prova de sua aceitação internacional reside no fato de esse ser o critério de fonte previsto no art. 6º da Convenção Modelo da OCDE (*income from immovable property*), segundo o qual é também competente para tributar os rendimentos provenientes de uma propriedade imóvel o Estado no qual esse bem está estabelecido, sob o aporte de sempre existir uma forte conexão econômica entre ambos.⁵⁷⁷

A aplicabilidade da regra em tela, entretanto, tem sua eficiência consideravelmente mitigada quando diante de operações envolvendo bens intangíveis, em que a tarefa de atrelá-los a um determinado espaço geográfico é temerária e os riscos de dupla não tributação são evidentes.

2.9.1.3 Fonte como local da prestação dos serviços

A fonte do rendimento pode também ser definida a partir da situação em que o serviço é prestado. Esse critério é incorporado, ainda que de maneira mais restrita - haja vista pressupor a existência de um vínculo laboral -, pelo art. 15 da Convenção Modelo da OCDE (*income from employment*), segundo o qual a competência do Estado onde reside o beneficiário do rendimento, decorrente do desenvolvimento de um determinado trabalho, deve ser repartida com o Estado da fonte, sendo este entendido como o local onde é exercida a atividade.⁵⁷⁸

Voltando à análise *latu sensu* dessa acepção do vocábulo fonte, o primeiro óbice em acatar esse critério traduz-se na conceituação de serviço. Há diversas perguntas que podem ser formuladas, conforme expressado por Andrés Baez⁵⁷⁹, tais como: “o que se considera

⁵⁷⁶ BECKER, Adam. The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice. **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n.4, 2016, p. 196.

⁵⁷⁷ OECD. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 170.

⁵⁷⁸ DE MAN, Fernando Souza. **Taxation of services in treaties between developed and developing countries: A proposal for new guidelines**. Online Books, IBFD, 2017, pp. 3-4.

⁵⁷⁹ MORENO, Andrés Baez. The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention: A Rushed–Yet Appropriate–Proposal for (Developing) Countries?. In: **World Tax Journal**, v. 7, n. 3, 2015, p.2.

como serviço e como esse conceito é distinguido de mercadoria para fins de tributação?” e “existe uma distinção clara entre serviço técnico e serviço não técnico?”.

A resposta à primeira pergunta é decisiva para a aplicação, ou não, da regra de fonte em comento, na medida em que uma única operação pode envolver, concomitantemente, a prestação de um serviço e a entrega de uma mercadoria. Da referida hipótese, podem ser eleitos métodos para resolver este impasse, à semelhança dos propostos pela OCDE⁵⁸⁰, como é o caso de uma análise, caso a caso, da preponderância entre tais atividades - estando o critério da fonte sujeito à atividade dominante - ou o rateio do rendimento pago a título de prestação de serviço e a título da compra da mercadoria, sendo, nesse caso, a acepção de fonte adaptada para cada parte da operação.

No mesmo sentido que a resposta à primeira pergunta, a distinção entre serviço técnico e serviço não técnico – que, vale dizer, está longe da unanimidade – também tem caráter decisivo. Isso porque, especialmente no contexto da Convenção Modelo da ONU, o pagamento a título de serviços técnicos é classificado como espécie de *royalties*, o que enseja a caracterização do Estado da fonte como o local de residência da fonte pagadora.⁵⁸¹

Por fim, para além das complexidades delineadas, assim como advertido nos critérios anteriores, existem igualmente problemas na aplicação dessa regra quando trazida para a realidade da economia digital, já que aqui se observam os serviços entregues sob a forma eletrônica.⁵⁸² Assim, considerando que uma das principais características dos empreendimentos digitais é que eles não estão estabelecidos fixamente em um local, a exemplo do *Facebook*, os serviços prestados por tais empreendimentos possuem limitada ou nenhuma presença física.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Vide OECD. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 279-280.

⁵⁸¹ UN. Commentaries on the Articles of the United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries. In: **Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries**. 2017, pp. 318.

⁵⁸² VASCONCELLOS. Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 175.

⁵⁸³ KAPADIA, Rishi; RAKHECHA, Mohit. **Digital tax: Why India's approach to taxing Google, Facebook needs to align with international approach**. 2019. Disponível em: <<https://economictimes.indiatimes.com/small-biz/legal/digital-tax-why-indias-approach-to-taxing-google-facebook-needs-to-align-with-international-approach/articleshow/68329809.cms>>. Acesso em: 03 out. 2019.

2.9.1.4 Fonte como local em que está fixado o estabelecimento permanente

A fonte dos rendimentos pode, ainda, ser concebida a partir do conceito de estabelecimento permanente - figura aceita em diversos acordos de bitributação e em legislações internas⁵⁸⁴ -, sendo conferido ao Estado da fonte o direito de tributar o lucro atribuído ao estabelecimento permanente nele situado, da mesma maneira que tributa os seus residentes.⁵⁸⁵

Segundo a definição contida no art. 5 da Convenção Modelo da OCDE, o estabelecimento permanente pode ser definido como uma instalação fixa de negócios, através da qual um empreendimento exerça toda ou parte de sua atividade.⁵⁸⁶

A partir da mencionada definição, os Comentários ao modelo proposto pela OCDE explicam cada elemento requerido para a configuração de um estabelecimento permanente. O primeiro deles é que a instalação deve ser fixa, isto é, que tenha um *situs* próprio e com um certo grau de permanência. O segundo elemento demanda a existência de um local de negócios, ou seja, é preciso que exista um estabelecimento, ou, em alguns casos, maquinários ou equipamentos para configurar o estabelecimento permanente.⁵⁸⁷

Nesse ponto, em especial, surge o questionamento quanto à necessidade do caráter produtivo da instalação. Segundo Moreira Junior, há duas teorias para definir estabelecimento permanente: (i) a teoria da realização, que preconiza ser essencial a aquisição ou realização direta do lucro pelo estabelecimento permanente; e (ii) a teoria da pertença econômica, para a qual a mera inserção das instalações na economia de um país, é suficiente para a existência do estabelecimento permanente ainda que ausente seu caráter produtivo. Na opinião do autor, a OCDE adotou a teoria da pertença econômica, não obstante haver introduzido certas limitações a ela.⁵⁸⁸

Por fim, é requisito que um empreendimento exerça toda ou parte de sua atividade através desse estabelecimento permanente, o que significa, via de regra, que as pessoas que,

⁵⁸⁴ Como é o caso da Alemanha e da Bélgica (MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro. **Bitributação internacional e elementos de conexão**. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 85.)

⁵⁸⁵ PINTO, Dale. **E-commerce and Source-based Income Taxation**. IBFD, 2003, p. 4.

⁵⁸⁶ OECD. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 117.

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 117.

⁵⁸⁸ MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro. **Bitributação internacional e elementos de conexão**. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 85.

de uma forma ou de outra, são subordinadas ao empreendimento (funcionários) conduzem as atividades desse empreendimento na situação da instalação fixa.⁵⁸⁹

A acepção de fonte sob análise, a despeito de ser amplamente adotada no âmbito internacional, é alvo de questionamento ante as novas tecnologias, porquanto, como visto, está condicionada à fixação de uma base de negócios, requisito este que não se coaduna com as atuais pretensões de tributação da economia digital.

2.9.1.5 Fonte como local de situação do mercado consumidor

Ainda, dentro do espírito de que o conceito de fonte, - da forma como foi concebido ou até então abordado -, constitui-se de termos imprecisos e/ou ambíguos, e, portanto, exige ser complementado por regras que estabelecem os rendimentos ou situações que teriam uma conexão com os limites geográficos de um dado Estado, há de se inferir que a localização do mercado consumidor pode ser considerada um nexa apto a endereçar diversos tipos de situações, especialmente os desafios proporcionados pela economia digitalizada.

Com efeito, em que pese a utilização do mercado consumidor, como regra de fonte capaz de lidar com a complexidade das transações envolvendo pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digital, ser foco central da presente tese, o que será amplamente abordado no momento oportuno⁵⁹⁰, cumpre-nos, neste momento, tratar de sua razoabilidade como nexa com a renda produzida e com o país da qual ela é originária.

A exemplo do que ocorre com as regras de fonte, os países editam legislações nacionais com o objetivo de definir o local da origem do rendimento. Destarte, não se pode negar que o mercado de determinado país, incluindo o do consumidor, agrega valor às atividades produtoras de renda, especialmente no cenário da economia digital.

Com efeito, desde os estudos de Thomas S. Adams⁵⁹¹, o acesso ao mercado norte-americano já autorizava a tributação pela fonte, tendo em vista os benefícios proporcionados pelo mercado mantido pelo país-fonte. Com a evolução das relações comerciais e surgimento de novos modelos econômicos, o mercado consumidor passou a ganhar especial importância,

⁵⁸⁹ OECD. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 117.

⁵⁹⁰ Vide item 4.4.

⁵⁹¹ ADAMS, Thomas. The Taxation of Business. In: **Proceedings of the Annual Conference on Taxation under the Auspices of the National Tax Association**, National Tax Association, vol. 11, 1917, p.187- 189.

sendo atualmente visto como um componente do mercado anteriormente concebido por Thomas e Adams e outros⁵⁹².

Em apertada síntese, pode-se definir mercado como um grupo de compradores e vendedores de determinado bem ou serviço⁵⁹³. Nos dizeres de Carlos Roberto Martins Passos e Otto Nogami, mercado pode ser entendido como o local ou contexto em que compradores (que compõem o lado da procura) e vendedores (que integram o lado da oferta) de bens, serviços ou recursos estabelecem contatos e realizam transações⁵⁹⁴.

Portanto, sob o ponto de vista econômico, o mercado pode ser segregado pelos seguintes agentes: (i) compradores, que podem ser tanto consumidores (i.e. compradores de bens e serviços) ou firmas (i.e. compradores de recursos); e (ii) vendedores, composto tanto pelas firmas, que vendem bens e serviços aos consumidores, e pelos proprietários de recursos (e.g. trabalho, terra, capital e capacidade empresarial), que os vendem ou arrendam para as firmas em troca de remuneração (e.g. salários, aluguéis, dentre outros)⁵⁹⁵.

Neste contexto, para fins da presente tese, a expressão mercado pode ser empregada de duas formas. A primeira, sob o ponto de vista tradicional e regulamentado pela economia, consiste na compra, por pessoas jurídicas, de produtos e serviços vendidos, por meio digital, por empresas residentes ou domiciliados em países diversos do país em que estão localizados os consumidores. Trata-se, portanto, da visão clássica de mercado e que envolve uma relação de consumo internacional. Por isso mesmo, no contexto da presente tese, denominaremos esta acepção da palavra mercado como “mercado-consumo”, que representam os consumidores de produtos e serviços digitais vendidos por firmas não residentes.

No entanto, ainda sob a perspectiva econômica, podemos notar a existência de uma outra noção do termo mercado aplicável à presente tese, não como uma relação de venda de produtos e serviços aos consumidores, mas sim como uma venda de recursos para as firmas em troca de remuneração. Noutras palavras, no âmbito da economia digitalizada, uma prática bastante comum e que configura o coração da empresa atuante neste segmento é a atividade de coleta de dados de usuários localizados em um dado país para a venda de perfis de consumo para pessoas jurídicas localizadas em outras jurisdições e que tenham interesse em

⁵⁹² MCMAHON JR, Martin J.; ABREU, Alice G. Winner-Take-All Markets: Easing the Case for Progressive Taxation. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 4, p. 1, 1998, p. 68-69.

⁵⁹³ MANKIW. N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução da 3ª Edição Norte-Americana. Thomson, 2005, p. 64.

⁵⁹⁴ PASSOS, Carlos Roberto Martins; e NOGAMI, Otto. **Princípios de Economia**. 5ª Edição Revista, 6ª Reimpressão. Cengage Learning. p.16

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p.16

acessar o mercado-consumo. Nesse caso, via de regra, o pagamento não se dá via fluxo de recurso financeiro, mas por meio de troca, ou seja, escambo.

Em outros termos, empresas integrantes da economia digitalizada, tais como Facebook, Google, dentre outras, permitem o acesso gratuito de usuários em suas plataformas digitais, e, em contrapartida, coletam dados dos usuários de suas plataformas, para que, então, possam trabalhar as informações, e vender os perfis, principalmente de consumo, destes usuários para empresas interessadas no fornecimento de produtos e serviços digitalizados ao mercado consumo.

Trata-se, pois, de uma etapa independente, mas de certa forma relacionada a do mercado-consumo, já que os dados servirão como uma espécie de insumo, que será apropriado pelas firmas do setor e transformado em um produto de interesse de pessoas jurídicas que objetivam acessar o mercado-consumo. É o que denominaremos, para fins da presente tese, como mercado-produto.

Portanto, para fins da presente tese, o mercado consumidor - como nexos de fonte adequado para fazer frente aos desafios proporcionados pela economia digitalizada - é passível de ser segregado em mercado-consumo e mercado-produto, cada qual com características específicas e que, em razão disso, demandam regras de fonte próprias. Isto é, a nosso ver, tanto o acesso ao consumidor de um país para a venda de produtos e serviços digitais, quanto à coleta de dados de consumo, que serão apropriados e transformados em produtos comerciais, justificariam, com base no princípio do benefício, neutralidade, equidade e legitimidade, a tributação pelo país-fonte, já que contribuem, a nosso ver, para a produção do rendimento, enfim, para a origem da renda.

O mercado consumidor (mercado-consumo e mercado-produto), assim como o território da celebração dos contratos e da prestação dos serviços, pode ser considerado como regra de fonte para denunciar a origem e a relação de determinado rendimento com o território de um país. Se é verdade que, no domínio da economia digital, o país de fornecimento de bens, serviços e outros intangíveis é altamente volátil, podendo ser substituído de um dia para o outro, a depender da carga fiscal e da infraestrutura de telecomunicação disponível, o mercado consumidor de pessoas jurídicas, além de proporcionar o auferimento de renda pelo não residente, é altamente estático, carecendo de mobilidade.

Neste contexto, para arrostar os desafios proporcionados pela economia digital, consideramos o lugar da localização do o mercado consumidor, como uma regra de fonte válida e eficaz, em que os consumidores e usuários de determinado país servem de nexos

entre os limites geográficos do país e a origem do rendimento decorrente da venda de bens e serviços por meios digitais.

2.9.2 Regras de fonte nos acordos de bitributação

O acordo de bitributação pode ser descrito como resultado de um processo entre os Estados contratantes, a partir do qual é circunscrito o exercício da jurisdição tributária dos países envolvidos⁵⁹⁶, através da redução ou eliminação de encargos tributários em esfera doméstica.⁵⁹⁷

Nesse sentido, a Convenção Modelo da OCDE, a fim de harmonizar as disposições desses acordos, propõe um parâmetro de redação para os tratados internacionais que visam à prevenção da dupla tributação, o qual, a despeito de seu caráter não vinculante⁵⁹⁸, é bastante adotado, até mesmo por países não-membros, daí porque é importante analisar o conceito de fonte presente em tal modelo.

Conforme se depreende da leitura da Convenção Modelo da OCDE, as disposições contidas entre os artigos 6 a 22 representam as denominadas regras distributivas, uma vez que preveem a devida repartição da jurisdição tributária entre os países - de fonte e de residência - a depender do tipo de rendimento a que se referem. Contudo, como bem apontado por Kees Van Raad, para fins de melhor aplicação destas diretrizes, o próprio modelo traz, em seu artigo 4, a definição de residência, sem, no entanto, prever o conceito de fonte, haja vista que este último varia na medida em que varia o tipo de rendimento previsto.⁵⁹⁹

Dessa feita, a título de exemplo, observe-se que, enquanto a regra distributiva de dividendos, contida no artigo 10, parágrafo 1, da Convenção Modelo da OCDE, prevê o Estado da fonte como sendo aquele em que reside o pagador dos dividendos, adotando, portanto, o critério da fonte de pagamento. A regra distributiva dos juros contida no artigo 11, parágrafo 5, desse mesmo documento, entende que o Estado da fonte é o local no qual está fixado o estabelecimento permanente, desde que haja conexão entre este e a dívida

⁵⁹⁶ SANTOS, Ramon Tomazela. O procedimento de negociação dos acordos de bitributação. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.236, 2015, p. 127.

⁵⁹⁷ MILLER, Angharad; OATS, Lynne. Chapter 7 – Double Tax Treaties. In: **Principles of international taxation**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2012, p. 3. Disponível em: <<http://uk.practicallaw.com/books/9781847668790/chapter07/#>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

⁵⁹⁸ SANTOS, Ramon Tomazela. O procedimento de negociação dos acordos de bitributação. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.236, 2015, p. 140.

⁵⁹⁹ RAAD, Kees van. Five fundamental rules in applying tax treaties. In: **LIBER amicorum Luc Hinnekend**. Bruxelles: Bruylant, 2002. p. 592.

incorrida, ainda que o pagador esteja localizado em outro país. Ainda, podemos citar a regra de fonte como local da situação dos bens prevista no artigo 6, parágrafo 1, da convenção em questão, que determina que rendimentos decorrentes de bens imóveis situados em Estado diverso do Estado de residência poderão ser tributados naquele Estado.⁶⁰⁰

Por corolário, é certo que cada regra distributiva presente na Convenção Modelo da OCDE - seja de maneira implícita ou explícita - demanda a sua própria regra de fonte.⁶⁰¹ Em razão disso, a medida em que surjam novos tipos de rendimentos ou novas formas de organizações econômicas não sujeitos às disposições específicas dos acordos de bitributação, haveria a necessidade, a nosso ver, de alteração para adequação das regras constantes dos acordos de bitributação (tais como o Modelo da OCDE e da ONU), a fim de que possam enfrentar esses novos desafios. Aliás, como poderá ser observado posteriormente⁶⁰², a adaptação da teoria da fonte para que passe a endereçar apropriadamente as operações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digitalizada enseja a implementação de artigos específicos nos acordos de bitributação, fazendo parte do escopo da presente tese a propositura de tais alterações.

2.10 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

O princípio da fonte baseia-se em aspectos objetivos da situação tributável. De acordo com o aludido princípio, o Estado tributará todos os rendimentos cuja origem esteja localizada em seu território. Diferentemente da territorialidade pessoal, em que se objetiva tributar residentes ou pessoas com um certo tipo de conexão com o território de um determinado país, o princípio da fonte objetiva tributar interesses econômicos e financeiros atinentes aos limites geográficos de um determinado Estado.

A tributação baseada na fonte pode ser justificada por alguns princípios econômicos ou jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional, especialmente as teorias ou princípios do benefício, neutralidade, equidade e legitimidade.

De acordo com o princípio do sacrifício, os contribuintes devem sacrificar-se em prol do Estado, sendo obrigados ao pagamento de tributos para custear as necessidades do Estado. Ressalvados os entendimentos contrários sobre o assunto, o princípio do sacrifício é utilizado

⁶⁰⁰ OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁶⁰¹ RAAD, op. cit., p. 592.

⁶⁰² Vide item 4.9.

mais como uma forma de busca da justiça fiscal, autorizando a tributação progressiva e o princípio da capacidade contributiva, do que como a prerrogativa de o Estado tributar pessoas, fatos ou coisas com uma relação genuína com o seu território.

Diferentemente do sacrifício, o princípio do benefício justifica o exercício da jurisdição tributária de um determinado Estado em virtude dos benefícios e serviços que o Estado proporciona aos contribuintes que com ele interagem. Segundo esta teoria, a tributação seria fundamentada no benefício efetivo, potencial ou simplesmente possível proporcionado pela atividade do Estado em favor daqueles que repartem o ônus financeiro de sua execução. Em se tratando de não residentes, a tributação suportada no princípio do benefício justifica-se pelas vantagens recebidas para acessar a infraestrutura física, econômica e legal de um dado país; isto, é por usufruir o “mercado” de um determinado país.

Apesar de o princípio da capacidade contributiva ser um princípio norteador dos impostos, especialmente do imposto sobre a renda, em se tratando da tributação de não residentes, a capacidade contributiva teria uma aplicação bastante limitada, já que a tributação não alcança a universalidade patrimonial do beneficiário da renda. Dessa forma, ainda que o referido princípio não possa ser atingido por meio da aplicação da teoria do benefício, por se tratar de tributação de não residente, a falta de observância da capacidade contributiva não teria o condão de invalidar a tributação calcada na territorialidade real.

A neutralidade está intrinsecamente relacionada à eficiência econômica. Esta, por seu turno, é baseada na premissa de que, quanto menor for a interferência pública na alocação dos fatores de produção da renda, maior será a produtividade e, conseqüentemente, a capacidade econômica. Enquanto, segundo CEN, nenhum aspecto fiscal deve influenciar a decisão de um investidor acerca do local em que será aplicado o seu capital, se no próprio país de residência ou no exterior, o CIN tem por objetivo evitar discriminações, sob a ótica fiscal, entre investimentos realizados por investidores domésticos ou estrangeiros. Consoante preceitos do CIN, apenas aspectos negociais, e não tributários, determinarão a pessoa (residente ou não) que realizará o investimento. Apesar de o CEN ser tradicionalmente o princípio preferido pelos economistas, sob o ponto de vista de competitividade internacional, um sistema baseado no CIN é o mais recomendável, o que implicaria a tributação pelos países-fonte.

Sob o contexto da neutralidade entre os países, qualquer contribuinte que realize negócios em outro país ou mercado e, portanto, se beneficie de bens públicos daquele país seja tributado na exata medida de outros contribuintes que, nas mesmas circunstâncias, utilizam, na mesma medida, as mesmas instalações. Logo, tanto sob o ponto de vista de

competitividade, quanto sob o aspecto da neutralidade internacional, a tributação baseada na fonte seria preferível sobre a tributação baseada na residência, e, portanto, poderia ser calcada por esse princípio.

Sob o aspecto doméstico, a equidade sempre se refere à igualdade entre contribuintes, a qual é comumente denominada equidade horizontal e vertical. Ressalvadas as posições em contrário, existe o entendimento de que a equidade somente poderia justificar a tributação na fonte, já que a tributação da renda em bases universais pelo país de residência seria injusta tanto com os contribuintes que auferiram o rendimento em outras jurisdições, quanto com o país-fonte, já que afetaria as decisões acerca de sua política fiscal.

A equidade entre países, por sua vez, tem como objetivo uma divisão equitativa das receitas tributárias entre eles. Trata-se de princípio destinado a regulamentar a relação entre ganhos e perdas nacionais capturados por duas ou mais nações, cada qual com a sua conexão específica com o referido ganho. No caso do exercício concorrente de sua jurisdição tributária por ambos os países – da fonte e de residência, há de se valer das teorias justificadoras da tributação vistas acima, quais sejam, a teoria do sacrifício, do benefício, neutralidade, equidade e legitimidade. Nesse contexto, sob a ótica do princípio do benefício, temos que este princípio poderia ser utilizado para suportar a alocação entre os países, já que o Estado-fonte, via de regra, proporciona a maioria, se não todos, dos benefícios relevantes para a produção da renda.

A tributação pelo país-fonte também pode ser calcada pela teoria da legitimidade, cuja definição se traduz no direito de os países-fonte tributarem os rendimentos originários dentro dos seus limites geográficos, mesmo se auferidos por contribuintes não residentes. De acordo com a referida teoria a tributação pelo país-fonte poderia ser justificada pela obtenção de lucros extraordinários por não residentes em virtude de acesso a mercados pujantes e com alta demanda.

A ausência de regras claras sobre os tipos de elemento de conexão, além de a necessidade de se relacionarem com a pessoa ou com o território, possibilita a utilização de uma abordagem flexível na escolha dos nexos, bem como a sua adaptação às novas práticas comerciais e realidades econômicas. De qualquer forma, ainda que dotada de flexibilidade, a escolha dos vínculos qualificados deve ser suportada pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional.

A definição de país-fonte não é algo trivial, em face da ambiguidade e as várias acepções em que este conceito pode ser adotado. Sob a perspectiva econômica, fonte deve ser considerado o local de produção da renda, o lugar em que a atividade é exercida, em que

são utilizados os fatores de produção necessários à sua obtenção ou em que estão situados os bens ou direitos de que são decorrentes. Sob o ponto de vista financeiro, fonte equivale ao lugar de procedência de pagamento, o local de residência e domicílio do devedor dos recursos.

Em que pese a dificuldade de definição do conceito de fonte, há tempos já se foi fixada a premissa de que fonte deve ser considerada o local de origem do rendimento, o lugar em que se dá o seu nascimento, seja sob a perspectiva econômica, seja sob a perspectiva financeira.

A nosso ver, a dificuldade no estabelecimento do conceito de fonte está atrelada à ambiguidade e imprecisão dos termos que compõem o seu conceito e não do conceito em si, o que demandaria uma complementação por meio de regras de fonte - elementos de conexão - a serem elaborados pelos países por meio da edição de normas jurídicas, sem as quais seria bastante difícil a locação de direito à tributação aos Estados-fonte.

Em razão da referida imprecisão de termos, as regras, isto é, os seus complementos, podem ser adaptados de acordo com os tipos de rendimento, bem como em virtude de situações ou novos modelos que surgirem em decorrência das evoluções econômicas. Caso os termos presentes no conceito de fonte fossem estáticos e precisos, o referido conceito teria que ser modificado ou adaptado para cada tipo de rendimento, bem como em virtude do surgimento de novas atividades econômicas.

Nesse contexto, as principais regras de fonte utilizadas pelos países para exercício de sua jurisdição fiscal são: (i) local da fonte de produção ou pagamento; (ii) local em que se dá a elaboração ou valorização; (iii) local da dedutibilidade dos custos incorridos; (iv) local da situação dos bens; (v) local em que o serviço é prestado; (vi) local em que se encontra situado o estabelecimento permanente; e (vii) lugar em que localizado o mercado consumidor.

É pertinente definir mercado como um grupo de compradores e vendedores de determinado bem ou serviço. A expressão mercado pode ser empregada de duas formas. A primeira, sob o ponto de vista tradicional e regulamentado pela economia, que consiste na compra, por pessoas jurídicas, de produtos e serviços vendido, por meio digital, por firmas residentes ou domiciliados em países diversos do país em que localizado os consumidores (“mercado-consumo”).

A segunda, como a venda de recursos às empresas em troca de remuneração. Uma prática bastante comum no âmbito da economia digitalizada é a atividade de coleta de dados de usuários localizados em um dado país para a venda de perfis de consumo para pessoas

jurídicas localizadas em outras jurisdições e que tenham interesse em acessar o mercado-consumo.

Para fins da presente tese, o mercado consumidor, como nexos de fonte adequados para fazer frente aos desafios proporcionados pela economia digitalizada, pode ser segregado em mercado-consumo e mercado-produto, cada qual com características específicas e que, em razão disso, demandam legislações de fonte próprias.

Os acordos de bitributação contêm regras distributivas, uma vez que preveem a devida repartição da jurisdição tributária entre os países - de fonte e de residência - a depender do tipo de rendimento a que se referem. Sob esse aspecto, cada regra distributiva presente nos acordos de bitributação requer sua própria regra de fonte. Em razão disso, à medida que surjam novos tipos de rendimentos ou novas formas de organizações econômicas não sujeitos às disposições específicas dos acordos de bitributação, haveria a necessidade, a nosso ver, de alteração das regras constantes dos acordos de bitributação, a fim que possam enfrentar esses novos desafios.

Nesse contexto, especialmente nos casos envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas, a adequação das regras de fonte poderá levar em consideração o local do mercado consumidor como nexos legítimos a fazer frente aos desafios proporcionados pela digitalização da economia. Em virtude da relevância e características inerentes à digitalização da economia, dedicaremos o próximo capítulo para a análise desse modelo econômico, elemento essencial da presente tese e sem o qual não teria como evoluir na análise da alocação da renda nas operações transacionais entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada.

3 DA GLOBALIZAÇÃO À ECONOMIA DIGITAL

Globalização é uma das palavras de ordem mais citadas de nosso tempo, ela traduz o processo de mudança social em âmbito macro das sociedades. Em síntese, globalização se constitui, grosso modo, num processo de intensificação das relações sociais transfronteiriças entre atores de diferentes localidades geográficas e crescente interdependência transnacional de atividades econômicas e sociais⁶⁰³.

Dentre os vários acontecimentos históricos⁶⁰⁴ que promoveram a globalização, sobressai a revolução tecnológica centrada em torno das tecnologias de informação, telecomunicações e transporte surgidas na década de setenta, bem como a interdependência das economias em escala global, que propiciou o surgimento de uma nova forma de relação entre economias⁶⁰⁵. O rápido desenvolvimento tecnológico na indústria da comunicação levou a uma redução significativa dos seus custos⁶⁰⁶. Esse mecanismo associado ao surgimento e expansão da internet tornaram possível a comunicação das pessoas por meio virtual em diferentes partes do planeta⁶⁰⁷.

A internet se tornou um dos maiores fenômenos negociais, propiciando a geração e a gestão de uma economia específica organizada em torno de provedores essenciais ao funcionamento adequado da infraestrutura, como, por exemplo, data centers e roteadores de dados. Com o seu desenvolvimento, nasceu também a demanda na produção de componentes de rede, intermediários de infraestrutura, de provedores de acesso à internet, de modo que a internet se tornou o centro da economia digital⁶⁰⁸. Empresas dedicadas à sua infraestrutura fornecem *hardware*, sistemas operacionais, *software*, *network*, tecnologia de comunicação e outras ferramentas para tornar o comércio eletrônico possível e dinâmico⁶⁰⁹.

Aliás, o surgimento e desenvolvimento da internet gerou e alavancou inúmeras outras atividades econômicas aderentes, como a indústria de *softwares*, provedores de conteúdo, utilização maciça de dados para avaliar tendências de consumo e melhorar as experiências

⁶⁰³ SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. **Globalization and corporate social responsibility**. Oxford University Press, 2008, p. 3.

⁶⁰⁴ Como o fim da guerra fria e reestruturação profunda do capitalismo.

⁶⁰⁵ SCHERER; PALAZZO, op. cit., pp. 1-2.

⁶⁰⁶ The costs for a 3min phone call from New York to London dropped from 244.65 US \$ in 1930 to 3.32 US \$ in 1990 (measured in 1990 US \$). (ibidem, p. 6).

⁶⁰⁷ Ibidem, p. 6.

⁶⁰⁸ 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. 38. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁶⁰⁹ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 4.

de consumidores, culminando na *internet* das coisas, moedas virtuais, economia compartilhada e colaborativa, atividades consideradas tendências e que podem se consolidar em um futuro próximo.

O que se observa é que a tecnologia, principalmente o avanço na tecnologia da informação e comunicação, foi um dos fatores significativos do processo de globalização. O surgimento de novas tecnologias de informação possibilitou a integração do mundo em redes globais de instrumentalidade, gerando um vasto desdobramento de comunidades virtuais. Possibilitou uma nova forma de relação da economia com os Estados e sociedade, que passou a se organizar em torno de centros de comando e controle capazes de coordenar, inovar e administrar as atividades entrecruzadas das redes empresarias⁶¹⁰.

O ambiente eletrônico propiciado pelo desenvolvimento tecnológico provocou um aumento substancial do trabalho à distância, do labor autônomo e alternativo e, principalmente, do comércio eletrônico⁶¹¹. Este, por sua vez, consiste na utilização de rede de computadores para facilitar transações envolvendo a produção, distribuição, venda e entrega de bens e serviços⁶¹².

Sob o ponto de vista histórico, o comércio era e, para alguns ainda é, conduzido por uma variedade de trocas físicas. Estratégias de negócios eram conduzidas em reuniões presenciais, informações eram frequentemente retratadas em relatórios físicos e bens e serviços eram entregues aos consumidores ou adquiridos de fornecedores de modo presencial. Pagamentos eram realizados via cheque, mediante a entrega de dinheiro e, eventualmente, por meio de trocas⁶¹³. Isto é, todas estas transações mencionadas envolviam algum tipo de troca física⁶¹⁴.

O avanço tecnológico possibilitou, sobretudo, uma redução dos custos na venda de mercadorias e serviços, garantindo não só uma escala muito superior em comparação aos volumes até então praticados, como uma expansão do alcance de mercado dos consumidores e fornecedores, que deixaram de ser regionais e passaram a ser globais.

Neste contexto, pode se dizer que a revolução tecnológica gira em torno da movimentação global de *bits*, dígitos binários desprovidos de cor, tamanho físico ou peso; a forma mais básica de informação. Todavia, é importante ressaltar que, embora o frenesi

⁶¹⁰ SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. **Globalization and corporate social responsibility**. Oxford University Press, 2008, pp. 3-4.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 4.

⁶¹² COCKFIELD, Arthur J. et al. **Taxing global digital commerce**. 2013, Kluwer, p. 11.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 11.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 13.

global de *bits* represente uma revolução, esse não terá o condão obliterar, por completo, as transações por meios físicos, tampouco as reuniões presenciais. No entanto, o que se constata é que, a cada ano que passa, tais eventos físicos migram para o formato de digitalização da informação⁶¹⁵ numa velocidade nunca antes observada.⁶¹⁶

A digitalização é, portanto, um processo transformativo impulsionado pelas inovações tecnológicas que afetam a cada dia todos os aspectos de nossas vidas, assim como a organização e funcionamento da economia e da sociedade. O alcance e a velocidade das mudanças são massivos, trazendo com elas a sua quota de disrupção e incertezas⁶¹⁷.

Logo, a globalização desencadeou um processo de intensificação das relações sociais e econômicas transfronteiriças, tendo como um dos principais marcos a evolução da tecnologia da comunicação e informação, que propiciou o surgimento da internet na década de 60. A difusão das tecnologias da comunicação e informação, aliada ao aumento exponencial das atividades *on-line* e compartilhamento de conteúdo, levaram ao surgimento da economia digital⁶¹⁸. Aliás, é exatamente esta substituição - da necessidade da presença ou troca física nas relações econômicas entre as pessoas - um dos grandes, se não o maior, marco da economia digital.

Desde já, é importante notar que a economia digitalizada não é um setor econômico autônomo, já que é capaz de afetar todos os setores da economia tradicional. De fato, ela não alterou os tipos de negócios que conduzem à geração de lucros, objetivo a ser atingido por todo e qualquer empreendimento. Isto é, em que pese o desenvolvimento exponencial da tecnologia da informação e comunicação, empresas ainda precisarão de insumos, que, após processados, serão vendidos ao consumidor final. Contudo, a radical e significativa mudança ocorreu no modo com que todas essas atividades são realizadas atualmente⁶¹⁹. Aliás, é justamente em razão do fato de a economia digital não representar um segmento autônomo que implicou a substituição da expressão “economia digital” por “economia digitalizada”.

Conforme asseverou a OCDE, a noção da economia digitalizada objetiva justamente deixar claro que não é possível isolar a economia “digital” dos setores tradicionais da

⁶¹⁵ COCKFIELD, Arthur J. et al. **Taxing global digital commerce**. 2013, Kluwer, p. 13.

⁶¹⁶ De acordo com estudos realizados pelo Banco Mundial, em 2009, aproximadamente 27% da população mundial (2 bilhões de pessoas) tinham acesso a internet. Passados apenas 3 anos, em 2011, uma única rede social, o Facebook – atingiu a histórica marca de 900 milhões de membros espelhados pelo mundo. (ibidem, p. 11.).

⁶¹⁷ ROBERT, Eric. Chapter 1: The 2018 OECD Interim Report. In: HASLEHNER, Werner, et al (eds.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Wolters Kluwer, 2019, p. 1.

⁶¹⁸ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 1

⁶¹⁹ Ibidem, p. 1.

economia, considerando a natureza persuasiva da digitalização no mundo dos negócios atual⁶²⁰.

Neste capítulo, abordaremos os efeitos da economia digitalizada nas relações comerciais transnacionais entre pessoas jurídicas. Após, discorreremos sobre o conceito de economia digitalizada, se é que existe algum, para então abordarmos o seu impacto nas normas fiscais internacionais. Repercussão que ensejou a adoção de algumas medidas por parte da OCDE, as quais serão retratadas aqui e servirão de “pano de fundo” para o próximo capítulo e ponto crucial da presente tese.

3.1 EFEITOS DA ECONOMIA DIGITAL NAS OPERAÇÕES TRANSNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS

Com a intensificação das relações econômicas e sociais entre países alcançados pela globalização, os setores econômicos agregaram a tecnologia da informação e comunicação para alavancar a produtividade, ampliar o seu alcance de mercado e reduzir custos operacionais⁶²¹.

A acentuada incorporação da tecnologia da informação e comunicação, combinada com o declínio vertiginoso nos preços e aumento do desempenho dessas tecnologias, favoreceram o florescimento e o profusão de novas atividades - produtos e serviços - tanto nos setores públicos, quanto nas áreas privadas. Aludidas tecnologias não apenas alavancaram a eficiência e o campo de atuação das companhias por elas beneficiadas, mas também transformaram os meios pelos quais os produtos e serviços por elas comercializados são produzidos e entregues, redesenhando o modelo de negócio até então adotados por multinacionais e *startup*⁶²².

A tecnologia da informação e comunicação provou ser uma tecnologia de uso geral, tornando-se a estrutura central dos modelos de negócio das empresas. A partir do seu desenvolvimento, negócios de todos os setores da economia passaram a ter condição de construir os seus protótipos de operação calcados em recursos tecnológicos, o que propiciou

⁶²⁰ OECD. **Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019, p. 5. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁶²¹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report,** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, p. 52. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁶²² Ibidem, p. 52.

o aumento de flexibilidade, eficiência e redução de custos de transação, bem como expandiu o seu mercado de atuação, passando de eminentemente doméstico e global.⁶²³

Devido a disseminação da tecnologia da informação e comunicação, setores tradicionais da economia, tais como varejo, logística, mercado financeiro e educação tiveram mudanças significativas, reestruturaram as formas de negócio até então praticados. Típico exemplo dessas transformações, é a possibilidade de realização de compras *on-line*, que aos poucos estão substituindo as presenciais e possibilitando análises do perfil de consumo e preferência de seus consumidores, graças à coleta e processamento de dados (*big data*) propiciados por esse novo modelo de negócio⁶²⁴.

Relativamente ao segmento de transporte e logística, o avanço tecnológico permitiu o rastreamento de mercadorias e meios de transporte utilizados, possibilitando a geração de novos processos operacionais, tais como o modelo *just in time*⁶²⁵ no setor de manufatura⁶²⁶, que reduziu significativamente a necessidade de estoque e, conseqüentemente, a demanda de capital e custos logísticos.

Setores tradicionais como os de serviços financeiros também foram drasticamente influenciados pelo desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação. Bancos completamente virtuais, sem qualquer tipo de agência ou atendimento físico de correntistas passaram a entrar em operação. Seguradoras passaram a oferecer seguros diretos a consumidores por meio de aplicativos de *smartphone*, independentemente de qualquer tipo de intermediário ou corretor de seguros. Consumidores passaram a ter acesso a produtos e gerenciar suas finanças e investimentos de forma totalmente *on-line*, com segurança e agilidade.

Salas de aula tradicionais, com carteiras, lousa e toda infraestrutura necessária aos alunos e professores, deram lugar ao ensino à distância, ministrado por meio de conferências *on-line* ou gravadas em plataformas digitais, possibilitando o acesso de inúmeros estudantes independentemente de sua localização.

⁶²³ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, p. 53. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁶²⁴ Ibidem, p. 53.

⁶²⁵ Desenvolvida pela primeira vez no Japão, na década de 1970, o sistema de estoque just-in-time (JIT) é uma estratégia de gerenciamento que alinha os pedidos de matérias-primas dos fornecedores diretamente com os cronogramas de produção. As empresas empregam essa estratégia de inventário para aumentar a eficiência e diminuir o desperdício, recebendo mercadorias apenas quando elas precisam para o processo de produção, o que reduz os custos de estoque. Esse método exige que os produtores prevejam a demanda com precisão. (BENTON, Carolina. **Just in Time (JIT)**. Investopedia, 2019. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/j/jit.asp>>. Acesso em: 08 nov. 2019).

⁶²⁶ OECD, op. cit., p. 53.

Note-se, portanto, que a tecnologia digital foi responsável por transformações substanciais em setores tradicionais da economia, oportunizando uma melhora nos serviços e produtos vendidos, uma nova forma de relacionamento com consumidores, sem falar na ocorrência de ganhos em escala, aumento de qualidade e eficiência, em comparação com os padrões adotados em um passado não tão distante. Trata-se, portanto, de um protótipo econômico suportado em tecnologia digital, que vem substituindo os modelos tradicionais até então empregados, confundindo-se muitas vezes com a própria noção de economia, o que torna sua segregação ou delimitação uma tarefa extremamente complexa, quiçá impossível.

O desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação propiciou o surgimento de novos mecanismos de pagamentos, incluindo moedas virtuais. A partir da expansão da tecnologia e desenvolvimento de novos produtos por ela estimulados, pagamentos que até então eram realizados via remessas internacionais burocráticas e altamente regulamentadas pelos governos⁶²⁷, passaram a ser executados por meio de aplicativos de *smartphones*. Novos facilitadores de pagamento foram integrados à cadeia internacional de pagamentos, garantindo segurança na aquisição de produtos e serviços internacionais, bem como oportunizando a qualquer pessoa jurídica, independentemente do seu tamanho e mesmo as desprovidas de cartões de crédito ou sem alcance aos mecanismos tradicionais de transferências internacionais, acesso ao referido mercado.

Mas não é só. Moedas tradicionais e internacionalmente aceitas no comércio de produtos e serviços internacionais, como o dólar norte-americano e o euro, passaram a sofrer concorrência das moedas virtuais de alcance global e independentes de controles governamentais ou instituições financeiras tradicionais (e.g. *bitcoin* e *ether*), cuja infraestrutura descentralizada baseada em *blockchain* caíram nas graças e passaram a ser adotadas pelos mais diversos tipos de consumidores⁶²⁸, inclusive pessoas jurídicas.

Nesse cenário, tem-se que a economia digital não só transformou a estruturas e modelos de negócio aplicáveis aos tradicionais setores da economia, mas também propiciou o surgimento de inúmeros novos sistemas de negócio. Em que pese o fato de vários desses protótipos terem semelhanças com os tradicionais, o avanço da tecnologia da informação e

⁶²⁷ Vide exemplo do Brasil e seu histórico controle de fluxos cambiais.

⁶²⁸ Que vão desde jovens até cidadãos de países que sérias limitações de acesso ao fluxo internacional de recursos, como presenciado pela Argentina e Venezuela atualmente.

comunicação alavancou a condução dos negócios em uma escala significativamente superior e com alcance muito maior em comparação com os modelos tradicionais⁶²⁹.

O desenvolvimento e expansão do comércio eletrônico, o surgimento de *app stores* para compra e *download* de aplicativos em lojas virtuais, o crescimento da publicidade *on-line* e o surgimento da computação na nuvem constituem típicos exemplos de negócios movidos pelo advento da economia digital.

Desde a evolução da digitalização da economia, o *e-commerce* tem sido a atividade mais expressiva, sendo considerado para muitos a espinha dorsal da economia digitalizada⁶³⁰. Tal modalidade - *e-commerce* - é definida de maneira genérica pela OCDE⁶³¹ como a compra ou venda de bens ou serviços, conduzida por rede de computadores por meio de métodos desenvolvidos para a finalidade específica de receber ou realizar pedidos. Os bens ou serviços são solicitados mediante a utilização de tais métodos, mas o pagamento e sua entrega aos consumidores (para fins da presente tese, pessoas jurídicas, governos, organizações etc.) não precisam ser necessariamente conduzidos de forma *on-line*⁶³². Isto é, o *e-commerce* pode abranger tanto a venda de produtos ou serviços que demanda entrega por meios convencionais (e.g. venda de uniformes para uma determinada empresa), como também a compra e entrega de bens e serviços completamente eletrônicos, como é o caso da aquisição de *softwares* corporativos por meio de *download*.

Uma característica dos negócios surgidos com o advento da economia digital é a intersecção entre eles, os quais, muitas vezes, complementam-se ou, até mesmo, sobrepõem-se uns aos outros⁶³³. Um exemplo desse imbricamento pode ser facilmente observado no caso do *e-commerce*, que não compreende apenas a racionalização das relações entre empresas e consumidores, mas abrange também a troca de informações empresariais por meio de intercâmbio de dados eletrônicos, abordagens *on-line* de consumidores, como propaganda, marketing, pagamentos e suporte de atendimento aos clientes⁶³⁴.

Outro típico exemplo dos novos negócios digitais é o surgimento das *app stores*. Com efeito, o crescimento do acesso à *internet* por meio da utilização de *smartphones* e *tablets* acarretou um aumento substancial da utilização de serviços *on-line* e o

⁶²⁹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, p. 54. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁶³⁰ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 3.

⁶³¹ OCDE Working Party on Indicators for the Information Society.

⁶³² OECD, op. cit., p. 55.

⁶³³ Ibidem, p. 54.

⁶³⁴ COCKFIELD, Arthur J. et al. **Taxing global digital commerce**. 2013, Kluwer, p. 11.

desenvolvimento de lojas de aplicativos, um tipo de plataforma de distribuição de softwares, geralmente disponibilizadas pelos sistemas operacionais utilizados pelos fabricantes dos celulares ou tablets⁶³⁵. Apenas para se ter uma ideia do crescimento da utilização das *app stores* estima-se que 64 bilhões de *downloads* foram realizados em 2012, ao passo que em 2013 esse número chegou na casa dos 102 bilhões⁶³⁶. No último relatório publicado pela *App Annie* em 2019, restou constatado que, em 2018, foram realizados 194 bilhões de *downloads*.⁶³⁷

A publicidade, produzida cada vez mais de forma *on-line*, foi outro setor drasticamente afetado pela digitalização da economia. Em termos gerais, a publicidade *on-line* utiliza a internet como meio para atingir e entregar marketing aos seus consumidores. Referida publicidade, pela qual o anunciante paga, pode se dar de inúmeras formas, sendo a mais proeminente os anúncios gráficos, vinculados a um conteúdo particular, e os mecanismos de pesquisa na internet (e.g. Google), para figurar entre os primeiros resultados obtidos⁶³⁸.

Segundo levantamento feito pela Pricewaterhouse e Coopers, estima-se que a propagandas *on-line* atingiu a marca de USD 135.4 bilhões de dólares em 2014, com projeções de crescimento de cerca de 12,1% ao ano entre 2014 e 2019, devendo alcançar USD 239.8 bilhões em 2019⁶³⁹.

O avanço da tecnologia da informação e comunicação também alterou significativamente a forma como as empresas arquivam documentos e acessam os programas de computador, dentre outros, por meio do surgimento da computação na nuvem. Em síntese, a computação na nuvem pode ser definida como prestação de serviços computacionais sob demanda e de forma exclusivamente *on-line*, serviços esses que vão desde a disponibilidade

⁶³⁵ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, p. 58. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁶³⁶ Ibidem, p. 58.

⁶³⁷ APP ANNIE. **App Annie Realeases Annual State of Mobile 2019 Report**. 2019. Disponível em: <<https://www.appannie.com/en/about/press/releases/app-annie-releases-annual-state-of-mobile-2019-report/>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

⁶³⁸ OECD, op. cit., p. 58.

⁶³⁹ PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Global Entertainment and Media Outlook: 2015-2019**. Apud OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, p. 59. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

de softwares padrões até armazenamento de dados ou hospedagem de todos os sistemas operacionais necessários à condução de negócios de uma determinada empresa⁶⁴⁰.

Em razão de os serviços serem prestados *on-line*, por meio da utilização do *hardware* do prestador, os usuários têm a faculdade de acioná-los por vários tipos de dispositivos independentemente de sua localização, desde que, é claro, tenham uma conexão adequada de internet. Os recursos aos quais os usuários têm acesso não ficam armazenados em apenas um computador, mas em uma rede de computadores, garantindo a integralidade e perenidade das informações, para que cada usuário possa utilizá-los quando necessário; essa redundância garante que a falha em um dos dispositivos não acarretará a perda do dado ou *software*⁶⁴¹.

Sob essa vertente, é inegável que o desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação propiciou o surgimento da economia digitalizada, transformando completamente setores tradicionais da economia, bem como possibilitando o surgimento de formatos inusitados de negócios. Atualmente, já se pode falar que as relações comerciais entre fornecedores de mercadorias e serviços e seus respectivos consumidores, nos moldes até então concebidos e por meio de trocas e contatos físicos, restam superadas. Hoje, com a evolução do comércio eletrônico, incrementos da capacidade logística e de transporte, e surgimento de novos facilitadores de pagamento, é possível, do Brasil, comprar uma dúzia de canetas tinteiro de uma loja de comércio eletrônico com sede nos Estados Unidos, que roda todo o seu sistema operacional e armazenamento de dados na nuvem, do qual também é usuário, com um simples reconhecimento de digital no botão do *smartphone* do consumidor.

Em razão de os dados do cartão de crédito já estarem registrados no sistema operacional do *smartphone*, o pagamento é realizado por meio de facilitadores de pagamento sem que haja a abertura das informações confidenciais do consumidor, garantindo a segurança, privacidade e agilidade na compra *on-line*. Devido às reduções nos custos de transportes e logísticas, as canetas adquiridas serão remetidas dentro de poucos dias úteis ao Brasil, podendo, inclusive serem rastreadas por meio de código, a fim de assegurar que o produto adquirido seja entregue da forma e no prazo estabelecidos no momento da aquisição.

⁶⁴⁰ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, p. 59. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁶⁴¹ *Ibidem*, pp. 59-60.

Tudo isso, sem qualquer necessidade de presença física ou outro tipo de representante ou mandatário no Brasil, situação praticamente inconcebível há 30 anos.

Constata-se, assim, que a digitalização da economia mudou radicalmente a forma de relacionamento entre os *players* econômicos, notadamente em situações envolvendo operações transnacionais de produtos e serviços entre pessoas jurídicas. Com a expansão da publicidade *on-line*, empresas brasileiras conseguem fazer propaganda de seus produtos e serviços a consumidores europeus, bastando, para tanto, a contratação de uma empresa de provimento de conteúdo digital, independentemente de estar localizada no continente Europeu. Escritórios de advocacia brasileiros, utilizam bases de armazenamento de dados localizados em diversos servidores localizados na Rússia e Israel, tudo isso, repita-se, sem a qualquer necessidade de presença física ou contratação de representantes legais ou agentes dependentes.

Aliás, não é sem motivos que, impressionantemente, em 2017, 9 das 20 companhias mais capitalizadas do mercado são empresas de tecnologias, com Apple, Alphabet, Microsoft e Amazon ocupando as primeiras 4 posições. Ainda, entre 2008 e 2016 a receita auferida pelas 5 maiores empresas de *e-commerce* cresceu em 32% por ano, ao passo que o crescimento de todo o setor da União Europeia ficou na casa de 1% ao ano⁶⁴².

Enfim, a digitalização da economia alterou a forma com que os negócios são realizados, abrindo novas perspectivas tanto para consumidores quanto para fornecedores, que passaram a ter acesso a mercadorias e mercadorias até então inalcançáveis, seja em razão da distância, seja em razão da impossibilidade de liquidação financeira da operação, seja em razão do completo desconhecimento dos consumidores acerca dos produtos ou serviços ofertados. Trata-se, sem sombra de dúvida, de um novo formato que rompe paradigmas tradicionais no relacionamento entre fornecedores e consumidores, dando espaço para transações globais, uniformes, ágeis, eficientes, a um custo mais baixo e com ganhos em escala. E, na condição de novo modelo econômico, com características próprias, a economia digital demandará adaptações das regras até então aplicáveis, assim como a criação de legislações específicas, principalmente no âmbito fiscal, de modo a fazer frente e endereçar propriamente os desafios proporcionados por esta nova realidade.

Nessa vertente, tem-se que os desafios de legisladores e governos para adequar os seus sistemas jurídicos para arrostar ao dinamismo e volatilidade da economia digital,

⁶⁴² KOFLER, Georg; MAYR, Gunter; SCHLAGER, Christoph. European Union-Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution? In: **European taxation**, v. 57, n. 12, 2017, p. 523.

especialmente nas operações transnacionais entre pessoas jurídicas, são enormes. Não menos desafiadora, todavia, é a tarefa se de definir um conceito de economia digital ou, ainda, estipular as operações, negócios ou ramos de atividade que estariam sujeitos a eventuais regramentos específicos, o que será abordado seguir.

3.2 CONCEITO DE ECONOMIA DIGITAL

Encarar os desafios advindos da economia digital é um dos, se não o maior, dos embates a serem defrontados por governos atuais. Se de um lado, princípios gerais aplicáveis à tributação internacional como eficiência e neutralidade pregam que as atividades decorrentes desse inusitado modelo econômico sejam tributadas da mesma forma que as atividades praticadas segundo os padrões tradicionais, de outro, é fato que as regras fiscais atualmente presentes não conseguem corrigir distorções, isto é, não respondem ou não são apropriadas/adequadas ao dinamismo, bem como ao alcance e ao mercado atingido por esta nova realidade.

Ainda, se a decisão da OCDE de não separar a economia digital das não digitais (*ring-fencing regime*)⁶⁴³, até mesmo porque, nos dias de hoje, a economia digital se tornou o sistema econômico atualmente praticado, isto é, não sujeitar as atividades realizadas no âmbito dessa economia a um regramento tributário diferenciado do que as atividades tradicionais estão submetidas, parece acertada em um primeiro momento, a dificuldade de se aplicar ou ainda adaptar regras fiscais existentes nos parece que vem atingindo um resultado satisfatório.

De qualquer forma, um primeiro passo antes de se pretender tributar as atividades executadas no âmbito da economia digital é definir o seu conceito ou, ao menos, os rendimentos⁶⁴⁴ decorrentes de tais atividades. E é exatamente na definição do conceito de economia digital que reside um dos maiores problemas enfrentados por governos e tributaristas. Aliás, como delimitar algo que tem a volatilidade e a mobilidade⁶⁴⁵ como um de seus atributos fundamentais? A nosso ver, existiriam duas possibilidades de abordar o tema: (i) tratar a economia digital como um conceito aberto, especialmente em razão de sua

⁶⁴³ OECD. Tax and digitalization. 2019, P. 1. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/tax-and-digitalisation.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

⁶⁴⁴ Vide BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andrés. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy**. IBFD White Papers. Amsterdam: IBFD, 2015, p.11.

⁶⁴⁵ Vide OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 64-74. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 19 out. 2019.

volatilidade e dinamismo; e (ii) tratá-la dentro de um escopo fechado e delimitado, em prol da certeza, praticidade e segurança. É o que passaremos a abordar nos próximos itens.

3.2.1 Termos indeterminados

Atribui-se a origem da expressão economia digital a Don Tapscott, autor do best-seller *The digital economy: Promise and peril in the age of networked intelligence*⁶⁴⁶. Contudo, apesar de o livro retratar a evolução da tecnologia da informação e comunicação, bem como o caráter disruptivo dessa estratégia de negócio que, em 20 anos, tornou-se o modelo econômico atual sem, contudo, haver traçado uma definição adequada.⁶⁴⁷

Da análise dos textos produzidos pela OCDE até o momento⁶⁴⁸, especialmente o Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS, nada se verifica quanto à definição do que seja economia digital. Muito pelo contrário, ao invés de enfrentar a árdua tarefa de conceituar esse instituto tão volátil e dinâmico, quer parecer que a referida organização optou por abordar a questão por meio da utilização do mecanismo de *smell test*⁶⁴⁹, a fim de identificar os aspectos relacionados à economia digital.

Atualmente, existe uma enorme diversidade de tipos de negócios relacionados à digitalização da economia, e a cada dia novas modalidades são reinventadas, cada uma com peculiaridades próprias, mas apresentam um viés comum: a utilização e aproveitamento da internet⁶⁵⁰.

Embora, empresas atuantes por meio da economia digital tenham diferentes propriedades e utilizem uma vasta gama de espécies de negócio, algumas características

⁶⁴⁶ TAPSCOTT, Don. **The digital economy: Promise and peril in the age of networked intelligence**. New York: McGraw-Hill, 1996.

⁶⁴⁷ BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andrés. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy**. IBFD White Papers. Amsterdam: IBFD, 2015, p.11.

⁶⁴⁸ OECD. **A borderless world: Realising the potential of global electronic commerce**. 1998. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec\(98\)14/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec(98)14/final&doclanguage=en)>. Acesso em: 24 out. 2019; OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 25 out. 2019; OECD. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>>. Acesso em: 26 out. 2019; OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, 2019. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

⁶⁴⁹ BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andrés. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy**. IBFD White Papers. Amsterdam: IBFD, 2015, p.11.

⁶⁵⁰ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 3.

chave relacionadas à economia digital podem ser identificadas. A primeira delas, diz respeito à substituição da produção de algo físico por algo intangível, como propriedade intelectual, por exemplo⁶⁵¹.

Outro aspecto que pode ser extraído da economia digital, é a ausência de limites definidos entre fornecedores e consumidores, haja vista que estes estão cada vez mais envolvidos no processo de produção, determinando as características dos bens e serviços que irão adquirir.

O terceiro aspecto, refere-se à configuração global da economia digital. Como abordado anteriormente, em razão de a *internet* não possuir limites, quer temporais, quer geográficos, companhias podem alcançar consumidores ao redor do planeta sem a necessidade de presença física nos países em que os seus consumidores estão localizados⁶⁵², o que, por si só, já representa uma mudança de paradigma e uma ruptura em relação aos modelos de negócio tradicionais.

A quarta e última característica relacionada à economia digital é a inovação. O ciclo de vida dos produtos reduziu drasticamente. A velocidade em que a informação pode ser processada e utilizada, aliada aos avanços na tecnologia da computação e a possibilidade de realizar atividades ao redor do globo, levaram ao desenvolvimento de bens e serviços inovadores. “Na época da industrialização, a tecnologia deixou pessoas mais eficientes. Atualmente, a tecnologia pode até substituir pessoas”⁶⁵³.

Em seu plano de ação nº 1, a OCDE⁶⁵⁴ também indicou propriedades fundamentais da economia digital, quais sejam:

- (i) Mobilidade em relação (a) a intangíveis; (b) aos usuários; e (c) às funções de negócios, como consequência da redução da necessidade de pessoal local para desempenhar certas funções, bem como a flexibilidade em muitos casos de escolher a localização de servidores e outros recursos⁶⁵⁵;
- (ii) Confiança nos dados e participação dos usuários;

⁶⁵¹ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 3.

⁶⁵² Ibidem, p. 3.

⁶⁵³ Ibidem, p. 3.

⁶⁵⁴ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 64-73. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 25 out. de 2019.

⁶⁵⁵ ROCHA, Sérgio André; CASTRO, Diana Rodrigues Prado de. Plano de Ação 1 do BEPS e as Diretrizes Gerais da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). **Tributação da Economia Digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 18.

- (iii) Efeitos da rede, assim entendido as melhorias advindas da experiência de outros usuários, integração e sinergias;
- (iv) Modelo de negócios multilaterais⁶⁵⁶, em que, de acordo com o mercado, grupos distintos de pessoas interagem por meio de um intermediário ou plataforma (e.g. sistemas de pagamento via cartão), e as decisões de cada grupo de pessoas afetam os resultados dos outros grupos por meio de externalidades positivas ou negativas (e.g. aumento ou redução de custos);
- (v) tendência ao monopólio ou oligopólio, especialmente em situações ligadas ao pioneirismo da companhia, bem como em função dos efeitos da rede combinado com a redução de custos;
- (vi) volatilidade, já que o modelo de negócio está em constante mudança, especialmente em razão da redução de preços dos computadores e ausência de barreiras para acesso à rede.

Via de consequência, considerando a volatilidade e dinamismo inerentes à economia digital, qualquer definição por meio da utilização de termos precisos tendente a circunscrever o seu conceito poderia tornar-se obsoleta e não conseguir abarcar a totalidade de transações em questões de anos, para não falar meses. Contudo, ao mesmo tempo que a utilização de expressões determinadas para a elaboração do conceito de economia digital, ou ao menos dos rendimentos dela decorrentes, pode gerar lacunas na aplicação de normas em um futuro não tão distante, daí a vantagem de se utilizar conceitos dotados de termos imprecisos ou vagos.

Todavia, a utilização do referido mecanismo - adoção de termos genéricos e vagos - pode criar dificuldades no momento da aplicação das normas por parte das autoridades fiscais, o que pode acarretar uma elevada tributação, ou seja, tributação de todo e qualquer tipo de fato, ainda que este não contenha todos ou grande parte dos elementos de uma atividade integrante da economia digital, ou uma subtributação, isto é, a não tributação de fatos que claramente se enquadrariam dentro do conceito.

