

Política tributária internacional: OCDE, BEPS e Brasil

Como deve se posicionar o setor industrial brasileiro?

Romero J. S. Tavares

Os últimos anos foram particularmente turbulentos na política tributária internacional, e as empresas brasileiras que competem globalmente navegam através desta turbulência carregando o peso extra do sistema tributário brasileiro. A crise econômica mundial de 2009 culminou em um ambiente internacional complexo e instável, em que há uma combinação explosiva de déficits orçamentários nos países desenvolvidos e acirramento contínuo de uma “competição tributária” entre países para atração de empresas e geração de empregos. Essa competição se revela particularmente agressiva para atrair atividades de pesquisa e desenvolvimento, principalmente nos setores de alta tecnologia,

afetando, todavia, todos os setores econômicos e, em especial, as cadeias globais de produção industrial.

Tal competição ocorre em escala global, e é particularmente notável na Europa. Historicamente, países de porte pequeno que se destacam por sua infraestrutura, localização vantajosa e/ou oferta de mão de obra (como a República da Irlanda na Europa e a Cingapura na Ásia) oferecem regimes tributários favoráveis de modo transparente (alíquotas reduzidas para o setor industrial, benefícios relevantes para atividades de pesquisa e desenvolvimento etc.).

Porém, outros tantos países operavam ou operam na Europa

Romero J. S. Tavares é advogado em São Paulo, Consultor da Confederação Nacional da Indústria (CNI) em Política Tributária, Mestre em Administração de Negócios Internacionais pela University of Detroit (Michigan, EUA), e Doutorando em Tributação Internacional pela Wirtschaftsuniversität Wien (Áustria).

sistemas pouco transparentes ou opacos, por exemplo, por meio da concessão de “regimes especiais” nos quais a substância econômica exigida ou o nível de atividade (geração de empregos, investimento em ativos tangíveis) seria irrelevante. Esses países nitidamente se disponibilizavam para a interposição artificial em cadeias internacionais de transações financeiras ou comerciais, e ofereciam suas redes de tratados internacionais para evitar a dupla tributação, de modo a permitir a não tributação definitiva de resultados efetivamente gerados em (e “desviados” de) outros países, fenômeno que passou a ser denominado “dupla não tributação”. Tais países muito pouco ou nada diferem dos ditos “paraísos fiscais”, países sem mercado interno, sem oferta de mão de obra, sem participação na cadeia produtiva, sem funções e atividades que não sejam a interposição artificial. A artificialidade e a falta de transparência de regimes “nocivos” passaram a ser notórias e mobilizaram a comunidade internacional e a opinião pública nos países desenvolvidos desde a crise de 2009.

Note-se que qualquer receita tributária atraída a países com regimes “nocivos” (opacos e artificiais), por menor que seja, é incremental ao tesouro destes, e desproporcionalmente redutora do tesouro nacional das economias de “destino”, onde as atividades econômicas “reais” se desenvolvem e há participação efetiva nas cadeias produtivas de valor. Países com regimes “nocivos”, contudo, ao longo dos anos, atraíram volumes significativos de divisas e reservas internacionais.

Políticas e práticas tributárias de diversos países se distanciaram. Houve um recrudescimento da defesa do interesse nacional (geração de empregos e proteção da base tributária) em cada país, e, conseqüentemente, um incremento na agressividade e litigiosidade dos sistemas tributários de diversos países, quer por razões políticas (diante do maior escrutínio da opinião pública), quer por razões orçamentárias. Pode-se concluir que o confronto entre as políticas tributárias nacionais e a reforma de políticas tributárias internacionais passou a ser um novo campo de enfrentamento comercial, de luta por crescimento econômico e recuperação pós-crise, para além da recomposição de bases tributárias.

É notório que os países que podem oferecer ambientes produtivos e atraentes buscam melhorar suas políticas tributárias para aproximar investimentos e empregos, e para manter competitivas as empresas globais sediadas em suas fronteiras. As maiores economias adotam políticas que fomentam a competitividade de suas empresas, seja de modo mais ostensivo e direto, como no Reino Unido, seja de modo estável como na Alemanha, ou de modo mais sutil como no Japão, ou ainda de modo tortuoso e indireto, como nos Estados Unidos da América (EUA). Paralelamente, atuam em conjunto para coibir as práticas e regimes tidos como nocivos e artificiais e disponíveis principalmente nos países de menor porte. Nesta atuação conjunta, negociam de modo ferrenho para refinar e sofisticar as normas e diretrizes internacionais de preços de transferência (*transfer pricing*), em especial no

que diz respeito à avaliação de ativos intangíveis e de receitas oriundas do desenvolvimento e da exploração de tais ativos intangíveis.

