

Coordenadores
Marcus Lívio Gomes
Luís Eduardo Schoueri

Coordenação da Cátedra UERJ:
Ricardo Lodi Ribeiro

Coordenação da Cátedra VALE:
Octavio Bulcão Nascimento
Ana Carolina Coelho
Renata Ribeiro Kingston

A TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL NA ERA PÓS-BEPS:

SOLUÇÕES GLOBAIS E PECULIARIDADES DE
PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Vol I - Relatório Geral e Coerência

Ana Paula Braga Saunders
Clara Gomes Moreira
Débora Alexandroni Mare
Diogo de Andrade Figueiredo
Diogo Ferraz Lemos Tavares
Durval Portela
Edgar Santos Gomes
Elidie Palma Bifano
Felipe Senges Pereira
Frederico A. Fonseca
João Dácio Rolim
Kristal Heine Schneeweiss

Luís Cesar Souza de Queiroz
Luís Eduardo Schoueri
Luis Gustavo Carmona Sanches
Marcus Lívio Gomes
Paulo Penteado de Faria e Silva Neto
Phelippe Toledo Pires de Oliveira
Rafael Capanema Petrocchi
Rafael Dinoá Mann Medeiros
Ramon Tomazela Santos
Renata Cunha S. Pinheiro
Renata Emery
Renata Ribeiro Kingston
Sergio André Rocha

A TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL NA ERA PÓS-BEPS:

SOLUÇÕES GLOBAIS E PECULIARIDADES DE
PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Vol I - Relatório Geral e Coerência

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Piliatti	Geraido L. M. Prado	Lúcio Antônio Chamon Junior
Alexandre Bernardino Costa	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luigi Bonizzato
Alexandre Moraes da Rosa	Gisele Cittadino	Luis Carlos Alcoforado
Ana Alice De Carli	Gustavo Noronha de Avila	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Beatriz Souza Costa	Gustavo Senéchal de Goffredo	Manoel Messias Peixinho
Bleine Queiroz Caúla	Helena Elias Pinto	Marcellus Polastri Lima
Caroline Regina dos Santos	Jean Carlos Fernandes	Marcelo Ribeiro Uchôa
Daniele Maghelly Menezes Moreira	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Márcio Ricardo Staffen
Diego Araujo Campos	João Carlos Souto	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Emerson Garcia	João Marcelo de Lima Assafim	Ricardo Lodi Ribeiro
Firly Nascimento Filho	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.	Roberto C. Vale Ferreira
Flávio Ahmed	José Emilio Medauar	Sérgio André Rocha
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Josiane Rose Petry Veronese	Victor Gameiro Drummond
Frederico Price Grechi	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Sidney Guerra

Conselheiro benemerito: Marcos Jurueña Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andréya Mendes de Almeida Scherer Navarro	Caio de Oliveira Lima
Antonio Carlos Martins Soares	Francisco de Assis M. Tavares
Artur de Brito Guerreiros Souza	Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - n° 446 -
7° andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro - Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

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

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

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

Coordenadores
Marcus Lívio Gomes
Luís Eduardo Schoueri

Coordenação da Cátedra UERJ:
Ricardo Lodi Ribeiro

Coordenação da Cátedra VALE:
Octavio Bulcão Nascimento
Ana Carolina Coelho
Renata Ribeiro Kingston

A TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL NA ERA PÓS-BEPS:

SOLUÇÕES GLOBAIS E PECULIARIDADES DE
PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Vol I - Relatório Geral e Coerência

Ana Paula Braga Saunders
Clara Gomes Moreira
Débora Alexandroni Mare
Diogo de Andrade Figueiredo
Diogo Ferraz Lemos Tavares
Durval Portela
Edgar Santos Gomes
Elidie Palma Bifano
Felipe Senges Pereira
Frederico A. Fonseca
João Dácio Rolim
Kristal Heine Schneeweiss

Luís Cesar Souza de Queiroz
Luís Eduardo Schoueri
Luis Gustavo Carmona Sanches
Marcus Lívio Gomes
Paulo Penteadado de Faria e Silva Neto
Phelippe Toledo Pires de Oliveira
Rafael Capanema Petrocchi
Rafael Dinoá Mann Medeiros
Ramon Tomazela Santos
Renata Cunha S. Pinheiro
Renata Emery
Renata Ribeiro Kingston
Sergio André Rocha

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2016

Copyright © 2016 by Marcus Lívio Gomes
Luís Eduardo Schoueri

Categoria: Direito Privado Financeiro e Tributário

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e
Peculiaridades de Países em Desenvolvimento./ Marcus Lívio Gomes, Luis
Eduardo Schoueri (Coodenadores.). - 1. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris,
2016.