⁶⁵⁶ Um exemplo de negócio multilateral envolvendo externalidades positivas para diferentes âmbitos no mercado é o sistema de cartão de pagamento, que será mais valioso para os comerciantes quanto mais os consumidores utilizarem o cartão e, pela via inversa, será mais valioso para os consumidores quanto mais os comerciantes aceitarem o cartão. Da mesma forma, um sistema operacional é mais valioso para usuários finais quanto mais programadores desenvolverem *software* e mais valioso para os programadores quanto mais existirem potenciais compradores de software usando o sistema operacional. (OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 71. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 25 out. 2019.

Destarte, ainda que o uso de termos imprecisos ou vagos para a confecção do conceito de economia digitalizada possa ser visto como um fator positivo em um primeiro momento, a sua adoção pode levar a incertezas e dificuldades no momento da aplicação de normas, sem falar em distorções na tributação de determinadas atividades. Tal tema, inclusive, foi tratado por Andrés Baez e Yariv Brauner que, ao discorrer sobre mecanismo de retenção na fonte sobre os rendimentos provenientes de atividades realizadas no âmbito da economia digital, manifestaram-se no sentido de que o emprego de tal prática pode levar a uma retenção superior apenas para não sujeitar o agente a qualquer tipo de exposição decorrente da ausência de retenção. Por outro lado, os agentes de retenção também poderiam sucumbir a pressões exercidas por contribuintes, baseadas em ambiguidades ou falta de clareza na definição utilizada. Assim, para os referidos professores, a definição tem que ser útil e eficaz, bem como razoavelmente clara.⁶⁵⁷

Típico exemplo das dificuldades práticas que podem surgir no caso do emprego de signos linguísticos vagos é a definição de economia digital conferida pelo Governo Australiano. Segundo a legislação daquele país, economia digital pode ser entendida como uma rede global de atividades econômicas e sociais viabilizadas por plataformas, tais como *internet*, celulares e rede de sensores.⁶⁵⁸ Nesse mesmo sentido é a legislação aplicável pelo Peru⁶⁵⁹, segundo a qual serviços digitais são definidos como serviços prestados por meio da *internet* a partir de qualquer adaptação ou aplicação de tecnologia ou através de qualquer outro tipo de rede utilizada para prestar serviços equivalentes. Trata-se, portanto, de típicas legislações que suscitam distorções sob o aspecto prático, haja vista que, da forma com que foram concebidas, podem gerar situações tanto de tributação superior ou inferior à medida adequada⁶⁶⁰, que seria a tributação dos rendimentos decorrentes de transações enquadradas dentro do contexto de economia digital.

Dessa feita, muitos pagamentos, talvez a sua maioria, estão ou podem ser relacionados de uma forma ou de outra à economia digitalizada e, justamente por isso, pode ser extremamente difícil, sob o ponto de vista prático, determinar quando uma relação é suficiente para se sujeitar, ou não, à tributação. Adicionalmente, não raras vezes pagamentos são realizados por meio de intermediários com nenhuma ou pouca conexão com produtos

⁶⁵⁷ BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andrés. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy**. IBFD White Papers. Amsterdam: IBFD, 2015, p.11.

⁶⁵⁸ LI, Jinyan. Protecting the Tax Base in a Digital Economy. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries**, 2015, p. 489-490.

⁶⁵⁹ 110-2019-SUNAT/7T0000, de 13/8/2019.

⁶⁶⁰ BRAUNER; BAEZ, op. cit. p.11.

digitais em circunstâncias em que a fonte pagadora não tem conhecimento de tal conexão, dificultando qualquer tributação sobre os rendimentos.⁶⁶¹

Além de problemas de ordem prática, vinculados à aplicabilidade das leis tanto por parte das autoridades fiscais quanto por parte dos contribuintes, restringidos para fins da presente tese às pessoas jurídicas, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a instituição de normas com o conceito de economia digitalizada com termos totalmente genéricos e vagos, certamente infringiria o princípio da legalidade tributária.

Com efeito, o Princípio da Legalidade em matéria tributária encontra-se previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, e determina que nenhuma pessoa jurídica de direito público pode instituir ou majorar tributos sem Lei que o estabeleça. Apesar de, à primeira vista, ter-se a falsa impressão de tratar-se de regra clara, em que não haveria necessidade de reflexões adicionais, algum aprofundamento sobre o seu conteúdo é exigido para a sua correta compreensão, como por exemplo, o alcance da expressão exigir ou aumentar tributo⁶⁶².

Segundo Luís Eduardo Schoueri o alcance do conteúdo do princípio da legalidade em matéria tributária é conferido pela própria Constituição Federal, a qual, por meio do seu artigo 146, inciso II, dispõe caber à Lei Complementar “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”. Ao Código Tributário Nacional, lei ordinária alçada ao nível de lei complementar pela Constituição Federal de 1988, é, em geral atribuída tal função⁶⁶³.

Ao regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, o Código Tributário Nacional, por força do seu artigo 97, inciso, III, dispõe caber somente à lei “a definição do fato gerador da obrigação tributária principal (...)”. Infere-se, portanto, que de acordo com o princípio da Legalidade não basta apenas que o tributo esteja geneticamente previsto em lei, muito pelo contrário, de acordo com o aludido dispositivo legal, tanto o antecedendo da norma jurídica tributária (hipótese), como o consequente em lei, não podem prever situações genéricas, a fim de as autoridades fiscais e os contribuintes, nos casos de auto lançamento ou lançamento por homologação, interpretem e apliquem a norma jurídica tributária da forma que melhor lhes convém⁶⁶⁴.

Sacha Calmon Navarro Coêlho, ao tratar da tipicidade cerrada, pondera que, de acordo com o referido princípio, é vedado tanto ao administrador quanto ao juiz, mais aquele

⁶⁶¹ BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andrés. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy**. IBFD White Papers. Amsterdam: IBFD, 2015, p.11.

⁶⁶² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, p. 291.

⁶⁶³ Ibidem, pp. 291-292.

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 292.

do que este, interferir na modelação, quer pela via interpretativa, quer pela integrativa, da norma tributária. E mais, em caso de insuficiência normativa, caberá ao juiz decretar a inaplicabilidade da lei = em razão dessa insuficiência, a qual pode apenas ser suprida por meio de ato formal e materialmente legislativo⁶⁶⁵.

Por corolário, nos termos do princípio da legalidade não pode o legislador instituir o tributo genericamente, ficando a cargo do Poder Executivo definir a hipótese tributária, porquanto, segundo o inciso III do artigo 97 do Código Tributário Nacional, definir o fato gerador é dispor sobre cada um de seus aspectos⁶⁶⁶.

Ao tratar das quatro facetas do Princípio da Legalidade, Gerd Willi Rothmann, assevera que a lei não pode deixar a cargo do executivo a diferenciação objetiva, devendo ela mesma realizar esta diferenciação, prevendo, da melhor forma possível, os aspectos inerentes à configuração do fato gerador. Nesse sentido, ainda não cabe ao legislador, instituir o tributo genericamente, cabendo a ele descrever a situação que dará nascimento ao fato gerador⁶⁶⁷.

Sob esse aspecto, a depender dos termos utilizados na definição do conceito de economia digitalizada, é certo que a lei utilizada para a normatização de tal conceito poderá padecer de inconstitucionalidade e ilegalidade, por ofensa aos artigos 150, inciso I, da Constituição Federal e 997, inciso III, do Código Tributário Nacional, respectivamente.

Por tais razões, ainda que seja uma forma de abranger novas atividades que porventura venham a surgir, não nos parece que a adoção de termos imprecisos ou vagos para estipular o conceito e, conseqüentemente, os rendimentos decorrentes de atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada seja a melhor forma de se conduzir a questão, sob pena de ofensa ao princípio da ilegalidade. Pelo que nos parece, a fim de criar certeza, evitar distorções e privilegiar a praticabilidade na tributação dos rendimentos decorrentes deste novo modelo econômico, temos que o emprego de um conceito determinado, com a utilização de termos precisos, ainda que atualizável de tempos em tempos, traria mais benefícios do que prejuízos à tributação da economia digital, conforme será explorado a seguir.

⁶⁶⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense., 2003, p. 200-201.

⁶⁶⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, p. 294.

⁶⁶⁷ ROTHMANN, Gerd Willi. O Princípio da Legalidade Tributária. In DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio; ROTHMANN, Gerd Willi. **Temas fundamentais do Direito Tributário atual**. Belém: Cejup, 1983, p. 77-120 (90-99). Apud SCHOUERI, op. cit., p. 295.

3.2.2 Termos determinados

Diante da impossibilidade de se definir economia digital de forma satisfatória, mediante a assunção de um conceito prático, objetivo e que ainda possa abranger novas atividades que possam surgir no futuro, uma alternativa seria se trabalhar com um conceito composto por termos precisos e determináveis, abrangendo o maior número de atividades possível, ou, ainda, limitar a definição às práticas mais expressivas realizadas por pessoas jurídicas, no âmbito da economia digitalizada.

Com efeito, até o momento, o *e-commerce* tem se revelado a atividade mais pujante da economia digital⁶⁶⁸. Em 2011, a OCDE definiu *e-commerce* como uma compra ou venda de bens ou serviços, realizadas através de programa de computador por meio de métodos desenvolvidos especialmente para possibilitar a realização ou recebimento de ordens de compra/venda.⁶⁶⁹

Apesar da limitação do referido conceito, visto que não endereça adequadamente bens e serviços digitais, sob o ponto de vista pragmático, é melhor se trabalhar com um conceito objetivo e preciso, ainda que com escopo limitado⁶⁷⁰, do que um conceito com termos genéricos e vagos, ainda que fique obsoleto com o passar do tempo e seja necessário um mecanismo de constante atualização.

Uma alternativa de emprego de um conceito com termos precisos, seria agregar uma lista de atividades realizadas no âmbito da economia digital que atuariam como critérios basilares. De acordo com tal lista, referidas atividades, uma vez praticadas, seriam consideradas como integrantes do rol das executadas por meio da economia digital e, automaticamente, se sujeitariam às regras aplicáveis a esse modelo.

A adoção de tabela tem sido uma prática frequente em determinados países. O Brasil, por exemplo, tem longa experiência no emprego de listagem taxativa para fins de tributação do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza⁶⁷¹ (ISS), bem como para identificação de regimes fiscais privilegiados e jurisdições com tributação favorecida⁶⁷². O uso de tabela

⁶⁶⁸ BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andrés. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy**. IBFD White Papers. Amsterdam: IBFD, 2015, p.11.

⁶⁶⁹ Vide. OECD. **Electronic Commerce**. Glossary for Statistical Terms. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721>>. Acesso em: 08 nov.2019.

⁶⁷⁰ BRAUNER; BAEZ, op. cit, p.12.

⁶⁷¹ Constante da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

⁶⁷² De acordo com a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.037/2010 e suas alterações.

também não é uma prática estranha à OCDE. Desde 2000⁶⁷³, a organização as publica periodicamente sobre países, que abrange desde paraísos fiscais sem acordo de cooperação econômica até países acusados de “vender” cidadania (Golden/Visa). Recentemente, a OCDE também adotou a prática de publicação de relação para atualizar os países que se tornam membros do *OECD/G20 Inclusive Framework* no âmbito do BEPS.⁶⁷⁴

Convém salientar, no entanto, que, na experiência brasileira, embora o rol de regimes fiscais privilegiados e jurisdições com tributação favorecida ter boa praticabilidade e não acarretar maiores discussões, já que não se exige qualquer tipo de interpretação em razão de não haver qualquer tipo de dúvidas acerca do significado de Bahamas, Paraná ou *Limited Liability Companies* (LLC), a mesma certeza não ocorre em se tratando da plataforma de serviços para fins de ISS.

Com efeito, embora exaustivamente reconhecido pela jurisprudência a taxatividade da relação de serviços para fins de incidência do ISS, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, embora taxativa, aquela comporta interpretação extensiva. De fato, segundo o entendimento do STJ⁶⁷⁵, a taxatividade não impede que seja feita uma leitura ampla e analógica dos serviços descritos na lista, entendimento este que foi, inclusive, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁶⁷⁶.

Portanto, na experiência brasileira, relativamente ao ISS, a utilização de listagem, embora atribua certeza e praticidade para as atividades lá descritas, também traz uma dose de subjetividade e insegurança jurídica, já que o posicionamento das Cortes Superiores brasileiras é no sentido de que aquela relação admite interpretação extensiva⁶⁷⁷, ampla e analógica⁶⁷⁸ para abrigar serviços que não estejam expressamente nela elencados.

De qualquer forma, ainda que dotada de uma certa carga de subjetividade, sopesando-se os “prós e contras” do uso de legislação formal e material com o rol das atividades consideradas integrantes da economia digitalizada, a nosso ver, o resultado ainda seria positivo. Sem sobra de dúvidas, sairíamos de uma zona repleta de incertezas e subjetividade, sem falar na ofensa à Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional, por ferir o Princípio da Legalidade, e passaríamos para um campo, ainda que posso carregar uma certa

⁶⁷³ Vide. OECD. **List of Unco-operative Tax Havens**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/countries/monaco/list-of-unco-operative-tax-havens.htm>>. Acesso em: 12 out. 2019.

⁶⁷⁴ Vide OECD. **Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS** – Updated: December 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

⁶⁷⁵ Vide REsp nº 804.389/RS.

⁶⁷⁶ Vide RE nº 75.952/SP.

⁶⁷⁷ Vide REsp nº 567.592/PR.

⁶⁷⁸ Vide REsp nº 256.267/PR.

subjetividade, certamente não ofenderia a legalidade, tampouco atribuiria à administração a discricionariedade de aplicar à lei conforme sua própria convicção.

Sob essa ótica, a nosso ver, o inventário publicado periodicamente pela OCDE, com as atividades consideradas pertinentes ao âmbito da economia digitalizada poderia ser uma alternativa simples, com objetividade relativa, prática e capaz de fazer frente à volatilidade e dinamismo deste novo modelo econômico, já que contemplaria serviços que venham a surgir.

Os países, independentemente de integrarem a aludida organização, poderiam, com base na lista lá publicada, editar leis internas reproduzindo as atividades lá elencadas, ou, ainda, incluir ou suprimir algumas nos moldes de sua política fiscal e interesses econômicos. Essa estratégia permitiria a gestão de um método mais prático, garantiria maior segurança aos envolvidos na transação, se comparado a edição de normas com adoção de termos genéricos,

Essa tática, inclusive, foi incorporada pelo Governo da Malásia⁶⁷⁹, ao considerar serviços digitais como os serviços prestados por meio de tecnologia da informação sem qualquer tipo de intervenção ou com o mínimo de intervenção humana, incluindo os fornecedores dos seguintes serviços (i) *software*, aplicações e vídeo *games*; (ii) música, *e-books* e filmes; (iii) publicidade e plataformas *on-line*; (iv) plataformas de busca e redes sociais; (v) banco de dados e hospedagem; (vi) comunicações por meio de internet; (vii) treinamento *on-line*; e (viii) outros.

Não obstante, a Malásia acertar ao recorrer a tal sistema, um ponto que, com o devido respeito, mereceria reparo é considerar a relação como exemplificativa ao invés de taxativa. Valer-se de listagem “aberta”, apesar de abranger situações ou atividades que possam surgir com o desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação, gera insegurança e subjetividade, que é exatamente o que se pretende afastar por esse mecanismo.

Nessa linha, como o próprio Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS já abordou diversas formas de negócios inerentes à economia digital, o primeiro inventário a ser adotada pela OCDE poderia partir das atividades lá relacionadas, quais sejam: (i) *e-commerce*; (ii) serviços de pagamento *on-line*; (iii) lojas de aplicativos (*app stores*); (iv) publicidade *on-line*; (v) Computação na nuvem (*cloud computing*); (vi) *high frequency trading*; e (vii) plataformas de rede participativas.

⁶⁷⁹ De acordo com o Service Tax Guide editado pelo *Royal Malaysian Custom Department* em 20/08/2019.

Reitere-se que o catálogo publicado pela OCDE apenas serviria de parâmetro aos países, os quais teriam total liberdade para editar leis incluindo, total ou parcialmente, as atividades lá elencadas, desde que, é claro, tenham um nexos com os seus limites geográficos.⁶⁸⁰

Ainda, uma alternativa à edição das atividades arroladas por meio de regulamentos seria a instituição de critérios precisos e objetivos, à exemplo do que ocorre com os previstos nos artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/ 1996, atribuindo ao Poder executivo à legislação de normas agregando a lista das atividades consideradas integrantes da economia digitalizada.

À exemplo da taxatividade e interpretação extensiva da lista de serviços do ISS, a atribuição de competência para o Poder Executivo pontuando elementos específicos contidos na regra de incidência tributária também foi analisada pelas Cortes Superiores Brasileiras. Na ocasião, foi examinado pelo STF se a delegação, por meio de lei, para que o regulamento definisse o *grau de risco leve, médio ou grave* para fins de recolhimento da Contribuição para Custeio do seguro Acidente do Trabalho (SAT) ofenderia o princípio da legalidade. Ao apreciar a questão, o STF⁶⁸¹ decidiu que, desde que a legislação contenha, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida, o fato de atribuir para o regulamento a complementação de conceitos não implicaria ofensa ao Princípio da Legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, e da Legalidade Tributária, no artigo 150, inciso I, do mesmo diploma legal.

Portanto, sob a ótica do direito brasileiro, desde que contenha os elementos essenciais ao nascimento da obrigação tributária, não vemos, num primeiro momento, qualquer ofensa à legalidade a atribuição ao regulamento do dever de editar a plataforma com as atividades integrantes da economia digitalizada, cujos rendimentos estariam sujeitos à tributação das regras de fonte promulgadas para esse fim.

Destarte, a nosso ver, em homenagem aos princípios da praticabilidade e segurança jurídica, valer-se do rol de atividades inerentes à economia digitalizada seria preferível à adoção de conceitos com termos genéricos e subjetivos ou termos restritivos. Aludido sistema, além de já ter sido testado por diversos países, inclusive, pela OCDE, auxiliaria, sem sobre de dúvidas, na aplicação das regras tributária pelos governos e se tornaria um instrumento eficiente para fazer frente aos desafios proporcionados pelas operações transnacionais entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada, mormente em matéria tributária, o que será abordado nos próximos itens.

⁶⁸⁰ Vide item 1.2.2.

⁶⁸¹ Vide RE nº 343.446-2 / SC.

3.3 ECONOMIA DIGITAL E TRIBUTAÇÃO

Como visto, o novo modelo de negócios propiciado pela economia digital baseia-se em modernas tecnologias da informação e comunicação, bem como na exploração de um imenso número de dados, os quais frequentemente dificultam a verificação dos limites entre produtos e serviços, variando em forma, impacto e monetização (e.g. *e-commerce*, medias sociais, plataformas colaborativas, dentre outros)⁶⁸².

De qualquer forma, apesar da enorme variedade e particularidades dos tipos de negócios decorrentes da economia digitalizada, ainda assim é possível identificar algumas características em comum entre eles, dentre os quais se destaca a grande descentralização da criação de valor e ausência de presença física. Aliás, como mencionado pela OCDE em 2018⁶⁸³, a digitalização permite que as empresas “criem valor” sem a necessidade de presença física no país em que o mercado está localizado⁶⁸⁴.

É exatamente nessa descentralização e virtualização dos negócios que reside um dos maiores desafios à tributação das atividades inerentes à economia digital, que acabam por revelar uma fragilidade do sistema internacional fiscal, inicialmente concebido para *brick and mortar business*, e que ainda utiliza a presença física como um dos critérios para alocar direitos à tributação⁶⁸⁵ entre países, especialmente para os países-fonte.

Deveras, o modelo tributário internacional, tal como concebido em 1920, não acompanhou as mudanças nos ambientes de negócio, incluindo o aumento de importância dos intangíveis e da economia digital. Consequentemente, as regras tributárias, tais como inicialmente concebidas, não se revelam mais aptas à alocação apropriada de distribuição de direitos à tributação entre os Estados, tampouco adequadas para determinar as suas bases fiscais.

Com efeito, o sistema tributário internacional sempre foi pautado pela dicotomia entre os Estados da fonte e de residência. E, foi essa corrida à tributação que pautou as discussões tributárias da maior parte do último século, se preocupando o direito tributário

⁶⁸² KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. Equalization Taxes and the EU’s ‘Digital Services Tax’. *Intertax*, v. 47, n. 2, 2019, p. 101.

⁶⁸³ OECD. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

⁶⁸⁴ HASLEHNER, Werner. EU and WTO Law Limits on Digital Business Taxation. **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**, 2019, p. 25.

⁶⁸⁵ KOFLER; SINNIG, op. cit., p. 101.

internacional mais no combate à dupla tributação, divisão da base tributável de rendimentos empresariais entre os Estados da fonte e de residência ancorada em presença física, e elisão fiscal, do que com as mudanças decorrentes da evolução da tecnologia da informação e comunicação.

Ocorre, no entanto, que a digitalização da economia propiciou o surgimento de novos modelos de negócio, que, em razão de sua virtualidade, deixaram de ficar restritos aos limites geográficos do país de residência ou exigir a necessidade de presença física no país de consumo, bem como propiciou a utilização maciça de dados e adoção de modelos de negócio multifacetados, os quais proporcionam a captura de valor de externalidade geradas por produtos gratuitos.

Constata-se, pois, que o novo modelo econômico proposto pela economia digital traz enormes desafios aos ordenamentos jurídicos, principalmente ao sistema tributário internacional, ainda muito focado na forma como concebido em 1920 e dependente de presenças física e tangibilidade de produtos e serviços. Devido à afasia das normas tributárias, que não conseguem acompanhar o mesmo ritmo da evolução da tecnologia da informação e comunicação, a economia digital ameaça o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e os impostos sobre o valor agregado, facilitando a erosão da base tributária, ainda que de forma não intencional, e o deslocamento artificial de lucros para países com baixa ou sem nenhuma tributação. É que exploraremos nos próximos itens.

3.3.1 Desafios da tributação no âmbito da economia digital

Legisladores e autoridade fiscais de todos os países, incluindo europeus, têm tido dificuldades para encontrar soluções que possam assegurar uma tributação justa e efetiva na mesma velocidade em que ocorre a transformação digital da economia. Para eles, estaria em jogo nada menos que a eficiência econômica global, bem como a justiça fiscal e soberania dos países⁶⁸⁶.

Muitas vezes, as discussões relacionadas à adequação, ou não, do regime tributário internacional nessa era digital se sobrepõe às questões referentes à evasão fiscal e os planejamentos tributários abusivos praticados por diversas empresas, especialmente as do

⁶⁸⁶ KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'. In: **Intertax**, v. 47, n. 2, 2019, p. 102.

setor de tecnologia⁶⁸⁷, atitudes essas que levaram à diversas reações por parte de organismos internacionais, bem como dos países.

Embora, recentemente, diversas empresas atuantes na economia digital (e.g. Google⁶⁸⁸, Apple⁶⁸⁹ e eBay) tenham ocupado as primeiras páginas dos jornais e atraído críticas pela mídia em virtude de suas estratégias de planejamento tributário, tais métodos não são baseados ou proporcionados apenas por atributos típicos da economia digital, mas também são utilizadas por empresas não digitais, como Starbucks, por exemplo⁶⁹⁰. Isto é, como qualquer outra empresa atuante em setores tradicionais, empresas do segmento digital também podem se valer de *treaty shopping*⁶⁹¹, por exemplo, para obter vantagens indevidas por meio da utilização inapropriada de acordos de bitributação ou beneficiar-se de diferentes posicionamentos sobre a instrumentos híbridos⁶⁹²⁶⁹³, de modo a reduzir ou, até mesmo, “escapar” da tributação em determinadas situações.

De fato, a digitalização mudou a maneira com que os negócios são conduzidos, abrindo novas perspectivas tanto para empresas como para os consumidores. As novas formas com que as atividades inerentes à economia digital são praticadas são, em sua grande maioria, motivadas por propósitos comerciais e geralmente implementada sem qualquer intenção de evasão fiscal ou qualquer outro tipo de redução indevida de tributos. A ausência de tributação, muitas vezes ocorrida em transações realizadas no campo da economia digital, é consequência direta da inadequação das regras atualmente existentes, - baseadas na

⁶⁸⁷ KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'. In: **Intertax**, v. 47, n. 2, 2019, p. 103.

⁶⁸⁸ KOFLER, Georg; MAYR, Gunter; SCHLAGER, Christoph. European Union-Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?. In: **European taxation**, v. 57, n. 12, 2017, p. 527-528.

⁶⁸⁹ Vide TING, Antony. iTax-Apple's international tax structure and the double non-taxation issue. In: **British Tax Review**, n. 1, 2014.

⁶⁹⁰ Vide BARFORD, Vanessa; HOLT, Gerry. **Google, Amazon, Starbucks: The rise of 'tax shaming'**. BBC New Magazine, 2013. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/magazine-20560359>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

⁶⁹¹ *Treaty shopping* é uma prática que tipicamente envolve pessoas, residentes em outros países, tentando se beneficiar indiretamente das disposições de tratados firmados entre dois Estados Contratantes. (JIANG, Q. Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project. In: **Bull. Intl. Taxn. Journals IBFD**, 2015, p. 1.)

⁶⁹² Os instrumentos financeiros híbridos consistem, de modo geral, em atos ou negócios jurídicos, institutos jurídicos ou operações estruturadas de financiamento corporativo que conjugam direitos ou obrigações com características típicas de capital próprio e capital de terceiros. Um exemplo, no sistema tributário brasileiro, de um instrumento financeiro híbrido são os juros sobre capital próprio. (Cf SANTOS, Ramon Tomazela. A qualificação dos rendimentos provenientes de instrumentos financeiros híbridos nos acordos internacionais de bitributação. In: **Revista de Direito Tributário Atual**. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 30, 2014, p. 275.

⁶⁹³ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 2.

necessidade de presença física e mobilidade limitada -, as quais se demonstram cada vez mais inaptas a arrostar os desafios decorrentes da digitalização da economia⁶⁹⁴.

Deveras, apesar de o foco maior das atuações realizadas pelo Projeto BEPS se referir à prática de deslocamento indevido de lucros para países com baixa ou sem nenhuma tributação, a nosso ver, as discussões relacionadas à adequação do sistema tributário internacional não devem ser baseadas apenas pela agenda de evasão fiscal ou planejamento tributários abusivos. Isso porque, grande parte da ausência de tributação ou distorções proporcionadas pelas novas atividades decorrentes do modelo proposto pela digitalização da economia não procede de dolo ou abusos por parte dos contribuintes, mas de lacunas ou inadequações contidas na legislação que precisam ser corrigidas, a fim de que a legislação tributária possa responder eficazmente a evolução da tecnologia da informação e comunicação.

Relatórios elaborados pela OCDE⁶⁹⁵ e pela União Europeia⁶⁹⁶ indicaram a existência de novos protótipos de negócios, o crescimento, o tamanho e o impacto na economia global, bem como as diferenças de carga tributária entre as companhias que oferecem o modelo clássico de transações transnacionais baseado na presença física no mercado consumidor e as aquelas que realizam o mesmo tipo de atividade por meio digital⁶⁹⁷.

Deveras, independentemente das práticas abusivas por parte de algumas empresas internacionais, que, valendo-se das brechas nas legislações dos países, bem como pelos sistemas tributários abusivos acabam provocando a erosão da base tributária e deslocamento de lucros para países sem ou com baixa tributação, temos que, ao invés de centrar as atenções somente no combate ao BEPS, dever-se-ia focar nos desafios fiscais relacionados à mobilidade e desmaterialização⁶⁹⁸ das atividades

⁶⁹⁴ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 2.

⁶⁹⁵ Vide 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. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.; OECD (2018), **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁶⁹⁶ Vide EUPEAN COMMISSION. **Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy**. 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

⁶⁹⁷ KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'. In: **Intertax**, v. 47, n. 2, 2019, p. 103.

⁶⁹⁸ Ibidem, p. 104.

3.3.2 Vínculos, dados e caracterização de rendimentos

Embora sob o mantra de combate à erosão da plataforma tributária e deslocamento de lucros de para países com baixa ou nenhuma tributação, tanto o relatório preliminar, quanto o Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS procuraram identificar as principais dificuldades de aplicação das regras contidas atualmente no sistema tributário internacional às operações realizadas na seara da economia digital. Segundo aqueles relatórios, os desafios a serem enfrentados, relativamente à tributação direta, estão relacionados ao vínculo, dados e caracterização⁶⁹⁹, isto é, se atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada possuem algum tipo de nexos com o país-fonte, de modo a justificar a sua tributação; se a coleta de dados em mercados de determinado país já poderia ser considerado como vínculo; e a caracterização dos rendimentos decorrentes das referidas atividades (e.g. royalties, serviços etc.).

Segundo a OCDE, os desafios referentes ao vínculo, dados e caracterização dos rendimentos colocam em xeque a capacidade do sistema tributário internacional corrente em lidar com as mudanças trazidas pela digitalização da economia e os novos modelos de negócio por ela propiciados e, por conseguinte, assegurar que os lucros sejam tributados na jurisdição em que a atividade econômica ocorre, bem como no lugar em que há a criação de valor⁷⁰⁰. Trata-se, portanto, de desafios que interferem diretamente na distribuição de jurisdição tributária entre os países, fazendo com que os critérios/regras de fonte até então utilizados sejam revistos, de modo a se adequarem ao contexto econômico da era digital.

É importante se ter em mente, contudo, que, apesar das questões mencionadas terem natureza distintas, elas frequentemente se sobrepõem umas às outras. Típico exemplo desta sobreposição é o fato de a coleta de dados de usuários localizados em uma determinada jurisdição poder ensejar questionamentos sobre a existência, ou não, de um nexos, isto é, de um elemento de conexão com aquela jurisdição. Em caso positivo (existência de nexos), em que momento e em qual montante o rendimento decorrente da utilização dos referidos dados deveria ser atribuído àquela jurisdição. E mais, além da configuração, ou não, do elemento de conexão e toda problemática da alocação de rendimentos dele decorrentes, transações

⁶⁹⁹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 146. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 29 out. 2019

⁷⁰⁰ Ibidem, p. 146.

envolvendo dados proporcionam mais um desafio: como os rendimentos derivados delas devem ser caracterizados para os fins fiscais⁷⁰¹.

Além do vínculo, dados e caracterização dos rendimentos, também compõem o rol de desafios proporcionados pela digitalização de economia a ausência ou baixa tributação no país de residência, a coleta de impostos sobre o valor agregado em atividades realizadas na esfera da economia digital e aplicação pelas autoridades fiscais das normas fiscais em vigor.

Neste contexto, os desafios resultados da digitalização da economia podem ser elencados da seguinte forma, que, no entendimento da OCDE⁷⁰², poderia levar ao exercício de BEPS:

- (i) baixa ou nenhuma tributação no país de residência;
- (ii) possibilidade de exercer atividade por meio de presença digital significativa sem, contudo, ter qualquer tipo obrigação tributária em virtude da ausência dos elementos de conexão tradicionalmente previstos na legislação;
- (iii) criação de valor a partir da coleta de dados por meio da utilização de produtos ou serviços digitais;
- (iv) caracterização dos rendimentos decorrentes de novos modelos de negócios proporcionados pela digitalização da economia;
- (v) coleta de imposto sobre valor agregado nas operações praticadas no âmbito da economia digital⁷⁰³.
- (vi) desafios das autoridades fiscais para a aplicação das normas fiscais atualmente vigentes.

3.3.2.1 Baixa ou nenhuma tributação no país de residência

Como bem sabido, a residência é um conceito fundamental no direito tributário. Por se tratar de um instituto relacionado à territorialidade pessoal, a aquela indica uma vinculação com um determinado país, de modo a justificar o exercício de sua jurisdição fiscal.

⁷⁰¹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 99. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 29 out. 2019

⁷⁰² BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 4.

⁷⁰³ Não iremos abordar questões relacionados ao imposto sobre o valor agregado por não ser objeto da presente tese.

É justamente por ser uma regra legitimadora de tributação pelos países, o conceito de residência pode variar de acordo com os Estados. Enquanto para uns, a residência é caracterizada como o local de incorporação de pessoa jurídica, como sucede no Brasil, para outros a residência é marcada pelo local de efetiva administração da entidade, como ocorre na Irlanda⁷⁰⁴, por exemplo.

No entanto, grandes grupos empresariais, muitas vezes, incorporaram empresas na Irlanda, por exemplo, mas mantêm todos os seus diretores no Brasil ou em diversos países do mundo⁷⁰⁵, fazendo com que a residência seja evitada ou mitigada ao máximo. Apesar de, como vimos, tais planejamentos tributários abusivos não serem uma particularidade das empresas digitais, não se pode negar que a virtualização das atividades, inclusive de administração e de reuniões, é propiciada pelo desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação.

Aliada às questões relacionadas à uniformização das normas tributárias internacionais sobre residência fiscal, a eclosão da tecnologia da informação e comunicação também tornou possível realizar-se atividades comerciais globais, sem a presença física nos países de consumo, recursos esses que podem ser utilizados para a administração remota da companhia⁷⁰⁶ sem que haja a configuração efetiva em um ou outro país.

Ainda, mesmo nos casos de caracterização de residência fiscal em um dado país, a digitalização da economia suscitou que, - por meio do estabelecimento de subsidiárias em países com baixa ou nenhuma tributação, bem como alocação formal de funções, riscos e ativos (*e.g.*, intangíveis) -, grupos empresariais obtenham redução significativa de tributação no país de residência⁷⁰⁷.

Portanto, em virtude de inadequação das regras de residência⁷⁰⁸ para responder às peculiaridades do avanço tecnológico da informação e comunicação, a definição de residência, bem como a alocação de rendimentos, é um dos desafios a serem enfrentados na era digital.

⁷⁰⁴ PWC. **Ireland – Corporate Residence**. 2019. Disponível em: < <http://taxsummaries.pwc.com/ID/Ireland-Corporate-Corporate-residence>>. Acesso em 15 out. 2019.

⁷⁰⁵ Vide QUINN, Andrew; BURKE, David. Ireland. In: SCHWARTZ, Jodi J.; EDGAR, Swift S. O (eds.). **The Corporate Tax Planning Law Review**, ed. 1, 2019. Disponível em: < <https://thelawreviews.co.uk/edition/1001329/the-corporate-tax-planning-law-review-edition-1>>. Acessado em: 29 out. 2019.

⁷⁰⁶ BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 5.

⁷⁰⁷ Ibidem, p. 5.

⁷⁰⁸ Por fugir ao escopo da presente tese, deixaremos de explorar a residência dos fornecedores de produtos por meios digitais em maiores detalhes.

3.3.2.2 Ausência de elemento de conexão

Conforme visto no item 1.2.2, segundo o direito público internacional, para que um país possa exercer a sua jurisdição fiscal faz-se necessária a existência de um elemento de conexão. Ainda, se é bem verdade que fonte deve ser entendida como o lugar onde o rendimento é criado, também é verdade que os países possuem autonomia para determinar os critérios de fonte, os quais nada mais são do que regras que prescrevem, ainda que por ficção legal, onde se considera o nascedouro do rendimento.

A grande questão suscitada pela digitalização nesse aspecto, é que as regras de fonte, historicamente concebidas em um cenário de baixa mobilidade e necessidade de presença física, não se demonstram atualmente suficientes e eficazes para propriamente endereçar a mobilidade e alcance geográfico causada pela tecnologia.

De fato, o aumento contínuo do potencial de tecnologias digitais, aliada à redução da necessidade de presença física para o exercício de atividades nas jurisdições em que localizado o mercado consumidor, bem assim ao aumento do efeito de rede gerado pela interação de consumidores, levanta dúvidas sobre a adequação das regras baseadas na presença física ao momento atual⁷⁰⁹.

Portanto, novas regras de fonte, aplicáveis independentemente da presença física de não residentes, deverão ser concebidas, a fim de restaurar a neutralidade na tributação de atividades transnacionais realizadas no âmbito da economia digital, e a equidade entre residentes e não residentes no que tange às atividades realizadas em uma dada jurisdição.

3.3.2.3 Coleta de dados

Se a identificação da fonte de produção, isto é, a origem do rendimento é uma das tarefas mais desafiadoras no direito tributário internacional, a alocação de rendimentos decorrentes de operações executadas no contexto da economia digital torna-se uma tarefa ainda mais difícil, particularmente em casos em que consumidores e usuários se tornam importantes componentes na cadeia de valor (e.g. economia compartilhada e *multi-sided business*)

⁷⁰⁹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 147. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 29 out. 2019.

Com efeito, o aumento da sofisticação da tecnologia da informação possibilitou que empresas do segmento digital obtenham e utilizem informações de forma e velocidade sem precedentes⁷¹⁰. Típico exemplo desta atividade é o *big data*, que nada mais é do que a coleta, organização e análise de um conjunto de dados extremamente abrangente, de modo que, após a sua transformação em informações servem como parâmetro para a atuação de diversas empresas.

Uma ilustração do uso do *big data*, atividade característica e propiciada pela digitalização da economia, é o mapeamento de perfis de consumo na internet, traços esses que são processados para um melhor direcionamento de *marketing* e incremento da efetividade de vendas de produtos e serviços das empresas digitais.

A coleta de dados de usuários e consumidores de um determinado país desperta a questão sobre a atribuição de valor a esta geração de registros por meio de produtos ou serviços digitais, bem como se a sua recolha poderia ser considerada como um elemento de conexão apto a justificar a tributação do país em que a informação é obtida⁷¹¹. E mais, uma vez considerada como elemento de conexão genuíno com uma determinada jurisdição, como garantir a arrecadação, fiscalização e persecução tributário no país de origem dos dados.

Percebe-se, dessa forma, que, assim como ocorre com a residência e caracterização de *link* genuíno descritos acima, atribuição de valor a arrecadação de dados e a sua configuração como elemento de conexão também representam desafios impostos à política tributária internacional pelo avanço da tecnologia da informação e comunicação.

3.3.2.4 Caracterização dos rendimentos

O desenvolvimento de novos produtos digitais e o surgimento de novas formas de serviços têm gerado incertezas relacionadas à caracterização dos rendimentos deles decorrentes, especialmente a tipificação dos pagamentos às regras tributárias atualmente previstas.

Essa dificuldade pode ser exemplificada na caracterização dos rendimentos decorrentes de computação na nuvem (*cloud computing*). Como sabido, esse instrumento possibilita um acesso flexível e imediato a uma massa de compartilhamento de recursos

⁷¹⁰ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 147. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 147.

computacionais via internet, tais como servidores, armazenamento de espaços e aplicações. Atualmente, o *cloud* pode ser segregado em três modelos de serviços. O *software as a service* (SaaS), por meio qual as aplicações são executadas diretamente da nuvem, não sendo mais necessário o *download* e instalação de programas no computador do usuário. O serviço de plataforma (*platform as a service* – PaaS), geralmente destinado a desenvolvedores, facilita o desenvolvimento de aplicações por meio do fornecimento de sistema operacional de suporte e estrutura de desenvolvimento de software. Por fim, a *infrastructure as a service* (IaaS) compreende mecanismos, tais como processamento, armazenamento e rede, que podem ser virtualizados e disponibilizados como serviços⁷¹².

Serviços de computação na nuvem têm crescido em popularidade entre as empresas e os consumidores pessoas físicas. Contudo, os contratos envolvendo *cloud computing* são, via de regra, complexos e abrangem uma série de serviços, armazenamento de dados, serviços técnicos, processamento de dados, dentre outros, o que torna a caracterização dos rendimentos uma tarefa extremamente difícil. Uma classificação significativa e acurada dos rendimentos derivados da computação na nuvem demanda um entendimento das transações em questão, iniciando-se pela revisão dos termos contratuais⁷¹³.

Em teoria, as regras aplicáveis para contratos mistos são razoavelmente claras. Contudo, na prática, a distinção entre os aspectos principais e auxiliares dos contratos para aplicação da legislação fiscal não é uma tarefa fácil⁷¹⁴. Isso porque, no âmbito da economia digital, mormente nos serviços de *cloud*, o contrato pode prever uma série de atividades que vão desde a prestação de um serviço até prestação de serviços ou assistência técnicos.

Neste contexto, de modo a se aplicar corretamente a legislação tributária, há de se ponderar se as atividades podem ser concretamente identificadas e individualizadas pelo contrato, sob pena de se ter a retenção na fonte sobre o total dos pagamentos (no caso de impossibilidade de segregação) ou parcialmente, nas hipóteses em que as atividades podem ser claramente segmentadas⁷¹⁵.

A dificuldade no enquadramento das normas atualmente vigentes aos serviços de *cloud computing* (i.e. armazenamento de dados) já foi enfrentada pelas Autoridades Fiscais brasileiras⁷¹⁶, para quem a contratação de data center não se enquadra como uma locação de

⁷¹² BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015, p. 9.

⁷¹³ Ibidem, p. 9.

⁷¹⁴ Ibidem, p. 9.

⁷¹⁵ Este, inclusive, é o entendimento das autoridades fiscais Brasileiras, conforme se observa da análise das Soluções de Consulta Cosit nº 129 (2016) e nº 269 (2019).

⁷¹⁶ Vide Solução de Divergência da Coordenação-Geral de Tributação nº 6, de 03 de junho de 2014.

bem móvel, mas como uma prestação de serviços sujeita à incidência de IRRF, PIS e COFINS Importação e CIDE, tendo em vista que não é possível a divisão dos efeitos tributários para cada atividade prevista no contrato (i.e. equipamentos e gestão dos serviços de apoio que a compõe).

Via de regra, como os serviços de computação na nuvem apenas são viabilizados mediante a presença de *softwares*, no âmbito do direito internacional, o tratamento tributável conferido a eles deve ser o ponto de partida para a classificação e conseqüente tributação dos serviços de *cloud*. De acordo com as orientações contidas na convenção modelo da OCDE, rendimentos decorrentes de serviços de computação na nuvem geralmente devem ser enquadrados dentro da hipótese do artigo 12 ou 7, a depender da natureza dos direitos relacionados ao uso e exploração do *software* que o consumidor adquire nos termos do contrato.

Note-se, dessa forma, que a caracterização dos rendimentos dos novos produtos e atividades propiciadas pela evolução da tecnologia da informação e comunicação representam uma questão complexa que deve ser tratada por meio de políticas fiscais adequadas. A dificuldade se estende com o aumento das atividades de impressão 3D, a celeuma quanto à classificação dos rendimentos pode vir à tona, já que a fabricação de bens para a entrega aos consumidores pode dar lugar ao licenciamento de projetos para que os consumidores imprimam diretamente os bens adquiridos⁷¹⁷.

3.3.2.5 Desafios das autoridades fiscais

Do exposto, aspectos da economia digital como mobilidade, volatilidade e desnecessidade de presença física acendem um enorme desafio para as autoridades fiscais, especialmente na aplicação das regras tributável atualmente vigente e que foram concebidas sob o prisma de restrição de mobilidade e necessidade de presença física.

Via de regra, os problemas provocados pela digitalização da economia e pelos novos modelos de negócio dela derivados são de duas grandezas: (i) alocação de rendimento tributável ao país-fonte, ante a ausência de regras de fonte adequadas para atividades realizadas no âmbito da economia digital; e (ii) cobrança e fiscalização dos tributos devidos sobre atividades praticadas por não residentes.

⁷¹⁷ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 147. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 3 nov. 2019.

Tratado anteriormente, a ausência de regras sobre vínculos hábeis para lidar com o crescimento da tecnologia da informação e comunicação representa um óbice ao exercício da jurisdição fiscal pelos Estados-fonte, minando a base tributária.

De outro lado, relativamente à cobrança e fiscalização de tributos devidos por não residentes, que realizam negócios em determinado país via digital e sem a exigência da presença física, as dificuldades estão na praticabilidade de tais medidas. Geralmente, a conformidade fiscal exige que as transações e as partes sejam propriamente comunicadas, quer por meio de documentos fiscais, quer por meio de obrigações acessórias. Contudo, a execução de créditos fiscais de não residentes sem qualquer tipo de ativos ou presença no país é algo extremamente difícil, quiçá impossível.

E mais, a propagação das moedas virtuais, muitas delas sem qualquer tipo de controle de titularidade, faz com que sejam possíveis a realização de transações anônimas, tornando ainda mais complicada a fiscalização e cobrança de créditos fiscais de atividades transnacionais realizadas no âmbito da economia digital.

Portanto, as dificuldades ocasionadas pela economia digital são enormes, muitos delas decorrentes da ausência de regras fiscais adequadas para endereçar corretamente as particularidades das atividades digitais, notadamente a mobilidade, volatilidade e virtualidade. Resultado imediato desta “falta” na adequação legislativa é o surgimento do chamado *Stateless income*.

3.4 STATELESS INCOME

Tradicionalmente, *stateless income* é tido como o descolamento de rendimentos tributáveis, realizado por grupos multinacionais, de um país com alta carga tributária para uma jurisdição com baixa ou nenhuma tributação sem, contudo, alterar a localização do investimento estrangeiro ou de atividades. Citada prática não deve ser confundida com o fenômeno da mobilidade de capital, porquanto esta envolve a habilidade de uma pessoa em alocar investimentos ou atividades com vistas a otimizar a sua carga tributária. Trata-se, assim, da elasticidade de escolha de alocação de investimentos baseada no volume tributário adotado por uma determinada jurisdição⁷¹⁸, motivada pela inexistência de regras de fonte

⁷¹⁸ KLEINBARD, Edward D. *Stateless income*. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 11, 2011, p. 703

adequadas, bem assim em virtude da ausência de padronização do direito tributário internacional⁷¹⁹.

De outro lado, o *stateless income* representa o desvio dos rendimentos tributáveis de um grupo empresarial sem a alocação do investimento ou atividade de terceiros para aquela jurisdição⁷²⁰. Nesse caso, a tributação ocorre em um país, com baixa ou sem nenhuma tributação, jurisdição esta que não é o país de residência do controlados do grupo empresarial, tampouco o de localização de seus consumidores.

Nesse quadro, pode-se dizer que, sob à ótica original, o *stateless income* pode ser definido pelas seguintes características:

- (i) é um rendimento auferido por grupos multinacionais;
- (ii) obtido por meio de atividades realizadas fora do país de residência em que está situado o controlador do grupo empresarial;
- (iii) não está sujeito à tributação no país em que os consumidores e os fatores de produção estão localizados;
- (iv) não está sujeito à tributação no país de residência do controlador do grupo empresarial;
- (v) está sujeito à “tributação” em jurisdição com baixa ou nenhuma carga tributária;
- (vi) inexistência de elemento de conexão genuíno com a jurisdição tributante⁷²¹.

Percebe-se, via de consequência, que, historicamente, o *Stateless income* decorre de uma situação envolvendo planejamentos adotados por multinacionais, que conseguem se beneficiar de “oportunidades” proporcionadas por jurisdições com baixa ou sem nenhuma tributação, sem, contudo, trasladar o investimento ou atividades de terceiros para aquela localidade.

Esse mecanismo tem dominado as discussões do mundo tributário nos últimos anos, atraindo atenções de políticos, organizações internacionais e autoridades fiscais, tornando-

⁷¹⁹ VALENTE, Piergiorgio. International. Taxless Corporate Income: Balance against White Income, Grey Rules and Black Holes. **European taxation**, v. 57, n. 7, 2017, p. 274.

⁷²⁰ KLEINBARD, Edward D. Stateless income. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 11, 2011, p. 703

⁷²¹ VALENTE, op. cit., p. 272.

se seu tema favorito, sendo, inclusive, um dos motivos para o lançamento do ambicioso Projeto BEPS, que dentre seus objetivos ressalta o de obliterar o *stateless income*⁷²²⁷²³.

De qualquer forma, em que pese o fato de o *stateless income* não ser o resultado de uma estratégia recente, mas algo já enraizado e plenamente difundido em transações de grupos empresariais globais, contudo, esse fenômeno foi potencializado pelo avanço da tecnologia da informação e comunicação. Com a digitalização da economia, as regras de fonte até então existentes, e concebidas para um cenário de baixa mobilidade e necessidade de presença física no país de consumo de bens e serviços, revelaram-se inadequadas à mobilidade, à volatilidade e à virtualidade da nova economia, permitindo não apenas a remoção de rendimento em jurisdições com baixa ou nenhuma tributação, mas também a possibilidade de ganho sem vínculo com nenhuma jurisdição.

Dessa feita, atualmente não há que se falar apenas na praxe de “medidas abusivas” por parte de grupos corporativos globais, mas também da lacuna na seara tributária em razão da falta de elementos de conexão adequados para lidar com as características geradas pelo mundo digital.

Deveras, conforme demonstrado acima, parte significativa dos negócios conduzidos no âmbito da economia digital são motivados por propósitos negociais legítimos e sem qualquer intenção de se transferir rendimentos ou incorrer em BEPS. Ademais, ainda que derivado de estruturas devidamente planejadas por grupos multinacionais, no *stateless income* existe uma jurisdição tributante, ainda que ausente qualquer tipo denexo ou conexão genuína entre a pessoa, fato ou coisa e o Estado. De outro lado, os casos, de silente a tributação, potencializados pela economia digital não ocorrem pura e simplesmente em razão da prática de planejamentos por parte de conglomerados empresariais, mas em razão de inadequação das regras de fonte existentes para lidar com a nova economia.

Dessa forma, embora, a nosso ver, o *stateless income* e a ausência de tributação em atividades genuínas proporcionada por peculiaridades inerentes à digitalização da economia serem coisas distintas, não se pode negar a existência de uma nítida peculiaridade comum entre eles: o rendimento não é tributado no país onde as atividades são realizadas, tampouco na jurisdição em que os consumidores⁷²⁴ estão localizados. Isto é, a problemática

⁷²² Vide OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 48. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

⁷²³ VALENTE, Piergiorgio. International. Taxless Corporate Income: Balance against White Income, Grey Rules and Black Holes. **European taxation**, v. 57, n. 7, 2017, p. 271.

⁷²⁴ Ibidem, p. 273.

decorrente tanto do fenômeno do *stateless income*, quanto da falta de tributação proporcionada pela economia digital está na carência de elos genuínos entre o rendimento e a jurisdição da qual o rendimento é originário.

Nas situações de *stateless income*, o nexos com o local de origem de rendimento é fraco ou juridicamente inexistente, possibilitando que a entidade ou coisa se mova para outra jurisdição. Daí, que nem todos os tipos de rendimentos podem se tornar estatales, mas apenas aqueles flexíveis, móveis e imateriais⁷²⁵. No campo da economia digital, de outro lado, em virtude da privação de regras de fonte específicas, atividades executadas em meio virtual, sem a presença física no país de mercado, impede a tributação por este, restando apenas a tributação pelo país de residência nas hipóteses em que (i) reste caracterizada a existência de nexos com a pessoa do contribuinte (territorialidade pessoal); e (ii) aludido país seja optante pela tributação da renda em bases universais.

Nessa direção, assim como sucede no *stateless income*, a problemática na tributação dos novos modelos de negócio gerados pela digitalização da economia consiste na privação de elementos de conexão genuínos aptos a fazer frente tanto os desafios da explosão da tecnologia da informação e comunicação, como em razão da inexistência de uma padronização das regras de fonte no direito tributário internacional, situações essas que têm sido objeto de estudo, manifestações e acompanhamento por parte da OCDE desde a década de 90.

3.5 AÇÕES DA OCDE SOBRE ECONOMIA DIGITAL

A problemática causada pelo avanço da tecnologia da informação e comunicação não é um assunto recente. Desde a segunda metade da década de 90, a OCDE iniciou uma série de iniciativas com vistas a identificar os problemas e potenciais soluções relacionadas ao comércio eletrônico.

Em reunião datada de junho de 1996, o Comitê de assuntos fiscais da OCDE (*Committee on Fiscal Affairs*) discutiu as implicações fiscais derivadas do desenvolvimento da tecnologia da comunicação⁷²⁶. Contudo, a primeira iniciativa da OCDE dedicada inteiramente a aspectos tributários do *e-commerce* ocorreu apenas em 1997, mais

⁷²⁵ VALENTE, Piergiorgio. International. Taxless Corporate Income: Balance against White Income, Grey Rules and Black Holes. **European taxation**, v. 57, n. 7, 2017, p. 273.

⁷²⁶ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 152. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

precisamente em Turku, Finlândia, entre os dias 19 e 21 de novembro. Nesse período realizou-se Conferência Internacional "*Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*"⁷²⁷, na qual se procurou identificar os problemas e possíveis soluções em relação à tributação do comércio eletrônico⁷²⁸.

Como reconhecido pelo próprio relatório da Convenção Internacional, o encontro não teve como resultado uma estratégia detalhada a ser aplicada por empresas, governos e organismos internacionais para promover o comércio eletrônico e, ao mesmo tempo, proteger o interesse público⁷²⁹. Muito pelo contrário, discussões foram apenas sintetizadas e objetivos foram traçados para a Convenção Ministerial de Ottawa, Canadá, marcada para outubro de 1998, oportunidade em que seriam apresentados os trabalhos até então desenvolvidos para endereçar questões relacionadas ao comércio eletrônico; seu estágio, pontos fortes e pontos fracos⁷³⁰.

3.5.1 Conferência ministerial de Ottawa

Entre os dias 7 a 9 de outubro de 1998, a OCDE e o Governo do Canadá organizaram uma Conferência Ministerial sobre o comércio eletrônico - *A Bordless World: Realising the Potential of Global Eletronic Commerce*, evento que ficou conhecido como a Conferência de Ottawa. Pela primeira vez, na área de eventos ministeriais da OCDE, governantes de diversos países ao total, 29 países membros e 11 países não membros -, diretores de entidades internacionais, líderes industriais e representantes de interesses sociais, trabalhistas e de consumidores se reuniram para esclarecer as respectivas funções, discutir prioridades e desenvolver planos para promover o desenvolvimento do comércio eletrônico global.⁷³¹

A fim de cumprir as referidas tarefas, a Conferência de Ottawa focou em quatro principais temas, quais sejam: (i) promover confiança para os usuários e os consumidores;

⁷²⁷ OECD. *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*, Turku (Finland): 19-21 November 1997 - Conference Report. In: **OECD Digital Economy Papers**, No. 38. Paris: OECD Publishing, 1998. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/236647320075>>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁷²⁸ GALDINO; Guilherme Silva. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Desafios da Economia Digital: do Problema Hermenêutico ao Desequilíbrio na Alocação de Jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. v.3, 2016, p. 293.

⁷²⁹ OECD. *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*, Turku (Finland): 19-21 November 1997 - Conference Report. In: **OECD Digital Economy Papers**, No. 38, Paris: OECD Publishing, 1998, p.6. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/236647320075>>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁷³⁰ Ibidem, p.7.

⁷³¹ OECD. **Forum Background: the Ottawa Conference**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/forumbackgroundtheottawaconference.htm>>. Acesso em: 24 out. 2019.

(ii) estabelecer regras básicas para o mercado digital; (iii) fomentar a infraestrutura de informação para o comércio eletrônico e (iv) maximizar os benefícios.⁷³²

Com relação ao primeiro ponto chave, foi posto que, visando de maximizar a confiança dos usuários com relação ao mercado digital, e garantir a sua continuidade, seria preciso que as medidas protetivas e o cenário regulatório nacional, ambos voltados ao mercado físico, fossem ajustados, quando cabível, ao comércio eletrônico.⁷³³

No que tange ao segundo tema, restou estipulado que, uma vez que os governos, a indústria e os consumidores que se utilizam da plataforma digital estão procurando proteção efetiva nesse mercado e a eliminação de barreiras a essa nova modalidade de comércio, parâmetros legais devem ser estabelecidos apenas quando essencial, de maneira clara, consistente e precisa, bem como devem promover um ambiente em que predomine a competitividade.⁷³⁴

Quanto ao terceiro foco da Conferência de Ottawa, considerando que o crescimento do comércio eletrônico depende do acesso a uma infraestrutura de informação universal e economicamente viável, ressaltou-se que a efetiva concorrência em mercados de telecomunicação tem o condão de garantir a tendência de longo prazo em direção à diminuição de custos, ao aumento de qualidade e à expansão do acesso à infraestrutura e ao serviço de informação.⁷³⁵

Por fim, no que diz respeito à maximização dos benefícios, os participantes da conferência em tela reconheceram que a transição para a economia digital é um elemento importante na caminhada em direção à sociedade da informação global e que todo o potencial econômico e social do comércio eletrônico só será atingido mediante o seu uso disseminado pelas empresas, pelos consumidores e pelas instituições públicas. Assim, recomendou-se um estudo dos impactos dessa transição, especialmente no que concerne ao crescimento, à produtividade e à oferta de emprego, assim como uma análise das necessidades dos empreendimentos - incluindo pequenas e médias empresas -, das entidades e dos consumidores em países desenvolvidos e em desenvolvimento.⁷³⁶

⁷³² OECD. **Forum Background: the Ottawa Conference.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/forumbackgroundtheottawaconference.htm>>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷³³ Ibidem, pp. 4-5.

⁷³⁴ OECD. **A borderless world: Realising the potential of global electronic commerce.** 1998, p. 6. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec\(98\)14/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec(98)14/final&doclanguage=en)>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷³⁵ Ibidem, p. 6.

⁷³⁶ Ibidem, p. 6.

Tendo em vista os referidos objetivos, foi elaborado um relatório pelo Comitê de Interesses Fiscais, no qual este concluiu que os princípios tributários adotados pelos países, no que tange ao comércio convencional, deveriam também ser aplicados ao comércio eletrônico. Isto é, desde o início dos trabalhos, a OCDE descartou a atribuição de um tratamento distinto à economia digital (*ring-fencing*)⁷³⁷. Nesse sentido, o Comitê ressaltou, ainda, que qualquer adaptação de princípios tributários internacionais já existentes deve ser estruturada de modo a manter a soberania dos países, a atingir uma alocação justa de base tributável e a evitar dupla tributação ou dupla não tributação não intencional.⁷³⁸

3.5.1.1 Princípios de Ottawa

Como resultado das da Conferência de Ottawa, foram elencados cinco princípios que deveriam ser aplicados no contexto do comércio eletrônico, quais sejam: (i) neutralidade; (ii) eficiência; (iii) certeza e simplicidade; (iv) eficiência e equidade e (v) flexibilidade.⁷³⁹

3.5.1.1.1 Neutralidade

De acordo com o princípio da neutralidade, a tributação deve procurar ser neutra e igualitária dentre as diferentes modalidades de comércio eletrônico, bem como dentre os comércios convencionais e eletrônicos. Dessa forma, as decisões empresariais devem ser motivadas meramente por questão econômicas, sem sofrer influências de ordem fiscal. Ademais, contribuintes em situações similares, realizando transações semelhantes, devem estar sujeitos ao mesmo nível de tributação.⁷⁴⁰

Verifica-se, portanto, que a neutralidade prega igualdade de tratamento entre as atividades conduzidas no âmbito da economia digital e aquelas tradicionalmente realizadas, cujas especificidades são marcadas pela tangibilidade e necessidade de presença física no

⁷³⁷ GALDINO; Guilherme Silva. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Desafios da Economia Digital: do Problema Hermenêutico ao Desequilíbrio na Alocação de Jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v.3, p. 15.

⁷³⁸ OECD, op. cit., p. 6.

⁷³⁹ OECD. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs**. 1998, p. 4. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷⁴⁰ OECD. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs**. 1998, p. 4. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

mercado consumidor. Trata-se de uma recusa da OCDE em segregar, isto é, isolar (*ring-fencing*) as atividades realizadas por meio da tecnologia da informação e comunicação.

Todavia, apesar da neutralidade como um princípio norteador do comércio eletrônico, e historicamente aceita no âmbito do direito tributário internacional⁷⁴¹, a sua adoção levou a uma conduta relativamente inerte da OCDE por aproximadamente duas décadas, haja vista que, no entendimento dessa organização, os princípios subjacentes às normas internacionais, veiculados pelos acordos de bitributação e regras de preços de transferência deveriam ser aplicados ao comércio eletrônico, sendo necessários apenas breves esclarecimentos acerca da gestão da convenção modelo da OCDE⁷⁴² sobre estas atividades.

Resultado prático desta “inércia” por parte da OCDE em realizar amplas reformas, editando apenas esclarecimentos sobre a aplicabilidade da convenção modelo sobre as atividades realizadas no domínio do *e-commerce*, foi o atraso na edição de regulamentações, principalmente regras de fonte, adequadas para enfrentar as questões suscitadas pela digitalização da economia, acarretando a perda de arrecadação pelos países-fonte e possibilitando ainda o fenômeno do *stateless income* e a prática de BEPS.

3.5.1.1.2 Eficiência

O princípio da eficiência prevê que os custos de conformidade para os contribuintes e os custos administrativos para as autoridades fiscais devem ser minimizados na medida do possível.⁷⁴³

3.5.1.1.3 Certeza e simplicidade

Os princípios da certeza e da simplicidade, por sua vez, estabelecem que os regulamentos tributários devem ser claros e simples, de tal modo que o contribuinte possa

⁷⁴¹ Vide item 2.4.