Foi com estes objetivos que, entre julho e setembro de 2013, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o G-20 uniram forças para iniciar o maior projeto de Reforma Tributária Internacional da história, para combater o que foi intitulado *Base Erosion and Profit Shifting* — Erosão de Base Tributária e Desvio de Lucros — (BEPS). O Projeto BEPS resgata e revigora muitos dos conceitos e objetivos antes explicitados no Relatório da OCDE de 1998 sobre Práticas Tributárias Nocivas (*Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue* que define critérios para identificação de *Harmful Tax Practices*) e o trabalho do Fórum da OCDE instituído com enfoque no desenvolvimento de políticas que diminuam tais práticas, porém inova em diversos aspectos.

O momento político e apoio internacional ao Projeto é absolutamente inédito – muito embora seja visível o desalinhamento dos EUA em diversos aspectos do Projeto, o que poderia reduzir a amplitude ou o impacto de alguns dos seus objetivos, ou mesmo resultar na redução de investimentos norte-americanos na Europa ou motivar a adoção pelos EUA de novas políticas de incentivo. Há um senso nos EUA de que a base tributária objeto do BEPS é primariamente formada por lucros de empresas norte-americanas acobertados pelo diferimento (quicá exacerbado) da tributação norte-americana.

A regra geral brasileira de tributação anual dos lucros operacionais ativos não distribuídos e reinvestidos em atividades econômicas reais no exterior continua a ser prejudicial ao Brasil e às empresas brasileiras

Sendo assim, novos critérios ou políticas pós-BEPS que “atrairiam” ou redirecionariam tais lucros e base tributária para países da Europa Continental, ou mesmo para economias emergentes como China e Índia, seriam detrimenais aos interesses norte-americanos (tanto das empresas quanto do tesouro).

O PROJETO BEPS

No decorrer do último ano, o Projeto BEPS foi alardeado por alguns representantes do governo brasileiro como a prova de que o sistema tributário brasileiro em matéria de tributação internacional seria mais sofisticado que o dos países desenvolvidos, que o sistema de política tributária internacional desenvolvido pela OCDE seria inferior ao brasileiro, e que, de certo modo, como resultado do Projeto BEPS, haveria uma “convergência” que faria com que o mundo, em um futuro próximo, viesse a se parecer mais com o Brasil.

Assim, antes de se discorrer sobre o que é o Projeto BEPS, é importante frisar o que o Projeto BEPS não é:

- o Projeto BEPS não rejeita em absoluto o método da “tributação no destino” (método da isenção ou territorialidade) de rendas ativas ou operacionais recomendado pela OCDE e pela Organização das Nações Unidas (ONU) para fomentar a internacionalização de empresas e o desenvolvimento econômico;
- o Projeto BEPS não se refere à crítica do modelo americano de

“tributação na origem” (método do crédito do imposto estrangeiro, tributação de base universal) com diferimento de tributação de rendas ativas ou operacionais;

- o Projeto BEPS não concluirá que o sistema brasileiro de “substituição tributária na origem” é benéfico ou recomendável a qualquer país, nem utilizará tal sistema como modelo ou exemplo de combate às práticas nocivas ou às distorções a serem coibidas pela OCDE;

- o Projeto BEPS não tem por foco as alíquotas de tributação de renda praticadas em diferentes países, nem definirá como nocivos os regimes que utilizam alíquotas relativamente baixas;

- o Projeto BEPS não rejeita o Princípio de Comparação (de Preços ou Lucros) em Bases Comutativas — *Arm's Length Principle* (ALP) por meio de análise econômica e funcional como instrumento jurídico e diretriz de preços de transferência.