392 p. : il ; 21 cm. (Relatório Geral e Coerência. Vol. 1)

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8440-573-2

1. Direito Tributário. 2. Transpaência Fiscal. 3. Projeto BEPS. I. Gomes,
Marcus Livio. II. Schoueri, Luís Eduardo. III. Título. IV. Serie I.

CDD - 341.39

Sumário

Relatório do Projeto de Pesquisa Coletiva “Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)”	1
<i>Marcus Lívio Gomes</i>	
O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar	29
<i>Luís Eduardo Schoueri</i>	
A Ação 2 do Projeto BEPS da OCDE e seus Possíveis Efeitos no Brasil	55
<i>Diogo Ferraz Lemos Tavares</i>	
<i>Durval Portela</i>	
<i>Elidie Palma Bifano</i>	
<i>Luis Gustavo Carmona Sanches</i>	
<i>Rafael Capanema Petrocchi</i>	
Dividendos ou Juros? Empréstimo ou “Repo”? Arranjos ou Entidades? Conflitos no Tratamento Fiscal dos Pagamentos por Estruturas Híbridas	97
<i>Débora Alexandroni Mare</i>	
Instrumentos Financeiros Híbridos e a Arbitragem Fiscal Internacional – As Considerações de Política Fiscal na Ação n. 2 do Projeto BEPS	119
<i>Ramon Tomazela Santos</i>	
A Qualificação dos Juros sobre Capital Próprio nos Tratados Brasileiros e o Entendimento Firmado pelo STJ nº REsp 1.200.492 em Matéria de PIS e COFINS.....	145
<i>Renata Emery</i>	

O Projeto BEPS da OCDE e o Plano de Ação n. 3:
Fortalecimento das Regras de CFC..... 175

Luís Cesar Souza de Queiroz
Ana Paula Braga Saunders
Renata Cunha Santos Pinheiro

O regime de transparência fiscal instituído pela
Lei nº 12.973/2014 e o Action Plan n. 3 do Projeto BEPS da OCDE... 197

Marcus Lívio Gomes
Renata Ribeiro Kingston
Renata Cunha Santos Pinheiro

São as Regras Brasileiras de Tributação de Lucros Auferidos
no Exterior “Regras CFC”? Análise a Partir do Relatório
da Ação n. 3 do Projeto BEPS..... 225

Sergio André Rocha

A Transparência Fiscal Brasileira e o Plano de Ação n. 3:
Considerações sobre a Adequação do Modelo Adotado
pelo Brasil como Mecanismo de Combate ao BEPS e de
Fomento à Competitividade das Empresas Brasileiras no Exterior 241

Diogo de Andrade Figueiredo

O Plano de Ação n. 4 do Projeto BEPS da OCDE – Limites
à Erosão da Base Tributária através da Dedução de Juros
e outras Compensações Financeiras 267

Edgar Santos Gomes
Rafael Dinoá Mann Medeiros
Felipe Senges Pereira

A Ação n. 4 do Projeto BEPS e a Possível Introdução de mais
um Critério de Dedutibilidade de Juros na Legislação Brasileira 283

Phelippe Toledo Pires de Oliveira

Dedutibilidade de Juros e Outros Pagamentos Financeiros -
A Ação n. 4 do BEPS sob a Ótica dos Países em Desenvolvimento..... 309

Paulo Penteado de Faria e Silva Neto

BEPS: Desafios Nacionais na Adoção dos Padrões
Internacionais de Transparência Fiscal e Troca de Informações 333

Kristal Heine Schneeweiss

O Plano de Ação n. 5 do BEPS sobre as Patent Boxes
e a troca de Informações em Matéria Tributária: Análise
de Casos e Repercussões no Direito Tributário Brasileiro..... 347