⁷⁴² GALDINO; Guilherme Silva. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Desafios da Economia Digital: do Problema Hermenêutico ao Desequilíbrio na Alocação de Jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v.3, p. 294.

⁷⁴³ OECD. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs**. 1998, p. 4. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

antecipar as consequências fiscais antes mesmo de realizar uma determinada transação, sendo possível, assim, saber quando, onde e como o tributo será contabilizado.⁷⁴⁴

3.5.1.1.4 *Efetividade e Equidade*

Os princípios da efetividade e da equidade dispõem que a tributação deva resultar no montante ideal de tributo, no momento certo. Destarte, o potencial de evasão e elisão fiscal deve ser mitigado, tomando medidas repressivas proporcionais aos riscos envolvidos.⁷⁴⁵

3.5.1.1.5 *Flexibilidade*

Por fim, o princípio da flexibilidade recomenda que os sistemas tributários sejam flexíveis e dinâmicos, a fim de garantir o seu alinhamento com o desenvolvimento tecnológico e comercial.⁷⁴⁶

Após elencar os princípios citados, o Comitê de Interesses Fiscais delineou quais aspectos da tributação devem incorporá-los, sendo estes: (i) serviço aos contribuintes; (ii) necessidades das autoridades tributárias quanto à administração, identificação e acesso à informação; (iii) controle e coleta de tributos; (iv) tributação sobre o consumo e (v) cooperação tributária internacional.⁷⁴⁷

Especialmente no que concerne à tributação sobre o consumo, entendeu o Comitê de Interesses Fiscais que os princípios elencados seriam incorporados de modo a atribuir o poder de tributar à jurisdição de consumo, devendo, para tanto, haver um consenso sobre quais circunstâncias indicariam que o consumo ocorreu em determinada jurisdição. Nesse sentido, ressalva o Comitê que o fornecimento de produtos digitais deve ser tratado de maneira distinta ao tratamento conferido ao fornecimento de mercadorias.⁷⁴⁸

Uma vez implementadas as medidas supramencionadas, o Comitê de Interesses Fiscais entendeu ser possível aos governos enfrentar os desafios do comércio eletrônico e,

⁷⁴⁴ OECD. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs**. 1998, p. 4. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷⁴⁵ Ibidem, p. 4.

⁷⁴⁶ Ibidem, p. 4.

⁷⁴⁷ OECD. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs**. 1998, p. 5. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷⁴⁸ Ibidem, p. 5.

então, conduzir uma abordagem tributária internacional consistente com esse novo comércio.⁷⁴⁹

3.5.2 Comitê de assuntos fiscais e grupos de trabalho

Em reunião datada de janeiro de 1999, o Comitê de assuntos fiscais decidiu que os programas de trabalho relacionados ao comércio eletrônico deveriam ser conduzidos pelos órgãos dos comitês já existentes de acordo com as suas áreas de responsabilidades. Ainda, ficou estabelecida a criação de grupos de trabalho (*technical advisory groups – TAG*), os quais seriam formados por representantes de membros de governos integrantes e não integrantes da OCDE, de empresas e de grupos científicos, e seriam divididos da seguinte forma⁷⁵⁰:

- (i) grupo de trabalho sobre tributos sobre o consumo;
- (ii) grupo de trabalho sobre tecnologia;
- (iii) grupo de trabalho sobre avaliação de dados profissionais;
- (iv) grupo de trabalho sobre lucro das empresas;
- (v) grupos de trabalho sobre caracterização de tratados

Em razão da relevância dos grupos de trabalhos mencionados, para fins da presente tese, em que se discute a relevância do mercado consumidor como um nexa apto a justificar a tributação pelo país em que localizado, especialmente em operações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digitalizada, restringiremos a análise aos itens (iv) e (v).

3.5.2.1 Grupo de trabalho sobre lucros das empresas

O grupo de trabalho sobre os lucros das empresas foi instaurado para analisar a forma com que as regras relativas aos lucros das empresas até então existentes nos acordos de

⁷⁴⁹ OECD. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs**. 1998, p. 5. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷⁵⁰ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 153. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

bitributação devam ser aplicadas no contexto do comércio eletrônico, bem como para examinar eventuais alternativas propostas⁷⁵¹.

O trabalho resultante das atividades desempenhadas pelo grupo traduziu-se em relatórios sobre *Attribution of Profits to a Establishment Involved in Electronic Commerce Transactions*⁷⁵², disponível em fevereiro de 2001, e *Place of Effective Management Concept: Suggestions of Changes to the OECD Model Tax Convention*⁷⁵³. A equipe também produziu relatório sobre *Treaty Rule and E-Commerce: Taxing Business Profits in the New Economy*⁷⁵⁴, lançado em 2005.

Nesse último, o grupo reconheceu que alguns aspectos das diretrizes tributárias internacionais existentes atualmente geravam preocupações. Visando não propor mudanças fundamentais nas regras até então existentes, já indicada na Conferência de Ottawa, o relatório examinou um número restrito de medidas que poderiam ser assumidas para lidar com as mudanças advindas do avanço da tecnologia da comunicação, chegando a fazer algumas recomendações referentes a elas⁷⁵⁵.

Após discorrer sobre as providências contidas nos acordos de bitributação atinentes aos lucros das empresas (e.g. conceito de estabelecimento permanente, atribuição e cálculos dos lucros, divisão de base tributável entre os países), o documento apresentou análise crítica quanto às regras vigentes sob à luz dos critérios estabelecidos na conferência de Ottawa⁷⁵⁶.

Especialmente no que tange à origem do lucro das empresas, isto é, a sua fonte, o relatório concluiu que o lucro das empresas deve ser considerado como originado no local dos fatores de produção que ensejem às empresas auferirem os rendimentos. Ou seja, o relatório rejeitou sugestões de que o simples fato de um país prover o mercado consumidor

⁷⁵¹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 153. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷⁵² OECD. **Attribution of Profits to a Establishment Involved in Electronic Commerce Transactions**. A Discussion Paper From the Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits. 2001. Disponível em: < <http://www.oecd.org/ctp/treaties/1923312.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷⁵³ OECD. **Place of Effective Management Concept: Suggestions of Changes to the OECD Model Tax Convention**. 2003. Disponível em: < <http://www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷⁵⁴ OCDE. Part II - Treaty Rule and E-Commerce: Taxing Business Profits in the New Economy 2005. In: **E-commerce: Transfer Pricing and Business Profits Taxation**, OECD Tax Policy Studies, No. 10. Paris: OECD Publishing, 2005. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264007222-en>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷⁵⁵ OECD, op. cit., pp. 153-154.

⁷⁵⁶ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 154. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acessado em: 13 out. 2019.

de produtos e serviços fornecidos por não residentes sem qualquer tipo de presença física deve autorizar a tributação por aquele país. Mais precisamente, o grupo de trabalho não concordou que nas hipóteses em que o fornecedor de produtos e serviços não possui presença física, ele ainda se beneficia do sistema legal e infraestrutura econômica do país de consumo ou, ainda que utilizassem, em qual medida tal utilização poderia dar ensejo à tributação na fonte de parte dos lucros auferidos pelo fornecedor não residentes de produtos ou serviços.⁷⁵⁷

Enfim, conclui o grupo de trabalho que o comércio eletrônico e outros modelos de negócio decorrentes da evolução da tecnologia da comunicação não justificaria, uma alteração das regras vigentes à época. Para o grupo de trabalho, não havia evidências de que o aumento na eficiência da comunicação devido ao avanço da internet causava reduções significantes na tributação pelos países importadores de capital.

Ainda, eventuais mudanças das regras até então aplicáveis apenas deveriam ocorrer após um consenso de que as propostas eram nitidamente superiores para lidar com esses novos modelos de negócios. Por fim, concluiu que, dada a opção por não conferir um tratamento tributário específico aos modelos de negócio realizados no âmbito da economia digital, qualquer medida a ser adotada deve considerar eventuais impactos em todos os tipos de negócio, notadamente os modelos tradicionais⁷⁵⁸.

3.5.2.2 Grupo de trabalho sobre a caracterização de tratados

Resultado prático das sugestões realizadas pelos grupos de trabalho, especialmente sobre a adequação dos acordos de bitributação e seus comentários ao comércio eletrônico, levou a pequenas mudanças na convenção modelo da OCDE, bem como em seus comentários, mudanças estas incorporadas na atualização ocorrida em 2003. Basicamente, as propostas se referem à definição de estabelecimento permanente e a caracterização de pagamentos segundo a definição de *royalties* contidas no artigo 12 da convenção modelo.

No que diz respeito ao estabelecimento permanente, os comentários ao artigo 5 da convenção modelo da OCDE foram complementados para que reste expresso que um *website* não pode dar autorizar à caracterização de estabelecimento permanente. Ou seja, mesmo diante do desenvolvimento da tecnologia da comunicação e rápido crescimento do

⁷⁵⁷ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 154. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acessado em: 13 out. 2019.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 156.

comércio eletrônico, optou a OCDE pela manutenção da exigência de presença física para justificar, ou melhor, autorizar a tributação pelo país-fonte, escolhas estas que se revelaram inadequadas e ineficientes para lidar com a digitalização da economia e cujas consequências promoveram a criação do Projeto BEPS, cujos efeitos vigoram até os dias atuais.

De outro lado, relativamente à tipificação de pagamentos realizados no contexto do comércio eletrônico à luz da convenção modelo da OCDE, os comentários ao artigo 12 da convenção foram alterados para deixar claro o plano de aplicação dos artigos 12 e 7 no contexto dos novos modelos de negócios do comércio eletrônico. Os referidos esclarecimentos foram incluídos na atualização de 2013 e estão relacionados (i) ao pagamento pelo uso ou pelo direito de uso de direitos autorais; (ii) pagamentos de know-how; (iii) pagamentos mistos.

Note-se, portanto, o trabalho puramente hermenêutico aplicado pela OCDE em relação aos novos modelos de negócio da tecnologia da informação e comunicação. À época, acreditava-se que todos os problemas que poderiam advir da economia digital já estariam solucionados, bastando-se a compreensão adequada do texto da convenção modelo⁷⁵⁹. Neste contexto, em virtude de esclarecimentos e complementações realizados nos comentários da convenção modelo da OCDE muitas situações, outrora completamente ignoradas pela OCDE, passaram a constar dos comentários e contribuíram para a aplicação da convenção modelo a situações envolvendo o comércio eletrônico.

Contudo, os tímidos resultados produzidos naquele período, - esclarecer a forma de aplicação da convenção modelo da OCDE no âmbito da digitalização da economia, sob a crença de que a hermenêutica apropriada dos acordos de bitributação poderia garantir adequadas distribuições de receita tributável entre os Estados -, também se revelaram limitados para lidar com a mobilidade, volatilidade e imaterialidade da economia digital.

Deveras, a resistência na adoção de reformas substanciais, especialmente no que se refere à exigência de presença física e negação do mercado como *link* genuíno apto à justificar a tributação, seja em virtude de consenso entre os países membros (em sua imensa maioria, exportadores de capitais), seja por subestimar os efeitos da digitalização da economia, acabou por acentuar ainda mais a distorção de tributação entre os países da fonte

⁷⁵⁹ GALDINO; Guilherme Silva. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Desafios da Economia Digital: do Problema Hermenêutico ao Desequilíbrio na Alocação de Jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v.3, p. 297.

e de residência, alavancando o fenômeno do *stateless income* e a corrosão do lastro tributário pelo país-fonte e, em situações específicas, a perda de arrecadação pelo país de residência.

Pois bem, a parte da evolução da tecnologia da informação e comunicação e dos novos modelos de negócios dela decorrentes, o que, por si só, já representava um desafio para autoridades fiscais e Governos dos países, a crise *subprime* norte-americana de 2008 e 2009 e os planejamentos tributários agressivos, cujo resultado era a ocorrência do *stateless income*, causou uma imensa perda de arrecadação aos países, grande maioria membros da OCDE. Resultado desse desalinhamento na atribuição de direito à tributação da renda ao local em que gerada, foi a criação do projeto BEPS encabeçada pela OCDE e suportada pelo G20.

3.5.3 Projeto BEPS

Em estudo realizado por H. Grubert, com base em 754 multinacionais norte-americanas no período de 1996 a 2004, sugere-se que os rendimentos auferidos no exterior cresceram 12% se comparado com as vendas externas, discrepância esta que se presume seja causada pela transferência de lucros (*profit shifting*) para o exterior. K. J. Klassen e S. K. LaPlante, ao analisar o avanço do *profit shifting* nos últimos anos, concluíram que a diferença de alíquotas entre os Estados Unidos e jurisdições foi responsável, em um universo de 380 empresas com carga tributária no exterior abaixo da média, pelo deslocamento de, anualmente, cerca de 10 bilhões de dólares ao exterior durante os anos de 2005 a 2009⁷⁶⁰⁻⁷⁶¹.

Como resultado de traslados de lucros, países perderam bilhões de dólares em receitas corporativas⁷⁶² durante as últimas décadas. Para se ter uma ideia dos danos causados pelo BEPS, a Alemanha, um dos países com maior carga tributária, perdeu 1,26

⁷⁶⁰ Relativamente ao período de 1998 e 2002.

⁷⁶¹ DHARMAPALA, Dhammika. **What do we know about base erosion and profit shifting?** A review of the empirical literature. 2014, p. 18. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2385&context=law_and_economics>. Acesso em: 18 out. 2019.

⁷⁶² Embora perfeitamente justificável a preocupação dos países sobre a perda de receitas corporativas, Dhammika Dharmapala assevera as receitas corporativas são componentes relativamente pequenos das receitas auferidas pelos governos com economia mais expressiva: “for instance, corporate tax revenue comprised 7.4% of total revenue for the UK in 2012”. (DHARMAPALA, Dhammika. **What do we know about base erosion and profit shifting?** A review of the empirical literature. 2014, p. 19. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2385&context=law_and_economics>. Acesso em: 18 out. 2019.)

bilhões de dólares em 1999. Nos Estados Unidos, em 2004, a perda do tesouro provocada pelo BEPS corresponde a mais de um terço das receitas corporativas⁷⁶³.

Em virtude das perdas causadas pelo BEPS nos últimos anos, e motivados por diversos fatores políticos e veiculação em massa nos canais de comunicação de planejamentos tributários realizados por empresas como Apple, Amazon, Starbucks, dentre outras, após encontro realizado em Los Cabos, México, os Líderes do G20, emitiram uma declaração⁷⁶⁴ reiterando a necessidade de combate ao BEPS e a intenção de seguir com os trabalhos da OCDE em andamento nessa área.

Em junho de 2013, a OCDE publicou seu plano de ação de combate à degradação da base tributária e deslocamento de lucros (*BEPS Project* ou *Projeto BEPS*). O referido plano de ação conta com a participação conjunta da OCDE e do G20 em igualdade de condições e destina-se a combater planejamentos tributários que exploram brechas e inconsistências em legislações fiscais para deslocar, artificialmente, lucros para jurisdições com baixa ou nenhuma atividade econômica, resultando em baixa ou nenhuma tributação corporativa.

De acordo com o referido plano de ação, as medidas de combate ao BEPS seriam apresentadas dentro de um prazo relativamente curto, possuindo, preliminarmente, duas datas de conclusão: setembro de 2014 e setembro de 2015⁷⁶⁵.

Em 05 de outubro de 2015, cumprindo o cronograma previamente estabelecido, a OCDE apresentou o pacote final contendo as medidas de combate ao BEPS. De acordo com o Secretário Geral da OCDE, Angel Gurría, o BEPS afeta todos os países não só sob o aspecto econômico, mas também sob o ponto de vista da confiança; priva países de recursos preciosos necessários à retomada do crescimento, combate à crise econômica mundial, além de criar mais e melhores oportunidades para todos⁷⁶⁶.

Mais do que um arsenal de medidas para combater o BEPS, o projeto desenvolvido pela OCDE/G20 tem como pressuposto um novo paradigma de tributação internacional suportado pela cooperação e coordenação entre os países. Tanto é assim que um dos

⁷⁶³ Ibidem, p. 19.

⁷⁶⁴ Para ver o inteiro teor da declaração acesse: < <http://www.telegraph.co.uk/finance/g20-summit/9343250/G20-Summit-communicate-full-text.html>>.

⁷⁶⁵ Foi estipulado, também, um prazo para dezembro de 2015 para alguns aspectos relacionados aos planos de ação 4 (*interest expense*), 5 (*harmful tax practice*) e 15 (*multilateral instruments*).

⁷⁶⁶ OCDE. **Reforms to the international tax system for curbing avoidance by multinational enterprises**. 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>>. Acesso em 20 out. 2019.

princípios fundamentais estabelecidos pelo BEPS é a necessidade do estabelecimento de um regime internacional baseado cooperação ao invés de competição⁷⁶⁷.

Ao abordar o novo paradigma de cooperação estabelecido pelo *BEPS Project*, Yariv Brauner⁷⁶⁸ ressalta o fracasso do regime tributário internacional baseado na competição entre países. Para o referido estudioso, os esquemas de planejamento tributário que provocaram a ira das economias mundiais são resultado direto do atual regime tributário internacional⁷⁶⁹, caracterizado pela competição por investimentos e receitas entre países. Ações colaborativas entre países estavam limitadas à busca da competição perfeitas, conquistadas pela remoção de falhas no mercado e facilitação do livre comércio. Essas foram as motivações para a construção de um regime tributário internacional e por sua evolução ao longo dos anos, fundado no paradigma residência vs. fonte. Via de regra, os países tributam seus residentes com base na regra de residência e estrangeiros com base na fonte. Com o aumento da mobilidade de pessoas e capital, juntamente com o aumento dos ativos intangíveis, esse paradigma – residência vs. fonte – mostrou-se inadequado⁷⁷⁰.

Embora ineficiente, o paradigma residência vs. fonte ainda continua a dominar o regime tributário internacional. Países de residência objetivam aumentar a tributação baseada na residência às custas da tributação na fonte, ao passo que os países-fonte recorrem a concessões fiscais, na esperança de atrair investimentos estrangeiros

Ocorre que os países, por mais fortes que suas economias sejam, não são poderosos o suficiente para impor sua legislação tributária de acordo com o atual regime internacional. Por definição, medidas unilaterais estão fadadas ao fracasso e, portanto, coordenação e colaboração internacional de políticas tributárias constituem requisitos indispensáveis para a implementação de uma reforma substancial⁷⁷¹.

Cooperação e coordenação de políticas tributárias não requerem uma completa, ou até parcial, harmonização das regras tributárias internacionais. Elas simplesmente admitem uma alocação de competências tributárias de uma forma diversa do atual tudo ou nada presente no paradigma residência vs. fonte⁷⁷².

⁷⁶⁷ Os outros dois “core principles” do BEPS são (i) importância da adoção de uma abordagem holística para uma reforma internacional substantiva; e (ii) a aceitação de soluções completamente inovadoras para problemas que não puderam ser solucionados pelas normas aplicáveis, em detrimento do conservadorismo do regime tributário internacional. (BRAUNER, Yariv. What the BEPS. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 16, 2014, p. 58-59).

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁶⁹ Sobre a existência de um regime tributário internacional vide AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax as International Law: an analysis of the international tax regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 497 e ss.

⁷⁷⁰ BRAUNER, op. cit., p. 65.

⁷⁷¹ BRAUNER, Yariv. What the BEPS. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 16, 2014, p. 59.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 67.

Portanto, dentro do espírito pretendido pelo BEPS, a competição entre os países por investimentos e receitas até então existente dá lugar a um novo modelo, calcado na coordenação e cooperação entre países. Tal princípio, pode ser facilmente constatado em alguns planos de ação, como os voltados aos instrumentos multilaterais, e a documentação de preços de transferência e declaração país a país.

Em linhas gerais, o BEPS Project é composto por 15 planos de ação (15 *Action Plans*). Embora trate-se de um pacote de medidas destinadas a endereçar uma gama de situações, pode-se identificar cinco grupos⁷⁷³ distintos. O primeiro grupo, representado pelo *Action #1*⁷⁷⁴ e *Action #5*⁷⁷⁵, são os planos de ação mais gerais e abrangentes, que representam contínuos desafios no regime tributário internacional. O segundo grupo – planos de ação 2 (*Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*), 3 (*Strengthen CFC Rules*) 4 (*Limit Base Erosion via Interest Deduction and Other Financial Payments*), 6 (*Prevent Treaty Abuse*) e 7 (*Prevent the Artificial Avoidance of PE Status*) – é composto por normas que tiverem sua vulnerabilidade exposta pelo BEPS e requerem revisões técnicas para poderem tratar este desafio de forma apropriada. O terceiro grupo é formado pelos regulamentos atinentes aos preços de transferência, sendo constituído pelos *Actions #8* ao *#10*⁷⁷⁶ e *#13*⁷⁷⁷. O quarto grupo, por seu turno, é integrado pelos planos de ação 11⁷⁷⁸, 12⁷⁷⁹ e 14⁷⁸⁰, e tratam de questões relacionadas à administração e *compliance*. Por fim, tem-se o plano de ação 15, que explora a possibilidade de desenvolvimento de um instrumento

⁷⁷³ A OCDE, por seu turno, segrega 13 planos de ação em três pilares – substância, coerência e transparência –, que são intersectados por dois planos – Economia Digital (*Action #1*) e Instrumentos Multilaterais (*Action #15*).

⁷⁷⁴ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁷⁷⁵ OECD. **Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241190-en>>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁷⁷⁶ OECD. **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241244-en>>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁷⁷⁷ OECD. **Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241480-en>>. Acessado em: 20 de outubro de 2019.

⁷⁷⁸ OECD. **Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241343-en>>. Acessado em: 29 out. 2019.

⁷⁷⁹ OECD. **Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241442-en>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁷⁸⁰ OECD. **Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241633-en>>. Acesso em: 29 out. 2019.

multilateral, constituindo-se no cerne do próprio projeto: promoção da necessidade de um regime tributário internacional universal e colaborativo⁷⁸¹.

De acordo com a OCDE⁷⁸², tais planos de ação têm por objetivo equipar governos com instrumentos domésticos e internacionais necessários para combater a desgaste da base tributária e a transferência de lucros, proporcionado pela utilização de brechas presentes na legislação internacional que permitem o desaparecimento de lucros corporativos ou deslocamento artificial para ambientes de baixa ou nenhuma tributação⁷⁸³.

Para fins da presente tese, apesar da existência de outros planos de ação abordando questões relacionados à alocação de direito à tributação ao Estado da fonte, a fim de corrigir distorções causadas pelo surgimento de novos modelos de negócio, planejamentos tributários abusivos e competição internacional, focaremos nossas atenções apenas para o Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS.

3.5.3.1 Plano de Ação nº 1 – *Addressing the Challenges of the Digital Economy*

O relatório da OCDE referente ao Plano de Ação nº 1 do BEPS, publicado em 2015, buscou identificar as principais dificuldades que a economia digital trouxe para a aplicação das regulamentações tradicionais de tributação internacional e sugeriu alternativas detalhadas para resolvê-las.⁷⁸⁴

Desde já importante se ter em mente que, conforme mencionado anteriormente, a evolução da tecnologia da informação e comunicação não é a principal causadora de BEPS, haja vista que a grande maioria das empresas atuantes no “segmento digital” não deixam de recolher tributos seja no país-fonte, seja no país de residência em razão de planejamento ou estratégias adotadas para tal fim. Muito pelo contrário, eventuais distorções na alocação de rendimentos tributáveis ou ausência de tributação ocorrem em razão da inadequação das regras tributárias internacionais atuais para lidar com a nova dinâmica de negócio engendrada pela digitalização da economia.

⁷⁸¹ BRAUNER, Yariv. What the BEPS. *Fla. Tax Rev.*, v. 16, 2014, pp. 110-111.

⁷⁸² OECD. **What is the BEPS?** Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁷⁸³ OECD. **Reforms to the international tax system for curbing avoidance by multinational enterprises.** 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>>. Acesso em: 29 out. de 2019.

⁷⁸⁴ RISOLIA, Rodrigo Cipriano dos Santos. Economia Digital e Estabelecimento Permanente Virtual – Considerações sobre a Ação 1. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.3, 2016, p. 320.

Desta forma, se é bem verdade que a evolução tecnológica pode ser utilizada por grupos multinacionais para a prática de BEPS, não menos verdade é que a economia digital não é a sua causa principal, mas sim a inexistência de um sistema harmonizado e cooperativo entre os países aptos a lidar com a prática de BEPS, sendo necessária a restauração do equilíbrio e da adequada alocação de *taxing rights* entre os países.

De fato, ao se analisar o trabalho da OCDE em relação à economia digital no Projeto BEPS, nota-se uma nítida diferença de abordagem em relação aos Grupos de Trabalho anteriormente estabelecidos. Enquanto estes últimos trataram a economia digital como uma questão a ser esclarecida, representando um típico desafio a ser enfrentado pelos Governos, o projeto BEPS trata a economia digital como um causador de corrosão da base tributária e transferência de lucros⁷⁸⁵.

Noutras palavras, a mesma retórica intrínseca ao Projeto BEPS, segundo a qual as empresas, mormente os grandes grupos internacionais, estariam erodindo a base tributária dos Estados, também é adotada em relação à economia digital⁷⁸⁶. Contudo, como mencionado acima, um dos maiores, se não o maior, desafio na tributação das transações realizadas no âmbito da economia digital consiste na ausência de orientações normativas de fontes hábeis a enfrentar a essa realidade digital, isto é, o estabelecimento de vínculos com determinado território de modo a justificar a tributação, na fonte, por aquele país.

Neste contexto, ainda que tratado sob o viés de BEPS, com o fito de estabelecer nexos aptos a lidar com digitalização da economia, o Plano de Ação nº 1 sugeriu o critério da presença econômica significativa como elemento de conexão, isto é, como indicador do local de origem do rendimento.

3.5.3.1.1 Vínculo baseado no conceito de presença econômica significativa

Tendo em vista a dificuldade, sob as regras atualmente vigentes, de se estabelecer uma relação nas hipóteses de fornecimento de bens e serviços sem a necessidade de presença física, o relatório da OCDE propôs um novo critério de conexão, fundado no conceito de presença econômica significativa. Segundo ele, o não-residente poderia ser tributado no

⁷⁸⁵ GALDINO; Guilherme Silva. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Desafios da Economia Digital: do Problema Hermenêutico ao Desequilíbrio na Alocação de Jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v.3, p. 303-304.

⁷⁸⁶ Ibidem, p. 304.

Estado em que fosse verificada uma existência econômica relevante, a qual, por sua vez, restaria evidenciada por meio de indicadores de uma interação intencional e contínua com a economia de uma jurisdição, por meio de tecnologia e outras ferramentas informatizadas.⁷⁸⁷

Os indicadores, ou melhor, os fatores sugeridos pela OCDE no Plano de Ação nº 1 podem ser sintetizados em: (i) fator baseado na renda; (ii) fator digital e (iii) fator baseado no usuário. Em consonância com o disposto no referido documento, sempre se deve buscar a combinação dos fatores (ii) ou (iii) com o fator baseado na renda, pois, de tal maneira, estar-se-ia garantido que apenas esses casos estariam abrangidos, bem como que os custos de conformidade do contribuinte seriam limitados e que haveria segurança para desenvolver atividades além-fronteiras.⁷⁸⁸

O primeiro fator dispõe que, via de regra, renda gerada de maneira contínua em um determinado país pode ser considerada como um dos indicadores mais claros da existência de presença econômica significativa. Assim, adaptando tal concepção ao cenário da economia digital, o relatório afirma que, na medida em que o país dos usuários e o país dos clientes estejam alinhados, já que uma sólida rede de usuários resulta maior quantidade de vendas de uma empresa, ou mesmo majoração do preço ou do serviço por esta oferecido, os rendimentos auferidos a partir de clientes em um país constituem potencialmente um fator para estabelecer nexos na forma de presença econômica significativa nesta jurisdição.⁷⁸⁹

Todavia, reconhecendo a limitação da aplicação desse critério de forma isolada, a OCDE sugere que esse fator seja entendido como critério básico que, quando combinado com outros fatores, pode ser utilizado para determinar o local em que se verifica uma presença econômica significativa.⁷⁹⁰

O fator digital, por sua vez, preconiza que, assim como acontece em negócios tradicionais, nos quais as empresas dependem de alguns aspectos para atingir um número relevante de clientes, tais como localização da loja, publicidade e divulgação, opções de pagamento e empregados que atuem no ramo de atendimento ao cliente, na economia digital, as empresas necessitam de aspectos análogos. Destarte, alguns desses elementos podem ser evidenciados para constituírem indicadores da presença econômica significativa, a exemplo

⁷⁸⁷ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 99. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en> >. Acesso em 25 out. 2019.

⁷⁸⁸ Ibidem, p. 107.

⁷⁸⁹ Ibidem, p. 107.

⁷⁹⁰ Ibidem, p. 107.

de: (a) nome do domínio local; (b) plataforma digital local e (c) opções de pagamento locais.⁷⁹¹

Com relação ao nome do domínio local, ocorre quando uma empresa não-residente, buscando alcançar uma base de clientes ou usuários em um país, obtém o equivalente digital ao que seria um endereço local, ou seja, “.com”. Além do que, se esta mesma empresa busca atingir o mercado consumidor de um determinado país, valer-se-á provavelmente do nome do domínio que identifique referido objetivo, para aumentar a probabilidade de o usuário local encontrar esse site-endereço específico (e.g. “.com.br”). Não obstante, o Plano de Ação nº 1 ressalva a incerteza acerca da manutenção desse critério - nome do domínio local para acessar mercados específicos -⁷⁹², dúvida essa que pode comprometer o critério em tela.⁷⁹³

A plataforma digital local se revela nos casos em que uma empresa não-residente cria sítios eletrônicos locais para divulgar produtos ou serviços oferecidos, de forma mais apelativa possível ao público a que se volta, incorporando padrões linguísticos e culturais pertinentes à massa receptora. Sendo assim, embora algumas empresas escolham operar em apenas um idioma e não se esforcem para a realização de *marketing* e promoções locais, não se pode negar que a estratégia de uma plataforma digital local atingirá um número considerável de clientes e usuários, daí a importância desse indicador de fator digital.⁷⁹⁴

A última sugestão da OCDE para caracterizar o fator digital se traduz na interação intencional e contínua com uma economia de um determinado país por parte de uma empresa não-residente, oferecendo aos clientes locais uma experiência de compra em moeda nacional, com tributos e taxas já calculados e opções de formas de pagamento locais para concluir a compra. Enquanto este critério é menos relevante nos países que compartilham de uma mesma moeda, pode ser crucial em jurisdições que têm regulações financeiras rigorosas, controles cambiais e pouca penetração em cartões de crédito internacionais.⁷⁹⁵

Por fim, a presença econômica significativa pode restar configurada a partir da base de usuários e a correspondente inserção de dados de uma empresa em um determinado país. Os seguintes elementos são tidos como essenciais no relatório da OCDE para demonstrar o

⁷⁹¹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 109. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en> >. Acesso em 25 out. 2019.

⁷⁹² Em virtude da mobilidade e ausência de limitações da digitalização da economia é cada vez mais frequente a utilização de domínios “.com”, sem quaisquer extensões que circunscrevam o site eletrônico a determinados territórios.

⁷⁹³ OECD, op. cit. p. 109.

⁷⁹⁴ Ibidem, p. 109.

⁷⁹⁵ Ibidem, pp. 109-110.

fator baseado no usuário: (a) usuários ativos mensalmente; (b) conclusão de contrato *online* e c) coleta de dados.⁷⁹⁶

Via de regra, um fator utilizado para refletir o nível de penetração de uma empresa na economia de um país é o número de usuários ativos mensalmente (“*monthly active users*” - MAU) em uma plataforma digital, em um dado calendário fiscal. A sigla MAU se refere ao usuário registrado que é cadastrado e visita a plataforma digital de uma empresa no período de 30 dias antecedentes à data de medição dos usuários. Assim, o MAU serve como um medidor tanto do tamanho da base de clientes como do nível de engajamento da empresa em um país. Entretanto, uma adversidade a ser enfrentada por este método é a veracidade das informações prestadas, a fim de evitar endereços fraudulentos, contas múltiplas, dentre outros problemas.⁷⁹⁷

Outro elemento que também pode ser considerado fundamental é o número de contratos concluídos por meio da plataforma digital de uma empresa, com clientes ou usuários habitualmente residentes em um país, em um dado calendário fiscal.⁷⁹⁸

Ademais, o fator baseado no usuário pode ser igualmente considerado a partir do volume de conteúdo digital coletado dos usuários e clientes habitualmente residentes em um determinado país, através da plataforma digital da empresa. O foco, nesse caso, seria na origem da informação coletada e não onde está armazenada e processada.⁷⁹⁹

Relativamente ao fator calcado no usuário, vale destacar a proposta do Conselho Diretivo da União Europeia, acerca das regras relativas ao imposto incidente sobre a renda de uma presença digital significativa. Segundo essa orientação, que buscou alinhar o critério da renda com o número de usuários e de contratos, a presença digital significativa ocorre se um ou mais destes requisitos forem cumpridos: se os rendimentos decorrentes da prestação de serviços digitais a usuários em uma jurisdição excederem 7.000.000 EUR; se o número de usuários de um serviço digital em um Estado Membro exceder 100.000 no período fiscal relevante; se o número de contratos referentes a serviços digitais exceder 3.000.⁸⁰⁰

⁷⁹⁶ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 110. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en> >. Acesso em: 30 out. 2019.

⁷⁹⁷ Ibidem, p. 110.

⁷⁹⁸ Ibidem, p. 110.

⁷⁹⁹ Ibidem, p. 110.

⁸⁰⁰ EUROPEAN UNION. **Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence.** Brussels, 2018, p. 8.

Nesse sentido, a presença econômica significativa representaria um vínculo genuíno com o território de determinado país, que, uma vez presente, justificaria o exercício da jurisdição tributário por aquele país.

De qualquer forma, da leitura das proposições realizadas pelo relatório da OCDE datado de 2015, a ideia por trás da tributação fundada na presença econômica significativa é a relevância do mercado consumidor como regra de fonte apta a determinar o direito do país-fonte à base tributável em operações transnacionais realizadas no âmbito da economia digitalizada.

Com efeito, da leitura do Plano de Ação nº 1, verifica-se que as duas formas de emprego da expressão mercado consumidor foram, de certa maneira, contempladas pelo referido plano de ação. Isto é, abordou-se tanto o mercado consumidor como “mercado-consumo” quanto “mercado-produto”, acepções estas tratadas no item 2.9.1.5.

De qualquer forma, mesmo caracterizada a presença econômica significativa em um determinado território, atraída pela pujança e atratividade do mercado consumidor local, ainda assim remanesceriam a questão sobre a atribuição de renda à presença econômica significativa.

3.5.3.1.2 *Determinação da renda em virtude da presença econômica significativa*

Além do estabelecimento dos requisitos para a tipificação da presença econômica significativa, faz-se necessário estipular critérios para a atribuição de rendimentos a essa presença econômica. Por essa via, a OCDE examinou algumas possíveis soluções, tais como: (i) a aplicação das regras e princípios já existentes; (ii) o uso de métodos baseados no *fractional apportionment*; (iii) a adaptação dos métodos *deemed profit*; (iv) a aplicação do método da retenção na fonte e (v) a utilização do método *equalisation levy*.⁸⁰¹

No que tange à aplicação de princípios e regras já existentes, entendeu a OCDE que, ao menos que haja ajustes significativos, não será possível atribuir renda à presença econômica significativa. Ademais, segundo o relatório em questão, compreendeu-se que, à época⁸⁰², também não seria promissor o uso do método baseado no *fractional*

⁸⁰¹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 111-115. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁰² Ressalte-se, contudo, que o *fractional apportionment* foi um método de alocação de lucros à jurisdição do mercado sugerida pelo *Pilar I Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, aprovado pela OCDE/G20 em sessão datada ocorrida nos dias 28 e 29 de maio de 2019. (OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax**

*apportionment*⁸⁰³, na medida em que este é dissonante aos padrões internacionais atuais, além de ensejar diferentes resultados fiscais a depender da forma em que o negócio é conduzido, se a partir de um estabelecimento permanente tradicional, se de uma subsidiária ou se de uma presença econômica significativa, nos moldes vistos acima.⁸⁰⁴

A adaptação do método de lucro presumido (*deemed profit*) poderia ser abordada, nos termos do relatório da Ação nº 1 do BEPS, de modo a considerar a presença econômica equivalente à presença física, a partir da qual uma empresa não-residente está operando seu negócio. Assim, seria determinado o lucro líquido dessa presença econômica com fulcro na aplicação de uma quota presumida de custos, a ser diminuída da renda que esta empresa aufera por meio de transações concluídas com clientes em um dado país, esta última sendo alinhada com os fatores abordados anteriormente. Entretanto, a determinação da quota apropriada dependeria da investigação de uma série de fatos, tais como a indústria envolvida, o grau de integração de uma empresa específica, o tipo do produto ou serviço fornecido, dentre outros.⁸⁰⁵

Outra opção, seria o uso desse mecanismo para classificar os contribuintes por mercado/indústria e aplicar uma margem de lucro específica para ele. Embora a aparente facilidade de aplicação desse mecanismo, seu uso é questionável, principalmente, quando estão envolvidas multinacionais, com estruturas complexas que operam em várias linhas de negócio, tornando difícil a aplicação de várias margens de lucro específicas para a mesma presença econômica significativa.

Outro desafio seria o nível de comparabilidade entre as margens de lucro de um modelo de negócio tradicional e as observadas no contexto da economia digital. A OCDE, contudo, entende que este impacto pode ser mitigado, ao permitir prova em contrário à

Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: < <http://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>>. Acesso em: 26 out. 2019).

⁸⁰³ Reconhece o grupo de pessoas jurídicas que compõem uma empresa multinacional como uma única entidade econômica, alocando porções do lucro total a cada parte integrante, com base numa fórmula que busca refletir as contribuições econômicas de cada parte no lucro integral da multinacional. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 69, n. 12, 2015, p. 700)

⁸⁰⁴ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 112. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁰⁵ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 112. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 30 out. 2019.

presunção assumida, nos casos em que o contribuinte não-residente prove que sua atividade global é deficitária ao fim do ano fiscal.⁸⁰⁶

A exemplo disso, pertinente é mencionar a experiência brasileira relacionada à apuração da renda baseada em “métodos alternativos”. Deveras, alternativamente ao cálculo do imposto sobre a renda com base no lucro real, o Brasil, há tempos, prevê a possibilidade de os contribuintes (i.e., pessoas jurídicas) optarem pela apuração do seu lucro com base no lucro presumido, desde que não estejam obrigados ao recolhimento do imposto sobre a renda pelo lucro real⁸⁰⁷.

Ainda, desde que verificadas algumas situações específicas, como escrituração fiscal imprestável, falta de apresentação dos livros comerciais e fiscais, ausência de escrituração ou deixar de apresentar os livros ou registros auxiliares, dentre outras, podem levar ao arbitramento do lucro da pessoa jurídica.

Resta claro, que alguns dos critérios abordados pelo Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS, como forma de alocação da renda ao país do mercado consumidor, já foram implementados pelo Brasil. Aliás, a parte da possibilidade de tributação da renda segundo o lucro presumido ou arbitrado, tema desenvolvido no Capítulo 5, o Brasil, tanto em operações intranacionais, quanto em operações transnacionais implanta a sistemática de retenção pela fonte pagadora dos recursos, forma de recolhimento também abordado pelo plano de ação em questão.

3.5.3.1.3 *Retenção na fonte em transações digitais*

A retenção na fonte em pagamentos feitos por residentes – bem como por estabelecimentos permanentes locais – de um país, para aquisição de bens ou serviços *online* fornecidos por não-residentes, também é considerada pelo relatório da OCDE, podendo ser uma retenção na fonte final sobre um piso bruto ou, alternativamente, um mecanismo de coleta primário e instrumento coercitivo como meio de aplicar a tributação em bases líquidas.⁸⁰⁸

O escopo das transações abrangidas pelo tributo retido na fonte tem de estar claro, de forma a garantir que contribuintes e autoridades fiscais saibam quando incide o tributo, sem,

⁸⁰⁶ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, pp. 112-113. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en> >. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁰⁷ Pelo artigo 14 da Lei nº 9.718, de 1998.

⁸⁰⁸ OECD, op. cit., p. 113.

contudo, se olvidar que transações similares devem ser tributadas de forma semelhante. Por essa razão, é que, não obstante uma previsão taxativa das transações abrangidas pudesse gerar mais certeza e clareza, essa disposição poderia ensejar tratamentos fiscais diferentes para arranjos economicamente equivalentes, daí porque a OCDE defende ser apropriada uma definição mais ampla do alcance do tributo, como, por exemplo, “incidente sobre todas as operações de venda concluídas remotamente com não-residentes”.⁸⁰⁹

No que diz respeito à coleta do tributo, é certo que, na prática, a responsabilidade pelo recolhimento de um tributo retido na fonte em pagamentos para o exterior é normalmente conferida a um agente local, seja o cliente ou um intermediário que processa o pagamento, desde que tenha acesso às informações concernentes à transação. Em que pese esse *compliance* ser questionável quanto a transações entre pessoas jurídicas e pessoas físicas, é, em consonância com a OCDE, razoavelmente esperado em operações envolvendo apenas pessoas jurídicas - foco da presente tese - que a empresa residente no país da fonte cumpra com a obrigação de reter na fonte.⁸¹⁰

Contudo, há certos impactos negativos decorrentes da tributação sobre bases brutas. Isto porque, apesar de, em alguns casos, a renda bruta ser uma aproximação confiável do lucro líquido de uma empresa – o que acontece, por exemplo, quando, após o custo inicial de criação da tecnologia, uma empresa fornece produtos e serviços *online* com custos marginais limitados – em várias outras situações essa aproximação não existe. Nesses casos, uma alternativa sugerida pela OCDE seria de fixar alíquotas relativamente baixas que refletissem as margens de lucro típicas daquela indústria ou daquele negócio.⁸¹¹

De qualquer forma, o relatório preconiza que a diferenciação entre tributação sobre lucro líquido de fornecedores nacionais e tributação sobre rendimentos brutos de fornecedores estrangeiros, quando estes vendem produtos similares, possivelmente incitará conflitos no âmbito das obrigações de comércio (GATT e GATS), bem como das normas vigentes na União Europeia, na medida em que estes veiculam regras de não-discriminação. Assim, dispõe a OCDE que uma abordagem mais viável seria considerar a retenção na fonte como um “mecanismo reserva” para garantir tributação com base no lucro líquido, em vez de uma alternativa autônoma.⁸¹²

⁸⁰⁹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, pp. 113-114. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸¹⁰ Ibidem, p. 114.

⁸¹¹ OECD, op. cit., pp. 114-115.

⁸¹² Ibidem, p. 115.

3.5.3.1.4 *Equalisation Levy*

O método de equalização é adotado em alguns países como meio de garantir tratamento igualitário a provedores de bens, serviços ou quaisquer outros tipos de intangíveis domésticos e estrangeiros. A Índia, por exemplo, foi um dos primeiros países a adotar esse sistema, em 2016, ao estabelecer um tributo unilateral incidente sobre negócios digitais que operam no território indiano gerando lucros, sem, contudo, criar estabelecimentos permanentes naquele país, conforme as regras tradicionais.⁸¹³

Destarte, entende a OCDE que esse mecanismo poderia ser útil no cenário da economia digital, ficando a critério do país a assunção de um escopo mais geral e, portanto, alcançando vendas remotas concluídas com clientes situados em uma jurisdição; ou de um objetivo mais específico, abrangendo apenas as transações no país em que a empresa mantém uma presença econômica significativa.⁸¹⁴

Entretanto, assim como ocorreu com a retenção na fonte sobre bases brutas, uma exação imposta tão somente a empresas não-residentes provavelmente provocaria discussões no âmbito de acordos de comércio internacional (GATT e GATS), assim como em relação às normas da União Europeia. Ademais, em se tratando especificamente ao método em comento, surgiriam questões acerca da dupla oneração desse rendimento, o qual estaria sujeito tanto ao tributo *equalization levy*, quanto ao imposto sobre a renda, e que dificilmente o país de residência concederia crédito ao tributo de equalização pago no país da fonte.⁸¹⁵

3.5.4 *Task force on digital economy*

Diferentemente de outros planos de ação, os quais tiveram resultados mais concretos, o Plano de ação nº 1 do Projeto BEPS limitou-se a mencionar medidas potenciais sem efetivamente propor nenhuma solução⁸¹⁶. Muito dessa ausência de proposições concretas por parte da OCDE deve-se às pressões exercidas pelos países onde se situam as maiores

⁸¹³ GOVIND, S.P. Chapter 7: Unilateralism in Taxing the Digitalized Economy: Comparing the EU Digital Services Tax Proposal and the Indian Equalization Levy. In: PISTONE, P; WEBER, D. (eds.). **Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights**. Books IBFD, 2019, p. 1.

⁸¹⁴ OECD, op. cit., p. 116.

⁸¹⁵ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 116-117. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁸¹⁶ Ibidem, p. 15.

empresas atuantes no segmento digital, especialmente pelos Estrados Unidos⁸¹⁷, bem como a falta de consenso na observação de regras com o fito de justificar a tributação pelo país-fonte, ainda que ausente qualquer tipo de presença física.

Adicionalmente, entendeu a OCDE que os outros planos de ação desenvolvidos no final Projeto BEPS teriam uma repercussão significativo sobre os problemas de erosão da base tributável e transferência de lucros⁸¹⁸, além de considerar que, além do BEPS, a digitalização da economia proporciona uma série de desafios relacionados à alocação de direitos à tributação em operações transnacionais, especialmente com relação ao vínculo, dados e caracterização de rendimentos.

De qualquer forma, apesar de identificar um número de propostas para endereçar tais questões, nenhuma delas foi, de fato, recomendada. Muito pelo contrário, ao invés de se propor orientações adequadas para lidar com a mobilidade, volatilidade e virtualidade propiciada pela digitalização da economia, os países concordaram em renovar o mandato da Força Tarefa da Economia Digital, o *Task Force on Digital Economy*, a qual seria incumbida de monitorar o desenvolvimento das atividades relacionadas à digitalização da economia⁸¹⁹.

Em 2018, o *Task Force on the Digital Economy* elaborou o Relatório Provisório sobre os Desafios Fiscais decorrentes da Digitalização (*Interim Report on the Tax Challenges Arising from Digitalisation*), que teve o propósito de noticiar o progresso alcançado quanto às questões da dupla não tributação e planejamento tributário agressivo, focos do projeto BEPS. Ademais, o relatório fez levantamentos atinentes ao emprego crescente de diligências unilaterais pelos países, voltados à tributação de arranjos digitais, bem como trouxe uma nova estrutura teórica para analisar os processos de geração de valor em modelos comerciais digitais, para, então, fundamentar a revisão das regras fiscais internacionais. Por fim, considerando a dificuldade de alcançar um consenso dos países sobre em que termos ocorrerá essa reforma no âmbito fiscal internacional, o relatório adia a tarefa de atingir essa integração proposta pelo BEPS em 2020.⁸²⁰

Especialmente quanto às medidas unilaterais aceitas pelos Estados, o relatório elenca quatro categorias que as abrangem, quais sejam: (i) adoção de requisitos alternativos para a

⁸¹⁷ ROCHA, Sérgio André; CASTRO, Diana Rodrigues Prado de. Plano de Ação 1 do BEPS e as Diretrizes Gerais da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). **Tributação da Economia Digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 26.

⁸¹⁸ OECD, op. cit., p. 15.

⁸¹⁹ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 15. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁸²⁰ KPMG. **OECD Task Force on the Digital Economy release Interim Report**. 2018. Disponível em: <<https://home.kpmg/cn/en/home/insights/2018/03/china-tax-alert-08.html>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

configuração do estabelecimento permanente; (ii) previsão de tributo retido na fonte; (iii) aplicação de tributo sobre o volume de negócios (*turnover taxes*) e (iv) regimes específicos voltados às grandes multinacionais. A implementação dessas previsões é resultante do descontentamento dos países quanto ao resultado da aplicação das regras tributárias internacionais tradicionais no contexto do comércio eletrônico e que reforça a demanda de uma atuação conjunta para reformar as regras existentes^{821 822}.

Ainda, no que diz respeito à criação de valor em modelos comerciais digitais, o relatório propôs uma nova estrutura teórica que migra da noção existente de “cadeia de valor” para duas novas categorias, “*value shop*” e “*value network*”. A primeira, opera em mercados nos quais a interação ocorre com um tipo de usuário ou cliente específico e envolve o uso intensivo de tecnologia voltado a uma demanda ou problema característico; como exemplo, é citada a tecnologia médica utilizada para diagnosticar ou tratar as doenças dos pacientes. A segunda categoria, por sua vez, abrange a publicidade no meio digital e modelos de intermediação de serviços, ou seja, abarca os operadores de plataforma que viabilizam o engajamento entre o usuário ou cliente e o fornecedor de mercadorias ou serviços.⁸²³

Ultrapassadas as referidas questões específicas abordadas no relatório provisório e em continuidade ao acompanhamento das atividades no âmbito da tecnologia da informação e comunicação, em maio de 2019, foi aprovado⁸²⁴ o Programa de Trabalho Para Desenvolvimento de uma Solução Consensual aos Desafios decorrentes da Digitalização da Economia (*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*⁸²⁵). Esse relatório foi publicado com o objetivo de fornecer instruções detalhadas aos que estão trabalhando para a busca de soluções aos desafios fiscais inerentes à digitalização da economia. Em apertada síntese, o programa de trabalho contém propostas concretas para fazer frente aos dois maiores desafios atuais da tributação internacional da renda, divididas em dois pilares complementares: (i)

⁸²¹ Para uma análise mais aprofundada acerca dos efeitos decorrentes da adoção de medidas unilaterais pelos países, vide KOFLER, Georg; MAYR, Gunter; SCHLAGER, Christoph. European Union-Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution? In: **European taxation**, v. 57, n. 12, 2017.

⁸²² KPMG. **OECD Task Force on the Digital Economy release Interim Report**. 2018. Disponível em: <<https://home.kpmg/cn/en/home/insights/2018/03/china-tax-alert-08.html>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸²³ OECD. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2018, pp. 38-40. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸²⁴ Aprovado pelo Grupo de Trabalho da OCDE e G20 sobre BEPS e sessão ocorrida nos dias 28 e 29 de maio de 2019.

⁸²⁵ OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

realocação de lucro e regras de conexão revisadas (Pilar I); e (ii) mecanismo global antierosão da base tributável (Pilar II).⁸²⁶

De acordo com as disposições do Pilar II, ele busca enfrentar os obstáculos identificados pelo Projeto BEPS, equipando os países com novas ferramentas para proteger suas respectivas plataformas tributáveis das transferências de lucros para jurisdições com baixa ou nenhuma tributação da renda.⁸²⁷ Para tanto, dois elementos-chave devem ser desenvolvidos: (i) uma regra que aplique tributação mínima no nível dos sócios e (ii) uma regra que onere pagamentos com intuito de erodir p suporte tributável, ao negar deduções ou benefícios dos tratados quando as receitas são entendidas como não suficientemente tributadas ou ao introduzir uma tributação na fonte para tais pagamentos.⁸²⁸ Em que pese a relevância do Pilar II, especialmente para combate ao BEPS, para fins da presente tese, restringiremos nossa análise ao Pilar I.

3.5.4.1 Pilar I

O Pilar I, por seu turno, busca explorar soluções quanto à determinação do local em que o tributo deve ser pago e sob qual critério de conexão se origina essa obrigação de recolher a exação em favor de uma jurisdição específica, bem como procura analisar regras acerca da atribuição de lucros que podem ou devem ser tributados na jurisdição em que os clientes ou usuários estão localizados.⁸²⁹ Para tanto, os desafios a serem superados pelo programa de trabalho podem ser agrupados em três blocos:

- (i) abordagens sobre o montante de lucro sujeito às novas regras de fonte e a forma de alocação desses lucros entre as jurisdições da fonte e de residência;
- (ii) elaboração de novas regras de fonte incorporando um novo conceito de presença econômica no país do mercado consumidor, independentemente de presença física;

⁸²⁶ OECD. **Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation – Action Overview**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>>. Acessado em: 05 nov. 2019.

⁸²⁷ Ibidem.

⁸²⁸ OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019, p. 30. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acessado em: 05 de novembro de 2019.

⁸²⁹ OECD. **Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation – Action Overview**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

- (iii) instrumentos para assegurar a completa implementação e administração eficiente das novas regras de fonte, incluindo a efetiva eliminação da dupla tributação e resolução de disputas fiscais⁸³⁰.

Relativamente à quantificação do montante de lucro a ser realocado à jurisdição de mercado, bem como à alocação dos recursos à referida jurisdição, o programa de trabalho elenca três alternativas: (i) método modificado da divisão de lucros remanescentes (MRPS); (ii) método baseado no *fractional apportionment* e (iii) método baseado na distribuição.⁸³¹

De acordo com o programa de trabalho, o MRPS objetiva destinar à jurisdição de mercado parcela do lucro não rotineiro (*non-routine profit*) que representa a criação de valor pelos mercados que não são reconhecidos pelas regras de alocação de lucros atualmente existentes. Segundo o programa de trabalho, o referido método envolve quatro etapas: (i) identificação do valor total de lucros a ser repartido; (ii) segregação dos lucros rotineiros (*routine profits*); (iii) determinação da parcela de lucro não rotineiro abrangido pelas novas regras de fonte; e (iv) alocação desta parcela de lucro não rotineiro à jurisdição de mercado⁸³².

De outro lado, o método do *fractional apportionment* envolve a determinação do montante de lucros sujeitos à nova fórmula de alocação, sem qualquer tipo de distinção entre lucros regulares e excepcionais. Todavia, uma alternativa possível para a apuração do lucro atribuível ao país de mercado é consideração dos lucros auferidos pelo grupo empresarial ou apurado por uma linha de negócio específica.⁸³³

A exemplo do MRPS, esse sistema também pode ser dividido em etapas: (i) identificação do valor total de lucros a ser repartido; (ii) identificação da fórmula de alocação; (iii) aplicação da fórmula para alocação de parte do lucro à jurisdição de mercado.⁸³⁴

A técnica de distribuição, por sua vez, diferentemente do MRPS, além dos lucros excepcionais, considerava-se também os lucros regulares relacionados às atividades de

⁸³⁰ OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019, p.11. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸³¹ PWC. Work programme for reaching consensus on tax challenges from digitalisation sets ambitious targets according to stakeholders. In: **Tax Policy Bulletin**. 2019, pp. 3-4. Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-oecd-work-programme-for-digitalisation-sets-ambitious-targets.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸³² OECD, op. cit., p.14.

⁸³³ Ibidem, p.16.

⁸³⁴ Ibidem, p.16.

marketing, distribuição e relacionadas a usuários. Essa tática visa a atender a demanda por simplicidade e administrabilidade, o que inclui a possibilidade de repasse final de lucros aos país de mercado, isto é, uma alocação não suscetível de revisão por parte das autoridades fiscais e contribuintes por meio da utilização de regras de preços de transferência⁸³⁵.

Além dos métodos de identificação dos lucros atribuíveis à jurisdição de mercado, o programa de trabalho ainda apontou algumas possibilidades a serem feitas na referida mensuração dos lucros, tais como a utilização de lucros individualizados por linhas de negócios ou por região de empresas, utilização de pisos para alocação de recursos (e.g. lucros mínimo, número de usuários etc), e consideração de prejuízos incorridos pelo grupo ou linha de negócio, além dos lucros⁸³⁶.

De outro lado, no que concerne ao desenvolvimento de um novo critério de conexão, duas opções são consideradas pelo programa de trabalho, a fim de possibilitar a elaboração do conceito de presença tributável remota (*remote tax presence*), quais sejam: (i) alterações das regras já existentes na convenção modelo da OCDE, especificamente os artigos 5 (estabelecimento permanente) e 7 (lucro das empresas); ou (ii) introdução de um novo conceito de nexos, seja a partir da criação de uma nova presença tributável ou de uma nova concepção de fonte.

Na linha do que já havia sido abordado pelo Plano de Ação nº 1, reconheceu-se que a proposta de regra de fonte deverá capturar um novo conceito de presença física na jurisdição de mercado, independentemente da presença física do fornecedor de bens e serviços por via digital. Isto é, muito embora o programa de trabalho não tenha feito qualquer distinção entre mercado-consumo e mercado-produto, não há dúvidas sobre a relevância do mercado consumidor como elemento de conexão suficiente para a determinação das bases tributárias entre o país-fonte e de residência, porquanto suporta as premissas fixadas até o momento e contribuem para a sugestão de uma regra de fonte apta a fazer frente aos desafios proporcionados pela economia digitalizada, especialmente nas hipótese envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas.

Ressalte-se, no entanto, que, consoante o programa de trabalho, a elaboração de regra de fonte para alocação de recursos ao país de mercado consumidor, deverá observar as seguintes premissas: (i) piso para receitas locais (e.g. por valor ou tempo); e (ii) adoção de

⁸³⁵ OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019, pp.17-18. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸³⁶ *Ibidem*, pp. 18-20.

indicadores adicionais que, combinados às receitas produzidas localmente, demonstrarão uma conexão com o território do país de consumo além da mera venda por não residentes e recebimento de valores em contrapartida⁸³⁷.

Independentemente dos fundamentos que deverão ser levadas em consideração quando da elaboração de novas regras de fonte, somos do entendimento que, com fulcro no princípio do benefício, neutralidade, equidade e legitimidade, o mercado consumidor – mercado-consumo e mercado-produto, por si só já legitimaria a tributação pelo país em que está localizado (jurisdição-fonte), não havendo que se falar na necessidade de se recorrer a indicadores adicionais para justificar a genuinidade donexo – local do mercado consumidor – adotado.

Por fim, o programa de trabalho também se preocupou em mencionar que serão necessários instrumentos para assegurar a completa implementação e administração eficiente das novas regras de fonte, incluindo a efetiva eliminação da dupla tributação. A praticabilidade, fiscalização e cobrança da alocação de renda proporcionada pelas novas regras de fonte calcadas no mercado consumidor e a alteração dos acordos de bitributação existentes para incorporação do novo nexo e regulamentos de alocação de recursos, o que pode ocorrer pela assunção da Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros (MLI). Alguns desses aspectos serão abordados no próximo capítulo, momento em que justificaremos a eleição do mercado consumidor como regra de fonte apta a enfrentar aos desafios da economia digitalizada, especialmente em situações envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas.

Após a publicação dos Pilares I e II, e dentro do espírito de se alcançar um consenso entre os países sobre a proposta relacionadas à economia digitalizada até o final de 2020, em novembro de 2019, a OCDE disponibilizou para consulta pública o documento intitulado *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*⁸³⁸.

Por essa proposta do *Secretariat*, foram identificadas características comuns a todas as alternativas abordadas pelo programa de trabalho no âmbito do Pilar I, quais sejam:

⁸³⁷ OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019, p. 21.

⁸³⁸ OECD. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

- (i) os negócios altamente digitalizados tem a capacidade de operar de forma remota, sendo, via de regra, negócios extremamente lucrativos. Ainda, todas as propostas admitem a realocação de direitos à tributação em favor das jurisdições em que estão localizados os consumidores e/ou usuários;
- (ii) todas as propostas visam a criação de um novo nexos, isto é, uma nova regra de fonte independentemente da presença física no país do mercado consumidor ou dos usuários;
- (iii) todas as propostas ultrapassam os princípios do *arm's length*;
- (iv) a simplicidade, estabilidade do sistema tributário, e aumento da segurança fiscal é um objetivo compartilhado por todas as propostas⁸³⁹.

Nessa vereda, com base nos componentes comuns entre as propostas apresentadas no contexto do Pilar I, foi colocada à consulta pública uma modelo de abordagem unificada, que se resume da seguinte forma:

Escopo: cobertura de negócios altamente digitalizados, abrangendo, ainda, negócios amplamente focados no consumidor;

Nova regra de fonte: criação de um novo nexos, independe da existência de presença física, mas altamente lastreado em vendas. A proposta é que esta nova regra de fonte passe a figurar como uma provisão específica nos acordos de bitributação;

Nova regra de alocação baseada no *arm's length* complementada por fórmula: criação de uma nova regra de alocação de lucros independentemente da realização de atividades de *marketing* ou distribuição no país, englobando, ainda, vendas via distribuidores independentes. A moção tem como aporte o princípio do *arm's length*, mas o complementa com adoção de fórmulas para situações específicas.