Ou seja, que esteja claro que a existência do Projeto BEPS de modo algum representa um reconhecimento tácito de que as políticas tributárias brasileiras no que diz respeito a transações internacionais são adequadas ou razoáveis. A regra geral brasileira¹ de tributação anual dos lucros operacionais ativos não distribuídos e reinvestidos em atividades econômicas reais no exterior continua a ser prejudicial ao Brasil e às empresas brasileiras. O Brasil é o único país

¹ Instituída pelo Artigo 74 da Medida Provisória (MP) nº 2.158-35/2001 que alterou o Artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, e essencialmente mantida nos termos da MP nº 627/2013 convertida na Lei nº 12.973/2014 (muito embora a nova Lei tenha reestruturado significativamente os mecanismos de aplicação desta regra).

do mundo que não distingue o lucro operacional, ativo, reinvestido em países transparentes e de relevância na cadeia produtiva, do eventual lucro especulativo, passivo, e improdutivo acumulado em países opacos e paraísos fiscais. Assim, continua sendo o único país que trata todos os lucros auferidos no exterior por suas empresas como se fossem os lucros “desviados” que são objeto do Projeto BEPS. O Brasil trata a regra como exceção e a exceção como regra – ainda que a muito custo tenha concedido um regime temporário de “trégua” que permite evitar a carga adicional do tributo no Brasil para alguns setores econômicos por meio de um “crédito presumido”² de 9% (relativamente eficaz desde que a alíquota incidente no exterior seja superior a 25%, o que deixa de fora mercados importantes como o do Reino Unido, e diversos países do Oriente Médio por exemplo, e desconsidera necessidades de reinvestimento de caixa em atividades produtivas no exterior e no Brasil). O regime “alterado” deverá vigorar no Brasil enquanto o Projeto BEPS estiver em discussão. Vê-se que o problema e a solução não poderiam ser mais incoerentes ou desconexos.

O Projeto BEPS em resumo, almeja:

- coibir de modo consistente o uso de empresas e estruturas “de papel”, artificiais, deslocadas das atividades econômicas, e dos regimes tributários nocivos que as acobertam (*Cash Boxes* e *IP Boxes*);
- reduzir inconsistências jurídicas conceituais que resultam em

inconsistências de tratamento de operações financeiras ou pessoas jurídicas (estruturas ou instrumentos “híbridos”);

- exigir o aperfeiçoamento consistente das regras de tributação de rendas passivas inclusive por presunção, enfatizando a necessidade de substância econômica de atividades operacionais (incrementar a eficácia de regras *Controlled Foreign Corporations* (Conselho Federal de Contabilidade (CFC));
- aperfeiçoar de modo consistente as normas e diretrizes de *transfer pricing* para dar maior refinamento ao Princípio *Arm’s Length*, especialmente no que diz respeito a ativos intangíveis. O objetivo é obter maior alinhamento do reconhecimento de lucros com as jurisdições onde se desenvolvem funções e atividades de criação de valor (desenvolvimento e uso dos ativos intangíveis em vez do mero financiamento de atividades de pesquisa e da mera propriedade jurídica de patentes).

Visão Geral do Projeto BEPS

A OCDE e o G-20 trabalham com um grupo impressionante que inclui os 34 membros da OCDE, outros oito países membros do G-20 (Brasil, China, Índia, Rússia, África do Sul, Indonésia, Arábia Saudita e Argentina), e Colômbia e Letônia (que devem ingressar na OCDE), um total de 44 países participantes no Projeto, que representam mais de 90% da economia mundial.

Ademais, a OCDE e o G-20 atuam em parceria com a ONU

no Projeto BEPS, e assim consultaram no último ano 1980 outros países em desenvolvimento sobre aspectos diversos do Projeto. Lograr qualquer tipo de consenso político com um grupo tão diverso, especialmente em matéria fiscal, é absolutamente notável e histórico, e é o que tem ocorrido em maior ou menor escala neste Projeto.

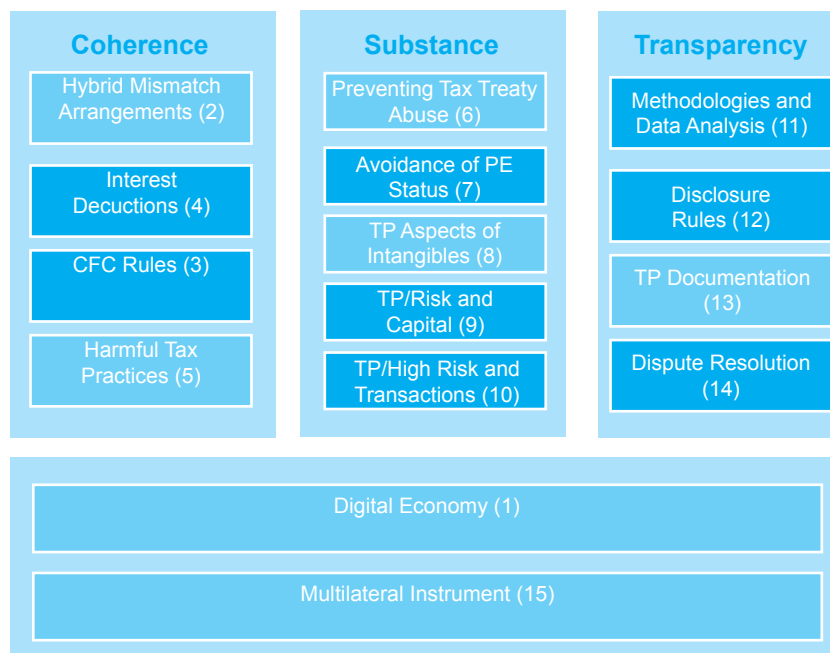
Vê-se que são quinze “Ações” (*Actions*) absolutamente complementares, treze das quais que desenvolvem em paralelo (ainda que com vários temas correlatos), e duas que lhes servem de base, que informam e incluem todas as demais.