João Dácio Rolim
Frederico A. Fonseca

Combate às Práticas Fiscais Danosas e a Soberania
Fiscal dos Estados 365

Clara Gomes Moreira

O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar

Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Introdução

Se a aceleração do processo de globalização tem sido, justificadamente, motivo de júbilo da parte daqueles que veem na integração de economias e diminuição de fronteiras um fator para o crescimento econômico e para o desenvolvimento social, a existência de Estados encarregados da promoção de objetivos nacionais impõe a dura realidade da necessidade de recursos financeiros suficientes para custear exigências crescentes. No modelo de Estado Fiscal (*Steuerstaat*), a tributação surge com a justificação do financiamento da atuação dos entes públicos. Seus limites jurídicos se apresentam nos Ordenamentos nacionais, encarregados de assegurar, em maior ou menor grau, os direitos dos contribuintes (SCHOUERI, 2011; SCHOUERI, 2015a, pp. 23-37). A facilitação da circulação de pessoas e capitais, entretanto, surpreende como novo limite às pretensões tributárias dos Estados nacionais. O incremento na gama de possibilidades para a estruturação dos modelos operacionais das empresas, sobretudo, das multinacionais implica também os modelos operacionais próprios de cada país cederem lugar a modelos globais, cujas estruturas são baseadas em escala regional e mundial (OCDE, 2013, p. 7).

A redução de recursos disponíveis para a tributação vem sendo conhecida pelo acrônimo BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting* – que procura indicar, de um lado, a redução da base tributária (i.e.: dos recursos sujeitos à tributação) e, de outro, a translação de lucros de grupos multinacionais para jurisdições cuja tributação seja mais favorável ao detentor da riqueza.

A constrição da base tributária é fenômeno que se explica pela conjunção de diversos fatores. A responsabilidade dos próprios Estados não pode ser negada, pois em muitos casos os contribuintes nada mais fazem, senão valerem-se de alternativas que os ordenamentos tributários apresentam, seja de modo explícito (incentivos fiscais os mais variados), seja em virtude de falhas e lacunas, paradoxalmente surgidas em virtude do excessivo detalhamento das legislações. Ademais, não se pode perder de vista terem os Estados deixado de lado os objetivos de transparência da política tributária, afastando o clima de previsibilidade e segurança jurídica, requisitos indispensáveis para a atuação sadia da iniciativa privada (SCHOUERI e BARBOSA, 2013). Desestimulada esta, a consequência imediata é a ainda menor base econômica para a tributação. Some-se, por fim, a opacidade dos gastos públicos, e ter-se-á criado um clima de antagonismo entre Estado e contribuinte, tornando improvável qualquer cooperação entre ambos.

Em feliz passagem, OWENS (2013, p. 156) cunhou a expressão “analogia militar” (“*military analogy*”) para se referir à atuação pretérita das administrações tributárias dos Estados frente à evasão tributária: *identify the target (evaders), take them out*. Em que pese o autor utilize a analogia para descrever uma realidade que entende estar se modificando, vez que as administrações estariam migrando para um sistema que entronizaria a prevenção, o Projeto BEPS demonstra-nos que a analogia remanesce útil.

A mentalidade militar reinante não deixa de se revelar no que concerne às recentes movimentações que se presenciam no cenário internacional: identificado o inimigo (empresas multinacionais), parte-se para alianças (entre Estados), desenvolvendo-se uma estratégia (não por acaso, denominada “Plano de Ação”), coordenadas por um Alto Comando (tarefa delegada pelo G20 à OCDE). O objetivo declarado não é a destruição do inimigo, mas sua sujeição à *pax* a ser imposta pelos vencedores. Eventuais baixas de guerra (desaparecimento de empresas, redução de empregos e, conseqüentemente, de receitas tributárias) deixam-se explicar pela mesma lógica. As alianças, por sua vez, duram apenas até que se alcance o objetivo de guerra: vencida esta, cada qual segue seu caminho, não sendo de se estranhar, daí, que o comprometimento de cada parte esteja limitado por visões individuais antagônicas. O pós-guerra não pode ser desprezado e cada parte aliada deseja sair em posição melhor, desprezando, daí, os interesses legítimos dos demais envolvidos.

A falha do modelo teórico assim concebido é imediata: baseia-se em raciocínio causalista, que faz crer que cada fenômeno tenha uma causa, bastando

eliminar a última para que se afaste o indesejado. Como visto, BEPS se explica por uma série de fatores, muitos deles de responsabilidade dos próprios Estados. A estratégia militar não se compatibiliza com o reconhecimento das próprias falhas, imputando-se ao inimigo a origem de todas as mazelas.

O presente estudo apresenta, de modo sumário, as propostas trazidas pela OCDE em seu Plano de Ação, visando a identificar, no Plano Estratégico, o inimigo a ser combatido. Em seguida, examinam-se o arsenal (ações) e seu potencial destrutivo. A análise identificará que alguns aliados são preservados pelo Alto Comando (não por acaso, aqueles que o controlam), enquanto outros poderão ser sacrificados. A conclusão apresentará uma crítica à visão militar, propondo a alternativa da cooperação como único meio para se ter a paz duradoura.