Segurança fiscal por meio da adoção de um mecanismo de 3 níveis: visa o aumento da segurança fiscal tanto para os contribuintes quanto para a administração, consistindo em um mecanismo de alocação de renda amparado em três níveis: (i) parte do lucro residual presumido será alocada ao país do mercado por meio de fórmula; (ii) remuneração fixa como base para alocação para as atividades de *marketing* ou distribuição realizadas no país do mercado consumidor; e (iii) mecanismos de prevenção e resolução de disputas obrigatórios, incluindo a alocação de lucros adicionais nas hipóteses em que as

⁸³⁹ OECD. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019, p. 7. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

atividades mencionadas no item (ii) ultrapassam o nível de atividade remunerada com base em montantes fixos⁸⁴⁰.

Em que pese a relevância de todos os aspectos da proposta unificada posta à consulta pública pela OCDE, para fins da presente tese, em que se discute a relevância do mercado consumidor na determinação do direito às bases tributárias em operações transnacionais envolvendo pessoas jurídicas, focaremos nossa análise, neste momento, à nova regra de fonte indicada.

Segundo a proposição colocada à consulta pública, a nova regra de fonte utilizada para alocar base tributária para o país do mercado consumidor deve ser aplicável a todos os casos em que o negócio possui um envolvimento sustentável e significativo na economia do país, tal como interação ou engajamento com os consumidores, independentemente da presença física. Ainda, segundo a moção, a forma mais simples de operacionalização do novo nexos seria a definição de gatilhos condicionada à receita obtida daquele mercado (que poderiam ser adaptados conforme o tamanho do mercado), o que seria uma presunção de envolvimento sustentável e significativo do não residente junto ao mercado daquela jurisdição⁸⁴¹.

Ainda, com base na proposta unificada, a ideia seria que a regra de fonte a ser elaborada não contemplasse apenas modelos de negócio envolvendo a venda de produtos ou serviços de forma remota aos consumidores, mas também alcançasse grupos que vendam produtos e serviços em uma determinada jurisdição, via distribuidores⁸⁴².

Percebe-se, portanto, que na linha do programa de trabalho anteriormente mencionada, a proposta unificada no âmbito do Pilar I parece reconhecer, de uma vez por todas, a relevância do mercado consumidor como regra de fonte hábil a alocação do direito à base tributária para o país de consumo. Não nos parece, no entanto, que a alocação do direito à tributação para a jurisdição do mercado (mercado-produto ou mercado-consumo) lastreada em um novo nexos necessitaria de um envolvimento sustentável e significativo na economia do país presumível a partir de um nível mínimo de vendas.

A nosso ver, o simples acesso ao mercado, seja para fins de fornecimento de bens e serviços, seja para coleta de dados, já justificaria a adoção de regras de fonte baseada no lugar de localização do mercado consumidor com fundamento nos princípios do benefício,

⁸⁴⁰ OECD. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019, pp. 8-9. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁸⁴¹ OECD, op. cit., p. 8.

⁸⁴² Ibidem, p. 8.

equidade, neutralidade e legitimidade explorados no Capítulo 2. Neste sentido, adotar níveis mínimo de vendas como gatilho para o exercício da jurisdição fiscal pelo país do mercado, isto é, pelo país-fonte, sob o nosso entendimento, seria mais uma questão relacionada à praticabilidade e viabilidade da arrecadação e cobrança do crédito tributário do que envolvimento na economia do país.

Após a análise das manifestações à proposta unificada colocada à consulta pública pela OCDE, a próxima e decisiva etapa ocorrerá neste ano, em que serão acordados os detalhes técnicos e políticos para atingir um consenso entre os países, a fim de possibilitar a adoção de uma solução, em longo prazo, para os desafios trazidos pela economia digitalizada, o que deverá culminar com a entrega de um relatório final ainda em 2020.⁸⁴³

3.6 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

A globalização deu início a um processo de intensificação das relações sociais e econômicas transfronteiriças, tendo como um dos principais marcos a disrupção da tecnologia da informação e comunicação. Foi exatamente a difusão dessas tecnologias, aliada ao surgimento da internet na década de 60 e o conseqüente aumento exponencial das atividades *on-line* e compartilhamento de conteúdo, que levaram ao surgimento da economia digitalizada, cuja substituição da necessidade da presença ou troca física nas relações econômicas entre as pessoas representa uma das suas maiores características.

A tecnologia digital foi responsável por transformações substanciais em setores tradicionais da economia, possibilitando uma melhora nos serviços e produtos vendidos, ampliação de mercado e redução de custos operacionais, uma nova forma de relacionamento com consumidores, sem falar na ocorrência de ganhos em escala, aumento de qualidade e eficiência, em comparação com os modelos adotados anteriormente. Tudo isso de forma totalmente digitalizada, o que possibilitou a eliminação de barreiras geográficas, permitindo o acesso aos mais diversos mercados, inclusive os além-fronteiras.

Em razão da volatilidade e dinamismo inerentes à economia digital, qualquer definição por meio da utilização de termos precisos tendente a circunscrever o seu conceito poderia tornar-se obsoleta em um curto espaço de tempo. De outro lado, a adoção de

⁸⁴³ OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019, p. 40. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 05 nov.2019.

conceitos com termos imprecisos ou vagos poderia levar a incertezas e dificuldades relacionadas à aplicabilidade das leis tanto por parte das autoridades fiscais quanto por parte dos contribuintes, sem falar na ofensa ao princípio da legalidade, especialmente sob a perspectiva brasileira.

Uma alternativa à adoção de um conceito com termos precisos, porém limitados em sua abrangência, seria a assunção de uma lista de atividades realizadas no âmbito da economia digital. De acordo com ela, as referidas atividades, uma vez praticadas, seriam consideradas como integrantes do rol das realizadas por meio da economia digital e, automaticamente, se sujeitariam às regras aplicáveis a esse modelo. Tal prática, além de já ter sido testada por diversos países e, inclusive pela OCDE, auxiliaria na aplicação das regras tributária pelos governos e se tornaria um instrumento eficiente para fazer frente aos desafios proporcionados pelas operações transnacionais entre pessoas jurídicas na seara da economia digitalizada.

O modelo tributário internacional, tal como concebido em 1920, não acompanhou as mudanças nos ambientes de negócio, incluindo o aumento de importância dos intangíveis e da economia digitalizada. Consequentemente, regras tributárias, dependentes de presenças física e da tangibilidade de produtos e serviços, não se revelam mais aptas à alocação apropriada de direitos à tributação entre os Estados, tampouco adequadas para determinar as suas bases fiscais.

Por conta da afasia das normas tributárias, que não conseguem acompanhar o mesmo ritmo da evolução da tecnologia da informação e comunicação, a economia digital ameaça o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, facilitando a erosão da base tributária, ainda que de forma não intencional, e o deslocamento artificial de lucros para países com baixa ou sem nenhuma tributação, atitudes estas que levaram à diversas reações por parte de organismos internacionais, bem como dos países. Em razão disso, ao invés de centrar as atenções somente no combate ao BEPS, as legislações devem se focar nos desafios fiscais relacionados à mobilidade e desmaterialização das atividades.

Tanto o relatório preliminar quanto o final do Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS identificaram que as maiores dificuldades geradas pela digitalização da economia estão relacionadas ao vínculo, dados e caracterização, isto é, se atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada possuem algum tipo denexo com o país-fonte, de modo a justificar a sua tributação; se a coleta de dados mercados de determinado país já poderia ser considerado como vínculo; e a caracterização dos rendimentos decorrentes das referidas atividades.

Via de regra, os desafios decorrentes da digitalização da economia e pelos novos modelos de negócio dela decorrentes são de duas grandezas: (i) alocação de rendimento tributável ao país-fonte, ante a ausência de regras de fonte adequadas para atividades realizadas no âmbito da economia digital; e (ii) cobrança e fiscalização dos tributos devidos sobre atividades praticadas por não residentes.

Desde a segunda metade da década de 90, a OCDE iniciou uma série de iniciativas com vistas a identificar os problemas e potenciais soluções relacionadas ao comércio eletrônico. A Conferência Ministerial sobre o comércio eletrônico - *A Borderless World: Realising the Potential of Global Electronic Commerce*, comumente conhecida como a Conferência de Ottawa e realizada em 1998, foi a primeira, no âmbito de eventos ministeriais da OCDE, que governantes de diversos países, diretores de entidades internacionais, líderes industriais e representantes de interesses sociais, trabalhistas e de consumidores se reuniram para discutir o comércio eletrônico global.

Como resultado da Conferência de Ottawa, foram elencados cinco princípios a serem observados no contexto do comércio eletrônico, quais sejam: (i) neutralidade; (ii) eficiência; (iii) certeza e simplicidade; (iv) eficiência e equidade e (v) flexibilidade.

A partir de então, questões relacionadas ao comércio eletrônico passaram a ser acompanhadas pelos grupos de trabalho da OCDE. Em virtude das perdas causadas pelo BEPS nos últimos anos, e motivados por diversos fatores políticos e veiculação em massa nos canais de comunicação de planejamentos tributários realizados por grandes conglomerados multinacionais, após encontro realizado em Los Cabos, México, os Líderes do G20, emitiram uma declaração reiterando a necessidade de combate ao BEPS e a intenção de seguir com os trabalhos da OCDE em andamento nesta área.

Em junho de 2013, a OCDE publicou seu plano de ação de combate à erosão da base tributária e deslocamento de lucros. Contando com a participação conjunta da OCDE e do G20 em igualdade de condições, o Projeto BEPS é composto por 15 Planos de Ação, que têm por objetivo equipar os governos com instrumentos domésticos e internacionais necessários para combater a erosão da base tributária e a destinação artificial de lucros para países com baixa ou sem nenhuma tributação, bem como o desenvolvimento de um novo paradigma de tributação internacional amparado na cooperação e coordenação entre os países.

Diferentemente da abordagem realizada pelos Grupos de Trabalho anteriormente estabelecidos, o relatório do Plano de Ação nº 1 do BEPS, publicado em 2015, trata a economia digital como um causador de erosão da base tributária e transferência de lucros.

Ante a dificuldade, de acordo com as regras atualmente vigentes, de se estabelecer um vínculo fiscal nas hipóteses em que há o fornecimento de bens e serviços sem a necessidade de presença física, o relatório da OCDE sugere a adoção de um novo critério de conexão, com esboço no conceito de presença econômica significativa.

Segundo esse critério, o não-residente poderia ser tributado no Estado em que fosse verificada uma presença econômica significativa, a qual, por sua vez, restaria evidenciada por meio de indicadores de uma interação intencional e contínua com a economia de uma jurisdição, por meio de tecnologia e outras ferramentas informatizadas. Tais indicadores, podem ser sintetizados em: (i) fator baseado na renda; (ii) fator digital; e (iii) fator baseado no usuário.

De qualquer forma, mesmo caracterizada a presença econômica significativa em um determinado território, atraída pela pujança e atratividade do mercado consumidor local, ainda assim remanesceriam a questão sobre a atribuição de renda à presença econômica significativa, sendo à época mencionadas algumas possíveis soluções, alguma, inclusive, já incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ao contrário de outros planos de ação, que tiveram resultados mais concretos, o Plano de ação nº 1 do Projeto BEPS limitou-se a mencionar medidas potenciais sem efetivamente propor nenhuma solução. Em razão disso – ausência de proposições, os países concordaram em renovar o mandato da Força Tarefa da Economia Digital, que passaria a ter a incumbência de monitorar o desenvolvimento das atividades relacionadas à digitalização da economia.

Em 2018, a Força Tarefa da Economia Digital elaborou o Relatório Provisório sobre os Desafios Fiscais decorrentes da Digitalização, por meio do qual realizou-se levantamentos atinentes à adoção crescente de medidas unilaterais pelos países, voltados à tributação de arranjos digitais, bem como trouxe uma nova estrutura teórica para analisar os processos de geração de valor em modelos comerciais digitais, para, então, fundamentar a revisão das regras fiscais internacionais.

Posteriormente, em maio de 2019, foi aprovado o Programa de Trabalho Para Desenvolvimento de uma Solução Consensual aos Desafios decorrentes da Digitalização da Economia. Em síntese, o programa de trabalho contém propostas concretas para fazer frente aos dois maiores desafios atuais da tributação internacional da renda, divididas em dois pilares complementares: (i) realocação de lucro e regras de conexão revisadas (Pilar I); e (ii) mecanismo global antierosão da base tributável (Pilar II).

O Pilar I, cuja abordagem é essencial para fins da presente tese, busca explorar soluções quanto à determinação do local em que o tributo deve ser pago e sob qual critério

de conexão determinada jurisdição poderia exercer o seu poder de tributar, bem assim procura analisar as regras sobre alocação de lucros que podem ou devem ser tributados na jurisdição em que os clientes ou usuários estão situados.

Relativamente ao desenvolvimento de um novo critério de conexão, duas opções são consideradas pelo referido programa de trabalho, a fim de possibilitar a elaboração do conceito de presença tributável remota, independentemente da presença física no mercado consumidor: (i) alterações das regras já existentes na convenção modelo da OCDE, especificamente os artigos 5 (estabelecimento permanente) e 7 (lucro das empresas); ou (ii) introdução de um novo conceito de nexos, seja a partir da criação de uma nova presença tributável ou de uma nova concepção de fonte.

Embora o programa de trabalho não tenha feito qualquer distinção entre mercado-consumo e mercado-produto, ele reconhece expressamente a relevância do mercado consumidor como elemento de conexão suficiente para a determinação das bases tributárias entre o país-fonte e de residência, suportando as premissas fixadas até o momento e contribuem para a sugestão de uma regra de fonte apta a arrostar os desafios proporcionados pela economia digitalizada, especialmente nas hipóteses envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas.

Ainda, de acordo o programa de trabalho, a elaboração de regra de fonte para transferência de recursos ao país de mercado consumidor, deverá observar as seguintes premissas: (i) piso para receitas locais; e (ii) adoção de indicadores adicionais que, combinados às receitas produzidas localmente, demonstrarão uma conexão com o território do país de consumo, além da mera venda por não residentes e recebimento de valores em contrapartida.

Por fim, foi mencionado que serão necessários instrumentos para assegurar a completa implementação e administração eficiente das novas regras de fonte, incluindo a efetiva eliminação da dupla tributação, a praticabilidade, fiscalização e cobrança da renda alocada de acordo com as novas regras de fonte baseadas no mercado consumidor e a alteração dos acordos de bitributação existentes para incorporação do novo nexos e regras de alocação de recursos.

Recentemente, a OCDE disponibilizou para consulta pública o documento intitulado *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*. Dentre todos os aspectos da proposta unificada posta à consulta pública pela OCDE, para fins da presente tese, sobressai-se a nova regra de fonte. Segundo a referida proposta, essa regra utilizada para alocar base tributária ao país do mercado consumidor deve ser aplicável a todos os casos em

que o negócio possui um envolvimento sustentável e significativo na economia do país, tal como interação ou engajamento com os consumidores, independentemente da presença física, o que poderia ser presumido por meio do atingimento de níveis mínimos de vendas.

Na linha das diretrizes anteriormente apresentadas, a proposta unificada no âmbito do Pilar I também reconhece a relevância do mercado consumidor como regra de fonte hábil a destinação do direito à base tributária para o país de consumo. Não nos parece, no entanto, que, em razão da relevância do mercado consumidor, cuja a tributação poderia ser justificada com fulcro em diversos princípios econômicos e tributários tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional, a alocação do direito à tributação para a jurisdição do mercado (mercado-produto ou mercado-consumo) calcada em um novo nexos necessitaria de um envolvimento sustentável e significativo na economia do país.

Neste contexto, tendo em vista os desafios proporcionados pela digitalização da economia, o mercado consumidor, segregado para fins da presente tese em mercado-consumo e mercado-produto – pode ser considerado um nexos genuíno com o território do país em que está localizado, justificado por princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito internacional e apto a fazer face aos aludidos desafios, passaremos a discorrer no próximo capítulo a sua influência na adequação da teoria da fonte e, conseqüentemente, na determinação do direito às bases tributárias.

4 DETERMINAÇÃO DO DIREITO ÀS BASES TRIBUTÁRIAS NAS OPERAÇÕES TRANSNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS REALIZADAS NO ÂMBITO DA ECONOMIA DIGITAL

A discussão entre tributação baseada na fonte de origem dos rendimentos (territorialidade real) ou na residência dos beneficiários (por força da universalidade ou territorialidade pessoal) é um dilema cujas origens remontam à lei do imposto sobre a renda prussiana e ao imposto sobre a renda norte-americana⁸⁴⁴.

Geralmente, países importadores de capital têm maior interesse na tributação baseada na fonte produtora de rendimentos, ao passo que países exportadores de capital têm maiores ganhos com a tributação calcada na residência⁸⁴⁵.

E é justamente em razão dessa tensão existente entre países que adotam a tributação condicionada na fonte produtora dos rendimentos e países defensores da tributação com base na residência dos beneficiários dos aludidos rendimentos que entra em jogo a tarefa elementar das regras de tributação internacional: resolver reivindicações concorrentes entre países optantes pela tributação baseada na residência e aqueles adeptos à territorialidade real, a fim de evitar a ocorrência de dupla tributação⁸⁴⁶ quando ambos os países exercerem a sua competência tributária plena⁸⁴⁷, bem como proporcionar uma adequada alocação de renda, isto é, da repartição do direito ao exercício da jurisdição tributária pelos países da fonte e de residência.

Tais reivindicações concorrentes têm início, particularmente, após a segunda metade do século 19⁸⁴⁸, momento em que os impostos sobre a renda passaram a se tornar mais comuns. Assim, tendo em vista que a pretensão tributária de cada país decorre diretamente do exercício da sua própria soberania, dificultando a integração/coordenação pura e simples entre sistemas fiscais de Estados soberanos distintos, os países iniciaram a assunção de

⁸⁴⁴ Como bem observa Alberto Xavier, tanto a Prússia quando os Estados Unidos adotaram a tributação com bases universais. (XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 365).

⁸⁴⁵ GRAETZ, Michael J.; O'HEAR, Michael M. **The 'Original Intent' of U.S. International Taxation**. Vol. 46:1021. *Duke Law Journal*, p. 1035.

⁸⁴⁶ Alberto Xavier assevera que, para que haja a ocorrência de bitributação jurídica, faz-se necessária a presença das 4 identidades, são elas: (i) identidade do objeto; (ii) identidade do sujeito; (iii) identidade do período tributário; e (iv) identidade do imposto. (XAVIER, op. cit., p. 22)

⁸⁴⁷ GRAETZ; O'HEAR, op. cit., p. 1033.

⁸⁴⁸ HARRIS, Peter; OLIVER, David. **International Commercial Tax**. Cambridge: Cambridge Tax Law Series, 2010. p. 16.

acordos de bitributação com o fito de melhor coordenar suas leis fiscais, eliminando potencial dupla tributação.

O primeiro acordo internacional envolvendo tributação direta de que se tem notícia foi celebrado entre a Prússia e o Império Austro-Húngaro em 1899, embora esse pacto, aparentemente, tenha sido respaldado na Lei Imperial de Dupla Tributação Alemã de 1870. Tais legislações adotaram, essencialmente, uma abordagem pautada em alocações do direito de tributar – *tax rights* – por meio do qual o direito de tributar determinados rendimentos foi conferido a um país, ao passo que outras espécies de rendimentos ficavam sujeitas à tributação do outro país⁸⁴⁹.

Mais do que eliminar a dupla tributação – como a própria nomenclatura das convenções já sugerem –, os acordos celebrados consistem em negociações bilaterais que expressam tratativas entre Estados de como eles acordaram em dividir a tributação em negócios/operações transfronteiriças em que estejam envolvidos⁸⁵⁰. Isto é, acordos internacionais para evitar a dupla tributação alocam rendimentos dos países das fontes para países de residência, justamente em razão do fato de que o país da fonte, seguindo o princípio da territorialidade real, exerce a sua pretensão tributária sobre rendimentos decorrentes de fontes nele situadas.

Assim, como bem observa Reuven S. Avi-Yonah, na ausência de convenção internacional, o país da fonte poderá tributar tanto rendimentos produtivos (*active income*) quanto rendimentos passivos originários naquele país, além do fato de não estarem vinculados por estabelecimento permanente ou regras de fonte derivadas de convenções internacionais, isto é, regras de origem, por meios das quais se definem os rendimentos originários no país⁸⁵¹, desde que, como visto nos Capítulos 1 e 2, as regras de fonte representem fatos ou coisa que tenham relação com os limites geográficos do Estado e possam ser justificados pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito internacional.

Nesse contexto, é justamente para repartir a potestade impositiva dos Estados em relação a hipóteses tributárias transnacionais, que entram em cena as convenções internacionais em matéria tributária, as quais, ao contrário das regulamentações de direito internacional privado, não são normas de conflito, mas, como bem observa Klaus Vogel,

⁸⁴⁹ HARRIS, Peter; OLIVER, David. **International Commercial Tax**. Cambridge: Cambridge Tax Law Series, 2010. p. 16.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 18.

⁸⁵¹ AVI-YONAH, Reuven S. **Double Tax Treaties: An Introduction**, 2007, p. 3. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1048441>> Acesso em: 08 jun. 2013.

normas de distribuição ou de delimitação⁸⁵² (*Grenznormen*). Melhor dizendo, de acordo com o aludido professor, as diretrizes decorrentes dos acordos de bitributação determinam que ambos os Estados Contratantes tributem de acordo com as suas próprias leis internas, não havendo que se falar na aplicação de leis estrangeiras. Muito pelo contrário, os regulamentos dos acordos de bitributação, para evitar a ocorrência da dupla tributação, limitam o conteúdo das leis tributárias domésticas em ambos os Estados Contratantes, tanto por meio da limitação de sua aplicabilidade, quanto por meio da imposição a um ou a ambos os Estados que autorizem a concessão de crédito do imposto pago no exterior a ser descontado da sua própria base tributária. Consequentemente, as regras contidas nos acordos de bitributação não são de conflito, mas de limitação, à semelhança daquelas de direito administrativo internacional⁸⁵³.

Pois bem, conforme visto nos capítulos anteriores, a necessidade da existência de um elemento de conexão genuíno com o país tem sido um preceito utilizado pelo direito internacional público⁸⁵⁴ como definidor da jurisdição dos Estados. Contudo, a grande variedade de nexos atualmente aceitos demonstra a necessidade da realização de escolhas políticas em seara nacional, bem como consenso no cenário internacional.⁸⁵⁵

É exatamente no consenso com relação ao vínculo que reside um dos maiores desafios gerados pela economia digital. Isto é, apesar das inúmeras discussões realizadas pela OCDE, principalmente no âmbito do Projeto BEPS, a falta dela, causada principalmente pela resistência dos países adotantes da sistemática de tributação baseada na residência, que insistem na utilização de elementos calcados na presença física para justificar a tributação pelo país-fonte, além de desequilibrar a repartição de base tributável entre os países, possibilitam que rendimentos deixem de ser tributados por ausência de regras de fonte adequadas.

Mais do que proporcionar BEPS, a digitalização da economia e o surgimento dos novos modelos de negócios dela decorrentes não se enquadram no arcabouço tributário internacional, concebido sob a perspectiva de necessidade de presença física, tangibilidade

⁸⁵² Betina Treiger Grupenmacher afirma que “é comum, no âmbito da comunidade internacional, que os Estados se abstenham de exercer o seu poder de imposição tributária por força de dispositivos contidos em seu próprio ordenamento que são decorrência de convenções e tratados internacionais.” (**Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 94).

⁸⁵³ Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, B. Explanatory Notes, Página 10. ©2009 Wolters Kluwer. Disponível em: <<https://www.africataxjournal.com/wp-content/uploads/2018/04/Klaus-Vogel-Treatise-on-Double-Tax-Conventions-B-Expl-Notes.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2020.

⁸⁵⁴ Vide item 1.2.2.

⁸⁵⁵ SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). In: **World Tax Journal**, 2009, p. 93.

e mobilidade reduzida. Nesse sentido, tratar a economia digital apenas e tão somente dentro do contexto do BEPS nos parece, salvo melhor juízo, uma visão distorcida do problema, haja vista que, na grande maioria dos casos, a ausência de tributação, principalmente pela jurisdição fonte, é causada pela inadequação das regras atualmente vigentes no âmbito internacional, bem como pelos ordenamentos jurídicos dos países.

Dessa forma, quer na seara dos acordos de bitributação, cuja tarefa primordial é a repartição de competências fiscais entre os países da fonte e de residência, quer por meio de medidas unilaterais de cada país, as regras de fonte atualmente existentes, concebidas sob o dogma da presença física, não se revelam mais eficientes para fazer frente aos desafios proporcionados pela digitalização da economia. Por esse motivo, o presente capítulo se destina a analisar a adequação de algumas propostas de modificação das regras de tributação, pelo Estado da fonte, dos rendimentos decorrentes de operações praticadas no campo da economia digital. O resultado que se pretende demonstrar é que o acesso ao mercado consumidor de determinado país mostra-se, a nosso ver, uma regra de fonte que atenderia aos princípios da igualdade, eficiência e praticabilidade. Antes, porém, passaremos a analisar quais tipos de operações estariam sujeitas à regra de fonte aqui proposta.

4.1 OPERAÇÕES TRANSNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS

Tendo em vista o dinamismo da digitalização da economia e, por conseguinte, das atividades dela decorrentes, então antes de analisarmos as regras alternativas à tributação de tais operações pelo país-fonte, rompendo-se com o paradigma da necessidade de presença física, presente desde a sua concepção⁸⁵⁶, na antiga Prússia, e tido como um dogma até os dias atuais, faz-se necessário delimitar as relações jurídicas que estariam sujeitas às novas regras aqui propostas.

A primeira delimitação a que se faz mister diz respeito à análise aos negócios jurídicos realizados entre pessoas jurídicas, já que este modelo domina a economia digital⁸⁵⁷. Conforme discorrido desde o início da presente tese, este estudo restringe-se a operações realizadas entre pessoas jurídicas.

⁸⁵⁶ A lei de imposto sobre a renda da Prússia de 1891 já incorporava o conceito de um estabelecimento comercial ou industrial. (HARRIS, Peter; OLIVER, David. **International Commercial Tax**. Cambridge University Press, 2010, p. 136.) veja, ainda, Avery Jones et al. (2006, pp. 722-3).

⁸⁵⁷ BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 12.

Para Maria Helena Diniz, a pessoa jurídica pode ser definida como uma unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que objetiva a realização de certos fins, sendo, destarte, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direito e obrigações. Ainda, para a aludida professora, a pessoa jurídica é caracterizada por três requisitos: (i) organização de pessoas ou de bens; (ii) licitude de propósitos ou fins; e (iii) capacidade jurídica reconhecida por normas⁸⁵⁸.

Nessa linha são as palavras de Caio Mário da Silva Pereira, para quem as pessoas jurídicas, compostas de um conjunto de pessoas ou por destinação de patrimonial, com aptidão para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações⁸⁵⁹.

De acordo com relatório produzido pela Forrester Research em 2017, operações de comércio eletrônico entre pessoas jurídicas atingirão a marca de USD 1,2 trilhão até 2021. Em estudo realizado pela Frost & Sullivan, o potencial do comércio eletrônico entre pessoas jurídicas seria ainda mais expressivo, podendo chegar a USD 6,6 trilhões já em 2020⁸⁶⁰, mais do que o dobro das transações entre pessoas jurídicas e pessoas físicas⁸⁶¹.

Além disso, o desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação, aliado à popularização do comércio eletrônico e operações digitais, tornaram as operações entre pessoas jurídicas não só mais atrativas sob o ponto de vista de potencial de arrecadação, mas também mais complexas em comparação às operações envolvendo pessoas físicas. De fato, embora ambas as práticas envolvam consumidores e negócios, as negociações entre pessoas jurídicas possuem um ambiente intrincado e uma complexidade ímpar, devido a flutuações de preço, acordos comerciais específicos com clientes, volumes de ordens e configurações especiais de produtos⁸⁶².

Aliado a esse fato, operações entre pessoas jurídicas possibilitam uma fiscalização muito mais efetiva pelas autoridades fiscais dos países, especialmente pelos países-fonte, haja vista que pagamentos realizados por aquelas em operações comerciais realizadas por meios virtuais, via de regra, constituem despesas dedutíveis para fins de apuração de impostos corporativos sobre a renda, o que daria muito mais efetividade à fiscalização e

⁸⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

⁸⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. Vol I. 22ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 297.

⁸⁶⁰ GENSON, Rachael. **The B2B Ecommerce Trends Report: Millennial Buyers, Payment Options and a Maturing Market**. 2018. Disponível em: <<https://www.bigcommerce.com/blog/b2b-ecommerce-trends/#b2b-ecommerce-payments-trends>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

⁸⁶¹ FROST&SULLIVAN. **U.S B2B Ecommerce Platform Market**, Forecast to 2023. 2017. Disponível em: <<https://store.frost.com/u-s-b2b-ecommerce-platform-market-forecast-to-2023.html>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

⁸⁶² Ibidem.

arrecadação tributária em comparação com operações envolvendo pessoas jurídicas e pessoas físicas.

De qualquer forma, é importante se ter em mente que negociações entre pessoas jurídicas e físicas também geram rendimentos potencialmente sujeitos à tributação corporativa. No entanto, além do volume significativamente inferior, tais transações integram outros mecanismos de controle regulatório, tais como o envolvimento de instituições financeiras (e.g. bancos e companhias de cartão de crédito) ou a existência de tributos sobre consumo e, portanto, apresentam diferentes desafios, tidos por Andrés Báez e Yariv Brauner⁸⁶³ como menores ou até mesmo mais custosos para a coleta de tributos, em comparação às operações entre pessoas jurídicas.

Desse modo, seja em razão da materialidade, isto é, do volume tanto financeiro, quanto em número de operações, seja em razão da praticabilidade e efetividade, optamos por restringir a presente tese apenas às transações entre pessoas jurídicas. A partir das peculiaridades de cada uma delas, um desafio adicional pode ser a distinção, no caso concreto, de operações entre pessoas jurídicas e entre pessoa jurídica e pessoa física, a fim de se proceder com a cobrança e arrecadação da tributação corporativa sobre a renda. Como bem observam Andrés Báez e Yariv Brauner, as regras tributárias atualmente em vigor exigem que as empresas, na regular condução de seus negócios, tenham registros como pessoas jurídicas na maioria dos países, por meio da obtenção de números de identificação para fins fiscais, por exemplo. Ademais, tributos sobre o consumo, como os impostos sobre o valor agregado, demandam necessidades similares, a fim de diferenciar negócios conduzidos por empresas daqueles conduzidos por pessoas físicas⁸⁶⁴.

Enfim, seja como for, atualmente existem vários elementos que possibilitam a diferenciação entre as operações realizadas por pessoas jurídicas das realizadas por pessoas físicas. Sob o ponto de vista do consumo, por sua vez, operações envolvendo consumidores pessoas físicas, via de regra, representam pagamentos dedutíveis para fins do imposto sobre a renda corporativo, o que permitiria a identificação da operação digital e separação dos consumidores pessoas físicas, cujo rol de dedutibilidade no contexto do imposto sobre a renda é substancialmente reduzido em comparação às pessoas jurídicas.

⁸⁶³ BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 13.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 13.

Pois bem, uma vez definidos os sujeitos - pessoas jurídicas - que estarão submetidos às novas regras de fonte que nos propomos a sugerir, resta-nos delimitar o seu objeto, isto é, as operações que, uma vez ocorridas, levarão à obrigação de pagar tributo sobre a renda ao Estado-fonte. Nesse contexto, como o próprio título da tese nos revela, além de envolver apenas pessoas jurídicas, para fins de se enquadrar na regra de fonte aqui proposta, há de se estar diante de uma “operação” e esta seja realizada em âmbito transnacional.

Com efeito, para fins da presente tese, temos a acepção do termo “operação” tal como empregada na prática mercantil, isto é, como a realização de negócios comerciais⁸⁶⁵. Trata-se, assim, da realização de negócios comerciais, sendo o resultado ou o efeito de ato mercantil, que resulta numa convenção ou contrato.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, o vocábulo operações exprime o sentido de atos ou negócios, referindo-se a toda e qualquer atividade regulada pelo Direito⁸⁶⁶. Para Geraldo Atalita e Cléber Giardino, o termo operação deve ser interpretado como negócio jurídico, um ato de conteúdo negocial realizado à luz do direito privado⁸⁶⁷.

Ao tratar do antigo ICM, Alcides Jorge Costa definiu operação como um ato jurídico em sentido material decorrente de uma manifestação de vontade. Na hipótese por ele retratada, visa levar as mercadorias da fonte de produção ao mercado consumidor⁸⁶⁸. Tem-se, portanto, que, para fins da presente tese, a acepção do termo operação deverá ser entendida como um negócio jurídico regulado pelo direito, decorrente da livre manifestação de vontade das partes.

Da mesma forma em que as operações se distinguem, segundo sua natureza, em operações de crédito, operações bancárias, operações financeiras, operações de bolsa⁸⁶⁹, para fins da presente análise trataremos as operações aqui descritas como operações realizadas no âmbito da economia digital, ou simplesmente operações digitais.

Mas o que seriam operações digitais? Como discorrido no item 3.2, um dos maiores desafios da economia digitalizada é a sua própria definição, visto que definir algo dinâmico e intangível, e que tem a volatilidade e mobilidade como uma de suas características fundamentais, não é uma tarefa fácil. Por esse motivo, e conforme mencionado

⁸⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**, 2ª Edição. Editora Saraiva, 2005, p. 504.

⁸⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **A Regra Matriz do ICM**, 1981, 437 f. Tese (Livre-docência em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 170.

⁸⁶⁷ ATALIBA, Geraldo e Giardino, Cléber. Núcleo da definição constitucional do ICM (Operações, circulação e saída). In: **Revista de Direito Tributário** 25-26, São Paulo: RT, 1983, p. 107.

⁸⁶⁸ COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constituição e na lei complementar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, p. 63.

⁸⁶⁹ SILVA, De Pácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Edição. Editora Forense. 2007, p. 982.

anteriormente, para fins de conceituação de economia digital, a nosso ver, existem três formas alternativas de abordagem: (i) definir economia digitalizada por meio da identificação de suas características, utilizando termos genéricos e imprecisos, cabendo às administrações e aos contribuintes o enquadramento, ou não, das operações praticadas, o que, como vimos, traria incertezas e inseguranças na aplicação das regras; (ii) trabalhar com um conceito objetivo e preciso de operações integrantes da economia digitalizada, hipótese em que poderia ser adotada uma lista taxativa das operações digitais, como ocorre com os inventários de paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados e do ISS adotadas pelo Brasil, em que constariam todas as operações classificadas como digitais (e.g. comércio eletrônico, *streaming*, *cloud computing*, provimento de conteúdo, etc); e (iii) instituição de critérios precisos e objetivos por meio de lei, a exemplo do que ocorre com os critérios previstos nos artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/ 1996, atribuindo ao Poder Executivo à edição de regulamentos com a lista das atividades consideradas como integrantes da economia digitalizada.

Se a incorporação de termos vagos e imprecisos na definição das operações integrantes da economia digitalizada pode gerar insegurança e discricionariedade no momento de aplicação das regras, dado o dinamismo e volatilidade da economia digital, a utilização de uma definição com expressões precisas e determinadas pode se tornar obsoleta em questão de anos, para não falar meses. Além disso, a edição de listagem, de acordo com a experiência brasileira no âmbito do ISS, traz consigo um certo grau de subjetividade e segurança, mas, ao nosso ver, ainda proporcionaria mais vantagens do que a adoção de palavras genéricas e imprecisas na sua conceituação.

Por tais motivos, considerando a pluralidade de soluções para a definição da economia digitalizada, para fins da presente tese, cujo objetivo é tratar da adequação das regras de fonte, especialmente da relevância do mercado consumidor na determinação do direito às bases tributárias em operações transnacionais entre pessoas jurídicas, optamos por tratar a questão como simplesmente operações transnacionais realizadas no âmbito da economia digitalizada. Isto é, sem embargo da problemática da questão ligada a identificação das atividades ou rendimentos decorrentes da digitalização da economia, tendo em vista a limitação do escopo, endereçaremos referidas atividades simplesmente como operações transnacionais realizadas na esfera da economia digitalizada.

Mas para se sujeitar à regra de fonte, que será tratada neste capítulo, não basta que tenhamos uma operação digital realizada entre pessoas jurídicas; faz-se necessário ainda que a operação digital entre pessoas jurídicas seja uma operação transnacional, isto é, um negócio

realizado entre pessoas jurídicas domiciliadas ou presentes em diferentes nações, um negócio jurídico que ultrapasse os limites geográficos dos países.

Deveras, operações realizadas entre agentes residentes dentro de um mesmo país não geram qualquer ausência de tributação ou problemáticas relacionada a alocação de bases tributárias entre os países, haja vista que os rendimentos decorrentes de operações digitais serão tributados por aquele país segundo as regras de tributação corporativa da renda aplicável, não havendo que se falar em inadequação de regras de fonte ou problemas de alocação da renda entre jurisdições. Inadequações e problemáticas, essas que ocorrem nas hipóteses em que os negócios realizados no âmbito digital transcendem, isto é, ultrapassam os limites geográficos de determinado território, e passam a envolver duas ou mais jurisdições.

Nessa ótica, uma vez definidas as pessoas e objetos sujeitos à norma apresentada por este estudo, passaremos a abordagem das diversas propostas ou alternativas de regras de fonte para encarar os desafios gerados pela digitalização da economia para, ao final, propormos a regra de fonte que, a nosso, seria mais adequada para responder tais desafios, mormente sob o prisma da eficiência, praticabilidade e equidade.

4.2 ESTABELECIMENTO PERMANENTE

Conforme tratado no item 2.9.1.4 acima, o estabelecimento permanente consiste em umas das regras de fonte, previstas nos acordos de bitributação, utilizadas para justificar a tributação pela Estado da fonte.

Como bem observa Klaus Vogel, segundo todas⁸⁷⁰ as convenções modelo existentes, a existência de um estabelecimento permanente é a condição decisiva para autorizar a tributação, pelo país-fonte, dos rendimentos decorrentes de uma dada atividade empresarial e do capital relacionado a tais atividades⁸⁷¹. Preceitua o artigo 7º das convenções modelo, um Estado contratante poderá tributar os lucros decorrentes de empreendimento desenvolvidos por empresas residentes em outro Estado contratante apenas e tão somente nas hipóteses em que essa empresa realiza as suas atividades por meio de um estabelecimento permanente situado no primeiro Estado contratante.

⁸⁷⁰ *OECD Model Convention, UN Model Convention e US Model Convention.*

⁸⁷¹ VOGEL, Klaus; ENGELSCHALK, Michael, et al. **Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OCDE-,UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to german treaty practice.** 3.ed. Netherlands: Kluwer law international, 1997, p. 280.

A referida norma foi concebida para assegurar que atividades empresariais não serão tributadas por um Estado, a menos que exista uma ligação econômica substancial entre o empreendimento e o Estado⁸⁷². Na ausência do referido vínculo genuíno entre a atividade desenvolvida e o território do Estado, de acordo com as estruturas de repartição de competência promovidas pelos acordos de bitributação, caberá ao país residente da empresa o direito de tributar os lucros decorrentes do referido empreendimento.

A figura do estabelecimento permanente é prevista no artigo 5º dos acordos de bitributação. Regula o artigo 5º da convenção modelo da OCDE, adotado no presente trabalho meramente para fins ilustrativos, ele é composto por 7 parágrafos, os quais podem ser expressos da seguinte forma:

- (i) Regra geral de estabelecimento permanente;
- (ii) Exemplos de estabelecimento permanente;
- (iii) Projetos de construção;
- (iv) Exceções ao conceito de estabelecimento permanente;
- (v) Agentes dependentes;
- (vi) Agentes independentes; e
- (vii) Companhias subsidiárias.

Determina o artigo 5 da convenção modelo da OCDE, que o não residente há de ter uma presença direta e com um certo grau de permanência⁸⁷³ antes que seja caracterizada a existência de um estabelecimento permanente⁸⁷⁴ e, em razão disso, o Estado-fonte, seja legitimado a exercer a sua jurisdição fiscal sobre os lucros atribuídos àquele estabelecimento. Para tanto, o artigo 5 reconhece duas formas de presença: (i) uma presença física, por meio de um conceito de local fixo de negócios (*fixed place of business*); e (ii) uma presença pessoal, por meio de pessoas físicas atuando por conta da pessoa jurídica não residente⁸⁷⁵.

Em que pesem as especificidades constantes no parágrafo do artigo 5º da convenção modelo da OCDE, para fins da economia digital, é importante se ter em mente que apenas nas hipóteses em que o empreendimento é conduzido em outro país por meio de uma

⁸⁷² Ibidem, p. 280.

⁸⁷³ De acordo com Daniel W. Blum “only if the income generating business activity reach a certain level of physical and temporal permanency can the source state tax such income. (BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015, p. 315-316.)

⁸⁷⁴ HARRIS, Peter; OLIVER, David. **International Commercial Tax**. Cambridge University Press, 2010, p. 136.

⁸⁷⁵ HARRIS, Peter; OLIVER, David. **International Commercial Tax**. Cambridge University Press, 2010, p. 136.

presença direta, quer física, quer pessoal, e permanente é que este outro país – fonte – será autorizado a tributar os lucros atribuídos a esta presença direta, isto é, ao estabelecimento permanente.

Aludido requisito – presença física – pode ser facilmente observado por meio da leitura da regra geral de estabelecimento permanente contido no artigo 5, parágrafo 1º, da convenção modelo da OCDE segundo o qual “a expressão ‘estabelecimento permanente’ significa uma instalação fixa de negócios por meio da qual as atividades de uma empresa são exercidas em todo ou em parte”.

Note-se, portanto, que, nos termos da regra geral mencionada, para que haja a configuração de estabelecimento permanente há de estar presentes três elementos: (i) existência de um lugar de negócios, isto é, uma presença física utilizada no negócio; (ii) este lugar de negócios deve ser fixo e estar disponível para que a pessoa jurídica não residente o utilize para a condução de suas atividades empresariais, atribuindo-lhe um caráter de permanência; e (iii) é necessário que a pessoa jurídica não residente não apenas tenha um local fixo de negócios (*fixed place of business*), mas que também realize total ou parcialmente suas atividades empresarias por meio daquele local fixo de negócios⁸⁷⁶.

A presença pessoal direta, por seu turno, encontra-se prevista no parágrafo 5º, do artigo 5 da convenção modelo da OCDE, segundo o qual uma pessoa, agindo por conta em ordem de uma pessoa jurídica não residente, tem a prerrogativa, e frequentemente exerce esta prerrogativa, de concluir⁸⁷⁷ contratos em nome do não residente (obrigando a empresa representada), então a esse não residente será considerado como tendo um estabelecimento permanente naquele Estado.

O princípio por trás do agente dependente é que, mesmo na ausência de um local fixo, o Estado pode ter o direito de tributar os lucros de determinado empreendimento lá conduzido, haja vista a existência de uma pessoa agindo por conta de ordem, isto é, com poderes de representação e vinculação da pessoa jurídica não residente.

Nesse prisma, a noção de estabelecimento permanente, tal como foi concebida, autoriza a tributação pelo Estado-fonte apenas nas hipóteses de existência de uma presença direta, seja ela física, por meio de um *fixed place of business*, seja ela pessoal, por meio de

⁸⁷⁶ HOLMES, Kevin. **International tax policy and double tax treaties: an introduction to principles and application**. IBFD, 2007, p. 153.

⁸⁷⁷ De acordo com os comentários da OCDE não há a necessidade de assinatura dos contratos, mas se o agente dependente já está autorizado a negociar elementos contratuais de modo o vincular a empresa não residente tem-se por preenchido o requisito de conclusão do contrato, ainda que este seja assinado por outra pessoa (OECD. *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 146.).

um agente dependente, o que, por si só, já demonstra a inadequação dessa regra de fonte para afrontar as peculiaridades inerentes à digitalização da economia.

Com efeito, dada a intangibilidade, o dinamismo e o alcance das atividades realizadas por meio da economia digital, o que possibilita a prestação de serviços ou venda de mercadorias, ainda que intangíveis, sem a necessidade de presença física no mercado consumidor, nos parece que os regulamentos de estabelecimento permanente, calcadas na necessidade de presença direta no mercado consumidor, não se mostram mais aptos no cenário da economia digital. Mais do que combater o BEPS, a adequação das regras de fonte se mostra necessária para refletir uma eficaz revisão da estrutura de alocação da renda entre países da fonte e de residência em operações transnacionais realizadas na era da economia digital.

Em razão disso, a fim de abranger as novas atividades realizadas no segmento da digitalização da economia, várias propostas de adequação das regras de fonte surgiram, dentre elas a das regras de estabelecimento permanente, pela criação do chamado *digital PE*.

4.2.1 Estabelecimento permanente digital

Conforme visto acima, a noção de presença física como regra geral para a configuração de estabelecimento permanente nos termos do artigo 5 da convenção modelo da OCDE dificilmente se aplica nos casos envolvendo atividades realizadas no domínio da economia digital⁸⁷⁸. O resultado prático dessa inadequação das regras de fonte atualmente vigentes é o desequilíbrio entre a alocação de receitas tributáveis entre os Estados da fonte e de residência, sendo, destarte, necessário reequilibrar o exercício da soberania fiscal pelo país-fonte sobre os rendimentos decorrentes de atividades empresariais em linha com as peculiaridades da economia digital.

Ressalte-se, desde já, que a adequação das regras de fonte não tem por objetivo o incremento de *taxing rights* do Estado-fonte, mas apenas o realinhamento do equilíbrio na destinação de receitas tributárias entre os países da fonte e de residência em razão das mudanças suscitadas pela evolução da tecnologia da informação e comunicação. Trata-se, portanto, do reencaminhamento da tributação ao local em que o valor é criado, haja vista que a criação de valor no âmbito da economia digital não leva em consideração apenas o lado do

⁸⁷⁸ HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy**, *IBFD White Paper*. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, p. 12.

fornecedor de um determinado empreendimento, mas também a importância do mercado do país-fonte na atribuição de valor ao empreendimento⁸⁷⁹, ou seja, o papel do país do mercado (*market country*) para o desenvolvimento do próprio empreendimento⁸⁸⁰.

Nessa linha, como bem observa Pasquale Pistone, a validade e legitimidade do conceito de estabelecimento permanente depende de sua habilidade de se alcançar uma justa alocação de direitos à tributação entre o Estado de residência do empreendimento e aquele no qual este possui uma presença econômica não ocasional. Para o referido professor, citada presença de um empreendimento no território de um país reflete a participação ativa em sua vida econômica, sem estar condicionada à presença física, ou seja, a partir da remota interação com os usuários e consumidores estabelecidos naquele país⁸⁸¹.

Embora dentro do contexto de combate ao BEPS, a OCDE abordou a problemática relacionada ao desalinhamento das regras de estabelecimento permanente atualmente existentes para fazer frente aos desafios advindos da economia digital⁸⁸². Apesar da ausência de proposições concretas por parte da OCDE que, sob o argumento da indispensabilidade de acompanhamento das atividades digitais e ausência de consenso por parte dos países envolvidos, preferiu postergar qualquer tipo de recomendação ou alteração concreta de sua convenção modelo para 2020, uma das propostas abordadas pelo Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS seria a remoção do parágrafo 4 do artigo 5 da Convenção Modelo da OCDE⁸⁸³.

De fato, a lista negativa prevista no artigo 5, parágrafo 4, do modelo da OCDE tem sido objeto de planejamentos tributários internacionais para erodir a soberania dos países do mercado. Típico exemplo da utilização deste parágrafo para evitar a caracterização de estabelecimento permanente, é o seu item “e”, que exclui do conceito atividades de caráter preparatório e auxiliar, o que pode ter consequências nas atividades realizadas por meio digitais⁸⁸⁴. Aliás, a este respeito, conclui a OCDE que a tributação pelo país de mercado pode ser artificialmente evitada por meio da fragmentação de operações entre várias entidades do

⁸⁷⁹ HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper**. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, p. 3.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁸¹ PISTONE, P. Chapter 9: Permanent Establishment and the Digital Economy. In: MAISTO, G (ed.) **New Trends in the Definition of Permanent Establishment**. Books IBFD, 2019, p. 2.

⁸⁸² Vide OECD, **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. 53. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁸⁸³ BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015, p. 316.

⁸⁸⁴ HONGLER; PISTONE, op. cit., 12.

grupo empresarial a fim de se enquadrarem como atividades de caráter preparatório e auxiliar e, portanto, evitar tipificar-se como estabelecimento permanente⁸⁸⁵.

No entanto, além de armazéns utilizados por empresas de comércio eletrônico, nenhuma outra empresa atuante no segmento digital auferir rendimento no país de mercado por meio de presença física ou, quando muito, faz apenas uso de presença física limitada, como, por exemplo atividades de suporte ou *marketing*⁸⁸⁶. Portanto, mesmo dentro do contexto de BEPS, a regras específicas para atividades de caráter preparatório ou auxiliar não representam os maiores desafios gerados pela digitalização da economia.

Alternativamente à remoção do parágrafo 4 do artigo 5 da convenção modelo da OCDE, tido por muitos como uma medida radical⁸⁸⁷, além de não constar do Plano de Ação nº 7, a OCDE, ainda, propôs mudanças em elementos/características do parágrafo em questão, que poderiam endereçar a tributação de operações realizadas no âmbito da economia digital, a saber:

- (i) exceções não seriam restritas a atividades de caráter preparatório ou auxiliar;
- (ii) a expressão entrega (*delivery*) nas alíneas a) e b) do parágrafo 4º;
- (iii) a exceção para compra de produtos, publicidade ou coleta de informações;
- (iv) fragmentação de atividades entre partes relacionadas; e
- (v) cisão de contratos⁸⁸⁸.

Ocorre, todavia, que, enquanto persistir o dogma da presença direta, quer por meio físico, quer por agentes dependentes, para fins de configuração do estabelecimento permanente, a regra de fonte jamais será eficiente para endereçar propriamente as propriedades da economia digital, especialmente a mobilidade, volatilidade, dinamismo e, acima de tudo, a intangibilidade/virtualidade. Isso porque, tirando o comércio eletrônico de bens corpóreos que, via de regra, ainda depende de armazéns ou algum outro tipo de presença física local, referidas regras não comportariam nenhum outro tipo de operação realizadas no

⁸⁸⁵ 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. 53. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 12 dez. 2019, p. 102.

⁸⁸⁶ HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper**. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, p. 13.

⁸⁸⁷ De acordo com Daniel Blum “(...) such a drastic step cannot be found in the more elaborate proposal in the discussion draft to Action 7 and would probably go beyond what is necessary to secure the intended policy objective.” (BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015, p. 316)

⁸⁸⁸ HONGLER; PISTONE, op. cit., p. 13.

âmbito da economia digital, tal como prestação de serviços *on-line*, *cloud computing*, venda de bens incorpóreos, dentre outros.

Além do mais, conforme abordado no item 3.3.1, um dos principais desafios à tributação da economia digital está na ausência de adequação da teoria da fonte, ou seja, de regras de fonte nos acordos de bitributação e nos ordenamentos jurídicos internos prevendo nexos adequados a ligar a atividade realizada à origem da renda em um determinado território, isto é, atrelar a renda ao seu local de origem, realinhar o rendimento ao território de criação de valor. Isso porque, como vimos, em virtude de o conceito de fonte, embora definido, conter termos genéricos e imprecisos ele demanda um complemento para justificar o exercício da jurisdição pelo Estado-fonte, faz-se necessária a existência de uma regra de fonte com os elementos, ou melhor, com os vínculos genuínos, os quais, uma vez presentes em uma determinada situação, possibilitará a tributação por aquele país.

Nos parece, portanto, que, muito além de BEPS, a problemática relativa à economia digital está na inaptidão das regras de fonte atualmente existente, especialmente na regra de estabelecimento permanente prevista no artigo 5º da convenção modelo da OCDE, que, ante a premissa de presença direta, quer física, quer pessoal, não é suficiente para juridicizar fatos realizados no contexto da nova economia.

Tanto é assim, que, no âmbito da União Europeia, o Grupo Especializado na Tributação da Economia Digital (*Commission Expert Group on the Taxation of the Digital Economy*), registrou a importância de se assegurar a presença de estabelecimento permanente nas hipóteses de conclusão de contratos via internet ou por meio *commissionaire agent*. De fato, a virtualidade/intangibilidade proporcionada pela evolução da tecnologia da informação e comunicação tornou irrelevante o local de assinatura dos contratos, uma vez que a assinatura digital de contratos é, atualmente, uma prática corriqueira amplamente difundida e adotada⁸⁸⁹. Esta hipótese demonstra, por si só, que a redação das regras de agente contida no atual artigo 5º, parágrafo 5º, da convenção modelo da OCDE encontra-se desatualizada, o que levou a OCDE propor, em seu Plano de Ação nº 7º do Projeto BEPS⁸⁹⁰, a substituição da expressão *conclude contracts* e /ou a redação da expressão *contract in the name of*.

⁸⁸⁹ HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy**, IBFD White Paper. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, pp. 13-14.

⁸⁹⁰ OECD. **Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 18, Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241220-en> >. Acesso em: 20 nov. 2019.

Por tais motivos, todas as potenciais alterações na redação do artigo 5º da convenção modelo da OCDE têm sido objeto de críticas em virtude de seu efeito limitado, porquanto apenas atingiriam modelos de negócio ainda pautados na presença física, como varejistas *on-line*, mas deixaria de fora outros modelos de negócios, como aqueles envolvendo produtos e serviços completamente digitais⁸⁹¹. Verifica-se que as regras de estabelecimento permanente, ainda lastreada na presença direta física ou pessoal no país-fonte não se revela mais suficiente para lidar com as peculiaridades da economia digital.

Nesse sentido, torna-se indispensável a elaboração de novas regras de fonte, rompendo-se paradigmas até então adotados, como a necessidade de presença física. Em resposta a essa demanda, OCDE⁸⁹², acadêmicos⁸⁹³, União Europeia⁸⁹⁴ e alguns países⁸⁹⁵, manifestaram-se sobre a adoção de regras para caracterização de um estabelecimento permanente em função da presença significativa, econômica ou digital, no país-fonte e, uma vez presentes os requisitos para a sua configuração, haveria a autorização a tributação por aquele país.

⁸⁹¹ BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015, p. 317.

⁸⁹² OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 107-113. Disponível em: < <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 25 out. 2019; e OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy,** OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, 2019, p. 11. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸⁹³ Vide BRAUMANN, PETER. Chapter 7 - Digital Permanente Establishments on Its Way to Becoming a Reality? The EU Commission's Proposal on Taxing Significant Digital Presence. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform.** Kluwer Law International BV, 2019, pp. 147-176; HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper.** WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, p. 1-63; PISTONE, P. Chapter 9: Permanent Establishment and the Digital Economy. In: MAISTO, G (ed.) **New Trends in the Definition of Permanent Establishment.** Books IBFD, 2019, p. 1-14; HELLERSTEIN, Walter. **Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments.** Bulletin for International Taxation (Volume 68), nº 6/7, publicado on line: 16 de abril de 2014; e PISTONE, Pasquale, NOGUEIRA, João Felix Pinto; ANDRADE, Betty. **The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment ITAXS – International Tax Studies, IBFD 2-2019,** acessado em 7 de janeiro de 2020, p. 29-36

⁸⁹⁴ EUROPEAN UNION. **A fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market,** 2017. Disponível em: < https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/communication_taxation_digital_single_market_en.pdf >. Acesso em: 20 nov. 2019, European Commission Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence. Brussels, 21.3.2018 COM (2018) 147 final 2018/0072 (CNS). Disponível em:<https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/proposal_significant_digital_presence_21032018_en.pdf > Acesso em: 23 fev.2020.

⁸⁹⁵ Tais como Áustria e República Eslováquia (OECD. **Tax Challenges Arising from Digitalisation –Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS.** OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>>. Acesso em: 02 jan. 2020, pp. 137-138).

O relatório final do Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS, embora sem nenhuma proposição concreta, ressaltou a ideia de um novo nexos – regra de fonte – condicionado ao conceito de presença econômica significativa como uma das opções para fazer frente aos desafios ocasionados pela economia digital. Acadêmicos⁸⁹⁶, por seu turno, trabalharam na ideia de um estabelecimento permanente virtual ou digital como uma conexão suficiente para autorizar a tributação pelo Estado-fonte. De qualquer forma, o estabelecimento de um novo nexos para operações eletrônicas não é algo recente. Especialmente nos casos envolvendo operações de *e-commerce*, a referida discussão remonta ao final da década de 1990 e início dos anos 2000, período em que o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE analisou os impactos do comércio eletrônico e adequação do artigo 5º da sua convenção modelo para regulamentar este novo modelo de negócio. Contudo, o referido comitê concluiu à época que a definição de estabelecimento permanente não necessitava de modificações fundamentais para endereçar avanços tecnológicos. Ao invés disto, optou a OCDE por apenas alterar seus comentários para que passassem a abordar a aplicação do conceito tradicional de estabelecimento permanente ao comércio eletrônico⁸⁹⁷.

De qualquer forma, mesmo depois do Projeto BEPS, a OCDE parece ainda relutante em migrar/propor alguma espécie de estabelecimento permanente digital. Enquanto o Plano de Ação nº 1 discutiu ostensivamente o conceito de estabelecimento permanente independentemente do requisito de presença física, a Força Tarefa da Economia Digital não recomendou explicitamente qualquer tipo de implementação de medidas dessa natureza⁸⁹⁸. Mesmo o recente Relatório Provisório, datado de 2018, embora tenha tratado da questão, não assume uma posição clara acerca da adoção de regras de estabelecimento permanente digital. Muito pelo contrário, em razão da existência de divergências de opiniões entre os países, ele posterga qualquer tipo de recomendação ou atitude concreta para 2020, na esperança de até lá obter uma solução pautada no consenso⁸⁹⁹.

896 Vide SHEPPARD, Lee A. International/OECD/European Union/United States - Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes. In: **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, 2018; PETRUZZI, Raffaele, BURIK, Svitlana. International/OECD - Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules? In: **Bulletin for International Taxation**, vol 72, 2018.

897 BRAUMANN, PETER. Chapter 7 - Digital Permanent Establishments on Its Way to Becoming a Reality? The EU Commission's Proposal on Taxing Significant Digital Presence. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019, pp. 149-150.

898 BRAUMANN, PETER. Chapter 7 - Digital Permanent Establishments on Its Way to Becoming a Reality? The EU Commission's Proposal on Taxing Significant Digital Presence. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019, p. 150.

899 *Ibidem*, p. 150.

Em virtude da falta de proposições concretas por parte da OCDE e em razão da nítida inadequação das normas contidas no artigo 5º de sua convenção modelo para fazer frente à nova realidade provocada pela digitalização da economia, acadêmicos⁹⁰⁰ e Governos⁹⁰¹ passaram a propor a criação de estabelecimentos permanentes digitais, concebidos com base na presença digital significativa.

Dentre várias abordagens feitas por acadêmicos, pode-se mencionar a realizada por Peter Hongler e Pasquale Pistone que, sob o pretexto de preservar a soberania do país de mercado em relação ao valor criado ao negócio, bem como com base na teoria do benefício⁹⁰², propuseram a criação de um estabelecimento permanente respaldado na presença econômica significativa. Para os referidos professores, os maiores benefícios proporcionados pela economia digital são os consumidores e/ou usuários presentes em determinado território, cujo acesso é garantido pelo Estado por meio de infraestrutura que possibilita a venda de produtos e serviços por não residentes. Tal plataforma não consiste apenas na internet, mas também no fornecimento de energia, vias públicas, sistema legal⁹⁰³, estabilidade financeira e cambial, dentre outros.

Nesse contexto, o estabelecimento permanente digital estaria previsto em um eventual parágrafo 8º do artigo 5º da convenção modelo da OCDE⁹⁰⁴, e restaria caracterizado quando alcançasse os seguintes requisitos:

- (i) nexo: provimento de acesso a aplicação eletrônica, base de dados, *on-line marketplace*, armazenamento de dados para usuários domiciliados em outros Estados, ou prestação de serviços de publicidade em sítios eletrônicos ou em qualquer outra espécie de aplicação eletrônica utilizada por usuários domiciliados em outras jurisdições;

⁹⁰⁰ Vide nota 895 e 896.

⁹⁰¹ Como a Índia, por exemplo (vide SENGUPTA, D.P. Chapter 16: India. In: MAISTO, G (ed.). **New Trends in the Definition of Permanent Establishment**. Books IBFD, 2019.)

⁹⁰² HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper**. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, p. 23.

⁹⁰³ Ibidem, p. 24.