Os trabalhos em todas as ações se iniciaram em 2013, sendo que os primeiros Relatórios finalizados no dia 16 de setembro de 2014 foram sobre a Economia Digital (*Action 1 Addressing the Challenges of the Digital Economy*) e sobre a viabilidade de um Instrumento Multilateral para implementar as alterações significativas no direito internacional que devem resultar do Projeto BEPS (*Action 15, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*). Este Instrumento Multilateral deve alterar os mais de 3 mil tratados bilaterais que tratam dos temas objeto desta Reforma Tributária Internacional, e as conclusões do Projeto como um todo devem motivar alterações no Modelo de Convenção da OCDE e nos seus Comentários e Diretrizes. Houve consenso entre os países no sentido de que tal Instrumento ou Acordo Multilateral é *viável e desejável* para lograr a implementação consistente, eficiente e eficaz da Reforma, o que é o primeiro (grande) passo para realização deste inovador Acordo Multilateral.

² Nos termos da Lei nº 12.973/2014 em vigor até 2022 e restrito aos setores de produção de alimentos e bebidas, e de construção civil, a ser estendido para os demais setores industriais.

É essencial para o equilíbrio do sistema internacional que os países tenham regimes que tributem o lucro especulativo, passivo e improdutivo acumulado em países opacos e paraísos fiscais, e que tais regimes sejam consistentes tanto quanto possível

A OCDE ilustra o Projeto BEPS por meio de três pilares sobre duas bases



Já quanto à Economia Digital, o Relatório foi extremamente feliz em suas conclusões no sentido de que não há como isolar (*ring fence*) parte da economia ou determinado setor como objeto de regras tributárias internacionais “especiais”.

O setor de alta tecnologia se caracteriza, sobremaneira, pelo alto valor atribuível aos seus ativos intangíveis, e da consequente “mobilidade” de lucros ou base tributária que pode resultar da aplicação das regras atuais.

Porém diversos outros setores da economia “tradicional” apresentam as mesmas características, pois o valor do conhecimento (e conseqüentemente o valor dos ativos intangíveis) e o uso da tecnologia da informação e de interface digital são hoje características determinantes do sucesso empresarial em diversos setores. Assim, todas as conclusões das demais ações do Projeto BEPS serão aplicáveis à (e informadas por fatos que se depreendem da observação da) dita Economia Digital.

Igualmente, o Relatório salienta que em transações “digitais” diretas com consumidores (*downloads* de conteúdo virtual, obras protegidas por direitos autorais, *software* etc.), os países deveriam considerar a imposição de tributo sobre consumo (*Value-Added Tax* ou *VAT*) *no destino*, conclusão consistente com a política da União Europeia (UE) neste tema (a aplicação de *VAT* no destino e não na origem será a regra na Europa a partir de 2015).

No mesmo dia 16 de setembro passado, foram publicadas *minutas* do Relatório sobre Práticas Fiscais Nocivas (Ação 5) e dos Instrumentos sobre Operações Híbridas (Ação 2), sobre Abuso de Tratados (Ação 6), sobre Preços de Transferência de Intangíveis (Ação 8), e sobre Documentação de Preços de Transferência (Ação 13). Todos os relatórios e minutas entregues representam o consenso das delegações dos 44 países e estão em vias de aprovação pelos líderes de tais países. Diversas

outras minutas estão neste momento em fase de conclusão e publicação e o objetivo da OCDE é concluir todos os Relatórios e estudos técnicos entre setembro e dezembro de 2015. Assim, será possível iniciar as negociações dos termos de implementação do Acordo Multilateral, que instrumentará a efetiva execução da Reforma Tributária Internacional entre 2016 e 2017.