1. O Surgimento do Plano Estratégico: *Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*

A pedido dos ministros de finanças do G20, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) apresentou, em reunião realizada nos dias 19 e 20 de julho de 2013, o *Base Erosion and Profit Shifting Action Plan* (“Projeto BEPS”), a fim de combater a erosão fiscal e a transferência de lucros para jurisdições de baixa tributação.

O símile com um Plano Estratégico apresentado por um Alto Comando militar é inevitável. De início, identifica-se o inimigo. Neste sentido, explica o relatório de apresentação do Projeto BEPS (OCDE, 2013, pp. 7-8), o intenso crescimento da economia digital, além de permitir que os negócios tenham várias atividades produtivas longe da localização de seus clientes, também teria contribuído para que especialistas explorassem os limites do planejamento tributário, proporcionando às multinacionais mais confiança na tomada de posições fiscais audaciosas (não surpreendentemente, identificadas pelo Alto Comando como “agressivas”). Conseqüentemente, as multinacionais conseguem reduzir de forma significativa a sua carga tributária, o que, segundo o relatório, teria gerado tensão social relativa a questões de justiça tributária. Resultado: a erosão da base tributária e a transferência de lucros (BEPS) acabariam por prejudicar os governos, os contribuintes e os negócios.

Num passo seguinte, passam a ser analisadas as batalhas até então travadas e as razões por que não foram vitoriosas. Assim, anota-se que embora os padrões

internacionais tenham buscado resolver os conflitos gerados pela integração dos regimes tributários nacionais, respeitando a soberania dos Estados, lacunas continuariam a existir (OCDE, 2013, p. 9). Ou seja, ainda que, em muitos casos, as regras atuais tanto nacionais quanto internacionais devessem conduzir a resultados “corretos”, que não dariam origem ao BEPS, haveria deficiências nas normas vigentes que criariam oportunidades para que rendimentos gerados por operações transnacionais não fossem tributados em lugar nenhum ou ficassem indevidamente sujeitos a tributações bem baixas (OCDE, 2013, pp. 9-10).

Em síntese, o diagnóstico identificado pelo Alto Comando conduz à necessidade de uma aliança, em oposição aos esforços de guerra unilateralmente adotados pelas potências belicosas. Afirma-se que as deficiências acima apontadas, juntamente com a falta de uma ação internacional coordenada, poderiam induzir, por parte de alguns Estados, a tomada de medidas unilaterais (OCDE, 2013, p. 10). Isso, porém, geraria insegurança jurídica e dupla tributação não remediada. Dessa forma, para assegurar a soberania tributária dos países e evitar o agravamento da atual conjuntura, o Projeto BEPS defende ser essencial o consenso entre os Estados com relação às ações a serem tomadas (OCDE, 2013, p. 10), as quais devem balizar as novas regras internacionais a fim de garantir a coerência na tributação dos rendimentos transnacionais (OCDE, 2013, p. 13).

Defendida a aliança, é o momento de se reconhecer que a existência de um inimigo comum não implica uma total comunhão de interesses. Em verdade, a análise mais detida do Projeto demonstra que, em muitos casos, concretizou-se aliança em torno de assunto sobre o qual existe polarização. Daí a necessidade de se regrar, de antemão, o fruto da pilhagem. Afinal, se desde os mais remotos tempos se reconhece ao vencedor o direito de se apossar dos bens (e, em tempos antigos, mesmo da pessoa) do vencido, não poderia ser diferente num cenário de combate ao BEPS. É por isso que o Relatório nota o receio de alguns países em relação a como as regras internacionais repartirão as jurisdições tributárias entre os Estados da Fonte e os Estados de Residência. Diante de tais preocupações, a OCDE afirma que o Projeto BEPS não se destina diretamente a mudanças aos padrões internacionais de atribuição de jurisdição para tributar, mas concentra-se no combate ao BEPS (OCDE, 2013, pp. 10-11). Conforme se verá, este posicionamento, que indica cautela na construção da aliança militar, pode vir a enfraquecer a própria estratégia eleita já que, num cenário de guerra, baixas são inevitáveis, não sendo adequado de antemão assegurar que não haverá perdas.