⁹⁰⁴ De acordo com Hongle e Pistone o parágrafo destinado ao estabelecimento permanente digital poderia ter a seguinte redação:

“If an enterprise resident in one Contracting State provides access to (or offers) an electronic application, database, online marketplace, storage room or offers advertising services on a website or in an electronic application used by more than 1,000 individual users per month domiciled in the other Contracting State, such enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in the other Contracting State if the total amount of revenue of the enterprise due to the aforementioned services in the other Contracting State exceeds XXX (EUR, USD, GBP, CNY, CHF, etc.) per annum.” (HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper**. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, p. 25).

- (ii) limite mínimos de usuários (*user threshold*): a configuração de estabelecimento permanente estará condicionada ao acesso de um certo número de usuários de aplicações eletrônicas ou *websites* (e.g. atingimento da marca de 1.000 usuário por mês);
- (iii) tempo mínimo (*time threshold*): além da condição atrelada ao número de usuário, o estabelecimento permanente digital também estará sujeito ao cumprimento de um período mínimo após o atingimento do número mínimo de usuários previsto no item (ii) acima (12 meses após o atingimento de 1.000 usuários mês);
- (iv) limite mínimo de receita (*amount of revenue*): além das condições previstas acima, um mínimo de receita também deve ser alcançado. O referido montante pode ser fixo ou, ainda, um percentual relacionado ao potencial de riqueza ou poder econômico de determinada jurisdição, sendo certo que aludida quantidade a ser atingida deve estar relacionada única e exclusivamente a produtos e serviços digitais.

Verifica-se, portanto, que, de acordo com o modelo proposto por Peter Hongler e Pasquale Pistone, uma vez verificados os requisitos previstos acima, restaria caracterizada a presença digital e, conseqüentemente, o estabelecimento permanente digital, o que permitiria a tributação, na fonte, pelo país do mercado consumidor. Aliás, na visão dos referidos professores, o estabelecimento permanente, seja ele digital ou pautado na presença física, ainda seria o melhor *proxy* possível para determinar a existência de um nexo genuíno entre o negócio e a jurisdição fonte⁹⁰⁵.

Diante da ausência de proposições concretas por parte da OCDE, a busca por novos elementos aptos a justificar a tributação pela jurisdição fonte passou a ser uma demanda de integrantes da União Europeia nos últimos anos. O presidente da Estônia, por exemplo, elegeu os assuntos relacionados à tributação da economia digitalizada como uma das prioridades de sua agenda de governo, enquanto a Áustria, apesar de ter demonstrado preferência à adoção de regras de estabelecimento digital, seguiu as conclusões do *Economic*

⁹⁰⁵ HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper**. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015, p. 15.

and Financial Affairs Council (ECOFIN) referendado à assunção de um tributo sobre serviços digitais a partir da segunda metade do 2018⁹⁰⁶.

Em resposta à pressão dos países europeus, em setembro de 2017, a *Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy* emitiu o comunicado - *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for Digital Single Market*⁹⁰⁷ -, por meio do qual discutiram-se objetivos e soluções, temporárias e de longo prazo, quanto à tributação de atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada⁹⁰⁸. Algumas das ideias apresentadas no comunicado foram incorporadas em duas propostas legislativas, que, mediante o comunicado *Time to Establish a Modern, Fair and Efficient Taxation Standard for the Digital Economy*, a Comissão da União Europeia propôs duas diretrizes⁹⁰⁹ sobre a tributação de atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada:

- (i) uma de longo prazo, com vistas à instituição da presença digital significativa (SDP) como um suplemento às regras de estabelecimento permanente existentes. A referida diretriz foi acompanhada de uma recomendação para que os Estados Membros renegociem seus acordos de bitributação com outros países, bem como alterem as suas legislações internas para que passem a adotar tais dispositivos; e
- (ii) outra temporária, objetivando à tributação de determinados serviços digitais (DST), como uma forma de tributar a criação de valor mediante a participação de usuários, e não pelo consumo ou utilização de dados⁹¹⁰.

De acordo com o modelo apresentado, a proposta de Diretiva pela Comissão da União Europeia⁹¹¹ abarca dois principais pontos de partida: (i) determinar um novo nexo que justifique a tributação de atividades digitais com alcance transfronteiriço sem uma presença

⁹⁰⁶ KOFLER, George; SINNING, Julia. Chapter 6 - Equalization Taxes and the Eu's Digital Services Tax. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019, p. 108.

⁹⁰⁷ EUROPEAN UNION. **A fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market**, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/communication_taxation_digital_single_market_en.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁹⁰⁸ KOFLER; SINNING, opt. cit., p. 109.

⁹⁰⁹ EUROPEAN UNION. **Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence**. Brussels, 2018,

⁹¹⁰ KOFLER, George; SINNING, Julia. Chapter 6 - Equalization Taxes and the Eu's Digital Services Tax. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019, p. 111.

⁹¹¹ Publicada em 21 de março de 2018.

econômica física; e (ii) prever princípios para atribuição de lucros a esses modelos digitais.⁹¹²

Conforme mencionado, além de prever uma solução temporária por intermédio da instituição de um Imposto sobre Serviços Digitais (*Digital Services Tax*)⁹¹³, a proposta de Diretiva, em seu artigo 4º, estabelece o conceito de presença digital significativa. Segundo o referido dispositivo, haverá uma presença digital significativa em um Estado Membro sempre que (i) o negócio desenvolvido por meio dessa presença consistir, parcial ou totalmente, na própria prestação de serviços digitais, realizada através de uma interface digital; e (ii) se um ou mais dos seguintes requisitos forem observados:

- (a) a proporção entre renda total obtida no período fiscal relevante e a resultante dos serviços digitais prestados aos usuários localizados no Estado Membro excede EUR 7.000.000,00;
- (b) o número de usuários, concernentes a um ou mais serviços digitais prestados, localizados no Estado Membro no período fiscal relevante excede 100.000; e
- (c) o número de contratos celebrados entre pessoas jurídicas, referentes à prestação de qualquer serviço digital e concluídos no período fiscal relevante, concluídos por usuários localizados no Estado Membro, excede 3.000.^{914/915}

Uma vez tipificada a presença digital significativa, o artigo 5º da Diretiva proposta estabelece a atribuição de lucros ao “estabelecimento permanente digital”. De acordo com o aludido dispositivo legal, à semelhança da regra tradicional de estabelecimento permanente constante na Convenção Modelo da OCDE, os lucros a serem atribuídos à presença digital significativa devem ser aqueles que seriam devidos se esta presença fosse uma empresa separada e independente, desenvolvendo atividades em condições idênticas ou similares, levando em consideração as funções desempenhadas, os ativos utilizados e os riscos assumidos por meio da interface digital.⁹¹⁶

Observe, portanto, que, relativamente à atribuição de lucros ao estabelecimento permanente digital, a Diretiva proposta sugere a assunção do chamado *authorized OECD*

⁹¹² EUROPEAN UNION. **Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence.** Brussels, 2018, p. 2.

⁹¹³ Ibidem, p. 4.

⁹¹⁴ Ibidem, p. 16.

⁹¹⁵ Especialmente quanto aos requisitos baseado no número de usuários e no número de contratos B2B concluídos, enquanto este deve levar em consideração o valor representado por esses contratos, aquele deve refletir a média de renda gerada por cada usuário. (ibidem, p. 8.)

⁹¹⁶ EUROPEAN UNION. **Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence.** Brussels, 2018, p. 17.

approach (AOA). De acordo com os preceitos do AOA, a alocação dos rendimentos ao estabelecimento permanente deve ser realizada por meio de dois passos. No primeiro, uma análise funcional e factual deve ser realizada considerando, nesse caso, o estabelecimento permanente e a sua matriz como se fossem duas entidades separadas, exercendo cada uma a sua função, detendo ou utilizando ativos próprios, arcando riscos e celebrando negócios. Consequentemente, todas as atividades econômicas significantes e responsabilidades assumidas pelo estabelecimento permanente devem ser identificadas.⁹¹⁷

Feito isso, e como segunda etapa, cada transação realizada entre o estabelecimento permanente e sua matriz deve ser remunerada de acordo com as regras de preços de transferência, tendo como referência as funções desempenhadas, os ativos utilizados e os riscos avocados pelas empresas hipotéticas. Ora, mesmo se, apenas a título de argumentação, o primeiro passo resta completado, a questão que surge é como as funções desempenhadas pelo estabelecimento permanente, os ativos a ele atribuídos e quais os riscos por ele assumidos devem ser considerados, ou melhor, computados para fins de aplicação ao AOA?⁹¹⁸

Com efeito, da forma como proposto, o estabelecimento permanente digital prescinde de qualquer presença física, sendo a sua única função concluir contratos *online*. Tendo isso em mente, a aplicação do AOA neste caso específico torna-se uma questão bastante complexa, para não dizer uma quimera, já que é extremamente difícil explicar, por exemplo, os riscos arcados pela presença digital com base em rendimentos gerados por atividades completamente desmaterializadas⁹¹⁹. Como realizar uma análise funcional relacionado a um estabelecimento permanente que apenas no mundo virtual, sem qualquer tipo de assunção de risco, desempenho de funções ou utilização de ativos para o desenvolvimento de atividades concreta no país-fonte?⁹²⁰ Portanto, a nosso ver, em virtude da dificuldade de atribuição de rendimentos e despesas ao estabelecimento permanente digital, devido à ausência de qualquer tipo de presença física, a aplicação do AOA seria uma questão, no mínimo, delicada de ser realizada, para não dizer inviável.

⁹¹⁷ BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015, p. 322.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 322.

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 323.

⁹²⁰ BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. A Change of Paradigm in International Tax law: Article 7 of Tax Treaties and the Need to Resolve the Source versus Residence Dichotomy. In: **Bulletin for International Taxation**, vol. 70, 2016, p. 10.

Além disso, outro ponto crítico da aplicação do AOA consiste na relação do estabelecimento permanente digital com as demais regras distributivas previstas na Convenção Modelo da OCDE, não só em relação ao artigo 7º, mas também em relação aos artigos 6, 10, 11, 12, 13, 15, 22 e 24(3).⁹²¹

Dessa forma, sob o pretexto de se estabelecer um novo elemento de conexão genuíno com o país-fonte, capaz a fazer frente aos desafios propiciados pela economia digitalizada, a União Europeia, como forma de resolução do problema, optou por seguir o tradicional caminho do estabelecimento permanente, cuja necessidade de presença física foi relativizada pela presença digital significativa.

De qualquer forma, apesar de nossas críticas com relação à adoção do estabelecimento permanente digital e alocação de rendimentos com base no AOA, é certo que as propostas apresentadas pelo bloco político-econômico em questão são particularmente relevantes não apenas por conter diretrizes referentes ao conceito de estabelecimento permanente digital, mas especialmente por apresentar diretrizes que, pela primeira vez, têm possibilidade de uma implementação coordenada por vários países. Aliado a esse fato, por envolver países membros da comunidade europeia, os desafios relacionados à arrecadação e cobrança de tributos não seriam uma barreira à implantação do estabelecimento permanente digital⁹²².

Pois bem, conforme mencionado, em função da digitalização da economia, as regras de fonte até então existentes passaram a ser insuficientes para lidar com os desafios da evolução da tecnologia da informação e comunicação. Em virtude disso, faz-se mister a criação, ou melhor, a adequação das regras de fonte para arrostar a digitalização da economia e reestabelecimento do equilíbrio na alocação de direito à tributação ente fonte e residência; realinhar a tributação do rendimento ao local em que o valor é criado. Esse valor, especificamente no âmbito da digitalização da economia, não ocorre apenas no país de residência do fornecedor de bens, serviços e outros intangível, mas também no de mercado; daí a utilização dos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito internacional, tais como o benefício, neutralidade, equidade e legitimidade, para reconhecer o mercado como nexos suficiente a legitimar a tributação pelo país-fonte.

⁹²¹ BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015, p. 321 e 322.

⁹²² BRAUMANN, PETER. Chapter 7 - Digital Permanente Establishments on Its Way to Becoming a Reality? The EU Comission's Proposal on Taxing Significant Digital Presence. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019, p. 151.

Nesse contexto, a proposta de criação de estabelecimento permanente digital em complemento das regras de estabelecimento permanente tradicionais surge como uma alternativa para endereçar as particularidades da economia digitalizada, permitindo a tributação pelo país da fonte quando do atendimento dos requisitos previamente estipulados para a sua caracterização.

De qualquer maneira, em que pese o fato de as propostas apresentadas, de uma forma ou de outra representarem um avanço no que tange à tributação de atividades conduzidas no âmbito da economia digitalizada, a nosso ver, a caracterização de estabelecimentos permanente pautada na presença digital ou econômica significativa não parece ser o melhor modelo para responder a questão.

Com efeito, o estabelecimento permanente, concebido com base na presença física e atividades realizadas dentro dos limites geográficos de um dado Estado, é um conceito que já se arrasta desde Mitchell Carroll⁹²³. Não se trata aqui, todavia, de tecer críticas ao instituto tradicional do estabelecimento permanente da forma historicamente concebida, mas realinhamento, ou melhor, complementações a tais regras de fonte para enfrentar os desafios da economia digitalizada nos parecem, salvo melhor juízo, um pouco tímidas para nos cercarmos das múltiplas facetas e peculiaridades de um medo totalmente inusitado.

A evolução da tecnologia da informação e comunicação, além de ter como características, a mobilidade, volatilidade, virtualidade e dinamismo, implica no rompimento de padrões, modelos ou tecnologias tradicionalmente estabelecidas. De fato, para fazer face a sistemas econômicos inovadores, a nosso ver, mister se faz a demanda de regras também inovadoras, ou melhor, também disruptivas, quebrando paradigmas e dogmas até então existentes no âmbito fiscal internacional, como é caso do estabelecimento permanente.

Aliada a essa necessidade de subversão, sob o ponto de vista pragmático, o modelo de estabelecimento permanente digital nos parece enfrentar dificuldades de ordem prática. A primeira delas diz respeito à identificação dos usuários. Guardadas as devidas peculiaridades de cada proposta - acadêmicos, governos ou blocos políticos econômicos - o estabelecimento permanente digital parte do pressuposto de que usuários de determinadas jurisdições estão consumindo produtos, serviços e outros intangíveis digitais, atividades essas que são executadas sem precisar qualquer tipo de presença física, quiçá intervenção humana.

⁹²³ CARROLL, Mitchell B. International Tax Law: Benefits for American Investors and Enterprises Abroad, 2 In: **INT'L LAW**. 692, 701 (1968). (Apud AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation. In: **Va. Tax Rev.**, v. 25, 2005, p. 320.

Em uma primeira análise, e ainda dentro do contexto da evolução tecnologia atual, nos parece factível a identificação de usuários em um determinado país, mediante a identificação do *internet protocol* (IP). O IP é uma identificação única para cada computador conectado a uma rede⁹²⁴, servindo como uma espécie de CPF do usuário. Com base no IP, certamente o país teria condição de identificar o usuário do serviço e, de acordo com as regras de estabelecimento permanente digital estabelecidas, exercer sua pretensão tributária sobre as atividades econômicas tendo como contrapartida usuários localizados em seu território.

Contudo, apesar de o IP permitir a identificação dos usuários conectados à internet, a própria tecnologia fornece elementos a fim de ocultar ou dificultar a identificação dos usuários. Trata-se, por exemplo, da utilização da VPN e *proxys*, cujo objetivo principal é encobrir a identidade do usuário, bem como a sua localização. Assim, por meio da utilização de um simples VPN, é possível que um usuário brasileiro se passe por um usuário francês na contratação de um serviço prestado de forma totalmente virtual por um prestador localizado nos Estados Unidos.

E mais, mesmo que não exista nenhum mecanismo ou intenção dos fornecedores em esconder a sua própria identidade/localização, ainda assim os Estados-fonte têm que tomar conhecimento da existência da presença digital ou presença econômica significativa em seu território. Uma alternativa possível seria a instituição de obrigações acessórias para que as companhias sejam autorizadas a fornecer produtos e serviços em determinado mercado digital nacional. De qualquer forma, dada a característica intangível ou virtual das atividades realizadas, em que dispensa presença física, as autoridades nacionais teriam que monitorar o mercado digital, de forma a coibir aparições *on-line* de empresas que não cumprirem com tais deveres instrumentais⁹²⁵.

Dessa forma, embora a utilização de instrumentos tecnológicos para ocultar a identidade de localização dos usuários não deva ser prática corrente na realização de negócios no âmbito da economia digitalizada, a utilização do número de usuários como um dos critérios para a caracterização do estabelecimento permanente digital revela-se, a nosso ver, um critério frágil e suscetível a “manobras” por parte de consumidores. Além disso, a

⁹²⁴ BRITO, Edivaldo. **O que é IP?** Descubra para que serve e qual é seu número. 2013. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/05/o-que-e-o-ip-descubra-para-o-que-serve-e-qual-e-seu-numero.html>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

⁹²⁵ BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015, p. 323.

sua implementação dependeria da implantação de obrigações acessórias, bem como do monitoramento do mercado digital dos países, o que, sob nossa visão, traria complexidade e aumento de custos para Estados e contribuintes. Ainda que as autoridades fiscais pudessem usar informações recebidas por força do *country-by-country reporting*⁹²⁶, teríamos ainda assim dificuldades relacionadas à arrecadação e cobrança da quota parte do Estado-fonte.

Outro ponto relacionado ao estabelecimento permanente digital que, salvo melhor juízo, nos parece pesar contra princípios consagrados no direito tributário, como praticabilidade e eficiência, é a arrecadação e cobrança de tributos sobre a renda alocada ao estabelecimento permanente digital. Com efeito, tendo em vista que é justamente a ausência de presença física na jurisdição de mercado que torna imprescindível a adoção das regras relacionadas ao estabelecimento permanente digital, fiscalização e arrecadação pelo país-fonte, nesse caso pode ser uma tarefa difícil, haja vista as naturais limitações jurisdicionais do país de mercado.

Ademais, críticas⁹²⁷ relacionadas aos conceitos de presença digital (*digital presence*) ou presença econômica significativa (*significant economic presence*) e sua adequação como elemento de conexão genuíno para justificar a tributação pelo país de mercado, “colocam em xeque” a viabilidade da adoção do estabelecimento digital.

Além de tais críticas, também pesam contra à adoção do estabelecimento permanente digital a aparente resistência dos Estados Unidos em expandir a alocação de bases tributárias aos países-fonte. Nessa rota, vale a pena mencionar a afirmação de Danielle Rolfes, consultora de tributação internacional do Governo dos Estados Unidos, no sentido de que aquele não irá tolerar alterações significativas no conceito de estabelecimento permanente.⁹²⁸

Dessa forma, ainda que concordemos que o acesso ao mercado consumidor cria valor e, com base nos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito internacional tributário (e.g. benefício, equidade, legitimidade, dentre outros)⁹²⁹, que justificaria a tributação pelo país-fonte, não nos parece que a opção por regras complementares à figura do estabelecimento permanente tradicional seja a mais prática e

⁹²⁶ Vide OECD. **Action 13: Country-by-Country Reporting Implementation Package**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/beps-action-13-country-by-country-reporting-implementation-package.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁹²⁷ Vide SCHÖN, Wolfgang. Ten Questions about Why and How to tax the Digital Economy. **Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper**, n. 2017-2011, 2017, pp. 18-22.

⁹²⁸ LÓPEZ, Eva Escribano. An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. In: **Intertax**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, vol. 43, 2015, p. 13. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d6e9/97861b334d31b7298f2662b54980c4efe91f.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁹²⁹ Vide Capítulo 2.

eficiente para responde aos desafios e peculiaridades das atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada. A nosso ver, para lidar com tecnologias de informação e comunicação disruptivas são necessárias regras também disruptivas, quebrando paradigmas ou modelos tributários até então adotados.

Por isso mesmo, a incorporação de regras de estabelecimento permanente digital, calcadas em presença digital ou presença econômica significativa, não nos parece ser a melhor solução para a eficácia das regras de fonte no âmbito da economia digitalizada, abrindo espaço para outras formas de tributação, como, por exemplo, a tributação, na fonte ou espontânea, em razão do acesso ao mercado consumidor de um determinado país.

Entendemos, dada a relevância do mercado consumidor, que eventual adaptação da teoria da fonte e conseqüente eleição de um novo nexos deveria levar em conta o mercado consumidor e não a presença digital significativa no país em que localizado. Antes, porém, passaremos a abordar outras possíveis alternativas para tributar transações transnacionais realizadas no segmento da economia digital, como por exemplo, regras de fonte baseadas na erosão da base tributável.

4.3 EROÇÃO DA BASE TRIBUTÁVEL COMO ELEMENTO APTO A JUSTIFICAR TRIBUTAÇÃO NA FONTE

Alternativamente às regras de estabelecimento permanente digital como regras de fonte aptas a justificar a tributação, pelo país-fonte, dos rendimentos alocados ao referido estabelecimento permanente, também é possível legitimar a tributação na fonte tendo como elemento de conexão a erosão da base tributável, ocasionada por meio de pagamentos dedutíveis.

Com efeito, conforme visto no item 2.9 acima, muito embora, a nosso ver, a fonte possa ser definida como o local de origem do rendimento, em razão da generalidade de seus termos a referida regra demanda⁹³⁰, um complemento, uma regra de fonte, cuja finalidade constitui na determinação do local e momento de produção de renda.

Nesse caso, a erosão da base tributável seria exatamente a regra de fonte, que determina ser do país-fonte, assim entendida, a jurisdição cujo pagamento realizado como contraprestação das atividades (e.g. venda de produtos, serviços ou quaisquer outros intangíveis) realizadas no âmbito da economia digitalizada foi deduzido da base de cálculo

⁹³⁰ Como, por exemplo em situações envolvendo o mercado-produto.

do imposto sobre a renda corporativo, a competência para tributar os rendimentos decorrentes de tais atividades.

Saliente-se, desde já, que a dedutibilidade, via de regra, constituiu um *proxy* para a identificação da fonte de pagamento. Contudo, a nosso ver, para fins da presente tese, eles não devem se confundir, visto que a fonte de pagamento está atrelada muito mais à ideia da residência do devedor de produtos ou serviços advindos do exterior, do que a da dedutibilidade em si. Típico exemplo disso é que, mesmo em caso de despesas desnecessárias às atividades da empresa ou em razão da sistemática adotada para pagamento do imposto sobre a renda, ainda assim teríamos a fonte de pagamento como local de residência do devedor dos recursos, pouco importando a existência de fluxo financeiro.

Nesse ângulo, para fins da presente tese, ao invés de nos referirmos à fonte de pagamento, tendo em vista a limitação de escopo para operações transnacionais entre pessoas jurídicas, optamos por nos referir à regra de fonte, neste momento, como a erosão da base tributável. Trata-se de tributação baseada no princípio da erosão de base (*base erosion principle*), segundo o qual o país-fonte seria legitimado a tributar pagamentos dedutíveis da sua base tributária de imposto sobre a renda corporativo.

Via de consequência, a referida tributação teria como vínculo genuíno com determinada jurisdição a dedutibilidade de determinados pagamentos, como, por exemplo, pagamentos realizados por bens e serviços no âmbito da economia digitalizada. Destarte, se a base tributária de um determinado país é erodida em razão de deduções de pagamentos realizados a não residentes – assumindo que tais pagamentos têm sua origem naquele país – tais pagamentos devem sujeitar-se à tributação pelo país-fonte⁹³¹.

Apesar de ser considerada a base para a tributação da remuneração de diretores, *top-level managerial officials*⁹³² e rendimento do trabalho⁹³³ auferido por não residentes nas hipóteses em que o empregador é residente do país-fonte ou a não residente com estabelecimento permanente no país-fonte, o referido princípio é criticado por Brian Arnold, que o considera um princípio subsidiário, servindo apenas para justificar a tributação pelo país-fonte com base em requisitos mínimos (*lower threshold*) ou medidas antiabusivas⁹³⁴.

⁹³¹ ARNOLD, Brian J. The taxation of Income from Services under tax treaties: cleaning up the Mess. **Bulletin for International Taxation**, v. 65, n. 2, 2011, p. 8.

⁹³² Artigo 16 da Convenção modelo da OCDE.

⁹³³ Artigo 15 da Convenção modelo da OCDE.

⁹³⁴ ARNOLD, op. cit., p. 22.

Para o mencionado professor, o princípio da erosão da base tributária ainda conflitaria com outros princípios, como por exemplo, o princípio da fonte e o *threshold principle*⁹³⁵.

Isso porque, segundo Brian Arnold, geralmente, as regras distributivas contidas nos acordos de bitributação possuem requisitos mínimos que devem ser atingidos sem os quais não há que se falar na tributação pelo país-fonte. Típicos exemplos desses requisitos é a exigência de presença física ou período mínimo de tempo para fins de caracterização de estabelecimento permanente. A ausência de requisitos mínimos para o exercício da jurisdição tributária pelo Estado-fonte seria uma exceção prevista em poucos artigos, como por exemplo os artigos 15, 16, 17, 18 e 19 da Convenção Modelo da OCDE.

Para Brian Arnold, a tributação pelo país-fonte apenas deveria ser legitimada nas hipóteses em que o envolvimento do não residente na vida comercial do país-fonte for significativa. Logo, a adoção de requisitos mínimos para a tributação pelo país-fonte facilitaria o comércio de produtos e serviços transfronteiriços, reduzindo os custos de conformidade para os contribuintes cuja presença e atividades no país-fonte são limitadas.⁹³⁶ Nesse sentido, em razão de o *threshold principle* ser consistente com o princípio da fonte, o fato de o critério da erosão da base tributária, a princípio, não conter nenhum limite mínimo a ser atendido para exercício do poder de tributar pelo país-fonte, por si só, conflitaria com o primeiro princípio.

De qualquer forma, independentemente das críticas ao referido princípio, a erosão da base tributária tem sido utilizada como um elemento de conexão apto a autorizar a tributação na fonte em casos em que não há a caracterização de estabelecimento permanente, a fim de combater⁹³⁷ a erosão da base tributária do país propiciada pela dedutibilidade de pagamentos efetuados, especialmente em situações envolvendo economia digitalizada⁹³⁸.

Aliás, foi justamente com fundamento nesse princípio⁹³⁹, que o Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais das Nações Unidas (*UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*) propôs a inserção do

⁹³⁵ ARNOLD, Brian J. The taxation of Income from Services under tax treaties: cleaning up the Mess. **Bulletin for International Taxation**, v. 65, n. 2, 2011, p. 8.

⁹³⁶ ARNOLD, op. cit., p. 21.

⁹³⁷ MALAN, M.T. New Article 12A of the UN Model Regarding Fees for Technical Services: Ahead of Its Time or a Step Too Far?, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2019, p. 60.

⁹³⁸ BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 10.

⁹³⁹ Vide BAEZ MORENO, Andrés. The Taxation of Technical Service under the United Model Double Taxation Convention: A Rushed – Yet Appropriate – Proposal for (Developing) Countries? In: **World Tax J.** Journals IBFD, sec. 3.2.1.2.3, 2015.

artigo 12-A na convenção modelo das Nações Unidas, de modo a permitir a tributação pelo país-fonte de serviços técnicos prestados por não residentes.

De fato, o artigo 12-A tem como foco a relação entre pagador e beneficiário ao invés da existência, ou não, de estabelecimento permanente ou prestação de serviço por meio de presença física. Como resultado, ele também endereça a natureza erosiva dos serviços técnicos digitais que não pressupõem a necessidade de presença física no país-fonte⁹⁴⁰.

Assim, o princípio da erosão da base tributária sobressai-se como um fundamento para autorizar a tributação pelo país-fonte em situações em que não há a caracterização de estabelecimento permanente, em virtude da ausência de presença física, como é o caso de transações realizadas no âmbito da economia digitalizada, incluindo comércio eletrônico e prestação de serviços à distância.

Ao analisar a erosão da base tributária como um elemento apto a fundamentar a tributação pelo país-fonte, Andrés Baez afirma que tal regra teria significativas vantagens. Para o aludido professor, a dedução de pagamentos realizados, por residentes, de sua base tributável representaria uma nítida hipótese de pertença econômica da despesa deduzida, e o rendimento correspondente, ao Estado-fonte. Esse nexos evidente entre a dedutibilidade e a tributação serviria, na visão de Andrés Baez, como uma razão para a tributação na fonte e afastaria qualquer rotulação de princípio da erosão da base tributária como subsidiário ou secundário. Adicionalmente, contaria a favor da adoção da erosão da base tributária como regra de fonte, o fato de ela poder ser auto impositiva, isto é, a dedutibilidade poderia ser condicionada ao recolhimento do tributo, na modalidade de retenção na fonte, por exemplo, ao país-fonte⁹⁴¹. Por fim, a tributação na fonte pode ser considerada um mecanismo propício para combater a dupla não tributação⁹⁴².

Portanto, especialmente em situações como a da economia digitalizada envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas, em que produtos e serviços são fornecidos a residentes de um determinado país sem a necessidade de presença física, a adoção de

⁹⁴⁰ MALAN, M.T. New Article 12A of the UN Model Regarding Fees for Technical Services: Ahead of Its Time or a Step Too Far?, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2019, p. 61.

⁹⁴¹ BÁEZ MORENO, Andrés. The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention: A Rushed–Yet Appropriate–Proposal for (Developing) Countries?. In: **World Tax Journal** (7), v. 3, 2015, p. 2.

⁹⁴² BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, p. 9.

elemento de conexão baseada na erosão da base tributária parece ser mais coerente e menos arbitrária do que a alocação de direito à tributação condicionado na presença física.⁹⁴³

Trata-se, como vimos, de uma regra de fonte alternativa à adoção de estabelecimento permanente digital, mas, a exemplo do estabelecimento digital, não nos parece ser a melhor solução para endereçar situações envolvendo a economia digitalizada. A nosso ver, apesar de a erosão da base tributária ser uma razão plausível para suportar a tributação, não nos parece uma regra em que se demonstra claramente a criação de valor na operação, isto é, nos remete instintivamente a ideia de origem de rendimento, ainda que não se possa negar uma conexão entre pagamento e dedutibilidade, servindo como um indício de pertença econômica.

Ademais, vincular a tributação, pelo país-fonte, à dedutibilidade de pagamentos poderia gerar perda de arrecadação em razão de particularidades da legislação dos países, como é o caso do lucro presumido brasileiro, ou ainda em virtude de arranjos entre entidades pertencentes a conglomerados multinacionais para concentração de pagamentos em empresas situadas no exterior. Nesse sentido, é a ilustração trazida por Brian Arnold, para quem se um empregado é pago por um empregador não residente e a remuneração não recai sobre um estabelecimento permanente ou base fixa no país-fonte, o princípio da erosão da base tributável não seria aplicável⁹⁴⁴ e, conseqüentemente, não haveria que se falar em tributação pelo país-fonte.

Se é bem verdade que na ausência de dedutibilidade não haveria dedução de base tributável e, supostamente, poderia ser alegado que não haveria, então, qualquer prejuízo para o país da fonte; também é verdade que pautar a tributação da economia digitalizada, isto é, o critério de alocação de direito às bases tributárias na erosão da base tributária seria dar margem à ausência de tributação no país do mercado consumidor, haja vista que nas hipóteses em que não há dedutibilidade dos pagamentos não haveria que se tratar de tributação. Logo, ainda que a dedutibilidade possa ser um critério objetivo, prático e possível de ser controlado pelas autoridades fiscais dos países-fonte, a nosso ver, não seria o critério mais pertinente para fazer frente aos desafios proporcionados pela digitalização da economia.

⁹⁴³ Vide exemplo mencionado em MALAN, M.T. New Article 12A of the UN Model Regarding Fees for Technical Services: Ahead of Its Time or a Step Too Far?, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2019, p. 62.

⁹⁴⁴ ARNOLD, Brian J. The taxation of Income from Services under tax treaties: cleaning up the Mess. **Bulletin for International Taxation**, v. 65, n. 2, 2011, p. 8.

Dessa forma, além de não nos remeter a ideia de produção de valor, a adoção de erosão da base tributária como uma regra de fonte possui lacunas que podem gerar a ausência de tributação por parte dos países-fonte, bem como a ocorrência da famigerada dupla não tributação (e.g. na hipótese de não tributação pelo país de residência). Além disso, a adoção da erosão da base tributária como adequação da teoria da fonte para arrostar à digitalização da economia não teria o condão de abarcar a problemática referente ao mercado-produto, mas apenas e tão somente o mercado-consumo⁹⁴⁵.

Conforme será abordado nos próximos itens, a regra de tributação baseada no mercado consumidor, nos remete muito mais à ideia de criação de valor e origem de rendimento em comparação com a regra ligada à erosão da base tributária. Em operações transnacionais realizadas no âmbito da economia digitalizada, nos parece muito mais factível tributar o acesso ao mercado consumidor de determinado país, sem o qual não haveria que se falar em origem do rendimento, do que a tributação em virtude da dedutibilidade de despesas. Entendemos que a dedutibilidade das despesas pelos consumidores de produtos ou serviços seria apenas uma consequência, mas não o motivo ou melhor a justificativa para a tributação do país-fonte.

De qualquer forma, ainda que não nos pareça a dedutibilidade de pagamentos uma regra de fonte capaz a endereçar propriamente transações transnacionais realizadas na esfera da economia digitalizada, isso não quer dizer que a dedutibilidade não possa ser utilizada como um mecanismo de fiscalização das transações realizadas, de modo a garantir o cumprimento da obrigação tributária, o que será abordado no item 4.8.3.

4.4 MERCADO CONSUMIDOR COMO ELEMENTO DE CONEXÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A TRIBUTAÇÃO NA FONTE

Conforme tratado no item 2.2 acima, a tributação na fonte pode ser justificada por diversos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente reconhecidos pelo direito tributário internacional, dentre eles o do benefício.

Em novembro de 1917, Thomas S. Adams, ao discorrer sobre a tributação dos negócios, asseverou que, sob uma perspectiva política e moral, o fundamento para a imposição de tributos sobre os negócios é simples: grande parte dos custos dos governos está ligada à necessidade de manutenção de ambiente de negócios apropriado. De fato, os

⁹⁴⁵ Vide item 2.9.1.5.

negócios são responsáveis pela maioria dos casos que demandam a intervenção judiciária, da polícia, dos bombeiros, do exército e marinha. Novos negócios demandam novos serviços, novas regulamentações, novas infraestruturas, o que, conseqüentemente acaba gerando novas despesas públicas. Em que pese a relação entre a condução de negócio por particulares e os custos incorridos pelo Estado para manutenção de infraestrutura e ambiente propício para a sua realização não poder ser comprovada de forma direta, contudo não há dúvidas acerca da conexão entre eles, sendo certo que quanto maior o volume de transações, maiores os custos fundamentais do governo⁹⁴⁶.

Sob essa ótica, os negócios devem ser tributados em razão do custo financeiro incorrido pelo Estado para a manutenção do mercado, sendo certo que tal custo, de uma forma ou de outra, deve ser imputado a todos os beneficiários do mercado. Assim, esse deve ser considerado como um valioso ativo para o grupo social que o mantém, o que dá às comunidades que o detém a prerrogativa de cobrar tributos para a sua utilização⁹⁴⁷.

Percebe-se, dessa forma, que desde os primórdios do século XX, o mercado já era considerado um importante ativo, cujo acesso atribuía valor ao negócio, sem o qual não haveria que se falar em produção de rendimentos por parte das empresas. Na menção realizada por Thomas S. Adams⁹⁴⁸, o tributo seria devido em razão da exploração do mercado.

Após quase nove décadas, Martin McMahon e Alice Abreu, ao discorrerem sobre tributação progressiva, pontuaram que em uma sociedade moderna, democrática e industrializada, o mercado que produz e alimenta “vencedores” é criado coletivamente pela sociedade. Nessa linha, sem a sociedade, o mercado e o governo, empreendedores não teriam nenhum tipo de produtividade. Isto é, o rendimento auferido por fornecedores de produtos e serviços seria potencializado pela participação, ou melhor, pelo acesso ao mercado criado pela sociedade, e que está sujeito à regulamentação por parte dos governos.

Ainda, para os referidos professores, a sociedade é quem propicia o surgimento do mercado, incluindo a infraestrutura legal que possibilita a sua exploração, e, por isso mesmo, o detém. Portanto, ao impor tributos, a sociedade está, ao final e ao cabo, cobrando uma espécie de aluguel em razão do privilégio de participar, ou melhor, ter acesso ao mercado,

⁹⁴⁶ ADAMS, Thomas. The Taxation of Business. In: **Proceedings of the Annual Conference on Taxation under the Auspices of the National Tax Association**, National Tax Association, vol. 11, 1917, p. 187.

⁹⁴⁷ Ibidem, p. 187.

⁹⁴⁸ Ibidem, p. 189.

aluguel este que é utilizado na manutenção do mercado sob a forma de bens e serviços públicos⁹⁴⁹.

Misturando aspectos do princípio do sacrifício e do benefício, Paul Kirchhof desenvolveu uma teoria no sentido de que a obtenção de renda por uma pessoa se deve tanto ao seu esforço pessoal quanto à existência de um mercado, já que em nada adiantaria o esforço do agente se inexistisse o mercado para a sua atuação. Neste sentido, segundo Paul Kirchhof, o fundamento da tributação seria a arrecadação, por meio do Estado, da parcela devida ao mercado, ou seja, a participação do Estado no sucesso individual dos agentes privados⁹⁵⁰.

Note-se, assim, que, ainda que sob a ótica do benefício, desde as primeiras décadas do século XX, o mercado sempre foi tido como uma fonte que atribui valor às operações comerciais, sejam elas nacionais ou transnacionais. E, é justamente em razão dos benefícios, ou melhor, dos rendimentos auferidos pelas empresas em decorrência do acesso ao mercado, que se legitima os países a tributar, na fonte, os referidos rendimentos. Aliás, ao justificar a tributação baseada na fonte, Thomas S. Adams⁹⁵¹ destaca que todo Estado insiste em tributar não residentes que obtém rendimentos de fontes localizadas em seu território, de maneira correta ou, pelo menos, de forma inevitável.

Apesar da preferência de Thomas S. Adams pela tributação na fonte, ainda que isso ocorra de forma inevitável, Edwin Seligman, professor de economia da Universidade de Columbia e condutor das discussões que culminaram no relatório da Liga das Nações datado de 1923, elaborado pelos “4 economistas”⁹⁵², rejeitou a teoria do benefício como fundamento para tributação na fonte, em favor da *ability to pay theory*, em nítida preferência à adoção da tributação baseada na residência⁹⁵³.

Contudo, sob o ponto de vista prático, em que pese a preferência teórica pela tributação condicionada à residência, a exemplo dos economistas modernos, o relatório da Liga das Nações, além de admitir a inevitabilidade da tributação na fonte, tenta legitimar a

⁹⁴⁹ MCMAHON JR, Martin J.; ABREU, Alice G. Winner-Take-All Markets: Easing the Case for Progressive Taxation. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 4, p. 1, 1998, p. 68-69.

⁹⁵⁰ KIRCHHOF, Paul. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuer. In Kirchhof, Paul et al. *Steuern im Verfassungsstaat: Symposium zu Ehren von Klaus Vogel aus Anlß seines Geburtstags*. Munchen: Beck, 1996, p. 27-63. Apud SCHOUERI, Luís eduardo. **Direito Tributário**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, p. 201.

⁹⁵¹ GRAETZ, Michael J.; O'HEAR, Michael M. The original intent of US international taxation. In: **Duke LJ**, v. 46, 1996, p. 1037.

⁹⁵² AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation. In: **Va. Tax Rev.**, v. 25, 2005, p. 318.

⁹⁵³ GRAETZ; O'HEAR, op. cit., p. 1035.

tributação na fonte e na residência em um conceito baseado em benefícios, qual seja: pertença econômica⁹⁵⁴.

Com efeito, nos moldes do relatório da Liga das Nações, quando recursos financeiros deixam o bolso de pessoas físicas, sua destinação não é apenas única, mas para todos os governos aos quais os indivíduos detêm pertença econômica. O significado *economic allegiance*, por seu turno, deve levar em consideração os seguintes elementos: (i) produção da riqueza; (ii) posse da riqueza; e (iii) disposição da riqueza⁹⁵⁵.

Por produção de riqueza devem ser compreendidos todos os estágios envolvidos na produção até a sua fruição, isto é, todas as fases incorridas até o momento em que a produção física alcança a completa destinação econômica, culminando na aquisição da riqueza. Segundo o relatório elaborado pelos 4 economistas em 1923, a produção de riqueza pode ser exemplificada por meio da produção de laranjas. De acordo com o referido relatório, as laranjas penduradas na laranjeira não produzem riqueza até serem colhidas. Mesmo após colhidas, elas não produzem riqueza até serem embaladas. Mesmo sendo embaladas, elas não produzem riqueza até serem transportadas ao local de existência de demanda, sendo certo, que mesmo lá, não haverá produção de riqueza até que as laranjas possam ser postas ao alcance dos consumidores⁹⁵⁶.

A disposição da riqueza, por sua vez, deve ser entendida como o estágio por meio do qual a riqueza atinge o seu proprietário final, que tem a prerrogativa de utilizá-la da forma como bem entender. Por fim, a posse de riqueza deve ser compreendida como todo o estágio entre a produção e disposição da riqueza, na qual há uma gama de atividades relacionadas ao reconhecimento da titularidade e preservação da riqueza. Por essa via, o país com governo estável e leis que asseguram ao contribuinte todas as garantias, serviços e meios legais, sem os quais ele não poderia atingir o estágio de disposição da riqueza, é o país ao qual o contribuinte deve *economic allegiance*⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ AVI-YONAH, op. cit., p. 319.

⁹⁵⁵ COATES, William Henry. League of nations report on double taxation submitted to the financial committee by professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp. **Journal of the Royal Statistical Society**, v. 87, n. 1, 1924, p. 22.

⁹⁵⁶ Ibidem, p. 23.

⁹⁵⁷ COATES, William Henry. League of nations report on double taxation submitted to the financial committee by professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp. **Journal of the Royal Statistical Society**, v. 87, n. 1, 1924, p. 23.

Portanto, a definição de pertença econômica é claramente sustentada pela teoria do benefício, que é utilizada para conferir tanto a tributação na fonte (produção da riqueza), como a tributação na residência (posse e disposição da riqueza)⁹⁵⁸.

Conforme abordado no item 2.9 acima, o conceito de fonte deve ser entendido como o local de origem da riqueza, lugar este condicionado a uma regra de fonte que guarde um vínculo genuíno com determinada jurisdição. Desse modo, não se pode negar que o mercado, ou melhor, o acesso ao mercado contribui para a produção do rendimento, isto é, para a obtenção de riqueza.

Deveras, como bem observado desde Thomas S. Adams, o mercado tem sido um ativo valioso o suficiente para justificar a tributação na fonte. Mais do que isso, o mercado, especialmente o mercado consumidor é tido como o fator imprescindível à produção de riqueza e que, portanto, legitimaria a tributação na fonte sob o argumento de pertença econômica. Tanto é assim – mercado como elemento essencial à produção de rendimento – que Avi-Yonah, ao tratar de competição tributária, afirma que os governos deslocaram a tributação corporativa sobre a renda para o país de consumo, ao invés do país de produção, haja vista que o mercado seria relativamente imóvel e, portanto, imune à competição fiscal⁹⁵⁹.

Portanto, não há dúvidas acerca da relevância do mercado para a determinação do direito às bases tributárias, já que é tido como uma fonte de produção/origem de renda ou, para utilizar uma expressão em voga, o mercado atribui valor a operações transnacionais carreadas entre pessoas jurídicas, especialmente aquelas conduzidas no âmbito da economia digitalizada.

Nesse contexto temos que o mercado consiste em um ambiente propício, dotado de infraestrutura legal, econômica, política, física e tecnológica apto a realização de negócios jurídicos com consumidores vinculados juridicamente a determinada jurisdição. Todo esse ecossistema formado por bens, serviços, regulamentação Estatal, estabilidade política e econômica e, acima de tudo, consumidores, acaba sendo um ativo detido por uma dada jurisdição que legitimaria a cobrança de tributos em razão do acesso ao mercado, o qual, para fins do presente estudo, é tratado como mercado consumidor, haja vista que, sem consumo, não existe produção de rendimento; não há geração de valor.

⁹⁵⁸ AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation. In: **Va. Tax Rev.**, v. 25, 2005, p. 320.

⁹⁵⁹ AVI-YONAH, Reuven S. **The Case for a Destination-Based Corporate Tax**. 2015, p.2. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2634391>> . Acesso em: 15 de dez. 2019

Todavia, se não há dúvidas de que o acesso ao mercado consumidor confere a tributação pelo país “detentor” do mercado, é importante se ter em mente que, historicamente, a tributação, na fonte, pelo país de mercado, requer a caracterização de estabelecimento permanente no país do mercado consumidor, sem o qual não haveria que se falar em tributação por este, relativamente aos rendimentos alocados ao estabelecimento permanente.

A noção de estabelecimento permanente surgiu com Mitchell Carroll, advogado e fundador do *International Fiscal Association* (IFA), além de ter contribuído com o modelo de acordo de bitributação inicialmente adotado pela Liga das Nações⁹⁶⁰. Segundo esse patrono, os lucros devem ser repartidos entre os Estados envolvidos, porém nenhum Estado deve ter direito à alocação de lucros se não por meio de estabelecimento permanente. Para ele, a tributação de lucros decorre dos benefícios conferidos pelos Estados e, na falta de estabelecimento permanente, aqueles benefícios seriam tão diminutos, de modo que não seria possível justificar a tributação neles baseada⁹⁶¹.

De qualquer forma, tendo em vista que o conceito de *economic allegiance*, por si só, está fundamentado nos benefícios proporcionados pelo Estado, o que autorizaria tanto a tributação na fonte, quanto a tributação na residência, não nos espanta, à época, a necessidade de estabelecimento permanente tida por Mitchell Carroll como elemento essencial para tributar pelo país-fonte.

Destarte, dadas as limitações da tecnologia da informação e comunicação daquele período, o acesso ao mercado consumidor não era possível, quiçá sequer imaginável, sem que houvesse algum tipo de presença física na jurisdição estrangeira. Daí ser essencial a caracterização de estabelecimento permanente, sem o qual não seria possível acessar o mercado consumidor e, conseqüentemente, ter os benefícios de infraestrutura econômica, legal e política, além dos próprios consumidores.

Todavia, em que pese, da forma como foi idealizado, a necessidade de caracterização de estabelecimento como elemento genuíno para justificar a tributação pelo país-fonte, dos empreendimentos empresariais a ele alocados, com base na teoria do benefício, é fato que, em razão da evolução tecnológica, o acesso ao mercado consumidor, bem como aos demais benefícios proporcionados por um dado país, prescinde atualmente da necessidade de presença física.

⁹⁶⁰ AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation. In: **Va. Tax Rev.**, v. 25, 2005, p. 318.

⁹⁶¹Ibidem, p. 318.

Logo, a nosso ver, nos parece que o instituto idealizado por Mitchell Carroll, que funcionou adequadamente por quase um século, não se mostra eficaz para endereçar transações transnacionais feitas no cenário da economia digitalizada. Como visto no Capítulo 3, o avanço da tecnologia da informação e comunicação, ao contrário da realidade vivenciada nas primeiras décadas do século XX, possibilitou o fornecimento de produtos e serviços a mercados⁹⁶² consumidores estrangeiros de forma totalmente remota, isto é, sem a necessidade de qualquer tipo de presença física, sem falar na coleta de dados que, além de se ter propiciado o surgimento de um negócio autônomo, mudou a forma de abordagem dos consumidores e a maneira como os produtos e serviços são a eles fornecidos.

Apesar de os modelos tradicionais (e.g. estabelecimento permanente) terem se demonstrado adequados para regulamentar a distribuição de direitos de tributação (*taxing rights*) entre países por razões de clareza, certeza e executabilidade, o advento da economia digitalizada certamente tem provocado questionamentos sobre se a expansão ou reconsideração desses conceitos tradicionais, ou ainda, a implantação de outra regra de fonte específica seriam eficientes para o enfrentamento dos desafios suscitados por esse novo modelo econômico⁹⁶³.

Nesse sentido, há uma visível e crescente tendência em discussões políticas e técnicas no que tange à operacionalização da teoria do benefício ou enquadramento da tributação da renda como um componente decorrente da demanda do país de mercado, ao invés de um componente oriundo do fornecimento proporcionado pela jurisdição de residência⁹⁶⁴⁹⁶⁵.

De qualquer forma, apesar de a economia digitalizada ter alterado a dinâmica das operações transnacionais envolvendo o fornecimento de bens e serviços para mercados consumidores estrangeiros, é importante ponderar que tal fato, por si só, não afasta a observância de princípios internacionais⁹⁶⁶, que atribuem à prerrogativa de tributação na fonte ao local em que o rendimento é originado⁹⁶⁷.

⁹⁶² Vide HOFMANN, Patricia; RIEDEL, Nadine. Debate: Comment on J. Becker & J. Englisch, 'Taxing Where Value Is Created: What's "User Involvement" Got to Do with It?'. In: **Intertax**, v. 47, n. 2, 2019, p. 172.

⁹⁶³ KOFLER, George; SINNING, Julia. Chapter 6 - Equalization Taxes and the Eu's Digital Services Tax. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019, p. 104.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 105.

⁹⁶⁵ Vide AUERBACH, Alan J. et al. **Destination-based cash flow taxation**. Oxford Univ. Centre for Bus. Tax'n, Working Paper n° 17/01, 2017.

⁹⁶⁶ Vide SCHÖN, Wolfgang. Ten Questions about Why and How to tax the Digital Economy. **Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper**, n. 2017-2011, 2017, pp. 4-5.

⁹⁶⁷ HOFMANN, Patricia; RIEDEL, Nadine. Debate: Comment on J. Becker & J. Englisch, 'Taxing Where Value Is Created: What's "User Involvement" Got to Do with It?'. In: **Intertax**, v. 47, n. 2, 2019, p. 172.

Aliás, nem poderia ser diferente, já que o conceito de fonte, conforme abordado no item 2.9 consiste exatamente no lugar em que o rendimento é originado⁹⁶⁸, o Estado que, de alguma forma, possui uma conexão com a produção do rendimento, ou seja, o país em que é atribuído valor à operação⁹⁶⁹ (perspectiva econômica), ou o país de residência do devedor dos recursos ao não residente, ou seja, sítio de onde advém os recursos sob a perspectiva do beneficiário do rendimento (aspecto financeiro).

De fato, conforme explorado no item 2.9, temos que, apesar de poder ser definido (i.e. local de origem do rendimento), em razão de termos imprecisos e vagos, o conceito de fonte, em diversas vezes, demanda um complemento que irá identificar o espaço, em que se considera originado o rendimento; local em que se agrega valor à operação que deu origem ao rendimento.

Parece-nos que, caso assim não fosse - o conceito de fonte impescinde de uma regra de fonte - teríamos um conceito amplo o suficiente, tendo como resultado prático a incerteza e disputa entre os países autodenominados “fonte”, que se degladiariam para exercer a sua pretensão tributária sob os mesmos fatos.

Se individualmente considerada, a expressão *value creation*, termo reiteradamente utilizado por força do Projeto BEPS⁹⁷⁰, pode ser tida como um conceito vago e político⁹⁷¹ que, se interpretado de maneira extensiva, poderia abrir caminho para a alocação de base tributável a diversos países, inclusive aos do mercado consumidor, já que os consumidores de uma dada jurisdição, sem sombra de dúvidas, atribuem valor a qualquer operação transnacional. Por esse motivo, temos que, para que o conceito de fonte possa ser aplicado, conceito esse, a nosso ver, definido, é preciso a presença de uma regra de fonte que determinará, com base na existência de elementos genuínos, o local de origem do rendimento.

Ao contrário de Klaus Vogel, que afirma que *source is not self defined*⁹⁷², cuja definição passaria por realinhamentos para atender demandas concreta dos países ao longo

⁹⁶⁸ Vide BECKER, Adam. The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice. **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n.4, 2016, p. 194.

⁹⁶⁹ Vide VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part I). In: **Intertax**, v. 16, n. 11, 1988.p. 223.

⁹⁷⁰ Vide HASLEHNER, Werner. Taxing where value is created in a post-BEPS (digitalized) world? In: **Kluwer International Tax Blog**, 2018. Disponível em: < <http://kluwertaxblog.com/2018/05/30/taxing-value-created-post-beps-digitalized-world/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁹⁷¹ HOFMANN, Patricia; RIEDEL, Nadine. Debate: Comment on J. Becker & J. Englisch, ‘Taxing Where Value Is Created: What’s “User Involvement” Got to Do with It?’. In: **Intertax**, v. 47, n. 2, 2019, p. 173.

⁹⁷² VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part I). In: **Intertax**, v. 16, n. 11, 1988.p. 223.

dos anos⁹⁷³, nos parece, como devido respeito ao saudoso professor, que o conceito de fonte seria determinado, mas os termos que o expressam não, os quais, em virtude de sua imprecisão e ambiguidade, demandaria um complemento para a sua aplicação: regras de fonte. Por isso, os países, com base em nexos genuínos entre a pessoa, fato ou coisa e o seu território preceituam regras de fonte determinando o lugar em que se considera originado o rendimento.

Nessa vertente, dadas as particularidades da economia digitalizada, dotada de um dinamismo, volatilidade e virtualidade até então nunca presenciados⁹⁷⁴, nos parece que a regra de fonte capaz para determinar a origem do rendimento em operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas seria o mercado consumidor.

Com efeito, desde as primeiras décadas do século 20, com os trabalhos desenvolvidos por Thomas S. Adams, o relatório produzido pelos 4 economistas da Liga das Nações e desenvolvimento da ideia de estabelecimento permanente por Mitchell Carroll, o mercado consumidor sempre foi visto como um ativo dos países-fonte, o qual, sem o acesso por parte de não residentes, não haveria que se falar em auferimento de rendimento por parte destes. Portanto, ter acesso ao mercado consumidor de um determinado país é um privilégio que, para ser usufruído pelo não residente, justificaria a exigência de uma contribuição financeira à jurisdição do mercado consumidor.

Conforme tratado no item 1.3.1.4, com base no princípio da territorialidade, para que um determinado Estado possa exercer sua jurisdição tributária, deve existir um nexo genuíno entre a pessoa, fato ou coisa com o território desse Estado. Consequentemente, é inegável, sob o nosso entendimento, que o mercado consumidor preencha o requisito dessa relação genuína com o Estado tributante, daí a sua relevância na determinação do direito às bases tributárias no âmbito da economia digitalizada. Em sendo assim, temos que, relativamente às operações transnacionais realizadas em pessoas jurídicas no segmento da economia digitalizada, o acesso ao mercado consumidor de um dado país justificaria, ou melhor, legitimaria a tributação, na fonte, por esse Estado.

E, nem poderia ser diferente, porquanto, da forma como foi idealizado o direito tributário internacional, o ingresso ao mercado consumidor seria o fundamento para a tributação na fonte – *source taxation*, visto que é apenas a partir da sua exploração que se torna possível a obtenção de rendimentos. Nas palavras de Thomas S Adams, é apenas no momento em que as laranjas, já embaladas, são colocadas no mercado consumidor (“(...)

⁹⁷³ Vide exemplo dos EUA com relação aos Royalties.

⁹⁷⁴ Pelos menos nas proporções atuais.

they are put where the consumer can use them”)., é que se considera produzida a riqueza. O mercado consumidor, desde as primeiras décadas do século XX, já era concebido como uma fonte de agregação de valor, e que, portanto, permitiria a tributação na fonte, quer com base na teoria do benefício, quer com base de pertença econômica.

Nem se alegue que o entendimento de Mitchell Carroll no sentido de que, na ausência de estabelecimento permanente, não haveria benefícios significativos aptos a justificar a tributação na fonte. Isso porque, dadas as restrições tecnológicas da época, para a exploração do mercado consumidor por um não residente, independentemente de se tratar de prestação de serviços ou fornecimento de bens, ou, ainda, coleta de informações de consumidores, exigia-se algum tipo de presença física, daí a demanda de um estabelecimento permanente para que, à época, o não residente pudesse ter acesso ao mercado consumidor.

Deveras, o acesso ao mercado consumidor sempre serviu de base para a tributação, na fonte, pelo país de sua localização. Ocorre, no entanto que, em razão do dinamismo, virtualidade e alcance engendrado pela digitalização da economia, a presença física no país de consumo deixou de ser um requisito indispensável para acessar o mercado consumidor, como era na maior parte do século XX. Por tais motivos - possibilidade de fornecimento de bens e serviços de forma remota ou coleta de dados, sem a necessidade de presença física no mercado consumidor -, a ideia, ou melhor, a caracterização de estabelecimento permanente para legitimar a tributação na fonte não é mais uma realidade. A disruptura da economia digitalizada afeta diretamente a concepção de estabelecimento permanente até então existente, exigindo, também do direito tributário internacional, a quebra de paradigmas⁹⁷⁵ e adequação da teoria da fonte, ou seja, de suas regras.

O ingresso ao mercado consumidor como regra de fonte prática e eficaz para endereçar os desafios da economia digital representa a quebra de paradigma e diminuição da afasia entre direito e realidade. Além de prática e eficaz, já que abrangeria formas de operações transações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digitalizada (e.g. fornecimento de bens e serviços, coleta de dados, utilização das plataformas de intermediação etc), a nosso ver, a adoção de regras de fonte fundada no acesso do não residente ao mercado consumidor atenderia todas as condições exigidas para o exercício da jurisdição fiscal pelo Estado-fonte.

⁹⁷⁵ Vide BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need To Resolve the Source versus Residence Dichotomy. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n. 3, 2016.

Dessa forma, a nosso ver, o mercado consumidor representaria um elemento de conexão genuíno com o limite territorial de um dado Estado, o que legitimaria o exercício da jurisdição tributária. Além disto, o acesso ao mercado consumidor, e a todo o ecossistema no qual ele está inserido, como infraestrutura econômica, legal e política, autorizaria a tributação na fonte com base no princípio do benefício e da legitimidade. Afinal, não haveria que se cogitar em auferimento de renda por parte de não residentes sem o respectivo acesso a todo arcabouço legal e estrutura logística proporcionado pelo país-fonte.

Ao abordar o local de consumo como critério para alocação de receita aos países importadores, Arthur Cockfield assevera que países importadores de capital criam oportunidade de mercado, que propiciam ganhos de lucros derivados de operações transnacionais, como, por exemplo, o subsídio da infraestrutura de rede necessária para a realização de transações por meio eletrônico⁹⁷⁶.

Ainda, Michael Devereux e John Vella, ao discorrerem sobre os racionais por de trás da atribuição de parte das receitas à jurisdição de mercado, afirmam que uma cota substancial do valor de produtos fornecidos ao mercado consumidor de um dado país é determinada pelas proteções legais advindas de patentes, *trademarks*, *copyrights* e todo o sistema legal adotado pela jurisdição de mercado⁹⁷⁷.

Ao analisarem o conflito entre fonte e residência, João Francisco Bianco e Ramon Tomazela Santos observaram que é pertinente alocar o exercício da jurisdição tributária ao Estado em que se encontra o mercado consumidor, já que sem sombra de dúvidas, o ele é um elemento essencial na geração do rendimento decorrentes de operações transnacionais.⁹⁷⁸

Via de consequência, seja com base na teoria do benefício, pertença econômica, legitimidade ou atribuição de valor, uma vez que sem o mercado consumidor não haveria produção de riqueza. Entendemos que o local do mercado consumidor, por ser vital, traduzir-se-ia como regra de fonte mais adequada para enfrentar os desafios proporcionados pela economia digitalizada.

Pois bem, estando devidamente demonstrada a importância do mercado consumidor na determinação do direito às bases tributárias em operações transnacionais entre pessoas jurídicas na seara da economia digitalizada, já que lastrearia a tributação pelo país-fonte,

⁹⁷⁶ COCKFIELD, Arthur J. Designing Tax Policy for the Digital Biosphere: How the Internet is Changing Tax Laws. In: **Conn. L. Rev.**, v. 34, 2001, p. 333.

⁹⁷⁷ DEVEREUX, Michael P.; VELLA, John. Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform. In: **Intertax**, v. 46, n. 6, 2018, pp. 550-559.

⁹⁷⁸ Vide BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need To Resolve the Source versus Residence Dichotomy. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n. 3, 2016.

resta evidenciada a necessidade de adequação da teoria da fonte. Assim, temos que, conforme abordado no item 2.9.1.5, em razão das características da economia digitalizada, o mercado consumidor passou a ser essencial sob dois prismas.

No primeiro deles, o mercado é visto sob uma perspectiva de consumo propriamente dita, abrangendo negócios jurídicos de fornecimento de bens, serviços e qualquer outros tipos de intangíveis via digitalizada entre pessoa jurídica estrangeira e pessoa jurídica (consumidor) residente em um dado país. É o que denominamos, para fins da presente tese, com mercado-consumo.