Coerência

Diversas “Ações” dizem respeito a coordenação e harmonização de tratamento fiscal entre países distintos (Ação 2 *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Ação 4 *Interest Deductions*, Ação 3 *CFC Rules*, e Ação 5 sobre *Countering Harmful Tax Practices More Effectively taking into account Transparency and Substance*).

Visam evitar a artificialidade de Operações Híbridas (Ação 2), operações financeiras estruturadas que exploram diferenças entre o direito civil ou comercial e o direito tributário de diferentes países, e coibir o abuso de Deduções de Juros (Ação 4). Tais operações ocorrem em regimes por meio dos quais, por exemplo, obrigações são reconhecidas como juros dedutíveis no país pagador e como dividendos isentos no país receptor (ou sujeitos a tributação reduzida em estruturas artificiais e regimes opacos), ou onde uma obrigação gera múltiplas deduções. As recomendações destas ações buscam a coerência por meio da permissão da tributação no país receptor dos “dividendos” deduzidos como juros na fonte pagadora (exceção à regra geral de isenção em vigor em tais países nos termos

de Tratado para evitar a dupla tributação e/ou de direito interno), ou da vedação à dedução de juros na fonte pagadora quando o pagamento for tratado como isento no país receptor ou quando houver multiplicidade de deduções de uma única despesa.

Evitam coibir a exploração de regimes do tipo *Patent Boxes* (Ação 5 sobre *Harmful Tax Practices*) por meio dos quais a propriedade jurídica de ativos intangíveis (propriedade de marcas e patentes) é explorada em jurisdição onde não são desempenhadas funções econômicas relevantes (além da disponibilidade de capital para adquirir o ativo ou para financiar seu desenvolvimento “a risco”), e que não tributa o recebimento de *royalties*. Adicionalmente, oferecem rede de tratados que usualmente beneficiam os *royalties* de reduções de alíquotas de imposto de renda retido em outros países que são fontes pagadoras dos *royalties*, e que sejam dedutíveis integralmente do imposto de renda da pessoa jurídica de tais países-fontes. Ou seja, ocorre a “dupla não tributação” da renda através de estrutura artificial oferecida pelo país receptor dos *royalties*. As recomendações desta Ação buscam a coerência na identificação de atividades e funções “substanciais”, que criam valor, com a localidade onde os lucros são reconhecidos. A Ação 5 sugere a adoção de uma regra de alocação na fonte produtora de renda a partir de teste de substância ou de “nexo”, em que os regimes de tributação favorecida só poderiam ser aplicados na medida e na proporção dos dispêndios qualificados nas atividades e funções geradoras de valor.

Por fim, no que diz respeito à coerência, é essencial para o equilíbrio do sistema internacional que os países tenham regimes que tributem o lucro especulativo, passivo e improdutivo acumulado em países opacos e paraísos fiscais (Ação 3 sobre *CFC Rules*), e que tais regimes sejam consistentes tanto quanto possível. Esses regimes seriam regras específicas antiabuso e “antidiferimento” inspirados pelo desenho original do modelo norte-americano, com potencial câmbio de método (*switch over*) do regime territorial para o de crédito.

Vale salientar que o regime norte-americano de regras antidiferimento teve sua eficácia significativamente reduzida a partir de 1997 e também durante as administrações de George W. Bush e de Barack Obama, que na prática permite a empresas norte-americanas diferir o reconhecimento nos EUA de rendas passivas e permite o acúmulo de lucros no exterior não necessariamente reinvestidos em atividades produtivas. Esta situação danosa à economia mundial (e de certo modo motivadora do Projeto BEPS) ocorre enquanto os EUA discutem se manterão a alíquota americana nos níveis atuais (superior à média OCDE) e o regime de diferimento com crédito do imposto estrangeiro (tributação na origem) ou se adotarão o padrão mais comum nos países OCDE de tributação no destino ou territorialidade. Assim, os EUA praticam efetivamente uma territorialidade “velada”, mais complexa e mais agressiva que a dos demais países OCDE, sem limitações eficazes ao uso por empresas norte-americanas de Práticas Tributárias Nocivas no exterior.