O sucesso de qualquer Plano Estratégico depende do conhecimento de seus objetivos. De acordo com o Projeto BEPS, o foco não seria rechaçar todo e qualquer tipo de não tributação ou de tributação reduzida, mas combater aquelas “associadas a práticas que segregam artificialmente os rendimentos tributáveis das atividades que os geram” (OCDE, 2013, p. 10). Ou seja, o Projeto BEPS pretende, a partir de mudanças nos padrões internacionais, reajustar a tributação no intuito de restaurar os efeitos e os benefícios pretendidos pelas regras internacionais, as quais não teriam acompanhado o ritmo do desenvolvimento dos negócios (OCDE, 2013, p. 13).

Definido o objeto, passa o Plano Estratégico a definir propriamente os passos a serem tomados dali em diante. Assim, o Projeto BEPS identifica 15 (quinze) ações necessárias para enfrentar a erosão da base tributária e a transferência de lucros, estabelecendo prazos e identificando recursos necessários e a metodologia adequada para a implementação dessas ações (OCDE, 2013, p. 11).

Não deixa de ser notável a afirmação de que essas ações teriam como premissas a transparência, a segurança jurídica e a previsibilidade para o setor privado (OCDE, 2013, p. 14). É bem verdade, porém, que esses pressupostos foram entendidos como sinônimo de *pressa*, pois os prazos estabelecidos para a publicação das ações foram de, no máximo, pouco mais de dois anos (OCDE, 2013, pp. 24-25). Se no papel o Plano Estratégico parece funcionar, a realidade da guerra não tarda a demonstrar que muitos invernos serão enfrentados pelos exércitos aliados, cabendo ao Alto Comando notar que não basta, para vencer a guerra, contar com alto poder de fogo da artilharia (representada pela edição de leis): também a infantaria, representada pelas autoridades tributárias, será necessária para as lutas corpo-a-corpo; a engenharia construirá pontes e outras vias (tratados multilaterais) para a marcha do exército, sem falar na intendência, a quem caberá assegurar o tempestivo suprimento de recursos (trocas de informações).

2. As Frentes de Batalha Definidas: as Ações de Combate ao BEPS

É na apresentação das Ações que o Projeto BEPS descortina sua estratégia. Utiliza-se a expressão “holística” para caracterizar o Projeto, a revelar que as batalhas não podem ser compreendidas, senão no contexto do todo da guerra que se encerra. Assim, um mesmo campo pode ser atacado por diversas frentes, as-

sim entendidas as Ações, o que implica ver-se frustrada a crítica a qualquer das Ações isoladas, sem que se veja a atuação conjunta. Numa batalha com diversas frentes, cabe ao Alto Comando assegurar a harmonia dos ataques, sendo a ação concertada requisito para o sucesso da empreitada. De igual modo, algumas lacunas que a análise de uma Ação, isoladamente, possa identificar deverão de ser supridas por outras Ações. A estratégia baseada em ataque simultâneo carrega o óbvio risco de que a falha em qualquer das frentes possa colocar em risco todos os demais batalhões.

Não é objetivo deste estudo detalhar o estudo de cada uma das Ações. Basta que se apontem algumas fraquezas que, se não corrigidas, acabarão por colocar em risco a abordagem holística proposta pelo Projeto BEPS.

2.1. Ação 1 – Abordar os Desafios Fiscais da Economia Digital

De um ponto de vista estrito, os desafios da economia digital não se confundem com BEPS, embora seja inegável que o ambiente digital potencialize as oportunidades de planejamento tributário internacional. Com efeito, aqueles desafios surgem exatamente em virtude da constante inovação tecnológica, onde novas realidades, antes não concebíveis, tornam-se corriqueiras, exigindo do legislador agilidade para se adaptar às novas formas de negócio. Questões sobre qualificação de rendimentos, coleta e análise de dados e atribuição de lucros proporcionados pela economia digital. (OCDE, 2015a, p. 158) tornam-se relevantes.

Tratando-se de negócios antes inconcebíveis, não é próprio falar em erosão da base tributária, já que a ideia de erosão pressupõe a preexistência de uma base, desaparecida a partir de uma prática a ser combatida. Daí que os desafios da economia digital vão além da preservação das bases tributárias, caminhando – para se manter o paralelo militar – para a conquista de novos territórios. Desnecessário dizer que tais conquistas não se fazem em jogo de soma zero: os contribuintes tendem a buscar alternativas para preservar seu território longe do poder de fogo do conquistador. Este, por sua vez, necessita do desenvolvimento de novas armas, capazes de atingir distâncias antes inimagináveis. É esse, em síntese, o teor da Ação 1 do Projeto BEPS.