A outra perspectiva, conferida ao mercado por meio do desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação, é de um mercado consumidor sob a ótica do produto, isto é, o (i) mercado consumidor utilizado como “insumo”, cujas informações dos usuários são utilizadas para venda de perfis de consumo, por exemplo, a terceiros interessados e/ou realização de publicidade direcionada; ou (ii) a base de usuários de determinada plataforma (e.g. *marketplace*) é vista como um ativo pelo qual a companhia estrangeira obtém vantagens pecuniárias de empresas interessadas na venda de produtos ou serviços ao mercado consumidor/usuários, sem o qual não haveria que se falar na obtenção de rendimentos por parte do não residente.

Nesse sentido, segundo Luís Eduardo Schoueri, o mercado é tanto aquele que oferece os fatores de produção (trabalho, matéria prima etc), quanto aquele em que os produtos são vendidos. Infere-se, portanto, que de acordo com o referido professor, o mercado pode ser compreendido sob a perspectiva de produto (fatores de produção), bem como sob a perspectiva de consumo (venda de produtos), isto é, como destinatário de produtos e serviços. Dependendo do mercado – produto ou consumo – haverá características peculiares e que, portanto, demandarão adequações da teoria da fonte específicas, exigindo-se a adoção de regras de fontes específicas, bem como correspondentes critérios de alocação e tributação do rendimento entre as jurisdições envolvidas.

4.4.1 Mercado-consumo

Como já tratado, o mercado-consumo deve ser entendido como o conjunto de consumidores de bens, serviços ou quaisquer outros intangíveis por meio digitalizado, sendo

o típico caso de negócios jurídicos de compra e venda⁹⁷⁹ envolvendo companhias não residentes e pessoas jurídicas (consumidores) residentes.

Historicamente, os países-fonte sempre pleitearam o direito de tributar o fornecimento de bens e serviços aos seus residentes sob a alegação de que o rendimento não teria sido auferido sem o mercado por ele proporcionado. Esse argumento se revela ainda mais convincente nos casos envolvendo produtos customizados ou produzidos sob encomenda, haja vista que tais bens simplesmente não teriam sido produzidos sem o mercado promovido⁹⁸⁰ pelo país-fonte.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Klaus Vogel, para quem não se pode negar que o mercado proporcionado pelo país-fonte contribui, ainda que em parte, para o granjeamento de renda decorrente de vendas. Em razão disso, não haveria nenhuma objeção válida contra reinvidicações do país de mercado à tributação de parte do *sales income*⁹⁸¹.

Aliás, de acordo com relatório sobre comércio eletrônico produzido pela Índia em 2001, a criação de valor não ocorre apenas no país do vendedor de produtos e serviços, mas também decorre em razão de demandas do país de consumo. A base de consumidores, ou melhor, o mercado-consumo cria demanda. Sem esta não há que se cogitar em criação de valor⁹⁸².

Ao tratar de figura da legitimidade (*entitlement*), Peggy Musgrave⁹⁸³ afirma que os países-fonte possuem a prerrogativa de tributar rendimentos originários de seu território, uma vez que os países nos quais os consumidores residem promovem serviços complementares ao consumo de seus residentes⁹⁸⁴.

Ressalte-se, por outro lado, que não se está propondo mudanças no racional de tributação internacional, com fulcro na dicotomia entre fonte e residência, formulado desde o início do século XX, pela Liga das Nações. Portanto, não se trata de proposição para que se passe, também no que tange ao imposto sobre a renda, a adotar o princípio do destino⁹⁸⁵

⁹⁷⁹ Incluindo licença de uso de programas de computador e operações de outros tipos de intangíveis.

⁹⁸⁰ PINTO, Dale. The need to reconceptualize the permanent establishment threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 7, 2006, p. 270.

⁹⁸¹ *Ibidem*, p. 270.

⁹⁸² MCLURE JR, Charles E. Source-based taxation and alternatives to the concept of permanent establishment. In: **2000 World Tax Conference Report**. 2000, p. 6 (Apud PINTO, Dale. The need to reconceptualize the permanent establishment threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 7, 2006, p. 268).

⁹⁸³ MUSGRAVE, Peggy B. Interjurisdictional Coordination of Taxes on Capital Income. In: CNOSEN, Sijbren (ed.) **Tax Coordination in the European Community**, 1987, p. 198; Musgrave, Peggy B. Principles for Dividing the State Corporate Tax Base. In: MCLURE JR, Charles E. (ed.) **The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination** (1984), p. 230.

⁹⁸⁴ PINTO, op. cit., p. 271.

⁹⁸⁵ Vide DEVEREUX, Michael; DE LA FERIA, Rita. **Designing and implementing a destination-based corporate tax**. Working Paper Series, Oxford University Center for Business Taxation, 2014.; SCHÖN,

como critério para alocar base tributária ao país do mercado consumidor. Muito pelo contrário, a tese aqui proposta consiste, exatamente, na manutenção do sistema até então vigente, tal como idealizado no início do século XX, mas apenas com uma adequação da teoria da fonte para que passe a considerar a relevância do mercado consumidor e endereçar as peculiaridades da economia digitalizada.

Por corolário, o que se propõe é que o conceito de fonte, para fins de tributação, seja considerado, como sempre foi, o lugar em que o rendimento é produzido, o local de origem do rendimento, ou seja, o sítio de atribuição de valor (*value creation*). Considerando que esse local, na nossa visão, não é auto determinável, para que possa haver a tributação, faz-se necessária a existência de uma regra de fonte: no caso, em operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada. O país do mercado consumidor teria legitimidade para exercer sua jurisdição fiscal e tributar o rendimento decorrente do fornecimento de bens, serviços e quaisquer outros tipos de intangíveis, ainda que sem a tipificação de estabelecimento permanente.

Aludida regra, como visto, além de preencher a premissa da existência de um elemento de conexão com o território do país, já que, a nosso ver, o mercado consumidor pode ser considerado como um nexu genuíno, ela ainda estaria fundamentada pelo princípio do benefício e pela pertença econômica, sendo, por conseguinte, uma regra prática, eficaz e eficiente para encarar os desafios suscitados pela evolução da tecnologia da informação e comunicação.

Aliás, ao discorrer sobre o comércio eletrônico, Luís Eduardo Schoueri assevera que a jurisdição competente para tributar o rendimento produzido no comércio eletrônico deve ser a aquela onde reside o usuário que acessa o site, isto é, o local de residência do consumidor.⁹⁸⁶

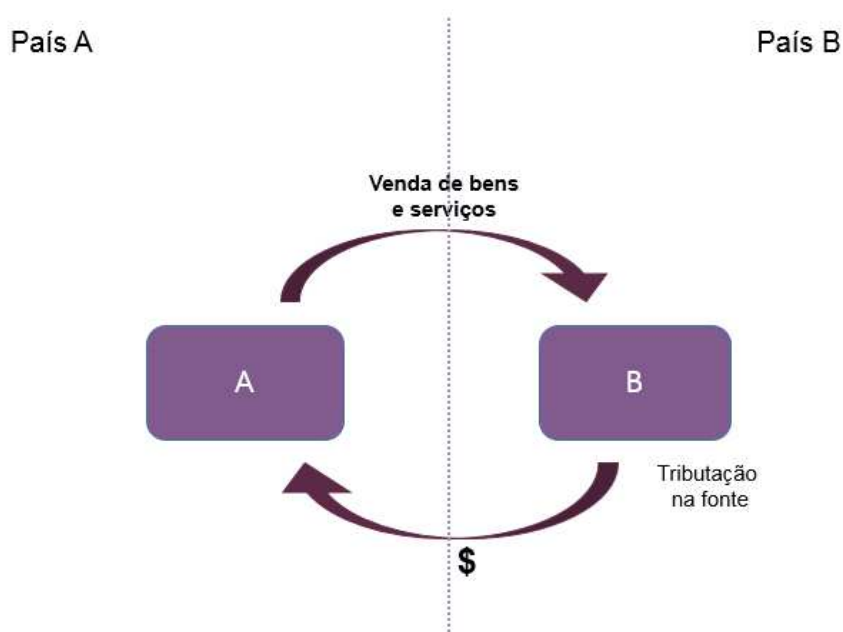
É exatamente pelo atendimento aos padrões de eficiência, equidade e praticabilidade que o critério da localização do mercado-consumo - como elemento apto a justificar a tributação, pelo país-fonte, dos rendimentos decorrentes de operações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digitalizada -, se sobressai frente aos

Wolfgang. Destination-Based Income Taxation and WTO Law: A Note. In: JOCHUM, Heike, et al (eds.) **Practical Problems in European and International Tax Law**. Books IBFD, 2016; AVI-YONAH, Reuven S. **The Case for a Destination-Based Corporate Tax**. 2015. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2634391>> . Acesso em: 15 dez. 2019; WILDE, Maarten de. Tax jurisdiction in a digitalizing economy; why 'online profits' are so hard to pin down. **Intertax**, v. 43, n. 12, 2015, p. 796-803.

⁹⁸⁶ SCOUERI, Luís Eduardo. **Imposto de Renda e o Comércio Eletrônico**. Internet - O direito na Era Virtual. Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados. São Paulo, 2000, p. 55

demais, já que aplicável a toda e qualquer tipo de operação transnacionais envolvendo o fornecimento de bens, serviços ou qualquer outro tipo de intangível.

Imagine-se, por exemplo, uma companhia A, residente em um país A, que irá realizar a venda de produtos ou serviços via digital e sem qualquer tipo de presença física para uma companhia estabelecida em um país B. Nesse caso, considerando tratar-se de uma operação transnacional realizada no âmbito da economia digitalizada, o país B, jurisdição em que está localizada o mercado consumidor (i.e., companhia B) teria legitimidade para tributar os rendimentos decorrentes da venda realizada pela companhia A à companhia B; tributação esta que, sob nossa visão, deveria ser realizada por meio de retenção na fonte, pela companhia B, ou auto reconhecimento pela companhia A, conforme se demonstra a seguir. Para facilitar a visualização, veja-se o quadro abaixo:



Observe, então, que o realinhamento da teoria da fonte por meio de adoção do mercado-consumo age como uma regra de fonte apta a endereçar as peculiaridades das operações digitalizadas entre pessoas jurídicas; consiste em uma regra prática, simples e eficiência, que funcionaria sempre em operações envolvendo empresas praticantes de negócios jurídicos de fornecimento de bens, serviços ou quaisquer outros tipos de intangível, via digitalizada.

Contudo, ainda que também considerado o mercado consumidor e igualmente legitimado a tributar, na fonte, operações transnacionais entre pessoas jurídicas que encampem seus consumidores e usuários; o mercado enquanto produto (mercado-produto), em razão de suas peculiaridades, cuja exploração foi apenas propiciada pelo avanço da

tecnologia da informação e comunicação, carece de regras de fonte próprias, ainda que igualmente decorrentes da relevância o mercado consumidor.

4.4.2 Mercado-produto

Conforme visto anteriormente⁹⁸⁷, o mercado-produto deve ser compreendido como pessoas jurídicas (consumidores), que consistem em usuários residentes em determinados países vistos sob a perspectiva de fornecedores de informações ou que sejam considerados “ativos” de plataformas ou interfaces digitais. É justamente a exploração do mercado-produto que propicia a obtenção de rendimentos por não residentes, que utilizam os dados coletados e o seu “banco de usuários” como “produtos” aptos a serem destinados a terceiros, também não residentes, interessados em acessar o mercado consumidor daquele país, agora na modalidade de mercado-consumo.

Nessa linha, à semelhança da hipótese envolvendo mercado-consumo, há uma troca, não por dinheiro, mas por acesso gratuito a plataformas e sistemas digitais, tais como ferramentas de buscas *online*, redes sociais, sítios eletrônicos com provimento de conteúdo, dentre outros. Noutras palavras, em troca de autorização do uso “gratuito” de ferramentas de busca online, como o Google, por exemplo, essas empresas digitais coletam dados relacionados a pesquisas realizadas pelos usuários, que, após tratados, são utilizados pelo Google para direcionamento de atividades publicitárias específicas, ou venda de perfis de consumo a terceiros, também não residentes, em troca de contraprestação financeira.

Note que, no mercado-produto, o mercado não é explorado como um consumidor de bens e serviços digitais, mas sim como um fornecedor de “insumo” ou ativo, que são utilizados por não residentes para negócios jurídicos independentes com finalidade lucrativa, mas cujos rendimentos decorrentes estão condicionados diretamente à exploração do mercado-produto, sem o qual não haveria que se cogitar na produção do rendimento.

A exemplo da hipótese acima, imagine-se que uma empresa A, residente no país A, realize uma busca à impressora industrial na ferramenta de pesquisa do Google, instantaneamente, em virtude dessa diligência, a plataforma digital, por intermédio da coleta de dados, identifica aquela necessidade da empresa A. De posse de tal informação, o Google a vende para a Mimaki Impressoras, que, ao saber do interesse da empresa A, pode direcionar

⁹⁸⁷ Item 2.9.1.5.

publicidade ou até mesmo entrar em contato com a empresa A, objetivando a venda de impressoras.

Nesse contexto, é pertinente inferir do exemplo acima, que nas operações envolvendo o mercado-produto têm-se, pelo menos, dois tipos de operações distintas: (i) a primeira, concessão de acesso a usuários à ferramenta de pesquisa em troca da coleta de dados desses mesmos usuários; e (ii) transformação dos dados em um produto comercial seguido de venda desse produto a terceiros interessados em acessar o mercado consumidor de determinado país. Trata-se, portanto, da exploração do mercado consumidor não com o objetivo de fornecimento de bens ou serviços aos consumidores, mas sim como coleta de dados e formação de ativo de usuários de plataformas digitais, cujo acesso interessa a terceiros dispostos a pagar por essas informações.

Para fins de mercado-produto, além da recolha de dados propriamente dita, devem ser considerados os usuários de plataformas digitais, tais como redes sociais (e.g. Facebook, Instagram etc) e de intermediação (*market place*), tais como ebay, Mercado Livre e Amazon, bem como os usuários de sítios eletrônicos expostos à publicidade *online*, dirigida ou não.

O *big data*, além de ser uma característica chave da economia digitalizada⁹⁸⁸, consiste na coleta de um grande número de informações, que são armazenados e após processados, podem gerar resultados importantes, tais como perfis de consumo, abrangendo mercadorias e produtos pesquisados, horários de consumo, público alvo, dentre outros. Trata-se, portanto, da capacidade de se analisar uma variedade de dados, na sua grande maioria não estruturados, obtidos a partir de diversas fontes tais como mídias sociais, ferramentas de pesquisa, plataformas digitais, transações financeiras, dentre outros.⁹⁸⁹

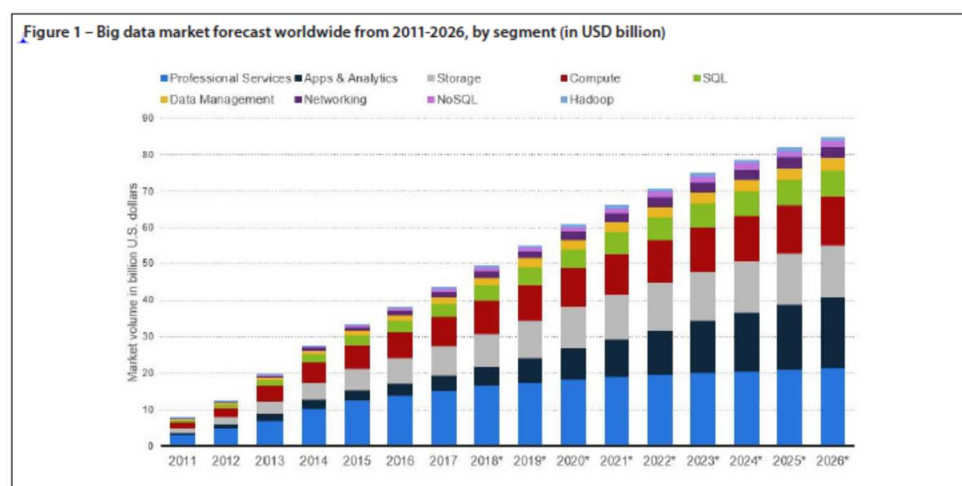
Afora os principais atributos técnicos do *big data* – volume, velocidade e variedade –, se considerarmos o aumento do valor socioeconômico decorrente de sua utilização, é possível adicionar uma outra característica: a criação de valor. Aliás, é justamente em virtude da otimização de seu uso, e, conseqüentemente, do aumento do seu valor socioeconômico que Jones Gentile considera o *big data* como um novo fator de produção. Para ele, é

⁹⁸⁸ OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 65. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁹⁸⁹ OECD . **Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth**: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data". OECD Digital Economy Papers, No. 222. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 12. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k47zw3fcp43-en>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

justamente o potencial econômico dessa nova ferramenta que motiva a acumulação, processamento e utilização dos dados.⁹⁹⁰

Trata-se, sem dúvidas, de um negócio pautado na coleta e exploração do mercado-consumo, cujas cifras vêm aumentando desde 2011, podendo chegar em 2026 na casa de 80 bilhões de dólares, conforme pesquisa realizada pela Statista⁹⁹¹:



Verifica-se, portanto, que, sem a recolha de informações dos usuários residentes em um determinado país, os rendimentos auferidos pelas companhias digitais não seria possível, tampouco a existência do negócio em si, o que justificaria a tributação pelo país-fonte, no caso do país do mercado-produto.

De outro lado, na mesma linha da coleta de dados, têm-se as plataformas digitais detidas por companhias digitais, tais como redes sociais e *marketplaces*, as quais, mediante o acesso de usuários de forma gratuita à sua plataforma, além daquelas apropriações, expõe as referidas pessoas jurídicas (consumidores) a publicidades direcionadas, bem como promove o contato com fornecedores de bens e serviços, digitais ou não, tendo como nítida função a aproximação entre partes – vendedores (não residentes) e pessoas jurídicas (consumidores).

⁹⁹⁰ JONES, Steve. Why 'Big Data' is the fourth factor of production. In: **Financial Times**, 2012. Disponível em: <www.ft.com/intl/cms/s/0/5086d700-504a-11e2-9b66-00144feab49a.html>. Acesso em: 15 jan.2020.

⁹⁹¹ STATISTA. **Big data market forecast worldwide from 2011 to 2026, by segment**. 2015. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/255970/global-big-data-market-forecast-by-segment/>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Típico exemplo de plataformas de acesso gratuito de pessoas jurídicas é o Facebook, rede social que, em 2018, alcançou a surpreendente marca de 2,3 bilhões de usuários⁹⁹², muitos deles pessoas jurídicas. Nesse caso específico, cuja ilustração se aplica a outras plataformas digitais, tais como LinkedIn, os usuários têm acesso gratuito à rede social, sendo, todavia, exposto à publicidade, que pode ser direcionada ou não.

Diferentemente do que ocorre com a coleta de dados, os usuários são considerados ativos da companhia proprietária da plataforma digital, que vende espaços publicitários ou ela mesma presta serviços de publicidade, visando atingir os consumidores/usuários de suas plataformas digitais. Ou seja, assim como no caso de coleta de dados, a companhia proprietária da rede social – *Facebook* –, auferir rendimento em virtude da exposição do mercado-produto de determinado país, sem o qual não haveria que se falar em remuneração.

Outro exemplo típico de usuários considerados ativos das plataformas digitais é o caso de *marketplaces*. Nessa hipótese, os usuários têm acesso gratuito à plataforma digital, situação em que são colocados em contato com diversos fornecedores de produtos ou serviços digitais ou não. O resultado prático dessa intermediação é proporcionar que não residentes possam alcançar o mercado consumidor de determinado país – mercado-consumo – mediante o pagamento de uma “taxa”, geralmente representada por um percentual da venda realizada. Ou seja, a exemplo dos usuários das redes sociais, no caso específico do *marketplace*, eles – mercado produto - são considerados ativos (potenciais compradores de produtos e serviços estrangeiros), que proporcionam o recebimento de uma “taxa” por parte da companhia (e.g. ebay).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos sítios eletrônicos de provimento de conteúdo, que permitem o acesso gratuito ao conteúdo produzido em troca de coleta de dados dos usuários, bem como a sujeição destes à publicidade. Típico exemplo dessa situação que, sob o pretexto de permitir o livre acesso ao conteúdo produzido recebe em troca dados dos usuários ou os expõem a anúncios publicitários, propicia riqueza para o sítio eletrônico, é o acesso ao site www.cnn.com, que permite conhecer os mais variados conteúdos (notícias sobre política, esporte, saúde, entretenimento, dentre outros). Em contrapartida a esse ingresso livre e gratuito, o sítio eletrônico coleta dados dos usuários e os expõem a anúncios publicitários, que, em sua grande maioria, são direcionados de acordo com os perfis de consumo dos usuários (isto em razão da utilização de *big data*).

⁹⁹² GEBEL, M. In 15 Years Facebook has Amassed 2.3 Billion Users- More Than Followers of Christianity. In: **Insider**, 2019. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/facebook-has-2-billion-plus-users-after-15-years-2019-2>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Aliás, esse mesmo raciocínio pode ser utilizado para os aplicativos de mensagens instantânea e de trânsito, como WhatsApp e Waze, por exemplo, que recebem rendimentos de terceiros em razão da exposição de seus usuários/consumidores a anúncios publicitários.

Enfim, apesar de possuírem particularidades diferentes, todas essas atividades mencionadas comportam uma particularidade em comum: utilizam os dados coletados ou o banco de usuários, quer como insumo de produtos, quer como ativo, cujo acesso (ao mercado-produto) é a origem da produção do rendimento das companhias digitais com foco na exploração do mercado-produto. Dessa feita, ainda que a coleta de dados ou a exposição à publicidade, ou a fornecedores de produtos ou serviços representem uma troca em razão do uso gratuito às plataformas digitais, ainda assim não se pode negar a criação do valor em razão da exploração do mercado-produto, sem a qual não haveria a obtenção de rendimento por parte do não residente.

Aliás, ao se tratar de usuários e da possibilidade de eles serem tidos como um elemento de conexão com os limites geográficos de um dado Estado (i.e. mercado-produto), Patricia Hofmann e Nadine Riedel observam que, ainda que os usuários possam ser considerados colaboradores sob o ponto de vista dos fornecedores, é questionável se eles teriam algum vínculo com os fornecedores de bens e serviços, sendo que, em sua visão, a abordagem mais natural seria considerar o fornecimento de dados como uma troca entre partes independentes⁹⁹³. De um lado, os usuários teriam acesso à plataforma sem qualquer tipo de custo, enquanto, de outro lado, a companhia detentora dos direitos de administração da plataforma, coletaria dados e conteúdo produzidos por aqueles.

Todavia, ainda que seja uma relação de troca autônoma e distinta - coleta de dados ou criação de banco de usuários, de um lado, e o fornecimento ou exposição a produtos e serviços, de outro - é certo que o rendimento do não residente, seja em virtude da venda de dados, seja em razão da venda de espaço publicitário, seja, ainda, em decorrência do recebimento de um percentual da venda de produtos e serviços ao mercado consumidor (mercado consumo), isso só é possível de ser granjeado em razão da exploração do mercado-produto.

Tanto é assim, que a grande maioria das medidas unilaterais adotadas pelos Estados diante dos desafios derivados da economia digital, além de reconhecerem quão vital é o mercado consumidor na alocação de base tributável, implementam uma tributação na fonte, sobre as receitas decorrentes de anúncios publicitários viabilizados por interfaces digitais

⁹⁹³ HOFMANN, Patricia; RIEDEL, Nadine. Debate: Comment on J. Becker & J. Englisch, 'Taxing Where Value Is Created: What's "User Involvement" Got to Do with It?'. In: *Intertax*, v. 47, n. 2, 2019, p. 173-175.

(e.g. Paquistão, Turquia, Áustria, França, Índia, Itália, Malásia, Taiwan, dentre outros), por plataformas de intermediação (e.g. Eslováquia, Costa Rica, França, Itália, Quênia, dentre outros), e por coleta de dados (e.g. França, Paquistão, Itália, dentre outros).⁹⁹⁴

Dessa feita, similarmente ao mercado-consumo, o acesso ao mercado-produto contribui para a produção, ou seja, para dar origem ao rendimento obtido pelo não residente, sem o qual inexistiria rendimento. Ainda mais, o acesso ao mercado consumidor, sob a ótica de produto, apenas torna-se possível em razão da infraestrutura de telecomunicação, financeira, cambial, legal e política proporcionada pelo Estado.

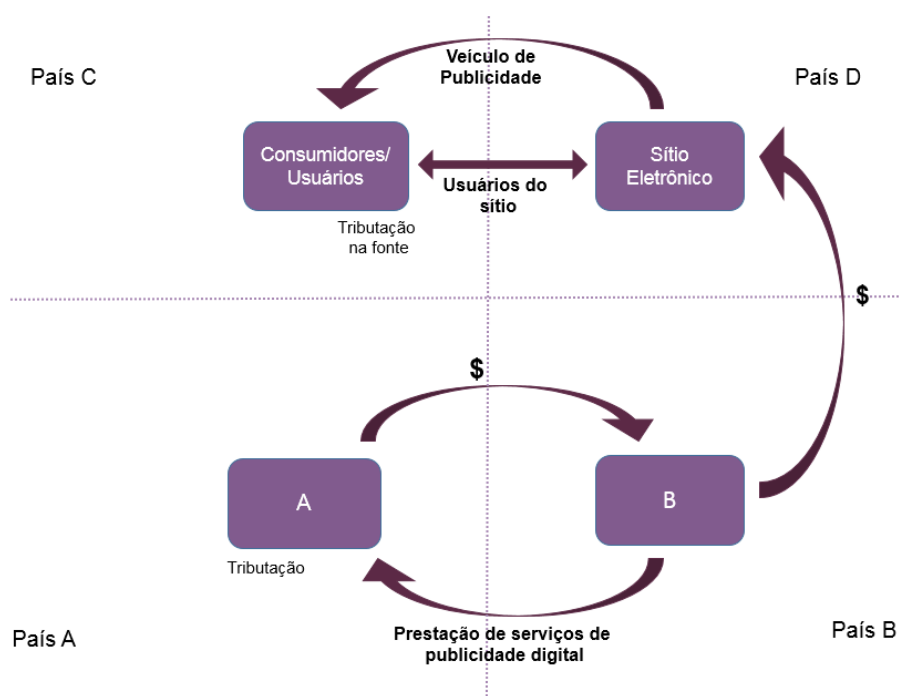
Daí, a exemplo do que sucede com o mercado-consumo, a adequação da teoria da fonte para que seja reconhecida quão essencial é o mercado-produto como nexos suficiente para legitimar a tributação pelo país de instalação do mercado consumidor; também pode ser justificada pelo princípio do benefício, bem como pelo princípio da legitimidade. Diga-se, que é justamente a pujança do mercado consumidor de um determinado país que desperta o interesse de companhias estrangeiras de explorá-lo, quer como destino de produtos e serviços fornecidos por meio digital, quer, como nesse caso, “fator de produção”.

É o típico caso em que, uma companhia residente em um país A contrata uma outra situada em um país B para prestar serviços de publicidade *online* a ser veiculada em um sítio eletrônico detido por uma companhia de provimento de conteúdo digital, instalada em um país D, mas que é acessado por consumidores residentes em um país C. Nesse caso, considerando que, em uma primeira etapa constatamos apenas uma operação transnacional de venda de serviços da companhia B para a companhia A, o país A, na qualidade de jurisdição do mercado consumidor (mercado-consumo) da operação transnacional realizada entre pessoas jurídicas, teria a legitimidade, por força da regra de fonte aqui proposta, para tributar o rendimento derivada da prestação de serviço de publicidade da companhia B para a companhia A.

De outro lado, em uma segunda etapa, tendo em vista que a companhia residente no país D, proprietária da estrutura eletrônica, veiculará publicidade *online* encomendada pela companhia A e receberá recursos daquela residente no país B para veicular o anúncio publicitário ao qual os consumidores (mercado-consumo) do país C estarão expostos por conta do acesso ao sítio eletrônico, também caberá ao país C tributar, na qualidade de fonte, o acesso ao seu mercado consumidor, agora sob a perspectiva de produto.

⁹⁹⁴ KPMG. **Taxation of the digitalized economy**. 2020. Disponível em: <<file:///C:/Users/diogo/Downloads/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

Note-se que é justamente em razão da robustez e alta demanda do mercado, bem assim da infraestrutura proporcionada pelo país C, que faz com que a companhia detentora do sítio eletrônico, residente no país D, receba recursos da companhia situada no país B pela veiculação do anúncio publicitário. Logo, de acordo com a regra de fonte aqui proposta, dada a relevância do mercado-produto para a produção do rendimento granjeado pela companhia D, seria legítima a tributação pelo país C em razão da exploração do seu mercado-produto. A título ilustrativo, veja-se:

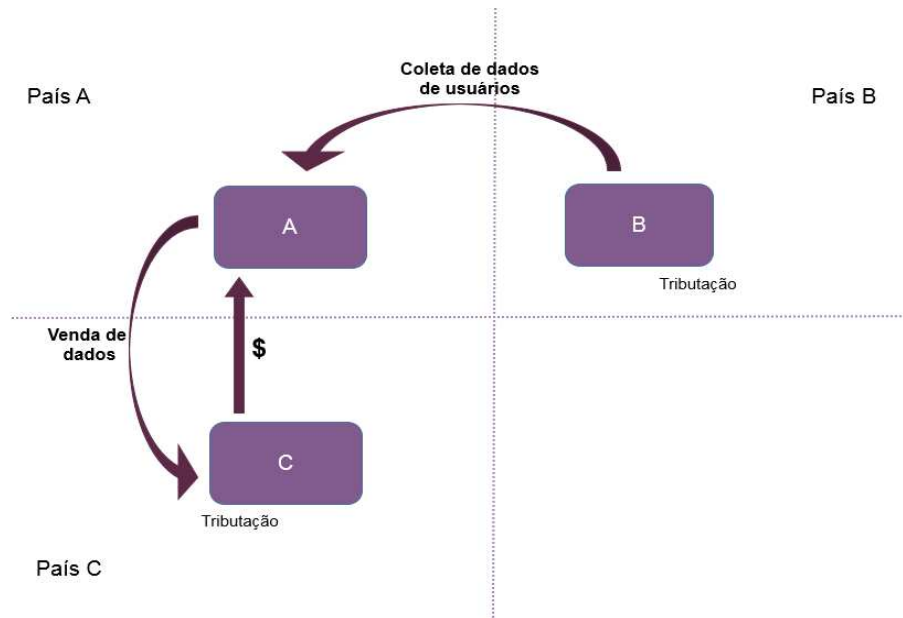


A mesma praticabilidade e eficiência na adequação da teoria da fonte aqui proposta (e.g. assunção de uma nova regra de fonte específica para operações entre pessoas jurídicas transnacionais realizadas no cenário da economia digitalizada) também pode ser observada em operações envolvendo a coleta de dados de potenciais consumidores em um país para venda de daqueles a terceiros. Imagine-se, novamente, uma companhia A, residente em um país A, que, por meio do acesso à sua ferramenta de pesquisa *online* capta hábitos de consumo de pessoas jurídicas residentes no país B. De posse dessas informações, vende-os das companhias residentes em B para uma companhia residente no país C. Nessa hipótese, a exemplo da ilustração precedente, temos que segregar as operações de fornecimento de mercadorias, serviços e qualquer outros tipos de intangíveis, entre as pessoas jurídicas.

Em um primeiro momento, consideremos a coleta de dados das pessoas jurídicas residentes no país B pelo país A, que serão armazenados, “tratados” e transformados em um produto que será vendido à companhia residente no país C. Por força do acesso ao seu

mercado-produto, o país B, de acordo com a regra de fonte aqui proposta, teria legitimidade para tributar, na qualidade de país-fonte, rendimentos auferidos pelo país B em virtude da exploração do seu mercado consumidor. Assim, por equidade ao caso anterior, não se cogitaria de rendimento do país A sem a coleta de dados dos consumidores residentes no país B.

Em um segundo momento, de acordo com a regra de fonte referente ao acesso ao mercado-consumo, temos uma outra operação transnacional realizada no âmbito da economia digitalizada, agora entre pessoas jurídicas residentes em A e C e que, portanto, autorizaria a tributação, na qualidade de fonte, pelo país C, por albergar o mercado consumidor. Para facilitar a compreensão, confira-se:



Esse mesmo raciocínio, como apresentado acima, pode ser aplicado às empresas de estrados digitais, tais como redes sociais e empresas de intermediação, o que lastrearia a tributação, na condição de país-fonte, do Estado em que está localizado o mercado consumidor visto sob a ótica de produto.

Vale observar, todavia, que algumas críticas tecidas ao estabelecimento digital são passíveis de aplicação outrossim ao mercado-produto, já que os consumidores também poderiam se valer de artimanhas tecnológicas, tais como utilização de VPN ou *proxys*, para ocultarem a sua localização ou residência. Contudo, ainda que isso seja possível, a utilização do próprio mercado consumidor como regra de fonte, a nosso ver, ainda seria preferível à eleição da presença econômica significativa. Consequentemente, é o acesso ao mercado, isto é, a exploração desse ativo detido pelos países-fonte, bem como toda a infraestrutura econômica, política, tecnológica e legal, que permitem a obtenção de ganho pelo não

residente, ainda que, nesse caso específico, não seja por intermédio da venda de produtos ou serviços àqueles consumidores.

Dessa forma, entendemos que o acesso ao mercado consumidor, quer na concepção de produto, quer na de consumo, pode ser considerado como regra de fonte capaz de responder aos desafios proporcionados pela economia digitalizada, o que estearia a tributação, na qualidade de fonte, do país em que se encontra o mercado.

Por essa vereda, o acesso ao mercado consumidor pode se constituir em uma nova regra de fonte habilitada a lidar com todos os desafios suscitados pela economia digitalizada que, em recente documento posto à consulta pública pela OCDE, intitulado *Secretariat Proposal of a “Unified Approach” under Pillar One*⁹⁹⁵, a referida organização propõe, expressamente, a criação de um novo nexos, calcado nos usuários ou consumidores localizados em uma determinada jurisdição, a ser utilizado para repartir base tributável entre os Estados da fonte e de residência.

Com efeito, conforme abordado no item 3.5.3, uma das principais críticas ao trabalho da OCDE que tange à economia digitalizada, é a ausência de atitudes concretas, limitando-se a fazer recomendações, mencionando medidas potenciais sem propor, efetivamente, nenhuma solução, porquanto ela busca um consenso entre os seus integrantes. Essa postura omissiva deu lugar à renovação do *Taks Force on Digital Economy*, a quem ficou incumbido a árdua tarefa de encontrar um consenso e propositura de uma solução para endereçar, de uma vez por todas, as peculiaridades da economia digitalizada.

Destarte, após intensos trabalhos realizados durante o ano corrente, tudo com vistas à cumprir o cronograma visando se chegar à etapa decisiva em 2020. Nessa, serão estabelecidos os detalhes técnicos e políticos para atingir um consenso entre os países, a fim de possibilitar a adoção generalizada de uma solução, em longo prazo. A fim de responder aos desafios trazidos pela economia digitalizada, apresentou-se à consulta pública uma proposta traduzida por uma abordagem única para endereçar as peculiaridades da digitalização da economia, tendo como foco o *pillar one* inserido no relatório disponibilizado em janeiro deste ano.

Como visto no item 3.5.4.1, no referendun, a OCDE reconhece que, na era digital, a alocação de direito à tributação entre os países não pode ser circunscrita apenas e tão somente a critérios referentes à presença física no país de mercado. As diretrizes atuais, concebidas

⁹⁹⁵ OECD. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

em 1920, não são mais suficientes nem eficazes para assegurar a justa repartição de base tributária em um mundo globalizado⁹⁹⁶.

Por esse motivo, a proposta do *Secretariat* foi elaborada para lidar com as questões suscitadas pela digitalização da economia, bem como para conferir direito à base tributável para países em que usuários de modelos de negócio digitalizados estão situados⁹⁹⁷. Para essa diligência foi sugerida a adoção de uma nova regra de fonte tendo como elemento de conexão a interação do negócio com a economia do mercado⁹⁹⁸, incluindo usuários e consumidores, de uma dada jurisdição.

É importante se ter em mente que, ainda sob a forma de consulta pública, a OCDE reconhece expressamente a coleta de dados e a exposição de usuários não pagantes a anúncios publicitários veiculados de forma *online*, cujas receitas são registradas em outra jurisdição que não a da localização do consumidor/usuário, como fonte de geração de riqueza para não residentes, motivo pelo qual a nova regra de fonte proposta (novo nex) deverá agregar também essas situações.⁹⁹⁹

Percebe-se, desde já, que, apesar de se tratar de um proposta de regra de fonte posta à consulta pública, sem qualquer vinculação e caráter de definitividade por parte da OCDE, existe uma tendência de o mercado consumidor, quer como produto quer como consumo propriamente dito, ser considerado elemento de conexão capaz de fundamentar a tributação na fonte pela jurisdição de mercado, o que confirma, quão significativo é o mercado consumidor na determinação do direito às bases tributárias da economia digitalizada, especialmente em operações transnacionais entre pessoas jurídicas.

Apesar de incipiente e da necessidade de aprofundamento da questão por parte da OCDE, é fato que o reconhecimento dela quanto à relevância do mercado consumidor, tanto sob a sua perspectiva de produto, quanto sob a ótica de consumo, na condição de uma regra de fonte prática e eficiente para enfrentar a mobilidade, o dinamismo e a virtualidade da digitalização da economia, não deixa de afirmar a tese aqui proposta, em detrimento das alternativas propostas por outras organizações, governos e acadêmicos, tais como tributação baseada no destino, *bit tax*, dentre outros¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ OECD. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019, p.6. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁹⁹⁷ Ibidem, p.6.

⁹⁹⁸ Ibidem, pp. 7-8.

⁹⁹⁹ Ibidem, p. 8.

¹⁰⁰⁰ DEVEREUX, Michael; DE LA FERIA, Rita. **Designing and implementing a destination-based corporate tax**. Working Paper Series, Oxford University Center for Business Taxation, 2014, p. 12.;

Dessa forma, para o enfrentamento aos desafios gerados pela digitalização da economia, o realinhamento da teoria da fonte, no sentido de que o mercado consumidor seja a regra eficiente para respaldar a tributação na fonte em operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada, nos parece ser o caminho a ser percorrido, quer pela OCDE, quer pelos países individualmente considerados.

Deveras, eleitas as premissas e definida a regra de fonte (i.e. acesso ao mercado consumidor), a nosso ver, mais adequada para endereçar a peculiaridades da digitalização da economia em operações transnacionais no âmbito da economia digitalizada, passaremos a abordar a experiência internacional e medidas adotadas de forma unilateral pelos países, bem como questões de ordem prática, como forma de tributação, arrecadação, cobrança e alternativas para se evitar a dupla tributação.

4.5 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL - MEDIDAS UNILATERAIS

Em razão da falta de proposições concretas quando do encerramento do relatório final do Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS previsto para o término de 2020 e da demora na busca de consenso internacional relacionado à criação de nova regra de fonte - nexo - eficaz a afrontar questões derivadas da economia digitalizada, diversos países efetivaram medidas unilaterais para fazer exercer a sua jurisdição tributária sobre atividades realizadas no âmbito da economia digitalizada.

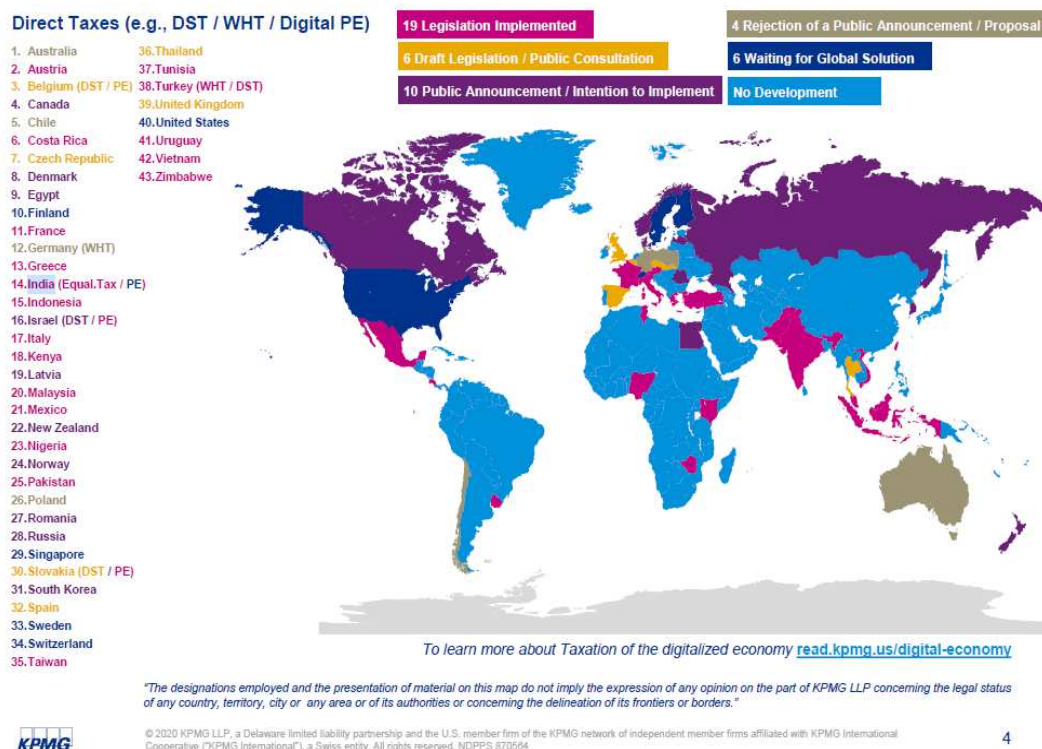
Apesar das negociações em andamento no âmbito da OCDE, aproximadamente a metade dos países europeus integrantes dessa organização já anunciaram, propuseram ou implementaram o chamado imposto sobre serviços digitais, que nada mais é do que a tributação de receitas bruta decorrentes das práticas prestadas por grandes companhias digitais que tenham como destinatários consumidores/usuários residentes nesses países ou tenham relação com a coleta de dados ou campanhas de *marketing* implicando consumidores e usuários destes países.

De acordo com estudo realizado pela KPMG, datado de 14 de fevereiro de 2020, cerca de 19 países já implantaram algumas diretrizes à cerca da tributação de funções digitais (e.g. imposto sobre serviços digitais, retenção na fonte sobre pagamentos referentes a não residentes e estabelecimento permanente digital), 6 países já possuem proposta legislativa ou já colocaram o assunto à consulta pública, e 10 países já manifestaram a intenção de

LAMENSCH, Marie. **European Value Added Tax in the Digital Era: A Critical Analysis and Proposals for Reform**. IBFD, 2015, sec. 1.3.3.

implementar algum tipo de tributação (e.g. Bélgica, Reino Unido e Espanha). Do total de 43 países pesquisados, apenas 4 já rejeitaram propostas sobre a tributação unilateral de atividades realizadas no segmento da economia digitalizada (e.g. Chile, Finlândia e Alemanha), e 6 países irão aguardar uma solução global aos desafios proporcionados pela economia digitalizada (entre eles Estados Unidos, Rússia, Nova Zelândia, dentre outros).¹⁰⁰¹

Taxation of the digitalized economy – direct taxes



Da análise das legislações e das propostas até então disponíveis, depreende-se que todas elas, apesar de apresentarem características e focarem em atividades digitalizadas específicas, possuem um ponto em comum: têm como pressuposto o acesso ao mercado consumidor local, seja ele o mercado-consumo ou o mercado-produto, o que demonstra, sem sombra de dúvidas, quão é imperioso o mercado consumidor na determinação do direito às bases tributárias. Consequência direta dessa relevância traduz-se na urgência de realinhamento da teoria da fonte, para que se editem novas regras de fonte, considerando-se o acesso ao mercado consumidor como elemento de conexão genuíno capaz de legitimar o exercício da jurisdição tributária pelo Estado-fonte.

¹⁰⁰¹ KPMG. **Taxation of the digitalized economy**. 2020. Disponível em: <<file:///C:/Users/diogo/Downloads/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

Nos próximos itens, passaremos a desenvolver alguns exemplos de medidas adotadas de forma unilaterais pelos países, visando a enquadrar a relevância do mercado consumidor na alocação de base tributária entre os países, principalmente ao país-fonte, e, abordar a demanda de adequação da teoria da fonte.

4.5.1 Itália

Em 2017, o Parlamento Italiano introduziu o primeiro tributo relacionado a atividades executadas por meios digitais (Decreto lei nº 50/2017). Denominado como “web tax”, o referido tributo nunca chegou a entrar em vigor em razão da falta de adoção dos procedimentos exigidos para a sua implementação¹⁰⁰².

Posteriormente, em dezembro de 2018, a Lei Orçamentária de 2019 (Lei nº 145/2018¹⁰⁰³) promulgou um segundo tributo sobre operações digitalizadas, o imposto sobre serviços digitais, que viria a substituir a *web tax*, entretanto, nunca chegou a entrar em vigor. Assim, por falta de edição de Decreto pelo Ministro das Finanças, este segundo imposto previsto na lei Orçamentária de 2019 nunca chegou a ser exigido¹⁰⁰⁴.

Mediante a edição de um decreto em outubro de 2019 (Lei nº 160/2019), o imposto previsto na Lei Orçamentário de 2019 foi modificado, a fim de adequar o imposto sobre serviços digitais às propostas da União Europeia. Em vigor a partir de 1º de janeiro de 2020, o imposto sobre serviços digitais instituído, incide sobre as receitas originárias de determinados serviços digitais (*marketing*, intermediação e *marketplace*, e transmissão de dados) prestados a usuários albergados na Itália à alíquota de 3% sobre a relação entre as receitas globais decorrentes de serviços digitais e o percentual representativo dos serviços atribuídos ao território italiano¹⁰⁰⁵:

(a) overall worldwide revenues deriving by digital services

X

(b) “representing percentage” of the part of such services to be allocated to the Italian territory

¹⁰⁰² ANNUAL IBA FINANCE & CAPITAL MARKETS TAX CONFERENCE, 9, Londres, 2020. **Digital: Balancing Principles with Politics.**

¹⁰⁰³ GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. **LEGGE 30 dicembre 2018**, n. 145. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/01/18/19A00318/sg>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁰⁰⁴ ANNUAL IBA FINANCE & CAPITAL MARKETS TAX CONFERENCE, op. cit.

¹⁰⁰⁵ Ibidem.

De acordo com a legislação italiana, estão sujeitos ao imposto sobre serviços digitais companhias residentes e não residentes, em transações envolvendo pessoas jurídicas, e pessoas jurídicas e pessoas físicas, que atendam aos seguintes requisitos durante o exercício fiscal anterior: (i) auferiram receitas globais de, pelo menos, 750 milhões de euros; e (ii) receitas de serviços digitais qualificadas ligadas à usuários italianos de, pelo menos, 5,5 milhões de euros.¹⁰⁰⁶

Dessa feita, a pretexto de taxar as gigantes do setor de tecnologia (e.g. Google, Facebook etc), o Governo Italiano instituiu uma tributação sobre a receita, à cerca da qual ainda pairam diversas dúvidas e preocupações, tais como a sua compatibilidade com as diretrizes europeias, dedutibilidade da base de cálculo do imposto sobre a renda, ocorrência de dupla tributação, dentre outros.

O que se observa é que, à semelhança de outros países, a Itália adotou medidas unilaterais para lidar com operações digitalizadas que importam usuários sites em seu território até que se alcance um consenso sobre a tributação da economia digitalizada no contexto internacional. Nesse caso, - consenso sobre a forma de tributação -, a legislação italiana prevê uma cláusula que determina que o imposto sobre serviços digitais será automaticamente revogado, para que um novo tributo seja implementado por meio de legislação doméstica editada de acordo com o consenso internacional.

4.5.2 França

Em 24 de julho de 2019 foi assinada pelo Presente francês, Emmanuel Macron, a lei instituindo o imposto sobre serviços digitais. Alvo de inúmeras discussões entre França e Estados Unidos, essa medida criada incide, à alíquota de 3%, sobre a receita bruta derivadas de atividades digitais, nas quais usuários franceses seriam significativos na “criação de valor”¹⁰⁰⁷.

De acordo com a legislação, o novo imposto sobre serviços digitais incidirá, basicamente, sobre dois tipos de serviços digitais:

¹⁰⁰⁶ ANNUAL IBA FINANCE & CAPITAL MARKETS TAX CONFERENCE, 9, Londres, 2020. **Digital: Balancing Principles with Politics.**

¹⁰⁰⁷ Vide UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. **Report on France's Digital Service Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974.** 2019. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/Report_On_France%27s_Digital_Services_Tax.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.

(i) interfaces digitais que possibilitam que usuários celebrem contratos e interajam com outros usuários (serviços de intermediação). Nesse caso específico, a legislação francesa contém uma lista sobre serviços excluídos da tributação, tais como serviços de comunicação, provimento de conteúdo digital, dentre outros;

(ii) prestação de serviços a anunciantes que objetivam colocar mensagens publicitárias direcionadas em interfaces digitais com base em dados coletados sobre os usuários e gerados mediante consulta desta interface (serviços de *marketing* valendo-se de dados de usuários franceses). Também contempla a compra e o armazenamento de mensagens publicitárias, o monitoramento da publicidade e a medição do desempenho, bem como o gerenciamento e a transmissão de dados do usuário.¹⁰⁰⁸

Sujeitam-se ao imposto sobre serviços digitais francês companhias, nacionais ou estrangeiras, que prestam um dos serviços descritos acima e que tenham auferido receitas, relativamente ao ano-calendário anterior, decorrentes da prestação de serviços de, pelo menos 750 milhões de euros na seara global e 25 milhões de euros decorrentes de usuários/consumidores franceses. De acordo com a legislação francesa, ambas as balizas quantificadas devem ser calculadas com base no resultado consolidado do grupo empresarial.

Para cálculo da receita bruta atribuída ao território francês e, conseqüentemente, sujeita ao imposto sobre serviços digitais deverá ser utilizada a seguinte fórmula:¹⁰⁰⁹

(i) serviços de intermediação

$$\frac{\text{Number of transactions involving at least one French user}}{\text{Total number of transactions}} \times \text{Receipts of the year}$$

$$\frac{\text{Number of French accounts}}{\text{Total number of accounts}} \times \text{Receipts of the year}$$

(ii) serviços de marketing baseados em dados de usuários franceses

¹⁰⁰⁸ KPMG. **France: Digital services tax (3%) is enacted.** 2019. Disponível em: <<https://home.kpmg/us/en/home/insights/2019/07/tmf-france-digital-services-tax-enacted.html>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

¹⁰⁰⁹ Ibidem.

$$\frac{\text{Number of advertising messages targeting a French user}}{\text{Total number of advertising messages}} \times \text{Receipts of the year}$$

$$\frac{\text{Number of French users which data were collected}}{\text{Total number of users which data were collected}} \times \text{Receipts of the year}$$

Por fim, segundo a legislação francesa, visando o cumprimento da obrigação tributária atinente ao imposto sobre serviços digitais, as companhias estrangeiras deverão nomear um procurador perante as Autoridades Fiscais.¹⁰¹⁰

Note que também, em relação à França, o mercado consumidor, tanto o mercado-consumo, quanto o mercado-produto, são considerados nexos para a imposição da referida arrecadação sobre operações digitais, o que, respeitadas as devidas diferenças, confirmam quão essencial é o do mercado consumidor na determinação dos direitos às bases tributárias.

4.5.3 Israel

Em virtude da rápida expansão das práticas digitalizadas em Israel nos últimos anos, em abril de 2016, as Autoridades Fiscais israelenses (ITA) publicaram a Circular 04/2016, em que deliberaram que companhias não residentes prestadoras de serviços - com base na plataforma de internet - a residentes e domiciliados em Israel passarão a ser tributados nos rendimentos auferidos nesta jurisdição¹⁰¹¹.

Com vista às regras atuais, rendimentos decorrentes de serviços prestados a residentes e domiciliados em Israel são tributados apenas nas hipóteses em que produzidos em Israel. De outro lado, na hipótese de a companhia prestadora do serviço ser residente em um país com o qual Israel tenha celebrado acordo de bitributação, a companhia não residente será tributada em Israel apenas na hipótese de caracterização de estabelecimento permanente.¹⁰¹²

A partir da edição da Circular 04/2016, o ITA, de forma unilateral, adotou a figura do estabelecimento permanente digital, mediante o qual transações digitais realizadas entre não residentes e consumidores em Israel, e que tenham uma atividade econômica substancial

¹⁰¹⁰ KPMG. **France: Digital services tax (3%) is enacted.** 2019. Disponível em: <<https://home.kpmg/us/en/home/insights/2019/07/tmf-france-digital-services-tax-enacted.html>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

¹⁰¹¹ MINISTRY OF FINANCE – ISRAEL TAX AUTHORITY. **The Israeli Tax Authority Published Guidelines Regarding Taxation of Foreign Corporation Activity in Israel via the Internet.** Disponível em: <https://taxes.gov.il/English/About/SpokesmanAnnouncements/Pages/Ann_11042016.aspx>. Acesso em 24 fev. 2020.

¹⁰¹² Ibidem.

com o mercado israelense, serão enquadradas como estabelecimento permanente, independentemente de presença física.¹⁰¹³

De acordo com a circular, são conferidos tratamentos distintos entre companhias estrangeiras residentes em país com o qual Israel possui acordo de bitributação e companhias estrangeiras residentes em território que não o possui. Em relação a primeira, o ITA delibera que em caso de caracterização da presença digital significativa, Israel, de acordo com as circunstâncias específicas do caso, considera a existência de estabelecimento permanente em seu território, ainda que se trate de atividades de caráter preparatório ou auxiliar.¹⁰¹⁴

De outro lado, em se tratando de companhia estrangeira residente em país sem acordo de bitributação com Israel, a referida empresa está sujeita à tributação em Israel nos casos em que observada a presença digital significativa, ainda que sem qualquer tipo de presença física em Israel.¹⁰¹⁵

Dentre as atividades circunscritas pela circular e denunciadoras da presença digital significativa incluem-se a identificação de consumidores, coleta e análise de informações relativas ao mercado israelense, prestação de serviços a consumidores, celebração de contratos *online*, desenvolvimento ou manutenção de sítios eletrônicos em hebraico, e relação entre os valores pagos a companhias não residentes e nível de internet utilizada por usuários israelenses.

Além de um limite mínimo de usuários para a caracterização de estabelecimento permanente, também são considerados pelo ITA o número de contratos celebrados, utilização de serviços de suporte local e agentes independentes localizados em Israel, sendo certo que qualquer um ou todos os fatores podem ensejar a ocorrência de estabelecimento permanente digital. Segundo a circular, não há valores mínimos de receita para a caracterização do estabelecimento permanente digital.¹⁰¹⁶

Por derradeiro, para fins de examinar a existência, ou não, de estabelecimento permanente (no caso de residentes em país com acordo de bitributação) ou de presença tributável (no caso de residentes em países sem acordo de bitributação), bem como a

¹⁰¹³ SHEPPARD, Lee A. Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes. In: **Bulletin of International Taxation**, vol. 72, 2018, p. 5.

¹⁰¹⁴ EY. **Israeli Tax Authorities publish official circular on internet activity of foreign companies in Israel.** 2016. Disponível em: <[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Israeli_Tax_Authorities_publish_official_circular_on_internet_activity_of_foreign_companies_in_Israel/\\$FILE/2016G_00570-161Gbl_Israeli%20TAs%20publish%20official%20circular%20on%20internet%20activity%20of%20foreign%20companies%20in%20Israel.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Israeli_Tax_Authorities_publish_official_circular_on_internet_activity_of_foreign_companies_in_Israel/$FILE/2016G_00570-161Gbl_Israeli%20TAs%20publish%20official%20circular%20on%20internet%20activity%20of%20foreign%20companies%20in%20Israel.pdf)>. Acesso em: 24 fev. 2020.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*.

¹⁰¹⁶ SHEPPARD, Lee A. Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes. In: **Bulletin of International Taxation**, vol. 72, 2018, p. 5.

alocação de lucros para Israel, de acordo com a circular, o ITA poderá solicitar informações a companhias não residentes ou a empresas a elas relacionadas, em Israel, sobre a atividade digital conduzida junto a usuários e consumidores israelenses.¹⁰¹⁷

Percebe-se, dessa forma, que a exemplo de outros países e diante do silêncio quanto a proposições concretas por arte da OCDE, Israel, reconhecendo a importância do seu mercado consumidor e de seus usuários, adotou de forma unilateral o estabelecimento permanente digital, bem como o conceito de presença digital significativa.

De qualquer forma, em que pese imperfeições contidas na legislação israelense, para fins da presente tese, vale apenas reprimir o critério do mercado consumidor para a alocação do direito às bases tributárias ao país em que está albergado, fato que, além de reforçar a pertinência da presente tese, acaba por afirmá-la.

4.5.4 Índia

Em vigor desde junho de 2016, o imposto de equalização (*equalization levy*) instituído pela Índia tem como foco a tributação de determinados serviços prestados apenas entre pessoas jurídicas, mais precisamente por companhias estrangeira a companhias residentes ou estabelecimentos permanentes localizados naquele país.¹⁰¹⁸

Em apertada síntese, de acordo com a legislação local, o imposto de equalização incide à alíquota de 6% sobre a receita bruta recebida por estrangeiros e residentes indianos ou de estabelecimento permanente lá situado em contraprestação por serviços de propaganda e *marketing* digital.¹⁰¹⁹

Para estar sujeito ao imposto de equalização indiano, é necessário tratar-se de uma operação realizada entre pessoas jurídicas e que gere receita anual para o não residente de, pelo menos, 1,5 mil e quinhentos dólares. Mediante o atendimento desses requisitos, o residente indiano deverá reter e recolher o tributo em questão quando da realização dos pagamentos ao prestador de serviço de propagando e *marketing* digital.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁷ EY. **Israeli Tax Authorities publish official circular on internet activity of foreign companies in Israel.** 2016. Disponível em: <[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Israeli_Tax_Authorities_publish_official_circular_on_internet_activity_of_foreign_companies_in_Israel/\\$FILE/2016G_00570-161Gbl_Israeli%20TAs%20publish%20official%20circular%20on%20internet%20activity%20of%20foreign%20companies%20in%20Israel.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Israeli_Tax_Authorities_publish_official_circular_on_internet_activity_of_foreign_companies_in_Israel/$FILE/2016G_00570-161Gbl_Israeli%20TAs%20publish%20official%20circular%20on%20internet%20activity%20of%20foreign%20companies%20in%20Israel.pdf)>. Acesso em: 24 fev. 2020.

¹⁰¹⁸ EY, op. cit.

¹⁰¹⁹ Ibidem.

¹⁰²⁰ Ibidem.

À semelhança do imposto instituída pela Itália, em caso de consenso internacional sobre a tributação da economia digitalizada, o imposto sobre equalização previsto pela Índia será revogado.

Da análise do novo imposto instituído pelo Governo Indiano, verifica-se que, apesar de conter características específicas, ele implanta um mecanismo de tributação, via retenção na fonte, em razão do acesso ao mercado indiano para prestação de serviços de publicidade e *marketing*, bem como restringe a sua incidência a operações praticadas entre pessoas jurídicas. Tal fato - restringir a pessoas jurídicas -, reforça, além do volume e representatividade das referidas operações, a praticabilidade na arrecadação e fiscalização por parte das Autoridades Fiscais, as quais instituíram diferentes tipos de penalidade nos casos de os pagamentos terem, ou não, sido deduzidos da base tributária do imposto sobre a renda indiano.

Nesse contexto, as medidas unilaterais adotadas pelos países, sem embargo de quaisquer críticas relacionadas à ausência de cooperação e convergência internacional¹⁰²¹, reconhecem o valor do mercado consumidor na determinação do direito às bases tributárias em operações transnacionais entre pessoas jurídicas. Em razão disso, a nosso ver, seria perfeitamente legítima a implementação de uma regra de fonte considerando o acesso ao mercado consumidor como elemento de conexão suficiente para justificar a tributação pelo país-fonte.

Todavia, embora fique clara a pertinência do mercado consumidor como regra de fonte e nexos aptos a ser utilizados na adequação da teoria da fonte, tema central da presente tese, ainda restam dois pontos a serem enfrentados: (i) o montante de receita a ser destinado ao país-fonte, especialmente nos casos implicando mercado produto, e (ii) a forma de recolhimento do imposto sobre a renda devido ao país-fonte. Nos tópicos seguintes abordaremos as possíveis formas de alocação da receita ao país-fonte.