O Projeto BEPS revigora as iniciativas de busca por maior transparência e compartilhamento ou “troca” de informações entre as autoridades fiscais de diferentes países

Substância

Diversas ações se concentram na análise da substância econômica de cadeias produtoras de valor de grupos econômicos e buscam revisar conceitos denexo de produção e avaliação de renda. Essa revisão conceitual orienta-se por uma maior ênfase no reconhecimento da geração de valor e da produção de renda através do desempenho de atividades humanas, de funções na cadeia produtiva, e por uma menor ênfase no reconhecimento da geração de valor através da disponibilidade ou estrutura de capital financeiro intragrupo, da estrutura jurídica de capital intragrupo, e da assunção contratual de riscos intragrupo.

No que diz respeito ao direito dos tratados (Ação 6, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*) é notável e inovador que se tenha chegado a um consenso de *standard* para redefinição de requerimento mínimo de *substância e propósito* dos tratados: é esperado que o preâmbulo dos tratados seja alterado para definir que a aplicação destes não deve se prestar ao abuso e à artificialidade para resultar em dupla não tributação (quer seja por meio do novo Acordo Multilateral que será negociado, quer seja pelo texto da nova Convenção Modelo da OCDE para tratados bilaterais que serão concluídos e/ou renegociados pós-BEPS). Além da alteração do preâmbulo, regras específicas (tais como uma regra mais sofisticada de Limitação de Benefícios) ou regras gerais antiabuso podem vir a ser incorporadas no texto dos tratados bilaterais.

Vale salientar, novamente, que, diferentemente do que se pode alegar no Brasil, esta nova orientação não limitará a aplicação do método de territorialidade (ou isenção) ou do uso do tratado como um todo simplesmente por se verificar, por exemplo, que um dividendo advém de país de baixa tributação, ou que lucros se acumulam e são reinvestidos em países de baixa tributação, ou que cadeias de participação societária se observam. O novo *standard* não limitará os benefícios do tratado em estruturas em que se verifica substância econômica, em que se observam atividades geradoras de renda e de valor condizentes com a função de cada pessoa jurídica, e não segregará resultados por pessoa jurídica de modo a desrespeitar as relações de propriedade de participações societárias, de nexotributário, ou de preços de transferência. Ou seja, em uma cadeia societária em que há segregação e complementaridade de atividades na geração de valor, havendo atividade humana suficiente e condizente com a situação de cada parte, não há por que se supor que haveria limitação de benefícios, artificialidade ou abuso de tratados, nos termos do Projeto BEPS. As alterações e limitações servirão, sim, para coibir as práticas artificiais e nocivas e uso de empresas “caixas-postais”, objeto das demais ações do Projeto.

No que diz respeito à substância em *Transfer Pricing* (Ação 8, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*), as minutas enfatizam a criação de valor por meio do desempenho de atividades, e buscam limitar os retornos alocáveis para a disponibilidade de capital financeiro intragrupo, tema que se observará ainda mais nas Ações 9 e 10.

Não há, em absoluto, o abandono do Princípio *Arm's Length* em favor de um regime de alocação de lucros com base em vendas, ativos e folha de pagamento (*Formulary Apportionment*) como defende uma corrente minoritária de doutrinadores e autoridades fiscais, nem muito menos uma aproximação das normas brasileiras de métodos transacionais com margens de lucro fixadas por lei e sem base em análise econômica ou funcional. Ao contrário, almeja-se o refinamento do Princípio *Arm's Length*, seja pela redefinição de parâmetros de comparabilidade de margens de retorno de investimentos ou custo de capital, seja pela aplicação de método de *Repartição de Lucros (Profit Split)*. Esse é um dos métodos aplicáveis segundo o Princípio *Arm's Length*, com base em estudo econômico e análise funcional que considera a contribuição na geração de valor dos ativos e capital empregado, das funções e atividades exercidas, e dos riscos empresariais assumidos e gerenciados.

Caso se verifique capital financeiro “excessivo”, inconsistente com as atividades desempenhadas diretamente pela pessoa jurídica detentora de capital (que seria incapaz de gerir seus próprios riscos por ser artificial e desprovida de pessoal qualificado), tal capital faria jus apenas a um retorno de baixo risco (rendimento de juros ou renda fixa), e o eventual excedente seria alocável às jurisdições onde o risco seria efetivamente administrado e onde os ativos intangíveis seriam efetivamente desenvolvidos e utilizados. Ademais, o Projeto BEPS aponta para adoção em escala mundial da política norte-americana de avaliação *ex post* do valor de ativos intangíveis

transferidos — *Commensurate With Income (CWI) Standard* —, política particularmente eficaz para adequar valores de transferência de ativos intangíveis de difícil avaliação, com recaptura de lucros de modo retroativo.

Essas recomendações apontam a direção das políticas a serem desenvolvidas no decorrer dos próximos meses. Pode-se antever sem dificuldade a aplicação direta e imediata das políticas sugeridas para coibir situações absolutamente artificiais (*Cash Boxes, Patent Boxes*, empresas caixas-postais), onde não há substância alguma, assim como a globalização do critério CWI ao qual já se sujeitam as empresas norte-americanas. Porém estruturas mais relevantes em operação atualmente não tendem a ser absolutamente artificiais e nem se limitam pela aplicação do critério CWI. Na verdade, tais estruturas segregam atividades e funções reais, relevantes, substanciais, e de difícil avaliação, para causar a criação de valor e de ativos intangíveis nas jurisdições escolhidas. Sendo assim o trabalho a ser desenvolvido nos próximos meses e anos é absolutamente essencial para garantir a eficácia das políticas tributárias internacionais propostas, com a amplitude desejada.

Em termos atuais, porém, pode-se concluir que: havendo substância econômica para além da propriedade do capital investido em outras sociedades ou em atividades segregadas (ou seja, havendo atividades de gestão de cadeia produtiva, tomada de decisão e gestão de riscos, inclusive de investimento em pesquisa e desenvolvimento, gestão de tesouraria etc., para além do capital e da assunção

contratual de riscos), tal substância seria suficiente para evitar a desconsideração de estruturas ou do uso de tratados.

Transparência

Toda a Reforma Tributária Internacional, ora em curso, depende de maior cooperação intergovernamental e de maior acesso a informações de contribuintes. Assim, o Projeto BEPS revigora as iniciativas de busca por maior transparência e compartilhamento ou “troca” de informações entre as autoridades fiscais de diferentes países. No âmbito do Projeto, este pilar e as iniciativas correlatas da OCDE reforçaram-se também diante do relativo sucesso da política norte-americana *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, em vigor desde 2010, e das soluções encontradas no âmbito do FATCA para lidar com requerimentos de sigilo fiscal que diferem entre os países.

A principal iniciativa comentada nas minutas de 16 de setembro passado diz respeito aos Relatórios *Orientação sobre Preços de Transferência Documentação e País-por-País declarante (Ação 13, Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting)*. Haveria a divulgação e troca de informações automáticas entre os países de dados relevantes de cada contribuinte, incluindo descrição de operações e políticas de *transfer pricing* em todo mundo, e um relatório que lista, país por país, as receitas (identificando as oriundas de transações com terceiros *versus* partes relacionadas), lucros ou perdas antes do imposto de renda, impostos pagos, capital subscrito e lucros acumulados,

O fisco brasileiro possui grande volume de informações que é desejado pelos mais diversos fiscos estrangeiros e poderiam ser mais bem utilizadas na negociação de acordos de proteção de investimentos, acordos comerciais, e/ou acordos para evitar a dupla tributação

número de empregados, e ativos tangíveis (exceto caixa e equivalentes). Caso torne-se, de fato, uma recomendação no relatório final, representará um avanço significativo para as autoridades fiscais em sua atividade de monitoramento de riscos em *transfer pricing* e também um risco de quebra de sigilo fiscal (potencialmente com implicações comerciais estratégicas) e um ônus adicional relevante de *compliance*.

Outras iniciativas relevantes são objeto das demais ações sob este pilar, sendo certo que o grande volume de informações de que dispõe o fisco brasileiro sobre as operações no país de empresas brasileiras e estrangeiras são desejados pelos mais diversos fiscos estrangeiros. Assim, dentro ou fora do Projeto BEPS, o Brasil continuará a ser peça-chave no “quebra-cabeças” de análise de cadeias globais de valor efetuada pelos mais diversos países. Estas informações de que dispõe o Brasil poderiam ser mais bem utilizadas na negociação de acordos de proteção de investimentos, acordos comerciais, e/ou acordos para evitar a dupla tributação (e não apenas serem oferecidas por meio de acordos de troca de informações fiscais que pouco agregam ao fisco brasileiro).