4.6 ALOCAÇÃO DE RENDA AO PAÍS DO MERCADO CONSUMIDOR

Uma vez definido que, ante a relevância do mercado consumidor, a adequação da teoria da fonte na busca de uma nova regra de fonte para fazer frente aos desafios proporcionados pela economia digitalizada, a nosso ver, deve considerar o acesso ao mercado consumidor. E, conseqüentemente, o país legitimado para tributar, na condição de

¹⁰²¹ Sobre cooperação internacional, especialmente em decorrência do projeto BEPS, vide BRAUNER, Yariv. What the BEPS. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 16, 2014.

fonte, os rendimentos decorrentes de operações transnacionais entre pessoas jurídicas no cenário da economia digitalizada deve ser o Estado em que se encontra instalado o mercado consumidor, faz-se necessário definir uma regra de alocação dos recursos, isto é, dos rendimentos ao Estado-fonte, para que ele possa exercer a sua jurisdição tributária. Para tanto, segregaremos os critérios de alocação aplicáveis, ao nosso ver, para o mercado-consumo e para o mercado-produto.

4.6.1 Mercado-consumo

Como visto, o mercado-consumo representa o mercado consumidor de um determinado país (pessoas jurídicas) na qualidade de consumidores de produtos, serviços e quaisquer outros intangíveis por meio digitalizado, sendo o caso de negócios jurídicos entre companhias não residentes e pessoas jurídicas (consumidores) residentes.

Nessa linha, diferentemente das situações implicando o mercado-produto, em que não há um fluxo financeiro propriamente dito, mas uma troca entre os usuários e as companhias detentoras de plataformas digitais, nas operações transnacionais envolvendo fornecedores estrangeiros e consumidores locais há uma contraprestação financeira pelo produto, serviço ou intangível adquirido. Noutras palavras, existe um preço cobrado pelo fornecedor dos produtos e serviços e um valor a ser pago pela pessoa jurídica consumidora.

Em sendo assim, especificamente no caso do mercado-consumo, temos que a alocação do rendimento da forma mais prática, simples e coerente possível é atribuir ao país em que se encontra o mercado consumidor a competência para tributar, na forma da sua legislação doméstica, os rendimentos derivados da aquisição de produtos, serviços e outros intangíveis pelas pessoas jurídicas lá residentes.

Assim, se uma empresa residente no país A adquire um serviço prestado por meio digital de uma companhia residente no país B e, como contraprestação pelo serviço prestado, paga quantia correspondente a \$100 para a companhia residente no país B, de acordo com a adequação da teoria da fonte e critério de alocação de recursos aqui propostos, o país A seria autorizado a tributar os \$100 de acordo com a sua legislação doméstica.

Nesse sentido, em se tratando de operações transnacionais entre pessoas jurídicas implicando o mercado-consumo, entendemos que o rendimento a ser destinado ao país do

mercado consumidor e, portanto, sujeito à tributação pelo Estado-fonte, deverá ser o valor correspondente à operação realizada¹⁰²².

4.6.2 Mercado-produto

Do tratado anteriormente, o acesso ao mercado, entendido, todavia, sob a perspectiva de produto, também legitimaria a tributação, na qualidade de fonte, pelo país em que estão situados os consumidores, nesse caso, tidos como fatores de produção.

Ocorre, no entanto, que, o critério de alocação do rendimento nas operações transnacionais entre pessoas jurídicas proposto acima não é passível de ser aplicado ao mercado-produto, tendo em vista a inexistência de pagamento pelos “recursos obtidos” (coleta de dados, exposição a anúncios publicitários ou “ativo”). Nessa hipótese - as operações transnacionais entre pessoas jurídicas sob a perspectiva do mercado-produto, a interface digital é oferecida aos usuários sem qualquer tipo de contraprestação financeira, seja pela utilização das ferramentas de pesquisa ou pela interação por meio de redes sociais, por exemplo. Em contrapartida, os usuários autorizam a serem expostos a anúncios publicitários, bem como a coleta e processamento de dados obtidos dos usuários por meio de sua interação com a interface digital¹⁰²³.

Por consequência, em virtude da falta de precificação do escambo realizado entre companhia digitais e consumidores (e.g. acesso à plataforma em troca de fornecimento de dados e exposição à publicidade), o critério aplicado ao mercado-consumo não pode ser utilizado para a transferência de recursos ao país do mercado-produto.

De outro lado, a alocação de rendimentos ao país do mercado consumidor por analogia ao AOA, ainda que, a nosso ver, a utilização do instituto do estabelecimento permanente digital não seria o caminho mais adequado a ser percorrido¹⁰²⁴, também não seria possível, uma vez não existirem riscos, funções e, ainda, ativos¹⁰²⁵ definidos ou atribuíveis ao país-fonte.

Dessa forma, tendo em vista que a regra de fonte proposta já representa um novo nexos que lastrearia o exercício da jurisdição tributária pelo país-fonte, a nosso ver, para

¹⁰²² Se a operação for realizada entre partes relacionadas, os valores pactuados pelo serviço ou produto fornecido deverá observar o princípio da plena concorrência (*arm's length*).

¹⁰²³ DIMITROPOULOU, Christina. The Digital Services Tax and Fundamental Freedoms: Appraisal Under the Doctrine of Measures Having Equivalent Effect to Quantitative Restrictions. In: **Intertax**. Wolter Kluwer, 2020, p. 202.

¹⁰²⁴ Vide item 4.2.

¹⁰²⁵ Ainda que os consumidores possam ser considerados como um ativo do país-fonte.

arrostar as peculiaridades das operações transnacionais envolvendo mercado-produto, também será preciso uma adaptação dos métodos de alocação de recursos geralmente utilizados.

Desde já, é importante se ter em mente que, ainda que os usuários/consumidores possam ser considerados como “ativos” em determinadas situações implicadas ao mercado-produto (e.g. redes sociais e plataformas de intermediação), por não se tratar de partes relacionadas¹⁰²⁶, não seriam aplicáveis as regras de preços de transferência para a alocação dos recursos.

Nesse contexto, em razão das particularidades cercando operações transnacionais entre não residentes e o mercado-produto, são possíveis alternativas para repartição de rendimentos gerados pelas companhias digitais, muito em decorrência da exploração do mercado-produto, consistem na adoção de uma espécie de método de divisão de lucros ou um tipo de formulário de repartição.

4.6.2.1 Utilização do método de divisão do lucro

Apesar de ser considerado um mecanismo para fins de aplicação das regras de preços de transferência, ainda assim, o método da divisão de lucros se prestaria como um parâmetro para a alocação de rendimento ao país-fonte (neste caso, mercado consumidor sob a perspectiva de produto).

Via de regra, citado método é aplicado a situações em que as operações realizadas entre empresas não podem ser separadamente avaliadas, haja vista que as duas partes da transação realizam funções complexas ou possuem intangíveis valiosos ou ativos exclusivos.

¹⁰²⁷

Por essa metodologia, pretende-se dividir o lucro operacional total do empreendimento que origina a operação controlada entre duas empresas relacionadas de acordo com um critério de repartição que leve em conta a contribuição de cada parte na obtenção do lucro.¹⁰²⁸

Segundo a técnica de divisão residual de lucros, critério mais utilizado, o traslado do lucro é realizado em duas etapas. Na primeira, uma remuneração de rotina é atribuída a

¹⁰²⁶ Em se tratando de operação entre partes relacionadas

¹⁰²⁷ GREGORIO, Ricardo Marozzi. **Preço de Transferência** – *Arm’s Length* e Praticabilidade. Série Doutrina Tributária Vol. V – São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 91.

¹⁰²⁸ GREGORIO, Ricardo Marozzi. **Preço de Transferência** – *Arm’s Length* e Praticabilidade. Série Doutrina Tributária Vol. V – São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 92.

cada parte da operação com base em parâmetros que tem como referência as funções, riscos e ativos rotineiros. Na segunda etapa, por sua vez, o lucro ou prejuízo residual, o qual espelha os efeitos das contribuições não rotineiras, como os intangíveis, são distribuídos com base em critérios lastreados no princípio da plena concorrência. Depreende-se, portanto, que o método de alocação dos lucros não rotineiros, referente aos intangíveis, como seria o caso do mercado-produto, por exemplo, mostra-se um tanto vago, já que não estabelece expressamente¹⁰²⁹ uma alternativa à transferência com base em dados externos.¹⁰³⁰

De acordo com o programa de trabalho do Projeto BEPS no âmbito do Pilar I, uma das alternativas para alocação de lucro ao país do mercado consiste na implantação de uma espécie do método de divisão de lucros, denominado MRPS, que objetiva alocar à jurisdição de mercado parcela do lucro não rotineiro (*non-rotine profit*), esta representa a criação de valor pelos mercados que não são reconhecidos pelas regras de alocação de lucros atualmente existentes. Segundo o programa de trabalho, aludida estratégia envolve quatro etapas: (i) identificação do valor total de lucros a ser repartido; (ii) segregação dos lucros rotineiros; (iii) determinação da parcela de lucro não rotineiro abrangido pelas novas regras de fonte; e (iv) alocação dessa parcela de lucro não rotineiro à jurisdição de mercado¹⁰³¹.

Ao analisar o referido método, Pasquale Pistone, João Félix Pinto Nogueira e Betty Andrade inferiram quanto à possibilidade de ocorrerem problemas de ordem prática na alocação dos lucros, rotineiros ou não rotineiros, por conta das diferenças das atividades exercidas. Isto é, para esses professores, cada modelo de negócio pode ter características próprias que podem influenciar na classificação dos lucros como rotineiros ou não rotineiros. Por conseguinte, seria difícil estabelecer parâmetros objetivos para a alocação de lucros de acordo com cada categoria de atividade exercida¹⁰³².

Portanto, ainda que seja uma alternativa, a alocação de lucros com base em uma versão modificada do método de divisão de lucros, pode gerar subjetividades que impactariam diretamente na prática e segurança na destinação pretendida quando das operações transnacionais do mercado-produto, o que, sob nossa ótica, atribuiria uma

¹⁰²⁹ Diferentemente da legislação norte-americana, por exemplo.

¹⁰³⁰ GREGORIO, op. cit., pp. 93 - 94.

¹⁰³¹ OECD. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019, p. 14. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 24 fev. 2020.

¹⁰³² PISTONE, P. NOGUEIRA, J.F. PINTO; RODRÍGUEZ, B. ANDRADE. **The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment**. In: Intl. Tax Stud, 2019, p. 27.

vantagem à adoção de uma fórmula na repartição das receitas, ao invés de divisão de lucros entre dois Estados.

4.6.2.2 Utilização do método do formulário de repartição (*formulary apportionment*)

Uma alternativa para alocação dos rendimentos ao país do mercado consumidor, principalmente do mercado-produto, pode ser a adoção de uma vertente do chamado formulário de repartição.

A dificuldade de se alcançar a correta precificação, de acordo com o princípio da plena concorrência (*arm's length*), bem como diante dos altos custos incorridos em conformidade tributária na precificação entre partes relacionadas, são questões que instigam que o critério de tributação internacional considere o método do formulário de repartição¹⁰³³ em detrimento do da precificação.

Via de regra, o formulário de repartição para alocar base tributária para Estados e “províncias” para fins de tributação da renda¹⁰³⁴ é empregado por países que possuem o federalismo como forma de Estado,

De acordo com essa sistemática, uma fórmula é utilizada para divisão do lucro líquido de uma companhia (ou grupo empresarial) que realiza negócios em mais de um país entre os países que a companhia opera. Tal fórmula pode levar em consideração diversos fatores, como, por exemplo, o volume de vendas, folha de salários, ativos etc. Nesse caso, suponhamos que um grupo empresarial possua atividades em dois países (A e B), possuindo 50% de sua folha de salários em cada jurisdição. Todavia, embora cada país represente 50% de sua folha de salários, o país A é responsável por 70% das vendas enquanto o país B é responsável por apenas 30% das vendas. Segundo o método do formulário de repartição, 60% (média entre 50% e 70%) do lucro do grupo empresarial seria alocado ao país A, enquanto 40% (média entre 50% e 30%) seria aplicável ao país B¹⁰³⁵.

Segundo o método do formulário de repartição, não há a necessidade de se empregar a fórmula sobre a totalidade dos rendimentos auferidos pela empresa ou grupo empresarial, podendo ser aplicada apenas sobre determinados tipos ou um tipo de rendimentos¹⁰³⁶. Trata-

¹⁰³³ HARRIS, Peter, OLIVER, David. **International Commercial Tax**. Cambridge: Cambridge Tax Law Series, 2020, p. 242.

¹⁰³⁴ Ibidem, p. 242.

¹⁰³⁵ MCLURE, Charles E. Jr. Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment. In: **Bulletin for International**, v. 56, 2002, p. 587.

¹⁰³⁶ AVI-YONAH, Reuven S.; BENSHALOM, Ilan. Formulary apportionment: Myths and prospects—promoting better international tax policy and utilizing the misunderstood and under-theorized formulary

se de uma técnica indireta de alocação do lucro a jurisdição de origem do rendimento (fonte). Nessa situação, o formulário de repartição poderia ser utilizado para determinar o sítio de origem do rendimento para fins de tributação na fonte e eliminação da dupla tributação, que poderá ser implementada por meio da concessão de crédito relativo ao imposto pago ao exterior ou isenção dos rendimentos auferidos (alocados) pela jurisdição estrangeira¹⁰³⁷.

Para Reuven S. Avi-Yonah e Ilan Benshalom, o formulário de repartição é baseado em fatores “fáceis de serem observados” (e.g. vendas, folha de salários e ativos). Mediante a fórmula, aloca-se rendimentos a cada jurisdição de acordo com o peso de seus indicadores. Trata-se, portanto, de um método de alocação por aproximação, de acordo com a política tributária implantada. Tendo em vista que não há uma métrica capaz de explicar o processo pelo qual os lucros do grupo empresarial são gerados, a escolha dos fatores, a sua mensuração e o seu peso relativo não constituem indicadores precisos da atividade econômica do grupo empresarial. Ao contrário, a referida sistemática serve apenas como um método bruto de alocação da renda entre empresas, desconsiderando circunstâncias distintas dos investimentos dos grupos empresariais em diferentes jurisdições.¹⁰³⁸

Em razão disso, - ausência de indicadores precisos da atividade econômica do grupo empresarial -, faz com que o formulário de repartição seja um mecanismo de alocação por aproximação. Críticos desse método alegam que dificilmente ele se enquadraria em um raciocínio *arm's length*. Embora o formulário de repartição parta de uma base de dados efetivos (lucro global), as fórmulas para a sua repartição não deixam de ser arbitrárias, deixando à eventualidade o alcance de resultados semelhantes ao que teriam partes independentes¹⁰³⁹.

Para Charles McLure, o formulário de repartição não teria a mesma precisão na identificação da região de origem do rendimento do que o *arm's length*, já que utiliza uma equação para a atribuição de lucros para várias jurisdições. O resultado final de sua aplicação, de certa forma, seria arbitrário, ou até mesmo irrazoável, como o visto durante a

alternative. In: **World Tax Journal**, nº 3, 2011, p. 381. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1693105>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹⁰³⁷ MCLURE, Charles E. Jr.. Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment. In: **Bulletin for International**, v. 56, 2002, p. 589.

¹⁰³⁸ AVI-YONAH, Reuven S.; BENSHALOM, Ilan. Formulary apportionment: Myths and prospects-promoting better international tax policy and utilizing the misunderstood and under-theorized formulary alternative. In: **World Tax Journal**, nº 3, 2011, p. 381. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1693105>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹⁰³⁹ SHOUERI, Luís Eduardo. O Princípio Arm's Length em um Panorama Internacional. In: SHOUERI, Luís Eduardo (coord.). **Tributos e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, vol. 4, 2013, pp. 214-215.

crise energética dos Estados Unidos, em que a fórmula utilizada atribuiu menos lucros às produtoras de petróleo do que o montante de tributo pago por estas empresas¹⁰⁴⁰.

Contudo, segundo Reuven S. Avi-Yonah e Ilan Benshalom, argumentos no sentido de que o método do formulário de repartição seria arbitrário e que, portanto, não atenderia ao princípio *arm's length* não passaria de um mito, já que, sob a perspectiva de geração de renda, aquele seria provavelmente menos arbitrário em comparação ao princípio do *arm's length*, uma vez que está menos suscetível a manipulações por meio de arranjos contratuais intragrupos.¹⁰⁴¹

De qualquer forma, independentemente de atender ou não ao princípio da plena concorrência, dada as dificuldades envolvendo a aplicação de um dos métodos de preços de transferência a operações transnacionais entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada, a adoção do método do formulário de repartição pode ser uma alternativa à retenção na fonte ou arbitramento de lucros, especialmente nas situações de incorporação de regra de fonte tendo como critério o mercado-produto.

Nesse caso específico, um fator possível de ser agregado para compor a fórmula é o volume de dados coletados pela companhia no país do mercado-produto, ou, ainda, os custos incorridos para manter o “sistema de coleta de dados” (plataformas de pesquisas, redes sociais, etc) operando no país de consumo, ou a combinação de ambos os fatores.

Aliás, a assunção de fórmula para alocação de renda ao país do mercado consumidor em situações envolvendo a economia digitalizada é uma das alternativas consideradas no Pilar I analisado no item 3.5.4.1.

Ao participar da consulta pública realizada pela OCDE em 2019, o IBFD reconhece que a utilização de uma versão fracionada do *formulary apportionment* pode ser mais simples que a utilização das metodologias tradicionais, na medida em que implicaria uso de uma fórmula, ao invés da condução de análise de mercado ou negócio exigida pelo princípio da plena concorrência. Ainda que o método do formulário de repartição possa abranger altos custos de conformidade, estes não seriam muito diferentes dos custos incorridos para a aplicação dos métodos tradicionais do *arm's length*.¹⁰⁴²

¹⁰⁴⁰ MCLURE, Charles E. Jr.. Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment. In: **Bulletin for International**, v. 56, 2002, p. 589.

¹⁰⁴¹ AVI-YONAH, Reuven S.; BENSHALOM, Ilan. Formulary apportionment: Myths and prospects-promoting better international tax policy and utilizing the misunderstood and under-theorized formulary alternative. In: **World Tax Journal**, nº 3, 2011, p. 383. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1693105>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹⁰⁴² PISTONE, P. NOGUEIRA, J.F. Pinto; RODRÍGUEZ, B. Andrade. **The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment**. In: Intl. Tax Stud, 2019, p. 27.

Ainda, vale mencionar que, no caso envolvendo o critério de estabelecimento permanente digital, o Parlamento Europeu propôs que a transferência de lucros fosse realizada mediante acordo no cálculo da base tributária calcado na implementação do formulário de repartição.¹⁰⁴³ De acordo com esse Parlamento, a alocação de lucros via formulário de repartição seria preferível para evitar o deslocamento de lucros para jurisdições com baixa ou nenhuma tributação em razão da aplicação das regras aceitas pelo princípio da plena concorrência.¹⁰⁴⁴

Nessa linha, o formulário de repartição adotaria quatro fatores (trabalho, ativos, vendas no destino, coleta e utilização de dados por meio de plataformas *online* e serviços disponibilizados aos usuários), que teriam pesos iguais na distribuição dos lucros entre as jurisdições envolvidas.¹⁰⁴⁵

Para fins da presente tese, considerando apenas o mercado-produto, entendemos que a fórmula para alocação de rendimento poderia levar em consideração dois fatores baseados (i) na coleta de dados, e (ii) no número de usuários, os quais, a nosso ver, abarcariam todas as transações, ou seja, operações transnacionais entre pessoas jurídicas envolvendo o mercado-produto.

Quanto ao fator coleta de dados, propomos que a fórmula agregue a representatividade da coleta de dados em um determinado país em face da coleta de dados total da companhia proprietária da plataforma ou interface digital. De posse desse coeficiente, o rendimento a ser alocado ao mercado-produto seria obtido mediante a aplicação desse percentual sobre o valor total da receita auferida pela empresa digital com a venda de dados ou realização de publicidade direcionada, isto é, baseado no perfil de casa usuário. Veja-se

$$\left(\frac{\text{Volume de dados no país Y}}{\text{Volume total de dados efetuados pela empresa}} \right) \times \left(\text{Total da receita auferida} \right) = \text{Receita alocada ao país do mercado-produto}$$

De outro lado, com relação ao fator número de usuários, recomendamos que a fórmula considere a proporção entre número de usuários localizados no país Y e o número

¹⁰⁴³ EUROPEAN PARLIAMENT. **Texts Adopted - Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)** (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)). Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0087_EN.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁰⁴⁴ Ibidem.

¹⁰⁴⁵ Ibidem.

total de usuários cadastrados pela companhia. Calculado esse percentual, o rendimento a ser alocado ao país do mercado-produto será obtido pela aplicação daquele sobre o total da receita auferida pela companhia proprietária da plataforma digital com publicidade e intermediação de negócios. Confira-se:

$$\left(\frac{\text{Número de usuários no país Y}}{\text{Número total de usuários}} \right) \times \left(\text{Total da receita auferida} \right) = \text{Receita alocada ao país do mercado-produto}$$

Se é bem verdade que a adoção do formulário de repartição pode ser uma alternativa para alocação de rendimentos ao país do mercado consumidor, especialmente mercado-produto, em razão das dificuldades de utilização de outros métodos tradicionais, também é verdade que seu emprego pode envolver elevados custos de conformidade, bem como dificuldades de fiscalização e cobrança do crédito tributário, dependendo da cooperação internacional.

De qualquer forma, entendemos que a aplicação de uma vertente do formulário de repartição poderia ser um método eficaz para alocar rendimento ao país do mercado-produto, que, a partir da fórmula utilizada, é passível de receber sua parcela correspondente ao rendimento auferido mediante venda de dados ou exposição de seus consumidores a publicidade ou intermediação de negócios, e, tributar de acordo com os critérios estabelecidos para a apuração do lucro segundo sua legislação doméstica; conforme passaremos a explicar.

4.7 FORMA DE APURAÇÃO DO LUCRO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO PAÍS FONTE

Para fins brasileiros, uma vez determinada a sistemática de alocação do rendimento ao país-fonte, caberá ao não-residente ou ao substituto tributário residente e domiciliado no Brasil apurar o imposto devido e realizar o seu recolhimento aos cofres públicos. Tendo em vista a recomendação de critérios de alocação distintos para situações abarcando o mercado-consumo e o mercado-produto, também recomendaremos formas de apuração e recolhimentos distintos para essas duas perspectivas de exploração, ou melhor, acesso ao mercado consumidor.

4.7.1 Mercado-consumo

Via de regra, o método mais fácil, simples e prático de tributação, pelo país-fonte, é por meio da retenção na fonte (IR/Fonte) sobre os rendimentos auferidos pelo não residente. Nesse caso, de acordo com o método de alocação sugerido para as hipóteses de operações transnacionais implicando o mercado-consumo, o país em que estão localizados os consumidores, mediante a edição de lei interna, conferiria a responsabilidade pela retenção e recolhimento pelo imposto devido pelo não residente à fonte pagadora (pessoa jurídica adquirente de produtos ou serviços estrangeiros por meio digital).

Esta sistemática, inclusive, é a adotada como regra geral¹⁰⁴⁶ pelo Brasil, o qual, pelo artigo 744 do Regulamento do Imposto de Renda, dispõe que os rendimentos, ganhos de capital e os demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos por fonte situada no país, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, fica sujeito à retenção na fonte, à alíquota de 15%.

Ocorre, no entanto, que, ao mesmo tempo em que é elogiada por ser fácil, simples e prática, a referida metodologia de tributação na fonte é criticada por não incidir sobre a renda auferida pelo não residente, mas sim sobre a receita por ele auferida.

Como bem observa Gerd Willi Rothmann ao tratar da importação de serviços, dentro da sistemática do regime de tributação definitiva, o tomador do serviço e responsável pela retenção e recolhimento do IR/Fonte deveria apurar o rendimento líquido, de acordo com os critérios previstos em lei. Contudo, de acordo com o saudoso professor, a viabilidade da apuração do rendimento líquido (descontados os custos e despesas por ele incorridos) encontra dois obstáculos: (i) resistência do não residente em fornecer o demonstrativo do custo do serviço prestado; e (ii) eventual planilha de custo apresentado pelo estrangeiro seria de difícil comprovação, já que estaria fora do alcance das Autoridades Fiscais brasileiras.¹⁰⁴⁷

Nessa hipótese, principalmente nas operações transnacionais em situações encampando o mercado-consumo no âmbito da economia digitalizada, dada a inviabilidade de apuração do efetivo rendimento líquido auferido pelo não residente, poderiam ser

¹⁰⁴⁶ Existem, porém, casos específicos, como o previsto no artigo 26 da Lei nº 10.833/2003, por exemplo, em que equipara a tributação a ganho de capital auferido, auferido por não residentes, ao regime aplicável às pessoas físicas residentes no país, propiciando, desta forma, a tributação apenas do ganho.

¹⁰⁴⁷ ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 165.

introduzidos regimes especiais opcionais, de retenção na fonte, mediante a presunção de margem de lucro, já prevista pela legislação brasileira.¹⁰⁴⁸

Nesse contexto, quando da realização do pagamento (ou reconhecimento contábil da obrigação) e conseqüente contenção na fonte pela pessoa jurídica brasileira, ao invés de se reter na fonte sobre o valor bruto a ser remetido, o consumidor brasileiro (pessoa jurídica) ministraria o percentual de presunção aplicável ao lucro presumido e previsto nos artigos 587 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda.

De acordo com a legislação brasileira, a pessoa jurídica cuja receita bruta total do ano-calendário anterior tenha sido igual ou inferior a R\$ 78.000.000,00 poderá optar pelo lucro presumido, salvo se estiver obrigado à apuração do imposto sobre a renda pelo lucro real. A base de cálculo imposto de renda e adicional será apurada mediante a aplicação dos percentuais incidentes às atividades exercidas:

- (i) 1,6% na revenda de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;
- (ii) 8% para a venda de mercadorias e produtos, prestação de serviços hospitalares, serviços de transporte de cargas, vendas de imóveis, indústrias gráficas e construção civil por empreitada com emprego de materiais;
- (iii) 16% na prestação de serviços de transportes (exceto cargas), prestação de serviços pelas pessoas jurídicas com receita bruta anual de até R\$120.000,00; e
- (iv) 32% na prestação de demais serviços.¹⁰⁴⁹

Uma vez obtido o lucro presumido, as empresas devem recolher o imposto considerando as alíquotas regulares do imposto sobre a renda, isto é, 15%, acrescido do adicional de 10% sobre os valores que ultrapassarem R\$240.000,00 anuais.

Dessa forma, em se tratando de prestação de serviços por meio digitais, a pessoa jurídica brasileira consumidora, antes de realizar a remessa, deveria aplicar o percentual de presunção de 32% sobre o rendimento a ser pago ao não residente e, sobre a base de cálculo apurada, reter e recolher 15% a título de imposto de renda ao governo brasileiro, acrescido do percentual de 10% sobre a parcela que exceder R\$20.000,00.

¹⁰⁴⁸ ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 167.

¹⁰⁴⁹ HIGUCHI, Hiromi; HIGUSHI, Fábio, Hiroshi; HIGUSHI, Celso Hiroyuki. **Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e prática**, 35ª ed. São Paulo: IR Publicações Ltda, 2010, pp. 48 e 49.

Aliás, em respeito ao princípio da igualdade e ao CIN, esta sistemática - aplicação dos percentuais de presunção utilizados para apuração do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas residentes e domiciliadas no Brasil - deveria ser a regra geral a ser adotada, sob pena de ofensa aos aludidos princípios.

Essa vertente é, inclusive, o entendimento de Luís Eduardo Schoueri que, embora tenha sugerido a aplicação do lucro arbitrado, assevera que o método imposto pelo princípio da igualdade deve ser observado nas situações implicando o comércio eletrônico.¹⁰⁵⁰

Por conseguinte, como bem observado por Gerd Willi Rothmann, a presunção de lucro poderia ser facilmente adaptada à tributação de não residentes¹⁰⁵¹, especialmente nos casos envolvendo operações transnacionais realizadas no âmbito da economia digitalizada envolvendo o mercado-consumo¹⁰⁵².

Portanto, relativamente às operações transnacionais entre pessoas jurídicas abrangendo o mercado-consumo, temos que, sobre o valor alocado ao país do mercado consumidor (e.g. Brasil), na forma tratada acima, deverá ser calculado o lucro presumido e consequente tributação de acordo com os mesmos percentuais e alíquotas do imposto sobre a renda e adicional¹⁰⁵³ aplicáveis às pessoas jurídicas residentes e domiciliadas no Brasil.

Assim, uma vez apurado o imposto sobre a renda com base na sistemática proposta, o consumidor brasileiro realizaria a retenção e recolhimento do imposto aos cofres públicos brasileiros, para então, remeter o montante líquido¹⁰⁵⁴ ao fornecedor de produtos e serviços estrangeiro.

4.7.2 Mercado-produto

Da mesma forma com que a alocação do rendimento das operações transnacionais envolvendo o mercado-produto demanda regras específicas, principalmente em razão da ausência de pagamento (e.g. precificação da troca), entendemos não ser possível a adoção

¹⁰⁵⁰ SCOUERI, Luís Eduardo. **Imposto de Renda e o Comércio Eletrônico**. Internet - O direito na Era Virtual. Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados. São Paulo, 2000, p. 55.

¹⁰⁵¹ ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 170.

¹⁰⁵² Os percentuais de presunção poderiam ser ajustados, se for o caso.

¹⁰⁵³ Apenas com relação ao adicional propomos que, em adaptação às regras aplicáveis, para as pessoas jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil, a alíquota de 10% incida sobre o montante que ultrapassar R\$20.000,00 por operação transnacional.

¹⁰⁵⁴ Salvo nos casos em que, por questões contratuais, há o reajustamento da base de cálculo (*gross up*)

do critério de retenção na fonte após o cálculo do imposto com base no lucro presumido pelo consumidor brasileiro.

Deveras, sempre tendo em mente que o imposto sobre a renda deve incidir sobre a renda auferida pelo não residente, sendo que, para tanto, devem ser considerados os custos e despesas incorridos na operação transnacional realizada, concordamos com a alternativa proposta por Andrés Baez e Yariv Brauner¹⁰⁵⁵, para quem o não residente com acesso ao mercado-produto poderá optar em se cadastrar perante as autoridades fiscais do país em que está localizado o mercado consumidor (i.e. Brasil). Nessa ocasião, ele terá a oportunidade de entregar uma espécie de declaração de imposto sobre a renda de não residente, mediante o qual apurará o rendimento com base nas fórmulas propostas no item 4.6.2 acima. Na mesma declaração, o não residente poderá escolher por comprovar os custos e despesas incorridos para auferir a receita reportada, que poderão ser alocados também por meio das fórmulas sugeridas, mas com as seguintes adaptações:

$$\left(\frac{\text{Volume de dados no país Y}}{\text{Volume total de dados apurado pela empresa}} \right) \times \left(\text{Total dos custos e despesas incorridos com a atividade de exploração dos dados coletados ou publicidade direcionada} \right) = \text{Custos e despesas alocados}$$

ou,

$$\left(\frac{\text{Número de usuários no país Y}}{\text{Número total de usuários}} \right) \times \left(\text{Total dos custos e despesas incorridos com a atividade de publicidade e intermediação de negócio} \right) = \text{Custos e despesas alocados}$$

Uma vez calculada a renda do não residente com base nessa sistemática, o imposto sobre a renda incidiria de forma trimestral ou anual, e de acordo com as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas residentes e domiciliadas no Brasil.

Alternativamente à alocação dos custos e despesas incorridos na obtenção da receita, nas hipóteses em que o não residente decidir por não os reportar às autoridades fiscais

¹⁰⁵⁵ BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andrés. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015, pp. 12-13.

brasileiras, o lucro objeto de tributação no Brasil poderá ser obtido por meio da apuração do lucro presumido, conforme a metodologia apresentada no item anterior. Contudo, nessa situação, ao invés de considerar o cálculo por operação transnacional, essa poderia ser realizada trimestralmente ou de forma anual.

Igualmente nesse caso, uma vez determinado o lucro da pessoa jurídica estrangeira, ele estaria sujeito à incidência do imposto sobre a renda com base nas mesmas alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas residentes e domiciliadas no Brasil.

Ocorre, no entanto, que, em razão da falta de pagamentos por parte do mercado-produto, bem como diante da ausência de presença física da pessoa jurídica estrangeira no país do mercado, não podemos deixar de apontar que a arrecadação e cobrança do crédito pode encontrar dificuldades de ordem prática, nas hipóteses de descumprimento da obrigação tributária e acessória por parte do não residente. Nesses casos, poderá o país em que se situa o mercado consumidor (i.e. Brasil), adotar medidas retaliativas e meios coercitivos indiretos, ou, ainda, solicitar assistência internacional.

4.8 FISCALIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO

Do discorrido no Capítulo 1, temos que, por conta da jurisdição para a cobrança, o Estado pode apenas instituir tributos e iniciar procedimentos de fiscalização dentro de seu território, salvo se amparado por acordos internacionais e mediante o auxílio de governos estrangeiros, sob pena de infringir a soberania de outros Estados. Aliás, é justamente o limite para a cobrança e fiscalização de impostos devidos por não residentes ao país-fonte um dos maiores desafios da economia digitalizada.

Por conta disso, em caso de ausência de cumprimento voluntário das obrigações fiscais pela pessoa jurídica estrangeira, especialmente quando implica o mercado-produto, em que não há qualquer tipo de pagamento ou presença física do não residente, poderá o país do mercado consumidor, ao menos em tese, adotar medidas retaliativas e meios coercitivos indiretos.

4.8.1 Medidas retaliativas e meios coercitivos indiretos

Na hipótese de descumprimento das obrigações fiscais por parte do não residente, uma das alternativas possíveis de serem adotadas pelo país do mercado consumidor seria a utilização de tecnologias disponíveis para bloquear ou interferir na coleta de dados,

exposição à publicidade ou até mesmo impedir o acesso dos seus consumidores às plataformas ou interfaces digitais (e.g. redes sociais e plataformas de intermediação) até que a obrigação tributária seja cumprida.¹⁰⁵⁶

No entanto, como bem apontado por Ramon Tomazela Santos e Sérgio André Rocha, a utilização de meios coercitivos indiretos não é aceita por determinados países¹⁰⁵⁷, como, por exemplo, o Brasil. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 666.405, o STF, a decisão monocrática do Ministro Celso de Melo, decidiu que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de cumprimento da obrigação tributária, para, mediante interdição ou restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional, constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais em atraso.

O princípio do exercício de qualquer atividade econômica encontra-se consagrado pelo artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal, por meio do qual *é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica*. É justamente em virtude desse princípio que a jurisprudência brasileira tem impedido que a administração tributária utilize sanções políticas como uma forma de obter a satisfação de seu crédito tributário, o que culminou na edição de diversas súmulas do STF¹⁰⁵⁸ e do STJ.

Note-se, portanto, que, nos moldes do entendimento pacificado perante o STF, o Brasil, sob pena de ofensa à *liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte*¹⁰⁵⁹, não poderia adotar medidas de retaliação, como a utilização de tecnologia para bloquear a exploração do mercado-produto brasileiro pelo não residente.

Nesse sentido, ainda que se trate de situação de não residente sem qualquer tipo de presença física no território brasileiro, a nosso ver, o ordenamento jurídico brasileiro não legitima a utilização de recursos coercitivos indiretos como forma de compelir o estrangeiro ao cumprimento de sua obrigação fiscal.

Alternativamente ao bloqueio da atividade exercida pelo não-residente, as Autoridades Fiscais Brasileiras poderiam publicar uma lista com a indicação das pessoas jurídicas não residentes que deixaram de cumprir para com a sua obrigação tributária. Diferentemente do bloqueio da exploração do mercado-produto, a exposição do não

¹⁰⁵⁶ HELLERSTEIN, W. Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments. In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2014, p.4

¹⁰⁵⁷ SANTOS, Ramon Tomazela e ROCHA, Sergio André. Tax Sovereignty and Digital Economy in Post-BEPS Times. In: ROCHA, Sergio André; CHRISTIANS, Allison (Ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation, v. 60, Wolters Kluwer, 2017, p. 45.

¹⁰⁵⁸ Vide súmulas 70/STF, 323/STF, 547/STF e 127/STJ.

¹⁰⁵⁹ Recurso Extraordinário nº 666.405.

residente não feriria o princípio do livre exercício da atividade econômica, tampouco a jurisprudência do STF. Tal sistemática, inclusive, já é adotada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, cuja possibilidade de publicação de *Lista de Devedores* é regulamentada pela Portaria PGFN nº 636, de 9 de janeiro de 2020.

Em um mundo globalizado, em que o risco de imagem e retaliação por parte dos consumidores, principalmente pessoas jurídicas, que não querem atrelar o seu nome a práticas incorretas e que não atendam sua política de conformidade, tal medida poderia causar um certo tipo de constrangimento e induzir ao não residente ao cumprimento de sua obrigação fiscal.

De qualquer forma, ainda que factível, a adoção da referida lista provavelmente teria uma eficácia limitada, cabendo ao país do mercado consumidor buscar a cobrança de seu crédito tributário mediante a assistência na coleta de impostos nos termos do artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE.

4.8.2 Cooperação internacional

A assistência de coleta de impostos encontra-se prevista no artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE. Segundo o referido artigo, os Estados Contratantes podem solicitar uns aos outros a assistência na coleta de tributos.

Desde já, é importante ressaltar que a assistência na coleta de tributos abrange qualquer crédito devido a um dos Estados Contratantes por qualquer pessoa, ainda que ela não seja residente daquele Estado Contratante. De qualquer forma, ainda que a assistência na coleta de tributos, nos termos do artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE, seja aplicada para satisfação de obrigação tributária do Estado-fonte em face de não residentes, de acordo com os comentários da Convenção Modelo, os Estados Contratantes teriam a opção de limitar a assistência ao crédito tributário devido àqueles por seus próprios residentes.¹⁰⁶⁰

Nesse contexto, para fins de auxílio na coleta dos tributos devidos pelo não residente ao país-fonte no caso de exploração do mercado-produto, temos que nenhum tipo de restrição poderia ser feito pelos Estados Contratantes no que tange ao escopo da coleta de

¹⁰⁶⁰ OECD. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 509-510. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page512>. Acesso em: fev. 2020.

tributos previstos nos acordos de bitributação, sob pena de inviabilizar a cobrança do crédito devido ao país-fonte.¹⁰⁶¹

Ainda, por força do parágrafo 2º do artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE, os tributos objeto de assistência do outro Estado Contratante não estão restritos aos tributos objeto do acordo de bitributação celebrado, sendo, porém, facultado aos Estados Contratantes restringir a assistência na coleta aos tributos abarcados pelo contrato celebrado.¹⁰⁶²

Por seu turno, o parágrafo 3º do artigo em questão estabelece as condições pelas quais a requisição de assistência na coleta de tributos pode ser realizada. Conforme esse parágrafo, o crédito reclamado pelo Estado Contratante há de ser um crédito tributário exigível segundo as suas leis internas e, ao mesmo tempo, devido por pessoa que, à época da solicitação da assistência, não teria recursos para impedir a cobrança.¹⁰⁶³ Isto é, conforme o dispositivo do artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE, tributos cuja assistência para a cobrança e arrecadação no outro Estado não podem estar com a exigibilidade suspensa, por exemplo, por conta de defesas e recursos administrativos.

Nessa hipótese, por exemplo, em caso de lavratura de auto de infração para cobrança de tributo devido por não residente em razão da exploração do mercado consumidor brasileiro, a assistência na cobrança de arrecadação solicitada a um outro Estado, que não poderia ser realizada se o auto de infração ainda estivesse em aberto para a apresentação de defesa administrativa ou com sua exigibilidade suspensa por força de defesas ou recursos apresentados.

De qualquer forma, dada a dinâmica e as peculiaridades da tributação em derivadas do empreendimento do mercado-produto por não residentes, para que as autoridades fiscais brasileiras possam ter condições de lavrar auto de infração contra ele, seria necessário, antes, obter esclarecimentos com base no artigo 26 da Convenção Modelo da OCDE, que permite a troca de informações entre os Estados Contratantes.

Apenas de posse de dados como receita auferida, volume de dados coletados, número de usuários cadastrados nas plataformas digitais, dentre outros, seria possível a lavratura de

¹⁰⁶¹ OECD. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 509-510. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page512>. Acesso em: 29 fev. 2020.

¹⁰⁶² Ibidem., p. 511.

¹⁰⁶³ Ibidem., p. 512.

auto de infração pelo Brasil¹⁰⁶⁴, e consequente processo de cobrança e arrecadação dos tributos devidos pelo não residente por força do artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE.

Alternativamente, pela aplicação dos artigos 26 e 27 da Convenção Modelo da OCDE, é possível a celebração de acordos específicos para coleta e arrecadação tributária além dos limites territoriais do Estado-fonte. Referida sistemática tem sido defendida pelos adeptos¹⁰⁶⁵ da alocação da renda com espeque no estabelecimento permanente digital, que propõem a adoção de regras de cobrança e fiscalização extraterritorial, a exemplo dos acordos *Rubik* celebrados entre a Suíça e o Reino Unido e a Suíça e a Austrália¹⁰⁶⁶ e a sistemática de imposto sobre valor agregado utilizada pela União Europeia. Denominada de *Rubik system* ou *one-shop-stop*¹⁰⁶⁷, aludido mecanismo implica o recolhimento dos tributos devidos, no caso, em razão da presença digital, por um ou mais países por conta e ordem de outras jurisdições. Após o recolhimento dos tributos, a cota parte de cada Estado é transferida pelo “país arrecadador”.

Em que pese aquela metodologia já ter sido implementada em dois acordos internacionais, bem como ser utilizada dentro da Comunidade Europeia, não podemos deixar de mencionar o risco da prática *accounting rules shopping*,¹⁰⁶⁸ bem como a complexidade no rateio dos custos envolvidos, fatores que poderiam representar uma fragilidade, talvez até um desestímulo, na adoção dessa sistemática.

De qualquer forma, em prol da celeridade e praticabilidade, o emprego do *Rubik system*, ainda que apresente debilidades, pode ser mais vantajoso para os países do que a requisição de assistência na coleta de tributos com fulcro no artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE, ainda mais no caso do Brasil, que, via de regra, não aplica o referido artigo em seus acordos de bitributação.

¹⁰⁶⁴ Destaque-se que os artigos 26 dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil com Peru, Portugal e Venezuela dispõem expressamente sobre procedimentos de fiscalização simultânea de impostos.

¹⁰⁶⁵ HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper**. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015; HELLERSTEIN, W. Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments. In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2014; COLLIN, P.; COLIN, N. **Task Force on Taxation of the Digital Economy**. 2013. Disponível em: <https://www.hldataprotection.com/files/2013/06/Taxation_Digital_Economy.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁰⁶⁶ Vide URINOV, V. The Rubik Model: An Alternative for Automatic Tax Information Exchange Regimes? In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015; PISTONE, P. Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2013.

¹⁰⁶⁷ HONGLER; PISTONE, op. cit., p. 36.

¹⁰⁶⁸ Haja vista o risco de *accounting rules shopping*, isto é, a possibilidade de as empresas se aproveitarem de uma previsão legal contábil de uma determinada jurisdição, de modo a obter um benefício fiscal. (Cf HONGLER; PISTONE, op. cit., pp. 37-38).

Sem dúvida, a utilização de tal estratégia, quer por *Rubik system*, quer pelo artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE, nos revela ser muito mais complexa em comparação à tributação direta pelo país de consumo, via retenção na fonte ou recolhimento espontâneo pelo fornecedor de bens e serviços, como ocorre nos casos de operações transnacionais envolvendo o mercado-consumo.

Nesses casos, além de se valer do artigo 26 dos acordos de bitributação, o qual permite a troca de informações entre os Estados Contratantes, ferramentas que poderiam ser utilizadas para fiscalizar se a retenção realizada pelo consumidor ou o recolhimento espontâneo pelo não residente estariam sendo feitos de forma apropriada¹⁰⁶⁹, também existe a possibilidade de a fiscalização das operações transnacionais ocorrer por intermédio de controle da dedutibilidade dos pagamentos realizados. De fato, essa medida aplicada a não residentes pode ser uma forma de identificação e importante instrumento para a cobrança do crédito.

4.8.3 Dedutibilidade dos pagamentos

Com efeito, em se tratando de operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada, pressupõe-se que grande parte dos pagamentos realizados devam se enquadrar dentro do requisito de necessidade às atividades das empresas, impingido pela maioria dos países para autorizar a dedutibilidade da despesa para fins apuração da base de cálculo do imposto de renda.

Essa é, pelo menos, a exigência da legislação brasileira que, pelo artigo 311 do Regulamento do Imposto de Renda, permite a dedução apenas das despesas usuais, normais e necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora.

Nessa vertente, para fins de fiscalização e exigibilidade da tributação do não residente, mas que tem a pessoa jurídica consumidora como responsável tributário, a dedutibilidade das despesas incorridas na operação transnacional pode ser um caminho prático para revelar a existência da operação e, portanto, oferecer condições para que as autoridades fiscais possam averiguar a correta apuração do imposto de renda.

¹⁰⁶⁹ De posse das informações recebidas do outro Estado contratante as autoridades fiscais brasileiras teriam, inclusive, condições de proceder ao arbitramento do lucro com base na legislação doméstica, se necessário.

Diferentemente de condicionar à dedutibilidade da despesa ao recolhimento do tributo, como proposto Andrés Baez e Yariv Brauner¹⁰⁷⁰, temos que a dedutibilidade dos pagamentos serviria apenas como um *proxy*, isto é, um mecanismo para viabilizar a fiscalização por parte das autoridades fiscais brasileiras, sem ter que se valer da prática de troca de informações previstos no artigo 26 dos acordos de bitributação. Até porque, como bem observaram os mencionados professores, condicionar a dedutibilidade da despesa ao pagamento implicaria a aplicação de normas antiabusivas para impedir a transferência de despesas e endereçar imperfeitas correlações entre pagamentos e dedutibilidades proporcionados por planejamentos tributários inaceitáveis¹⁰⁷¹.

Não podemos deixar de mencionar, no entanto, que, seja em razão da natureza da despesa, seja em virtude da metodologia de apuração, o imposto sobre a renda (e.g. lucro presumido), isto é, ainda, por conta de arranjos internos de grupos multinacionais, a despesa incorrida com a operação transnacional pode ser indedutível para o consumidor, o que impossibilitaria a fiscalização por meio da sistemática em questão. Nesses casos, caberá às autoridades fiscais se valerem do procedimento previsto no artigo 26 dos acordos de bitributação para colher as informações referentes à operação transnacional realizada e averiguar o correto recolhimento do tributo.

4.9 PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA, IMPACTOS NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO E MÉTODOS PARA ELIMINAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO

Como visto, as regras de fonte atualmente editadas pelos países, bem como as previstas nos acordos de bitributação (na sua imensa maioria sustentadas pela Convenção Modelo da OCDE), não são eficazes a encarar o dinamismo, volatilidade, intangibilidade e ausência de limites geográficos da economia digitalizada. Em razão disso, surge a necessidade da adequação da teoria da fonte, para que se busquem novas regras de fonte aptas a enfrentar esse desafio.

Nesse contexto, destaca-se, a nosso ver, a relevância do mercado consumidor como elemento essencial para determinar o direito à alocação de base tributária do país-fonte, especialmente nas operações transnacionais entre pessoas jurídicas conduzidas no âmbito da economia digitalizada.

¹⁰⁷⁰ BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andrés. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy**. IBFD White Papers. Amsterdam: IBFD, 2015, p.15.

¹⁰⁷¹ Ibidem, p.15.

Em virtude da falta de consenso entre os países e da ausência de proposições concretas pela OCDE, medidas unilaterais estão sendo atualmente empregadas pelos países, que variam desde a instituição de regras de estabelecimento permanente digital¹⁰⁷² até o chamado imposto sobre serviços digitais¹⁰⁷³. Todavia, em que pese os pontos positivos e negativos inerentes a cada proposição normativa, a nosso ver, o realinhamento da teoria da fonte devia levar em consideração uma regra baseada no acesso ao mercado consumidor, tanto sob a perspectiva de consumo (mercado-consumo), quanto sob a ótica de produto (mercado-produto).

A fim de encarar os desafios gerados pela economia digitalizada, entendemos que, ao invés de adaptações aos artigos 5º e 7º da Convenção Modelo da OCDE, esta organização deveria assumir uma postura inovadora e tratar das peculiaridades inerentes à digitalização da economia de forma segregada, mediante a edição de disposições específicas.

Mais precisamente, da mesma maneira com que a ONU alterou a sua convenção modelo para destinar um artigo determinado aos serviços técnicos, nossa proposição normativa é de que a OCDE adicione à sua Convenção Modelo dois artigos, aqui denominados Artigo 12-A e 12-B, bem como restrinja a possibilidade de o seu artigo 27 ser aplicável apenas aos residentes dos Estados Contratantes.

O mencionado Artigo 12-A, sob o nosso entendimento, deveria destinar-se às operações envolvendo o mercado-consumo e poderia adotar a seguinte redação:

Artigo 12 - A

Rendimentos do fornecimento de produtos ou serviços por meio digital

1. Os rendimentos decorrentes do fornecimento de produtos ou serviços por meio digital provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante poderão ser tributados nesse outro Estado;

2. Todavia, independentemente das disposições contidas nos Artigos 5º e 7º, esses rendimentos poderão ser tributados, também, no Estado Contratante de que provierem e de acordo com a legislação desse Estado; mas, se o beneficiário efetivo dos "rendimentos" for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim exigido não poderá ter alíquota efetiva superior a 10%;

¹⁰⁷² Vide item 4.2.1.

¹⁰⁷³ Vide item 4.5.1 e 4.5.2.

3. A expressão “fornecimento de produtos ou serviços por meio digital”, conforme usada no presente Artigo, significa os pagamentos de qualquer espécie recebidos como remuneração pelo fornecimento de produtos e serviços, sejam eles tangíveis ou não, bem como pelo uso, ou pelo direito de acessar/utilizar, plataformas ou interfaces digitais, sítios eletrônicos, sistemas de armazenamento e processamento de dados, sistemas de fluxo de mídia (“streaming”), por meio digital, eletrônico ou mediante a utilização de qualquer tipo ou sistema de telecomunicação;
4. As disposições dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se o beneficiário efetivo dos “rendimentos”, residente de um Estado Contratante, exercer, no outro Estado Contratante de que provêm os “rendimentos”, atividade empresarial por intermédio de estabelecimento permanente aí situado, ou prestar serviços pessoais de caráter independente nesse outro Estado por meio de instalação fixa aí situada, e a remuneração decorrente do fornecimento de produtos ou serviços por meio digital for paga estiver efetivamente ligada a esse estabelecimento permanente ou instalação fixa. Nesse caso, aplicar-se-ão as disposições do Artigo 7 deste Acordo, conforme couber;
5. Os rendimentos objeto deste artigo serão considerados provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for um residente desse Estado. Quando, entretanto, a pessoa que pagar os “rendimentos”, residente ou não de um Estado Contratante, tiver, em um Estado Contratante, estabelecimento permanente ou instalação fixa em relação à qual houver sido contraída a obrigação de pagar os rendimentos, e caiba a esse estabelecimento permanente ou instalação fixa o pagamento desses rendimentos, esses serão então considerados provenientes do Estado em que o estabelecimento permanente ou a instalação fixa estiver situada;
6. Quando, em virtude de um relacionamento especial entre o devedor e o beneficiário efetivo, ou entre ambos e alguma outra pessoa, o montante dos rendimentos, tendo em conta o fornecimento de bens ou serviços por meio digital pelo qual são pagos, exceder o que teria sido acordado entre o devedor e o beneficiário efetivo na ausência de tal relacionamento, as disposições do presente Artigo serão aplicáveis apenas a este último montante. Nesse caso, a parte excedente dos pagamentos será tributável de acordo com a legislação de cada Estado Contratante, tendo em conta as outras disposições do presente Acordo.

Eventuais explicações, especialmente no que tange à abrangência do referido Artigo 12 – A poderão ser realizadas via protocolo ou, ainda, mediante comentários ao Artigo 12 – A¹⁰⁷⁴.

De outro lado, relativamente à exploração do mercado consumidor por não residentes sob a perspectiva de produto, tendo em vista as particularidades dessa operação transnacional, propomos a inserção do Artigo 12 – B, cuja redação seria a seguinte:

Artigo 12 - B

Rendimentos da exploração do mercado consumidor por meio digital:

- 1. Os rendimentos decorrentes da exploração do mercado consumidor localizado em um Estado Contratante e auferidos por um residente do outro Estado Contratante poderão ser tributados nesse outro Estado;*
- 2. Todavia, independentemente das disposições contidas nos Artigos 5º e 7º, esses rendimentos poderão ser tributados, também, no Estado Contratante de residência dos consumidores e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim exigido não poderá ter alíquota efetiva superior a 10%;*
- 3. A expressão “exploração do mercado consumidor por meio digital”, conforme usada no presente Artigo, significa toda e qualquer espécie de coleta de dados, exposição publicitária ou utilização dos usuários/consumidores de qualquer tipo de plataforma, aplicativos ou interface digital como uma forma de obtenção de rendimentos de uma outra pessoa interessada nos dados coletados ou em acessar os referidos usuários ou consumidores com o objetivo de fornecer produtos e serviços;*
- 4. As disposições dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se o beneficiário efetivo dos "rendimentos", residente de um Estado Contratante, exercer, no outro Estado Contratante em que localizados os consumidores/usuários, atividade empresarial por intermédio de estabelecimento permanente aí situado, ou prestar serviços pessoais de caráter independente nesse outro Estado por intermédio de instalação fixa aí situada, e a remuneração decorrente da exploração do mercado consumidor por meio digital estiver efetivamente ligada a esse estabelecimento permanente ou instalação fixa. Nesse caso, aplicar-se-ão as disposições do Artigo 7 deste Acordo, no que couber;*

¹⁰⁷⁴ Ainda que os comentários não tenham força normativa ou vinculante.

5. Os rendimentos objeto deste artigo serão considerados decorrentes da exploração do mercado consumidor localizado em um Estado Contratante quando os consumidores/usuários forem residentes nesse Estado Contratante ou possuam cadastro nas plataformas, aplicativos ou interfaces digitais como se residente fossem;

6. Para fins do disposto no presente artigo, considera-se rendimentos da exploração do mercado consumido por meio digital aquele obtido mediante a aplicação das seguintes fórmulas:

(i) relativamente aos rendimentos auferidos em razão da exploração de dados coletados de consumidores/usuários:

$$\frac{\text{Volume de dados coletados de consumidores/usuários de um Estado Contratante}}{\text{Volume total de dados coletados por residente no outro Estado Contratante}} \times \text{Total da receita auferida em razão da exploração de dados}$$

(ii) relativamente aos rendimentos auferidos em razão da quantidade de consumidores/usuários cadastrados, ou não, nas plataformas, aplicativos ou qualquer outro tipo de interface digital:

$$\frac{\text{Número de usuários residentes em um Estado Contratante}}{\text{Número total de usuários cadastrados nas plataformas, aplicativos ou interfaces digitais de um residente do outro Estado Contratante}} \times \text{Total da receita auferida em razão da exploração dos usuários}$$

7. Quaisquer questões relacionadas à obtenção de informação ou assistência na coleta do imposto tratado neste artigo deverão obedecer às disposições contidas nos artigos 26 e 27 da presente convenção.

Também com relação ao Artigo 12 – B, eventuais explicações relacionadas às definições ou aplicação das fórmulas propostas poderão ser realizadas via protocolo ou, ainda, por meio dos comentários ao Artigo 12 – B¹⁰⁷⁵.

Adicionalmente, remenda-se que os comentários do artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE sejam alterados, de modo que impossibilite limitar a aplicação do artigo aos residentes dos Estados Contratantes. Em nossa opinião, bastaria apenas suprimir a segunda e terceira sentenças¹⁰⁷⁶ do item 4 do comentário ao artigo 27 da Convenção Modelo da OCDE.

Nessa rota, a inclusão dessas regras específicas de fonte nos acordos de bitributação, além de endereçar propriamente as peculiaridades promovidas pela digitalização da economia, também asseguraria a eliminação da dupla tributação por conta da aplicação do Artigo 23.

Dessa forma, a inserção dos referidos artigos na Convenção Modelo da OCDE¹⁰⁷⁷ poderia representar uma quebra de paradigma na tributação internacional, historicamente lastreada na necessidade de presença física no mercado consumidor, inaugurando-se uma nova fase na alocação de direito às bases tributárias entre os países da fonte e de residência.

Ainda, além da alteração da Convenção Modelo da OCDE, para que passe a adotar os Artigos 12 – A e 12 – B, recomenda-se que os acordos de bitributação atualmente vigentes sejam atualizados mediante a celebração de Instrumentos Multilaterais¹⁰⁷⁸ pelos países.

Especialmente no caso do Brasil, recomenda-se que, além de atualizar os seus acordos de bitributação já instituídos, passe a incluir as propostas apresentadas (Artigos 12 – A e 12 – B), pois é essencial que o Brasil também adote o artigo 27 das Convenções Modelo, seja da OCDE ou da ONU, a fim de possibilitar a assistência na coleta dos impostos baseados na nova regra de fonte, sob pena de a arrecadação tornar-se impraticável na hipótese de descumprimento da obrigação tributária por parte do não residente.

Uma vez renegociados os acordos de bitributação e devidamente incorporados à legislação doméstica por meio da adoção dos trâmites necessários à edição dos decretos, o

¹⁰⁷⁵ Ainda que os comentários não tenham força normativa.

¹⁰⁷⁶ Sentenças a serem excluídas “(...). Some Contracting States may, however, wish to limit assistance to taxes owed by residents of either Contracting State. Such States are free to restrict the scope of the Article by omitting the reference to Article 1 from the paragraph.”

¹⁰⁷⁷ Ressalte-se que as alterações propostas são plenamente aplicáveis à Convenção Modelo adotada pela ONU, bastando apenas a renumeração para Artigo 12 – B e Artigo 12 – C, respectivamente, bem como a realização de menções ao Artigo 14 ao invés de mencionarmos apenas os artigos 5º e 7º.

¹⁰⁷⁸ Para maiores informações sobre Instrumentos Multilaterais vide OECD. **Frequently Asked Questions on the Multilateral Instrument (MLI)**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Brasil terá alinhado a sua legislação para arrostar as atividades transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digitalizada.

Antes, porém, até que isso não ocorra - já que celebração e renegociação de acordos de bitributação são procedimentos políticos que costumam levar um tempo -, o Brasil, de forma unilateral, poderia editar leis com as sugestões acima mencionadas, a fim de estabelecer novas regras de fonte aptas a legitimar o exercício da jurisdição tributária brasileira em razão da exploração do seu mercado consumidor (mercado-consumo ou mercado-produto) por não residentes.

Ainda, na hipótese de o consenso internacional, relativamente à tributação das operações transnacionais entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada, seguir por um caminho diverso do aqui sugerido, o Brasil, objetivando adequar-se à comunidade internacional poderá substituir ou alterar a sua legislação interna.

A eliminação da dupla tributação, dessa forma - adoção de medida unilateral pelo Brasil - dependerá da concessão de isenção ou crédito do imposto sobre a renda recolhido neste Estado pelo país de residência do beneficiário do rendimento, já que, por consenso internacional, é o país de residência que tem a responsabilidade para eliminar ou reduzir a dupla tributação sob a forma de concessão de créditos sobre o imposto pago no exterior ou isentar os rendimentos obtidos de fonte situada fora de seus limites geográficos.¹⁰⁷⁹

4.10 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Os acordos de bitributação alocam rendimentos dos países da fonte para os países de residência, justamente em razão do fato de que aquele, seguindo o princípio da territorialidade real, exerce a sua pretensão tributária sobre rendimentos decorrentes de fontes nele situadas.

O desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação, aliado à popularização do comércio eletrônico e operações digitais, tornaram as operações entre pessoas jurídicas não só mais atrativas sob o ponto de vista de potencial de arrecadação, mas também mais complexas em comparação às operações envolvendo pessoas físicas, o que justifica a restrição do escopo da presente tese às operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas.

¹⁰⁷⁹ LOKKEN, Lawrence. What is this thing called source?. *Int'l Tax J.*, v. 37, 2011, p. 25.

O estabelecimento permanente enquanto regra de fonte foi concebido para assegurar que atividades empresariais sejam tributadas por um Estado desde que exista uma ligação econômica substancial entre o empreendimento e o seu território. De acordo com o artigo 5º da convenção modelo da OCDE, o não residente há de ter uma presença direta e com um certo grau de permanência antes de que seja caracterizada a existência de um estabelecimento permanente. Apenas nas hipóteses em que o empreendimento é conduzido em outro país por meio de uma presença direta e permanente é que esse outro país – fonte – será autorizado a tributar os lucros atribuídos a esta presença direta (estabelecimento permanente).