CONCLUSÃO

O ponto de partida do Projeto BEPS foi, sem dúvida, o clamor popular sobre as operações internacionais de empresas norte-americanas como *Google*, *Facebook*, *Twitter*, *Starbucks*, dentre outras marcas de apelo ao consumidor que foram amplamente expostas na imprensa internacional e que operam modelos de negócios

em que o valor é gerado pelo desenvolvimento e exploração de ativos intangíveis (marcas e patentes etc). O fenômeno não é novo, porém ganhou maior dimensão ao ser explorado por empresas de alta tecnologia, do setor que passou a ser rotulado como “economia digital”. Passou a ser de conhecimento público que essas empresas auferem receitas em todos os grandes países onde há um mercado consumidor relevante, porém acumulam a maior parte dos seus lucros em países menores, onde se localizam a propriedade de seus ativos intangíveis e a partir de onde financiam suas atividades, com maior ou menor substância econômica. Tais mercados consumidores são economias poderosas (EUA, Reino Unido, França, Alemanha etc.) onde os consumidores-eleitores e os governos sofrem sobremaneira os efeitos da Crise de 2009, e as autoridades fiscais já tinham conhecimento de que estruturas semelhantes já eram utilizadas há tempos nos setores mais diversos (farmacêutico, por exemplo).

Tornou-se evidente que os métodos de avaliação e repartição das receitas geradas pela exploração de ativos intangíveis desenvolvidos pela OCDE há décadas carecem de atualização e de maior sofisticação. A economia evoluiu, as multinacionais se tornaram “metanacionais”, empresas com funções globalizadas, e com atividades e riscos distribuídos quase que de modo orgânico, e assim evoluíram os modelos de negócios e as cadeias globais de geração de valor. Por isso, regras precisavam ser reformadas, como pretende fazer a OCDE através do Projeto BEPS.

Proliferaram-se regimes “nocivos” de *Cash Boxes* e *Patent Boxes*, empresas “de papel” interpostas em operações internacionais sem atividades econômicas ou funções relevantes, dentre outros regimes opacos existentes principalmente na Europa, e multiplicaram-se os países que se prestaram a ser paraísos fiscais para atrair divisas e gerar empregos apenas para contadores, bancários e advogados. A resposta do Projeto BEPS é vincular o reconhecimento da “fonte produtora de renda” ou base tributável à substância econômica das atividades de geração de valor, das funções desempenhadas e do controle e gerenciamento do risco empresarial, e não da simples disponibilidade de capital financeiro e mera assunção contratual de riscos entre partes relacionadas.

Em outros países que também possuem mercados consumidores relevantes, em especial na China que se desenvolveu como “fábrica do mundo” e que hoje desempenha funções e atividades diversas de criação de valor nas cadeias produtivas multinacionais, e na Índia que sempre se apresentou como “celeiro de talentos” na área de pesquisa e desenvolvimento, o clamor popular da Europa soa como música para os ouvidos das autoridades fiscais. As autoridades buscam por meio do BEPS e da revisão do Princípio *Arm’s Length* incrementar o peso de fatores econômicos que se verificam em suas fronteiras (exploração do mercado consumidor e de mão de obra, contribuição na pesquisa e desenvolvimento) e assim trabalham não apenas dentro do Projeto BEPS como também em suas políticas e práticas nacionais para defender maior reconhecimento de lucro tributável

em suas jurisdições, o que pode levar a um incremento no grau de litigiosidade nessas economias e reconsideração de lucros em tais jurisdições (em detrimento, por exemplo, do Brasil).

Novamente, vale frisar que o Projeto BEPS não rejeita o método da “tributação no destino” (método da isenção ou territorialidade) de rendas ativas ou operacionais recomendado pela OCDE e pelas Nações Unidas para fomentar a internacionalização de empresas e o desenvolvimento econômico. Para as empresas multinacionais brasileiras, diante do significativo progresso do Projeto BEPS, resta atuar nas seguintes frentes:

- com a OCDE na conclusão dos trabalhos, para evitar que a reforma de conceitos ora em curso leve a um ambiente de maior litigiosidade e dupla tributação em países diversos e de interesse para o Brasil, tais como China e Índia (dentre outros);
- com os EUA para garantir que eventuais respostas ao Projeto BEPS sejam benéficas para as empresas brasileiras ali instaladas com atividades relevantes;
- com o governo brasileiro para coordenação da atuação perante a OCDE e países emergentes principalmente do G-20;
- com o governo brasileiro e o Congresso Nacional para o desenvolvimento de políticas defensivas e voltadas ao interesse nacional, que resguardem a competitividade das empresas multinacionais brasileiras, e que também atraiam mais investimentos para o Brasil pós-BEPS.