Dada a intangibilidade, o dinamismo e o alcance das atividades realizadas por meio da economia digitalizada, o que possibilita a prestação de serviços ou venda de mercadorias, ainda que intangíveis, sem a necessidade de presença física no mercado consumidor, as regras de estabelecimento permanente, calcadas na necessidade de presença direta no mercado consumidor, não se mostram mais eficazes no cenário da economia digitalizada.

Em virtude da ausência de proposições concretas por parte da OCDE, uma das alternativas para se adequar a legislação às peculiaridades da economia digitalizada é a implementação de regras de estabelecimentos permanentes digitais, concebidas com base na presença digital ou econômica significativa. Apesar de conterem características próprias, as proposições relativas ao estabelecimento permanente digital, mormente, partem do cumprimento de uma série de requisitos para a sua configuração, segmentados em (i) nexos; (ii) número mínimo de usuários; (iii) tempo mínimo de atividade; e (iv) o atingimento de uma determinada quantia de receita.

Com o preenchimento dos requisitos previstos acima, restaria tipificada a presença digital e, conseqüentemente, o estabelecimento permanente digital, o que permitiria a tributação, na fonte, pelo país do mercado consumidor.

Segundo as regras de alocação de rendimento aplicáveis aos estabelecimentos tradicionais (AOA), os lucros a serem atribuídos à presença digital significativa devem ser aqueles que seriam devidos se essa presença fosse uma empresa separada e independente, desenvolvendo atividades em condições idênticas ou similares, levando em consideração as funções desempenhadas, os ativos utilizados e os riscos assumidos por meio da interface digital.

Todavia, considerando a completa desmaterialização do estabelecimento permanente digital, a aplicação do AOA torna-se uma questão bastante complexa, já que é extremamente difícil explicar, por exemplo, os riscos assumidos pela presença digital com base em

rendimentos gerados por atividades completamente desmaterializadas. Por tais motivos, a nosso ver, a alocação com base no AOA seria inaplicável em se tratando de estabelecimento permanente digital.

Além da problemática relacionada à alocação de rendimento, em razão de o estabelecimento permanente digital ser pautado em números de usuários, artimanhas tecnológicas relativamente simples poderiam ocultar o IP, evitando, desta forma, a sua caracterização.

Ademais, considerando a relevância do mercado consumidor na determinação do direito às bases tributárias, a adequação da teoria da fonte deveria ter o próprio mercado consumidor como nexos e não a presença digital, ainda que esta tenha como pano de fundo o mercado. Além disso, a adoção de regras de estabelecimento permanente digital, da forma como propostas, não teria o condão de abranger a problemática referente ao mercado-consumo, mas apenas e tão somente o mercado-produto.

Uma alternativa à adoção de regras de estabelecimento permanente digital para legitimar a tributação, pelo país-fonte, dos rendimentos alocados ao referido estabelecimento permanente, seria a aplicação de novas regras de fonte tendo como nexos a erosão da base tributável ocasionada por meio de pagamentos dedutíveis.

Nesse caso, a tributação pelo país-fonte teria como vínculo genuíno com determinada jurisdição a dedutibilidade de determinados pagamentos, como, por exemplo, os realizados por bens e serviços no âmbito da economia digitalizada. Se a base tributária de um determinado país é erodida em razão de deduções de pagamentos realizados a não residentes, tais pagamentos deveriam sujeitar-se à tributação pelo país-fonte.

Apesar de a erosão da base tributária ser uma justificativa plausível para suportar a tributação, não nos parece ser uma norma em que se demonstra claramente a criação de valor na operação, ainda que não se possa negar uma conexão entre pagamento e dedutibilidade, servindo como um indício de pertença econômica. Além de vincular a tributação, pelo país-fonte, à dedutibilidade de pagamentos poderia gerar perda de arrecadação em razão de particularidades da legislação dos países, como é o caso do lucro presumido brasileiro, ou, ainda, em virtude de arranjos entre entidades pertencentes a conglomerados multinacionais para concentração de pagamentos em empresas situadas no exterior. Além disso, a adoção da erosão da base tributária como adequação da teoria da fonte para fazer frente à digitalização da economia não teria a capacidade de abarcar a problemática referente ao mercado-produto, mas apenas e tão somente ao mercado-consumo.

Para enfrentar as peculiaridades da economia digitalizada, entendemos que a utilização do mercado consumidor como regra de fonte mostra-se mais adequada para determinação do direito às bases tributárias em operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas.

Há tempos, já se fixou o entendimento de que os negócios devem ser tributados em razão do custo financeiro incorrido pelo Estado para a manutenção do mercado, sendo certo que tal ônus, de uma forma ou de outra, deve ser imputado a todos os beneficiários do mercado. O mercado, dessa forma, deve ser considerado como um valioso ativo para o grupo social que o mantém, o que dá às comunidades que o detém a prerrogativa de cobrar tributos para a sua utilização. Mais do que isso, o mercado, especialmente o mercado consumidor, é tido como o elemento necessário à produção de riqueza e que, portanto, legitimaria a tributação na fonte sob o argumento de pertença econômica.

Além do mais, historicamente, a tributação, na fonte, pelo país de mercado, requer a caracterização de estabelecimento permanente no país do mercado consumidor, sem o qual não haveria que se falar em tributação por este. E, nem poderia ser diferente. Dadas as restrições tecnológicas da época, para a exploração do mercado consumidor por um não residente, independentemente tratar-se de prestação de serviços ou fornecimento de bens, ou, ainda, coleta de informações de consumidores, era necessário algum tipo de presença física, daí o requisito de um estabelecimento permanente para que, naquela ocasião, o não residente pudesse ter acesso ao mercado consumidor.

Ocorre, no entanto, que, em razão do dinamismo, virtualidade e alcance promovido pela digitalização da economia, a presença física no país de consumo deixou de ser um fator indispensável para acessar o mercado consumidor. Por tais motivos, a nosso ver, o mercado consumidor representaria um elemento de conexão genuíno com o limite geográfico de um dado Estado, o que legitimaria o exercício da jurisdição tributária. Além disso, o ingresso ao mercado consumidor, e a todo o sistema no qual ele está inserido, como infraestrutura econômica, legal e política, autorizaria a tributação na fonte com base no princípio do benefício e da legitimidade.

Em razão das características da economia digitalizada, o mercado consumidor passou a ter relevância sob duas perspectivas: (i) mercado-consumo; e (ii) mercado-produto. Na primeira, o mercado é visto sob a ótica de consumo propriamente dita, abrangendo negócios jurídicos de fornecimento de bens, serviços e qualquer outros tipos de intangíveis via digitalizada entre pessoa jurídica estrangeira e pessoa jurídica residente em um dado país (consumidor).

No mercado-produto, considera-se o mercado consumidor sob o prisma de produto, isto é, (i) o mercado consumidor utilizado como “insumo”, cujas as informações dos usuários são utilizadas para venda de perfis de consumo, por exemplo, a terceiros interessados e/ou realização de publicidade direcionada; ou (ii) a base de usuários de determinada plataforma é vista como um ativo pelo qual a companhia estrangeira obtém vantagens pecuniárias de empresas interessadas na venda de produtos ou serviços ao mercado consumidor/usuários.

Pelo atendimento aos padrões de eficiência, equidade e praticabilidade, o critério da localização do mercado-consumo pode ser considerado vínculo apto a justificar a tributação, pelo país-fonte, dos rendimentos decorrentes de operações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digitalizada, sendo aplicável a toda e qualquer tipo de operação transnacionais que abarque o fornecimento de bens, serviços ou qualquer outro tipo de intangível.

O mercado-produto, por seu turno, é marcado pela existência de um escambo, isto é uma permuta isenta de moeda, mas por acesso gratuito a plataformas e sistemas digitais, tais como ferramentas de buscas *online*, redes sociais, sítios eletrônicos com provimento de conteúdo etc. Em troca de utilização “gratuita” de plataformas ou interfaces digitais, por exemplo, companhias não residentes coletam dados relacionados a pesquisas realizadas pelos usuários, os quais, após processados, são empregados para orientação de atividades publicitárias específicas, ou venda de perfis de consumo a terceiros, também não residentes, em troca de contraprestação financeira.

No mercado-produto, o mercado não é especulado como um consumidor de bens e serviços digitais, mas sim como um fornecedor de “insumo” ou como um ativo, que são utilizados por não residentes para negócios jurídicos independentes com finalidade lucrativa, mas cujo rendimento gerado depende diretamente da exploração do mercado-produto, sem o qual não haveria que se falar na produção do rendimento.

Dessa forma, o realinhamento da teoria da fonte para que seja adotado o mercado consumidor, quer na acepção produto, quer na sua acepção consumo, como regra apta a promover a tributação na fonte em operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas no âmbito da economia digitalizada, parece-nos ser o caminho a ser percorrido, quer pela OCDE, quer pelos países individualmente considerados.

No que tange à alocação de rendimentos nos casos envolvendo o mercado-consumo, temos que essa alocação do rendimento da forma mais prática, simples e coerente possível é atribuir ao país em que localizado o mercado consumidor a competência para tributar, nos

moldes de sua legislação doméstica, os rendimentos derivados da aquisição de produtos, serviços e outros intangíveis pelas pessoas jurídicas lá residentes.

Essa sistemática, no entanto, não é passível de ser aplicada ao mercado-produto, haja vista a ausência de pagamento pelos “recursos obtidos” junto ao mercado. Por tais razões, para fazer frente às peculiaridades das operações transnacionais envolvendo mercado-produto, também será preciso uma adaptação dos métodos de alocação de recursos geralmente utilizados. Uma alternativa para alocação dos rendimentos ao país do mercado-produto pode ser a implantação de uma vertente do formulário de repartição.

De acordo com o método do formulário de repartição, uma fórmula é utilizada para divisão do lucro líquido de uma companhia (ou grupo empresarial) que realizam negócios em mais de um país entre os países que a companhia opera. Tal equação pode levar em consideração diversos fatores, como, por exemplo, o volume de vendas, folha de salários, ativos etc.

No contexto da exploração do mercado-produto por não residentes, temos que a fórmula para alocação de rendimento poderia considerar dois fatores baseados (i) na coleta de dados, e (ii) no número de usuários, que, a nosso ver, contemplaria todas as transações que praticam operações transnacionais entre pessoas jurídicas envolvendo o mercado-produto.

Sob a perspectiva brasileira, uma vez determinada a sistemática de alocação do rendimento ao país-fonte, caberá ao não-residente ou ao substituto tributário residente e domiciliado no Brasil apurar o imposto devido e realizar o seu recolhimento aos cofres públicos.

Ao mesmo tempo em que o IR/Fonte é elogiado por ser fácil, simples e prático, é criticado por não incidir sobre a renda granjeada pelo não residente, mas sim sobre a receita por ele auferida. Por conta disso, nas operações transnacionais em situações em que participa o mercado-consumo, poderiam ser introduzidos regimes especiais opcionais, de retenção na fonte, mediante a presunção de margem de lucro, já prevista pela legislação brasileira.

De outro lado, em razão da ausência de precificação da troca nos casos envolvendo o mercado-produto, temos não ser possível a adoção do critério de retenção na fonte nessas condições. Uma alternativa à apuração da renda auferida, seria exigir o cadastro do não residente com acesso ao mercado-produto perante as autoridades fiscais do país em que está localizado o mercado consumir, ocasião em que deverá apresentar declaração de imposto sobre a renda de não residente, por meio do qual calculará o rendimento com base nas fórmulas propostas, sendo que, nessa mesma declaração, poderá optar entre: (i) comprovar

os custos e despesas incorridos para auferir a receita reportada, que também poderão ser alocados por meio de fórmulas; ou (ii) apurar o lucro mediante o sistema de lucro presumido, caso opte por não abrir os custos incorridos no desenvolvimento de sua atividade econômica.

Em caso de descumprimento das obrigações fiscais por parte do não residente, principalmente nas hipóteses que implique o mercado-produto, caberia ao país do mercado consumidor buscar informações relativas às operações do não residente nos termos do artigo 26 da Convenção Modelo da OCDE, bem como a cobrança de seu crédito tributário por meio de assistência na coleta de impostos nos termos do artigo 27. Alternativamente, poderiam ser celebrados acordos específicos para coleta e arrecadação tributária além dos limites territoriais do Estado-fonte, como *Rubik system* ou *one-shop-stop*.

No caso do mercado-consumo, a dedutibilidade dos pagamentos poderia servir como uma forma de fiscalização por parte das autoridades fiscais brasileiras, sem ter que se valer do mecanismo de troca de informações previstos no artigo 26 dos acordos de bitributação.

Ao invés de adaptações aos artigos 5º e 7º da Convenção Modelo da OCDE, deveria esta organização adotar uma postura inovadora e tratar as regras de fonte destinadas às operações realizadas na esfera da economia digitalizada de forma segregada, mediante a edição de artigos específicos.

Nossa proposição normativa é de que a OCDE adicione à sua Convenção Modelo dois artigos, aqui denominados Artigo 12-A e 12-B, bem como restrinja a possibilidade de o seu artigo 27 ser aplicável apenas aos residentes dos Estados Contratantes. Ainda, além da alteração da Convenção Modelo da OCDE, para que passe a adotar os Artigos 12 – A e 12 – B, recomenda-se os acordos de bitributação atualmente vigentes sejam atualizados por intermédio da celebração de Instrumentos Multilaterais pelos países.

Especialmente no caso do Brasil, recomenda-se que, além de atualizar os seus acordos de bitributação já celebrados para que passe a incluir as recomendações aqui propostas (Artigos 12 – A e 12 – B), é essencial que o Brasil também adote o artigo 27 das Convenções Modelo, seja da OCDE ou da ONU, a fim de possibilitar a assistência na coleta dos impostos baseados na nova regra de fonte.

CONCLUSÃO

A soberania pode ser vista tanto sob a perspectiva interna, quanto sob a ótica externa. Sob o prisma interno, a soberania representa a supremacia do ordenamento sobre certo território e sobre determinada população. Sob o enfoque externo, a soberania está relacionada à relação de independência entre os Estados, os quais não se encontram sujeitos à interferência externa de outros Estados, mas apenas ao direito internacional.

A jurisdição tributária deve ser entendida como uma vertente da soberania, que confere ao Estado a prerrogativa de editar normas fiscais (jurisdição para prescrever) e exigir o cumprimento por parte dos contribuintes (jurisdição para cobrança).

Apesar de não existir um posicionamento unânime por parte da doutrina, nos alinhamos à corrente segundo a qual não seria possível admitir a tributação de fatos, coisas ou pessoas que não tenham qualquer conexão suficiente com o Estado. Nesse sentido, o exercício da jurisdição tributária estaria limitado por requisitos previstos pelo direito internacional (costume internacional), que exigem a existência de um elemento de conexão suficiente entre o Estado e o sujeito ou objeto tributável.

Por sua vez, os elementos de conexão e sua relação com Estado não são estáticos, sendo dotados de razoável maleabilidade e suscetíveis a alterações de acordo com mudanças nos ambientes econômico e político. É justamente por isso que o direito internacional não dispõe de uma clara definição dos elementos de conexão, bem como a sua intensidade, o que confirma a necessidade de sua adequação conforme cada caso concreto, que pode ter respaldo em um elemento pessoal (princípio da pessoalidade) ou territorial (princípio da territorialidade).

A territorialidade pode ser classificada em territorialidade positiva e negativa, bem como em territorialidade real (princípio da fonte) ou pessoal (princípio da residência). Segundo a territorialidade real, o fato ou coisa objeto de tributação deve guardar um nexo genuíno com o território de um dado Estado, ao passo que, nos termos da territorialidade pessoal, há a exigência de que a tributação esteja restrita apenas a pessoas sediadas, domiciliadas ou residentes no território.

Para enfrentar os desafios proporcionados pela digitalização da economia, especialmente nos casos envolvendo operações transnacionais entre pessoas jurídicas, o realinhamento da teoria da fonte deverá levar em consideração elementos (fatos ou coisas) que tenham uma relação genuína com o território do Estado tributante.

A tributação calcada na fonte pode ser justificada por alguns princípios econômicos ou jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário internacional, especialmente as teorias ou princípios do benefício, neutralidade, equidade e legitimidade.

A ausência de regras claras sobre os tipos de elemento de conexão, além de a necessidade de se relacionarem com a pessoa ou com o território, possibilita a utilização de uma abordagem flexível na escolha dos nexos, bem como a sua adaptação às novas práticas comerciais e realidades econômicas. De qualquer forma, ainda que dotada de flexibilidade, a escolha dos vínculos qualificados deve ser lastreada pelos princípios econômicos e jurídicos tradicionalmente aceitos pelo direito tributário Internacional.

A definição de país-fonte não é algo trivial, haja vista a ambiguidade e as várias acepções em que esse conceito pode ser adotado. Sob a perspectiva econômica, fonte deve ser considerado o local de produção da renda, enquanto que, sob o aspecto financeiro, fonte equivale à fonte de pagamento, isto é, o local de residência e domicílio do devedor dos recursos. De qualquer forma, temos que fonte deve ser considerada o sítio de origem do rendimento, o lugar em que se dá o seu nascimento, seja sob a perspectiva econômica, seja sob a financeira.

A dificuldade no estabelecimento do conceito de fonte está atrelada à ambiguidade e imprecisão dos termos que compõem o seu conceito e não do conceito em si. Em razão disso, essa definição demandaria uma complementação por meio de regras de fonte - elementos de conexão - a serem elaboradas pelos países por meio da edição de normas jurídicas, sem as quais seria bastante difícil a alocação de direito à tributação aos Estados-fonte. É justamente a imprecisão e vagueza das expressões presentes no seu conceito que permite a adequação da teoria da fonte, para que o direito às bases tributárias pelo Estado-fonte seja regulamentado e, por conseguinte, legitimada a sua tributação de acordo com tipos de rendimento ou em virtude do surgimento de novas atividades econômicas.

Nesse contexto, as principais regras de fonte utilizadas pelos países para exercício de sua jurisdição fiscal são: (i) local da fonte de produção ou pagamento; (ii) local em que se dá a elaboração ou valorização; (iii) local da dedutibilidade dos custos incorridos; (iv) local da situação dos bens; (v) local em que o serviço é prestado; (vi) local em que está situado o estabelecimento permanente; e (vii) lugar em que está localizado o mercado consumidor.

No cenário da economia digitalizada, mercado consumidor pode ser concebido sob duas vertentes: mercado-consumo e mercado-produto. Sob a primeira, o mercado consumidor deve ser compreendido como compra, por pessoas jurídicas, de produtos e serviços vendidos, por meio digital, por firmas residentes ou domiciliados em países diversos

do país em que se encontram os consumidores (relações de consumo propriamente ditas). Sob a ótica de produto, o mercado consumidor é visto como um fornecedor de dados ou ativo, que são explorados por não residentes em relações jurídicas autônomas e independentes com pessoas jurídicas localizadas em outras jurisdições e que tenham interesse em acessar o mercado-consumo.

Dessa forma, no âmbito da economia digitalizada, o mercado consumidor pode ser considerado como nexos de fonte adequado em face das peculiaridades inerentes à digitalização, podendo ser segmentado em mercado-consumo e mercado-produto, cada qual com características específicas e que, em razão disso, demandam regras de fonte próprias.

A evolução da tecnologia da informação e comunicação foi responsável por transformações substanciais em setores tradicionais da economia, possibilitando uma melhora nos serviços e produtos vendidos, ampliação de mercado e redução de custos operacionais, de forma totalmente digitalizada, o que possibilitou a eliminação de barreiras geográficas e o acesso aos mais diversos mercados, inclusive os transfronteiriços.

Em razão da volatilidade e dinamismo inerentes à economia digital, qualquer definição com base em terminologias precisas tendente a circunscrever o seu conceito poderia tornar-se obsoleta em um curto espaço de tempo. De outro lado, a adoção de conceitos com termos imprecisos ou vagos pode levar a incertezas e dificuldades relacionadas à aplicabilidade das leis tanto por parte das autoridades fiscais quanto por parte dos contribuintes, sem falar na ofensa ao princípio da legalidade, especialmente sob a perspectiva brasileira, daí a possibilidade de adoção de listas com a indicação das atividades integrantes da economia digitalizada.

As regras de alocação do direito às bases tributárias tradicionais, dependentes de presença física e da tangibilidade de produtos e serviços, não acompanharam as mudanças nos ambientes de negócio, incluindo o aumento de importância dos intangíveis e da economia digitalizada. Em razão disso, a economia digitalizada ameaça o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, facilitando a erosão da base tributária, ainda que de forma não intencional, e o deslocamento artificial de lucros para países com baixa ou sem nenhuma tributação, atitudes essas que levaram à diversas reações por parte de organismos internacionais, culminando no Projeto BEPS.

Tanto o relatório preliminar quanto o final do Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS identificaram que os maiores desafios suscitados pela digitalização da economia estão relacionados ao vínculo, dados e caracterização, isto é, se atividades exercidas na esfera da economia digitalizada possuem algum tipo de nexos com o país-fonte, de modo a justificar a

sua tributação; se a coleta de dados de mercados de determinado país já poderia ser considerado como vínculo; e a caracterização dos rendimentos decorrentes das referidas atividades.

Nesse contexto, os desafios proporcionados pela digitalização da economia e pelos novos modelos de negócio dela decorrentes são de duas grandezas: (i) alocação de rendimento tributável ao país-fonte, ante a ausência de regras de fonte adequadas para atividades realizadas no âmbito da economia digital; e (ii) cobrança e fiscalização dos tributos devidos sobre atividades praticadas por não residentes.

Ao contrário de outros planos de ação, o Plano de Ação nº 1 do Projeto BEPS limitou-se a mencionar medidas potenciais sem efetivamente propor nenhuma solução. Em razão disso - falta de proposições -, os países concordaram em renovar o mandato da Força Tarefa da Economia Digital, que passaria a ter a incumbência de monitorar o desenvolvimento das atividades relacionadas à digitalização da economia.

Como resultado do trabalho desenvolvido pela Força Tarefa da Economia Digital, em maio de 2019, foi aprovado o Programa de Trabalho para Desenvolvimento de uma Solução Consensual aos Desafios decorrentes da Digitalização da Economia. Divididos em dois pilares complementares, o programa de trabalho busca, em seu Pilar I, pesquisar soluções quanto à determinação do lugar em que o tributo deve ser pago e sob qual critério de conexão determinada jurisdição poderia exercer o seu poder de tributar, bem como analisar as regras sobre alocação de lucros que podem ou devem ser tributados na jurisdição em que os clientes ou usuários estão situados.

Embora o programa de trabalho não tenha feito qualquer distinção entre mercado-consumo e mercado-produto, ele reconhece expressamente a relevância do mercado consumidor na determinação das bases tributárias entre os países da fonte e de residência, o que foi confirmado pelo recente documento *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*, disponibilizado pela OCDE para consulta pública.

Apesar da demora da OCDE na proposição de uma nova regra de fonte eficaz a endereçar as particularidades da economia digitalizada, note-se, ao menos, um reconhecimento de que as regras tradicionais, concebidas num contexto de necessidade de presença física e com um certo grau de permanência, para a exploração do mercado consumidor de um determinado país, não se revelam mais suficientes para justificar a tributação do país-fonte no âmbito da economia digitalizada.

Ante a ausência de proposições concretas por parte da OCDE, uma alternativa para adequar a legislação às peculiaridades da economia digitalizada é a adoção de regras de

estabelecimentos permanentes digitais, concebidos com base na presença digital ou econômica significativa. Todavia, considerando (i) as dificuldades práticas na alocação de recursos ao estabelecimento permanente digital, (ii) a sua suscetibilidade a artimanhas tecnológicas utilizadas pelos usuários para evitar a sua caracterização, (iii) a ausência de foco no acesso ao mercado consumidor em si, mas na presença digital significativa, e (iv) não abranger situações envolvendo mercado-consumo, nos parece que a relativização dos requisitos de presença física e permanência inerentes à figura do estabelecimento permanente não representariam uma quebra de paradigma, e tampouco um realinhamento da teoria da fonte necessária para adaptar a tributação internacional à digitalização da economia.

Da mesma forma, vincular a tributação na fonte à erosão da base tributária do país do mercado também não nos parece ser a solução mais adequada, haja vista que não teria a capacidade de contemplar situações envolvendo mercado-produto, bem como poderia gerar perda de arrecadação em razão de particularidades da legislação dos países ou de arranjos entre entidades pertencentes a conglomerados multinacionais.

A nosso ver, dada a sua relevância, a utilização do mercado consumidor como regra de fonte seria a forma mais apropriada para o reajustamento da teoria da fonte e consequente determinação do direito às bases tributárias em operações transnacionais realizadas entre pessoas jurídicas. O acesso ao mercado consumidor (mercado-consumo ou mercado-produto), e a todo o contexto no qual ele está inserido, como infraestrutura econômica, legal e política, lastrearia a tributação na fonte com base no princípio do benefício e da legitimidade.

Sob o aspecto do mercado-consumo, a alocação de recursos com base na nova regra de fonte proposta deveria levar em consideração os rendimentos oriundos dos consumidores em decorrência de operações transnacionais entre pessoas jurídicas realizadas no âmbito da economia digitalizada. Ante a ausência de pagamentos pela exploração do mercado-produto, uma alternativa para alocação dos rendimentos ao país do mercado-produto é a adoção de uma vertente do formulário de repartição.

Uma vez definido o método de alocação do rendimento ao país-fonte, caberá ao não-residente ou ao substituto tributário residente e domiciliado no Brasil apurar o imposto devido e realizar o seu recolhimento aos cofres públicos. Nas situações envolvendo o mercado-consumo, poderiam ser utilizados regimes especiais opcionais, de retenção na fonte, mediante a presunção de margem de lucro, já consagradas pela legislação brasileira.

De outro lado, em virtude das particularidades intrínsecas ao mercado-produto, uma alternativa à apuração da renda auferida, seria exigir a apresentação de declaração de imposto

de renda de não residente pelo estrangeiro que explore o mercado-produto, cabendo a ele optar entre a aplicação de fórmulas e a utilização de sistemática de presunção para a obtenção do lucro tributável.

Eventuais obrigações fiscais descumpridas pelo não residente poderão ser cobradas com base nos artigos 26 e 27 da Convenção Modelo da OCDE ou mediante acordos internacionais especialmente celebrados para esse fim.

Ao invés de adaptações aos artigos 5º e 7º da Convenção Modelo da OCDE, consideramos a adição de dois novos artigos à Convenção Modelo (Artigos 12-A e 12-B, bem como seja descartada qualquer possibilidade de restrição do artigo 27 aos residentes dos Estados Contratantes. Tais alterações poderão ser implementadas por intermédio da celebração de Instrumentos Multilaterais pelos países).

Por fim, recomenda-se que o Brasil atualize os seus acordos de bitributação já celebrados para que passe a incluir as recomendações aqui propostas (Artigos 12 – A e 12 – B), bem assim a impossibilitar a restrição (Artigo 27) quanto à assistência na coleta de tributos.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Thomas. The Taxation of Business. In: **Proceedings of the Annual Conference on Taxation under the Auspices of the National Tax Association**, National Tax Association, vol. 11, 1917.

ANNUAL IBA FINANCE & CAPITAL MARKETS TAX CONFERENCE, 9, Londres, 2020. **Digital: Balancing Principles with Politics**.

ARNOLD, Brian J. **The Taxation of Controlled Foreign Corporations: an international comparison**. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986.

_____. The taxation of Income from Services under tax treaties: cleaning up the Mess. **Bulletin for International Taxation**, v. 65, n. 2, 2011.

ATALIBA, Geraldo e Giardino, Cléber. Núcleo da definição constitucional do ICM (Operações, circulação e saída). In: **Revista de Direito Tributário** 25-26, São Paulo: RT, 1983.

AUERBACH, Alan J. et al. **Destination-based cash flow taxation**. Oxford Univ. Centre for Bus. Tax'n, Working Paper nº 17/01, 2017.

AUGUSTYN, Adam, et. al. **Gustav I Vasa**. Encyclopædia Britannica, inc. 2019. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Gustav-I-Vasa>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation. **Va. Tax Rev.**, v. 25, 2005.

_____. **Double Tax Treaties: An Introduction**. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1048441>>. Acesso em 08 jun. 2013.

_____. **International Tax as International Law: an analysis of the international tax regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. International taxation of electronic commerce. In: **Tax L. Rev.** 52, 1996.

_____. **The Case for a Destination-Based Corporate Tax**. 2015. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2634391>> . Acesso em: 15 de dez. 2019.

_____.; BENSALOM, Ilan. Formulary apportionment: Myths and prospects-promoting better international tax policy and utilizing the misunderstood and under-theorized formulary alternative. In: **World Tax Journal**, nº 3, 2011, p. 381. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1693105>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BAÉZ MORENO, Andres. The Taxation of Technical Service under the United Model Double Taxation Convention: A Rushed – Yet Appropriate – Proposal for (Developing) Countries? In: **World Tax J.** Journals IBFD , sec. 3.2.1.2.3, 2015.

BAL, A.M; PUENTE, C. Gutiérrez. Taxation of the Digital Economy. In: COTRUT, Madalina (Ed.). **International Tax Structures in the BEPS Era**. IBFD, 2015.

BARFORD, Vanessa; HOLT, Gerry. **Google, Amazon, Starbucks: The rise of 'tax shaming'**. BBC New Magazine, 2013. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/magazine-20560359>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

BARRETO, Paylo Ayres. **Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

BARTELSON, Jens. **A Genealogy of Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, v. 6, t. 1, 1988.

BECKER, Adam. The Principle of Territoriality and Corporate Income Taxation – Part 1: What Territoriality Means and Whether or Not It Guides Country Practice. **Bulletin for International Taxation**, v. 70, n.4, 2016.

BENTON, Carolina. **Just in Time (JIT)**. Investopedia, 2019. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/j/jit.asp>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BESSON, Samantha. **Sovereignty**. Max Planck Encyclopedia of International Law. 2011 Disponível em: <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1472?prd=EPIL>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. A Change of Paradigm in International Tax law: Article 7 of Tax Treaties and the Need to Resolve the Source versus Residence Dichotomy. In: **Bulletin for International Taxation**, vol. 70, 2016.

BLUM, D.W, Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015.

_____.; KALVEN, Harry Jr. The Uneasy Case for Progressive Taxation. **University of Chicago Law Review**, V. 19, Issues 3, Article 2, 1952. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol19/iss3/2>>. Acesso em: 11 de out. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAUMANN, PETER. Chapter 7 - Digital Permanente Establishments on Its Way to Becoming a Reality? The EU Comission´s Proposal on Taxing Significant Digital Presence. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019.

BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André (ed.); CHRISTIANS, Allison (ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation. V. 60. The Netherlands: Kluwer Law International B. V., 2017.

_____. What the BEPS. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 16, 2014.

_____.; BAÉZ MORENO, Andres. Withholding taxes in the service of BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy. **WU International Taxation Research Paper Series**, n. 2015-14, 2015.

BRITO, Edivaldo. **O que é IP?** Descubra para que serve e qual é seu número. 2013. Disponível em: < <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/05/o-que-e-o-ip-descubra-para-o-que-serve-e-qual-e-seu-numero.html>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BROOKS, Kim. Inter-nation equity: The development of an important but underappreciated international tax policy objective. In: HEAD, J.G., et al. **Tax reform in the 21st century**, 2009.

BRUINS, G.W.J., et al. **Report on Double Taxation**. League of Nations, Economic and Financial Commissions. Geneva, 1923.

CAMILLERI, Joseph A.; FALK, Jim. **The end of Sovereignty?: The Politics of a Shrinking and Fragmenting World**. Aldershot: Edward Elgar, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **A Regra Matriz do ICM**, 1981. Tese (Livre-docência em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

CASTELON, Marta. **International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions**. Development, Practice and Policy. Series on International Taxation. V. 63. Series Editors. Wolters Kluwer. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B. V., 2016.

COATES, William Henry. League of nations report on double taxation submitted to the financial committee by professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp. **Journal of the Royal Statistical Society**, v. 87, n. 1, 1924.

COCKFIELD, Arthur J. Designing Tax Policy for the Digital Biosphere: How the Internet is Changing Tax Laws. In: **Conn. L. Rev.**, v. 34, 2001.

_____. et al. **Taxing global digital commerce**. Kluwer, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COLLIN, P.; COLIN, N. **Task Force on Taxation of the Digital Economy**. 2013. Disponível em:< https://www.hldataprotection.com/files/2013/06/Taxation_Digital_Economy.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constituição e na lei complementar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

CRICK, Bernard. Sovereignty. In: SILLS, David L (ed.). **International Encyclopedia of the Social Sciences**. London: The Macmillan Co., V. 15, 1968.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DE MAN, Fernando Souza. **Taxation of services in treaties between developed and developing countries: A proposal for new guidelines**. Online Books, IBFD, 2017.

DEVEREUX, Michael; DE LA FERIA, Rita. **Designing and implementing a destination-based corporate tax**. Working Paper Series, Oxford University Center for Business Taxation, 2014.

_____.; VELLA, John. Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform. In: **Intertax**, v. 46, n. 6, 2018.

DHARMAPALA, Dhammika. **What do we know about base erosion and profit shifting?** A review of the empirical literature. 2014. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2385&context=law_and_economics>. Acesso em: 18 out. 2019.

DIMITROPOULOU, Christina. The Digital Services Tax and Fundamental Freedoms: Appraisal Under the Doctrine of Measures Having Equivalent Effect to Quantitative Restrictions. In: **Intertax**. Wolter Kluwer, 2020, p. 202.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

DODGE, Joseph M. **Theories of Tax Justice**: Ruminations on the Benefit, Partnership, and Ability to Pay Principles, Florida State University College of Law, Public Paper and Legal Theory Working Paper n° 150, March 2005.

EBENSTEIN, William. **Great Political Thinkers**. 3. ed. New York: Holt. Rinehart and Winston, 1963.

ELTON, Geoffrey R.; MORRILL, John S. **Henry VIII**. Encyclopædia Britannica, inc. 2019. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Henry-VIII-king-of-England>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

EUPEAN COMMISSION. **Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy**. 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Texts Adopted - Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)** (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)). Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0087_EN.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

EUROPEAN UNION. **A fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market**, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/communication_taxation_digital_single_market_en.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. **Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence.** Brussels, 2018.

EY. **India proposes equalization levy on digital e-commerce transactions in 2016 budget.** Global Tax Alert. 2016. Disponível em: <<https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--india-proposes-equalization-levy-on-digital-e-commerce-transactions-in-2016-budget>>. Acesso em: 24 de fev. 2020.

_____. **Israeli Tax Authorities publish official circular on internet activity of foreign companies in Israel.** 2016. Disponível em: <[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Israeli_Tax_Authorities_publish_official_circular_on_internet_activity_of_foreign_companies_in_Israel/\\$FILE/2016G_00570-161Gbl_Israeli%20TAs%20publish%20official%20circular%20on%20internet%20activity%20of%20foreign%20companies%20in%20Israel.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Israeli_Tax_Authorities_publish_official_circular_on_internet_activity_of_foreign_companies_in_Israel/$FILE/2016G_00570-161Gbl_Israeli%20TAs%20publish%20official%20circular%20on%20internet%20activity%20of%20foreign%20companies%20in%20Israel.pdf)>. Acesso em: 24 fev. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FROST&SULLIVAN. **U.S B2B Ecommerce Platform Market, Forecast to 2023.** 2017. Disponível em: <<https://store.frost.com/u-s-b2b-ecommerce-platform-market-forecast-to-2023.html>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

GADŽO, Stjepan. **Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: A Normative Evaluation in the Context of the Global Economy.** IBFD Doctoral Series. V. 41. Online Books, IBFD, 2018. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Nexus-Requirements-Taxation-Non-residents-Business-Income>> Acesso em: 22 jul.2019.

GALDINO; Guilherme Silva. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Desafios da Economia Digital: do Problema Hermenêutico ao Desequilíbrio na Alocação de Jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 3, 2016.

GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. **LEGGE 30 dicembre 2018,** n. 145. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/01/18/19A00318/sg>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

GEBEL, M. In 15 Years Facebook has Amassed 2.3 Billion Users- More Than Followers of Christianity. In: **Insider**, 2019. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/facebook-has-2-billion-plus-users-after-15-years-2019-2>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

GENSON, Rachael. **The B2B Ecommerce Trends Report: Millennial Buyers, Payment Options and a Maturing Market.** 2018. Disponível em: <<https://www.bigcommerce.com/blog/b2b-ecommerce-trends/#b2b-ecommerce-payments-trends>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

GOODMAN, Louis W. Democracy, Sovereignty and Intervention. **American University International Law Review.** Washington, V. 9, issue 1, 1993. Disponível em: <

<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1452&context=auilr>
>. Acesso em: 03 jul. 2019.

GOVIND, S.P. Chapter 7: Unilateralism in Taxing the Digitalized Economy: Comparing the EU Digital Services Tax Proposal and the Indian Equalization Levy. In: PISTONE, P; WEBER, D. (eds.). **Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights**. Books IBFD, 2019.

GRAETZ, Michael J.; O'HEAR, Michael M. The original intent of US international taxation. **Duke LJ**, v. 46, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Conceitos Indeterminados. In Justiça Tributária: direito do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. I Congresso Internacional de Direito Tributário Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET Centro de Convenções de Vitória-ES, 12-15 de agosto de 1998. P. 122.

_____. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 77, 1982.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. **Preço de Transferência – Arm's Length e Praticabilidade**. Série Doutrina Tributária Vol. V – São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **O imposto de Renda e os Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade**. 2014. f. 200. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

HAMMER, Mike. Old Habits Die Hard: Should the United States Abolish Citizenship-Based Taxation? IBFD, 2016. Disponível em <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/White%20Paper%20-%20Mike%20Hammer%2017Feb16.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

HARRIS, Peter; OLIVER, David. **International Commercial Tax**. Cambridge: Cambridge Tax Law Series, 2010.

HASLEHNER, Werner. EU and WTO Law Limits on Digital Business Taxation. **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**, 2019.

_____. Taxing where value is created in a post-BEPS (digitalized) world?. In: **Kluwer International Tax Blog**, 2018. Disponível em: < <http://kluwertaxblog.com/2018/05/30/taxing-value-created-post-beps-digitalized-world/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

HELLERSTEIN, W. Jurisdiction to tax in the Digital Economy: Permanent and other Establishments. **Bulletin for International Taxation**, v. 68, n. 6-7, 2014.

HAMMER, Mike. **Old Habits Die Hard: Should the United States Abolish Citizenship-Based Taxation?** IBFD, 2016. Disponível em <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/White%20Paper%20-%20Mike%20Hammer%2017Feb16.pdf>>. Acesso em: 15 de jul. 2019.

HIGUCHI, Hiromi; HIGUSHI, Fábio, Hiroshi; HIGUSHI, Celso Hiroyuki. **Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e prática**, 35ª ed. São Paulo: IR Publicações Ltda, 2010.

HINSLEY, Francis Harry. **Sovereignty**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

HOFMANN, Patricia; RIEDEL, Nadine. Debate: Comment on J. Becker & J. Englisch, 'Taxing Where Value Is Created: What's "User Involvement" Got to Do with It?'. In: **Intertax**, v. 47, n. 2, 2019.

HOLMES, Kevin. **International tax policy and double tax treaties: an introduction to principles and application**. IBFD, 2007.

HOLSTI, Kalevi Jaakko. **Peace and war: Armed Conflicts and International Order 1648-1989**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

HONGLER, PETER; PISTONE, P. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy, IBFD White Paper**. WU International Taxation Research Paper Series, Working Paper, 20, 2015.

ICJ. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment**. I. C. J. Reports 1970. Disponível em: < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>> Acesso em: 20 set. 2019.

INFANTI, Anthony C. Inter-nation equity and human development. In: Stewart, Miranda; BRAUNER, Yariv (eds.). **TAX LAW AND DEVELOPMENT**. Edward Elgar Publishing, 2012. p. 211.

ISENBAERT, Mathieu (Ed.). **EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation**. V. 19. Doctor Series: Online Books, IBFD, 2010. Disponível em: < <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/EC-Law-and-Sovereignty-Member-States-Direct-Taxation>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

JARACH, Dino. O Fato Imponível. Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

JIANG, Q. Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project. In: **Bull. Intl. Taxn. Journals IBFD**, 2015.

JONES, Steve. Why 'Big Data' is the fourth factor of production. In: **Financial Times**, 2012. Disponível em: <www.ft.com/intl/cms/s/0/5086d700-504a-11e2-9b66-00144feab49a.html>. Acesso em: 15 jan.2020.

JR FLEMING, J. Clifton; PERONI, Robert J.; SHAY, Stephen E. Some Perspectives from the United States on the Worldwide Taxation vs. Territorial Taxation Debate. In: SMITH, Bernadette (ed). **Journal of the Australasian Tax Teachers Association**, 2008.

KAPADIA, Rishi; RAKHECHA, Mohit. **Digital tax: Why India's approach to taxing Google, Facebook needs to align with international approach**. 2019. Disponível em: <<https://economictimes.indiatimes.com/small-biz/legal/digital-tax-why-indias-approach-to>>

taxing-google-facebook-needs-to-align-with-international-approach/articleshow/68329809.cms>. Acesso em: 03 out. 2019.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KEMMEREN, E.C.C.M. **Principle of Origin in Tax Convention: A Rethinking of Models**, Kluwer L, Int., 2001.

KLEINBARD, Edward D. Stateless income. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 11, 2011.

KNECHTLE, Arnold. **Basic Problems in International Fiscal Law**. HFL (Publishers), 1979, p. 37; TEJEIRO, Guillermo. Opening the Pandora Box in the International Tax Field. In: **Tax Plan. Int'l Rev.** 42(4), 2015.

KNOLL, Michael S. Reconsidering international tax neutrality. **Tax L. Rev.**, v. 64, 2010.

KOBETSKY, Michael. **International Taxation of Permanent Establishments: principles and policy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KOENIGSBERGER, Helmut Georg. **Philip II**. Encyclopædia Britannica, inc. 2019. Disponível em: < <https://www.britannica.com/biography/Philip-II-king-of-Spain-and-Portugal>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

KOFLER, George; MAYR, Gunter; SCHLAGER, Christoph. European Union-Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?. In: **European taxation**, v. 57, n. 12, 2017.

_____; SINNING, Julia. Chapter 6 - Equalization Taxes and the Eu’s Digital Services Tax. In: HASLEHNER, Werner et al. (Ed.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform**. Kluwer Law International BV, 2019.

KPMG. **France: Digital services tax (3%) is enacted**. 2019. Disponível em: <<https://home.kpmg/us/en/home/insights/2019/07/tnf-france-digital-services-tax-enacted.html>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

_____. **OECD Task Force on the Digital Economy release Interim Report**. 2018. Disponível em: < <https://home.kpmg/cn/en/home/insights/2018/03/china-tax-alert-08.html>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. **Taxation of the digitalized economy**. 2020. Disponível em: <<file:///C:/Users/diogo/Downloads/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

LAMENSCH, Marie. **European Value Added Tax in the Digital Era: A Critical Analysis and Proposals for Reform**. IBFD, 2015.

LAVEZ, Raphael Assef. **Fundamentos e Controles da Progressividade no Imposto Sobre a Renda**. 2017. f. 260. Tese. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.

LI, Jinyan. Protecting the Tax Base in a Digital Economy. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries**, 2015.

LOKKEN, Lawrence. The Sources of Income from International: Uses and Dispositions of Intellectual Property. **Tax Law Review**, V 36, n. 3. Boston: Warren, Gorham e Lannot, 1981.

_____. What is this thing called source?. **Int'l Tax J.**, v. 37, 2011.

LÓPEZ, Eva Escribano. An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. In: **Intertax**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, vol. 43, 2015. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d6e9/97861b334d31b7298f2662b54980c4efe91f.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

MACHIAVELLI, Niccolò; WHITFIELD, John Humphreys. **Il principe. With an Essay on The Prince by John Humphreys Whitfield**. Wakefield: S. R. Publishers, 1969 (1525).

MALAN, M.T. New Article 12A of the UN Model Regarding Fees for Technical Services: Ahead of Its Time or a Step Too Far?, In: **Bull. Intl. Taxn**. Journals IBFD, 2019.

MANKIW. N. Gregory. Introdução à Economia. Tradução da 3ª Edição Norte-Americana. Thomson, 2005.

MARCELO, Eliana Borges de Mello. **Soberania e Tributação: implicações na Competência Tributária**. 2016. 216 f. Tese. (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

MARTHA, Rutsel Silvestre J.. **The Jurisdiction to Tax in International Law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction**. Devender, The Netherlands, Boston: Kluwer Law and Taxations Publishers, n. 9, p. 23. 1989.

MCDANIEL, Paul R. Territorial vs. Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the US. **Fla. Tax Rev.**, v. 8, 2006.

MCLURE JR, Charles, et al. Alternatives to the Concept of Permanent Establishment: E-commerce and Taxation. In: **CESifo Forum**. ifo Institute-Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, 2000.

_____. Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment. In: **Bulletin for International**, v. 56, 2002.

MCMAHON JR, Martin J.; ABREU, Alice G. Winner-Take-All Markets: Easing the Case for Progressive Taxation. In: **Fla. Tax Rev.**, v. 4, 1998.

MILL, John Stuart. **Principles of Political Economy**, 2009. Disponível em: <<http://library.umac.mo/ebooks/b31139632.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

MILLER, Angharad; OATS, Lynne. Chapter 7 – Double Tax Treaties. In: **Principles of international taxation**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2012. Disponível em: <<http://uk.practicallaw.com/books/9781847668790/chapter07/#>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

MINISTRY OF FINANCE – ISRAEL TAX AUTHORITY. **The Israeli Tax Authority Published Guidelines Regarding Taxation of Foreign Corporation Activity in Israel via the Internet**. Disponível em:

<https://taxes.gov.il/English/About/SpokesmanAnnouncements/Pages/Ann_11042016.aspx>. Acesso em 24 fev. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONSENEGO, Jérôme. **Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation**. IBFD Doctoral Series. V. 22. Online Books, IBFD, 2012. Disponível em: <<https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Taxation-Foreign-Business-Income-within-European-Internal-Market>>. Acesso em 21 ago. 2019.

MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro. **Bitributação internacional e elementos de conexão**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

MURPHY JR., Cornelius F. The Grotian Vision of World Order. **The American Journal of International Law**. V. 76, n. 3 (july). Washington: American Society of International Law, 1982. Disponível em: <http://omero.humnet.unipi.it/2004/matdid/517/murphy_ocr.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. NAGEL, T. **O Mito da propriedade**. São Paulo Martins Fontes, 2005

MUSGRAVE, Peggy B. Interjurisdictional coordination of taxes on capital income. In: Sijbren Cnossen (ed.), **Tax coordination in the European Community**. Springer, Dordrecht, 1987.

_____. Principles for Dividing the State Corporate Tax Base. In: MCLURE JR, Charles E. (ed.), **The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination**, 1984.

_____. **Taxation of Foreign Investment Income: An economic analysis**. Baltimore : Johns Hopkins Press, 1963.

_____. **United States taxation of foreign investment income: Issues and arguments**. Harvard Univ Harvard Law School, 1969.

MUSGRAVE, Richard A. **Fiscal systems**. New Haven: Yale University, n. 10, 1969.

_____.; MUSGRAVE, Peggy B. Inter-nation equity. In: BIRD, Richard M.; HEAD, John G. (eds.). **Modern Fiscal Issues: Essays in Honour of Carl S. Shoup**, 1972.

_____.; MUSGRAVE, Peggy. **Public Finance in Theory and Practice**, 5. ed. Nova York: Mcgraw-hill, 1989.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 26 JUN 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acessado em: 17 de julho de 2019.

NORR, Martin. Jurisdiction to tax and international income. **Tax Law Review**, v.17, March 1962.

NUNES, Renato. **Imposto sobre a Renda Devido por Não Residentes no Brasil: Regime Analítico e Critérios de Conexão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OECD. **A borderless world: Realising the potential of global electronic commerce**. 1998. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec\(98\)14/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=sg/ec(98)14/final&doclanguage=en)>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. **Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation – Action Overview**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. **Action 13: Country-by-Country Reporting Implementation Package**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/beps-action-13-country-by-country-reporting-implementation-package.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015.

_____. **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241244-en>>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Attribution of Profits to a Establishment Involved in Electronic Commerce Transactions**. A Discussion Paper From the Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits. 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/1923312.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017.

_____. Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce, Turku (Finland): 19-21 November 1997 - Conference Report. In: **OECD Digital Economy Papers**, No. 38. Paris: OECD Publishing, 1998. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/236647320075>>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs**. 1998. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. **Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data"**. OECD Digital Economy Papers, No. 222. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k47zw3fcp43-en>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. **Forum Background: the Ottawa Conference**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/forumbackgroundtheottawaconference.htm>>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. **Frequently Asked Questions on the Multilateral Instrument (MLI)**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

_____. **List of Unco-operative Tax Havens**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/countries/monaco/list-of-unco-operative-tax-havens.htm>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. **Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241633-en>>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241442-en>>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Measuring and Monitoring BEPS, Action 11 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241343-en>>. Acessado em: 29 out. 2019.

_____. **Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS – Updated: December 2019**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

_____. Part II - Treaty Rule and E-Commerce: Taxing Business Profits in the New Economy 2005. In: **E-commerce: Transfer Pricing and Business Profits Taxation**, OECD Tax Policy Studies, No. 10. Paris: OECD Publishing, 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264007222-en>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. **Place of Effective Management Concept: Suggestions of Changes to the OECD Model Tax Convention**. 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. **Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241220-en>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, 2019. Disponível em: <www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

_____. **Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. **Reforms to the international tax system for curbing avoidance by multinational enterprises**. 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm>>. Acesso em 20 out. 2019.

_____. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>>. Acesso em: 26 out. 2019.

_____. **Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD

Publishing, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264241480-en>>. Acessado em: 20 de outubro de 2019.

_____. **What is the BEPS?** Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>>. Acesso em: 21 out. 2019.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. Quartier Latin, São Paulo, 2008.

PAMPERL, Elisabeth. **Article 16 of the OECD Model Convention: History, Scope and Future**. IBFD European and International Tax Law and Policy Series. V. 1. Online Books, IBFD, 2015.

PASSOS, Carlos Roberto Martins; e NOGAMI, Otto. **Princípios de Economia**. 5ª Ed. 6ª Reimpressão. Cengage Learning, 2005.

PEDREIRA, José Luís Bulhões. **Imposto de renda**. Rio de Janeiro: Justec, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. Vol I. 22ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERGOLESI, Ferruccio, *Diritto Costituzionale*, v. 1, p. 94, apud BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PERREZ, Franz Xaver. **Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law**. Haia: Kluwer Law International, 1997.

PESSOA, Leonel Cesarino. O Princípio do Benefício como Critério de Justiça Tributária: as diferentes interpretações. In: **XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/leonel_cesarino_pessoa.pdf>.

PETRUZZI, Raffaele, BURIK, Svitlana. International/OECD - Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules? In: **Bulletin for International Taxation**, vol 72, 2018.

PINTO, Dale. **E-commerce and Source-based Income Taxation**. IBFD, 2003.

_____. The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold. In: **Bulletin for International Taxation**, V. 60, n. 7, jul. 2006. Disponível em: <<https://research.ibfd.org/collections/bit/pdf/bifd070601.pdf>> Acesso em: 05 out. 2019.

PIRES, Manuel. **Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento**. Bruxelles: Centro de estudos fiscais, 1984.

PISTONE, P. Chapter 9: Permanent Establishment and the Digital Economy. In: MAISTO, G (ed.) **New Trends in the Definition of Permanent Establishment**. Books IBFD, 2019.

_____.; NOGUEIRA, J.F. Pinto; RODRÍGUEZ, B. Andrade. **The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment.** In: Intl. Tax Stud, 2019.

POTGENS, F. P. G. et al. Dual Residence of Companies under Tax Treaties. **ITAXS International Tax Studies**, n. 1, 2018.

PRZEPIORKA, Michell, et al. Tributação Direta dos Rendimentos Provenientes da Computação na Nuvem: Alguns Pressupostos. In: PISCITELLI, Tathiane dos Santos; BOSSA, Gisele Barra (Org.) **Tributação da nuvem.** Conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PWC. **Ireland – Corporate Residence.** 2019. Disponível em: <<http://taxsummaries.pwc.com/ID/Ireland-Corporate-Corporate-residence>>. Acesso em 15 out. 2019.

_____. Work programme for reaching consensus on tax challenges from digitalisation sets ambitious targets according to stakeholders. In: **Tax Policy Bulletin.** 2019, pp. 3-4. Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-oecd-work-programme-for-digitalisation-sets-ambitious-targets.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

QUINN, Andrew; BURKE, David. Ireland. In: SCHWARTZ, Jodi J.; EDGAR, Swift S. O (eds.). **The Corporate Tax Planning Law Review**, ed. 1, 2019. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/1001329/the-corporate-tax-planning-law-review-edition-1>>. Acessado em: 29 out. 2019.

QURESHI, Asif H. **The Public International Law of Taxation: Text, Cases and Materials.** London: Graham & Trotman, 1994.

RAAD, Kees van. Five fundamental rules in applying tax treaties. In: **LIBER amicorum Luc Hinnekend.** Bruxelles: Bruylant, 2002.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.** Barueri: Manole, 2013.

RICHMAN, Peggy Brewer. **Taxation of foreign investment income: an economic analysis.** Baltimore: Johns Hopkins Press, 1963.

RISOLIA, Rodrigo Cipriano dos Santos. Economia Digital e Estabelecimento Permanente Virtual – Considerações sobre a Ação 1. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento: vol. 3 - transparência e economia digital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 3, 2016.

ROBERT, Eric. Chapter 1: The 2018 OECD Interim Report. In: HASLEHNER, Werner, et al (eds.). **Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform.** Wolters Kluwer, 2019.

ROCHA, Sérgio André; CASTRO, Diana Rodrigues Prado de. Plano de Ação 1 do BEPS e as Diretrizes Gerais da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). **Tributação da Economia Digital.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____.; SANTOS, Ramon Tomazela. Tax Sovereignty and Digital Economy in Post-BEPS Times. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison (ed.). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation. V. 60. The Netherlands. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016.

ROHATGI, Roy. **Basic international taxation**. Richmond Law & Tax, 2005.

ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?** 2010, 246 p. Tese (Livre Docência em Direito Tributário). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade do imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, V. 10, 2006.

RUST, Alexander (Ed.). **Double taxation within the European Union**. The Netherlands. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

SANTOS, Ramon Tomazela. A qualificação dos rendimentos provenientes de instrumentos financeiros híbridos nos acordos internacionais de bitributação. In: **Revista de Direito Tributário Atual**. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 30, 2014.

_____. As pensões nos Acordos Internacionais para evitar a Dupla Tributação da Renda celebrados pelo Brasil – Análise do artigo 18 da Convenção Modelo da OCDE. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 232, São Paulo, janeiro/2015.

_____. O procedimento de negociação dos acordos de bitributação. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.236, 2015.

SASSEVILLE, Jacques. The Future of the Treaty Rules for Taxing Business Profits. In: Canadian Tax Foundation (ed.), **World tax conference Report**, 2000.

SATO, Mitsuo; BIRD, Richard Miller International aspects of the taxation of corporations and shareholders. In: IMF **Staff Papers**, Palgrave Macmillan, V. 22, n. 2, jul. 1975.

SELIGMAN, Edwin R. A. **Progressive Taxation in Theory and Practice**. 2 ed. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 1909.

SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. **Globalization and corporate social responsibility**. Oxford University Press, 2008.

SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). In: **World Tax Journal**, 2009.

_____. Ten Questions about Why and How to tax the Digital Economy. **Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper**, n. 2017-2011, 2017.

_____. Destination-Based Income Taxation and WTO Law: A Note. In: JOCHUM, Heike, et al (eds.) **Practical Problems in European and International Tax Law**. Books IBFD, 2016.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. In: **Bulletin for International Taxation**, v. 69, n. 12, 2015.

_____. **Direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Imposto de Renda e o Comércio Eletrônico**. Internet - O direito na Era Virtual. Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados. São Paulo, 2000.

_____. O Princípio Arm's Length em um Panorama Internacional. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). **Tributos e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, vol. 4, 2013.

_____. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

SENGUPTA, D.P. Chapter 16: India. In: MAISTO, G (ed.). **New Trends in the Definition of Permanent Establishment**. Books IBFD, 2019.

SHAHEEN, Fadi. International tax neutrality: reconsiderations. **Va. Tax Rev.**, v. 27, 2007.

SHEPPARD, Lee A. Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes. In: **Bulletin of International Taxation**, vol. 72, 2018.

_____. International/OECD/European Union/United States - Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes. In: **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, 2018.

SHAY, Stephen E.; FLEMING JR, J. Clifton; PERONI, Robert J. The David R. Tillinghast Lecture-What's Source Got to Do with it-Source Rules and US International Taxation. **Tax L. Rev.**, v. 56, 2002.

SILVA, De Pácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Edição. Editora Forense. 2007.

SILVA, Pedro Eduardo Pinheiro. **Sistema Tributário: Constituição Econômica e Justiça Social**. 2010. f. 245. Tese. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SIMMA, B.; MULLER, A.T. Exercise and Limits of Jurisdiction. In: CRAWFORD, J.; KOSKENNIEI (ed.). **The Cambridge Companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

STATISTA. **Big data market forecast worldwide from 2011 to 2026, by segment**. 2015. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/255970/global-big-data-market-forecast-by-segment/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

STEINBERGER, Helmut. Sovereignty. In: BERNHARDT, R (ed.). **Encyclopedia of Public International Law**. Amsterdã: North-Holland, 1987.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado. Vol I – Parte Geral*. São Paulo: RT, 1986.

TADMORE, Niv. Source Taxation of Cross-Border Intellectual Supplies – Concepts, History and Evolution into the Digital Age. **Bulletin for International Taxation**, V. 61, n. 1, 2007.

TAPSCOTT, Don. **The digital economy: Promise and peril in the age of networked intelligence**. New York: McGraw-Hill, 1996.

TILBERY, Henry. **A tributação do ganho de capital nas vendas de participações societárias pelas pessoas físicas**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

TING, Antony. iTax-Apple's international tax structure and the double non-taxation issue. In: **British Tax Review**, n. 1, 2014.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo Malheiros Ed. 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRAVERSA, Edoardo; RICHELLE, Isabelle. Belgium in The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation. In: LANG, Michael, *et al* (ed.). **The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation**. IBFD European and International Tax Law and Policy Series. V. 8. Online Books, IBFD, 2017.

UN. Commentaries on the Articles of the United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries. In: **Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries**. 2017.

_____. Santa Clara Estates Case (Supplementary Claim). **Reports of International Arbitral Awards**. V. IX, 2006. Disponível em: <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/455-460.pdf> Acesso em: 06 set. 2019.

UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. **Report on France's Digital Service Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974**. 2019. Disponível em: <[https://ustr.gov/sites/default/files/Report On France's Digital Services Tax.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report%20On%20France%27s%20Digital%20Services%20Tax.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2020.

URINOV, V. The Rubik Model: An Alternative for Automatic Tax Information Exchange Regimes?, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2015; PISTONE, P. Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic, In: **Bull. Intl. Taxn.** Journals IBFD, 2013.

VALENTE, Piergiorgio. International. Taxless Corporate Income: Balance against White Income, Grey Rules and Black Holes. **European taxation**, v. 57, n. 7, 2017.

VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação das leis tributárias**. Robens Gomes de Sousa (trad). Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A. s.d. (título original: Natura ed interpretazione delle leggi tributarie. Padova: CEDAM, 1932).

VASCONCELLOS, Roberto França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part I). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988.

_____. Worldwide vs. source taxation of income A review and re-evaluation of arguments (Part II). In: **Intertax**, v. 16, n. 11, 1988.

_____. Worldwide vs. Source Taxation of Income: a review and re-evaluation of arguments (Part III). **Intertax**, V. 16, n. 11, 1988.

_____.; ENGELSCHALK, Michael, et al. **Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OCDE-,UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to german treaty practice**. 3.ed. Netherlands: Kluwer law international, 1997.

WILDE, Maarten de. Tax jurisdiction in a digitalizing economy; why ‘online profits’ are so hard to pin down. **Intertax**, v. 43, n. 12, 2015.

WILDHABER, Luzius. Sovereignty and International Law. In: MACDONALD, Ronald St John (ed.); JOHNSTON, Douglas Millar (ed.). **The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

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

ZILVETI, Fernando Aurélio. **Capacidade contributiva e mínimo existencial**. In: COSTA, Alcides Jorge [et.al]. **Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética:IBDT, 1998.