Em tal contexto, o Projeto BEPS afirma ser necessário analisar os diferentes modelos de negócios e as suas constantes mudanças a fim de ter uma melhor

compreensão dos instrumentos de criação de valor neste setor (OCDE, 2013, p. 14). Dessa forma, o objetivo da Ação 1 não é apenas identificar as principais dificuldades impostas pela Era da Informação na aplicação das normas tributárias internacionais, mas também desenvolver opções detalhadas para solucionar esses problemas, adotando uma abordagem ampla e considerando ambas as tributações, direta e indireta (OCDE, 2013, p. 15).

Em 5 de outubro de 2015 foi publicado o relatório da Ação 1, o qual, dentre outras coisas, rechaça a possibilidade de se dar tratamento distinto (“*ring-fencing*”) à economia digital em relação ao restante da economia em razão de aquela estar se tornando a própria economia (OCDE, 2015a, p. 73 e 157). Essa conclusão merece aplauso, já que tem a seu favor a evidente busca da igualdade concorrencial. Esta exige que aqueles que atuam em um mesmo mercado sejam submetidos a regras similares, o que não pode conviver com regimes tributários distintos. Afinal, é inegável que a economia digital aproxima fornecedores dos consumidores, os quais têm imediato acesso aos produtos, em nada se diferenciando, substancialmente, as compras físicas das virtuais. São as seguintes características-chave da economia digital e seus modelos de negócios apontados como relevantes sob a perspectiva tributária: mobilidade (com relação a intangíveis, usuários e atividades econômicas); dependência de dados; a difusão de modelos de negócios multilaterais; tendência ao monopólio e ao oligopólio; e volatilidade devido às baixas barreiras para a entrada no mercado e também em razão do rápido desenvolvimento tecnológico (OCDE, 2015a, p. 157).

Possivelmente o tema mais sensível identificado em uma das conclusões presentes nesse Relatório Final é o próprio questionamento sobre a adequação dos elementos de conexão hoje vigentes. Isso porque, ao reduzir a necessidade de presença física, torna-se possível indagar se as regras que nela se baseiam continuam adequadas (OCDE, 2015a, p. 147). Essa questão, se não resolvida no âmbito do próprio Planejamento Estratégico, poderá inviabilizar a própria batalha, diante do impasse dos exércitos aliados, todos temerosos de abrir mão de terrenos já conquistados. A história das guerras revela que nem sempre a tomada de territórios é motivo de comemoração, podendo antes tornar-se um transtorno, se não planejada (impossível não se lembrar do fracasso napoleônico na frente russa). Do mesmo modo, ao se assegurarem as conquistas na economia material, deixam-se de lado os vastos e férteis terrenos da economia digital, cuja conquista exige que se sacrifique parte dos terrenos antes tomados. No âmbito do BEPS, deve-se ver que se os Estados fincam o pé nos atuais cri-

térios de tributação, baseados na presença física (estabelecimento permanente) e ao mesmo tempo se propõem a não conferir tratamento diverso ao comércio virtual, então a própria tributação da economia virtual se torna inviável.

Mais adequado seria estabelecerem-se novos critérios para a tributação, desvinculados da presença física em um território e, uma vez definidos, estendê-los ao comércio real. Não por outro motivo, o estranhamento da doutrina em relação à inserção, no âmbito do Projeto BEPS, da questão da alocação de jurisdição sobre a tributação na economia digital, é patente (BRAUNER e BAEZ, 2015, pp. 4-5; HONGLER E PISTONE, 2015, p. 2). Afinal, por que há de ser tratado como abusivo o comportamento do contribuinte em ambiente acerca do qual não existem regras definidas?

No que se refere à economia digital, mais importante que a observância de regras por parte dos contribuintes é a alocação de jurisdição entre os Estados. A ausência de comunhão de interesses entre os membros do G20 a esse respeito é notória.

Assim, a Ação sobre economia digital torna evidente que os países acabaram por forjar uma aliança sem cuidarem antes dos conflitos entre os aliados. O resultado é que ao lado da guerra travada com o inimigo comum, outra disputa, sobre a qual a Ação 1 é reticente, trava-se entre os aliados em torno do poder de tributar dos Estados. Este é um prélio *entre* Estados. Tendo-se por verdadeiro anacronismo a exigência de presença física para que se possa falar em tributação (BRAUNER e BAEZ, 2015, p. 4), resta negociar quais seriam os novos elementos de conexão, aptos a garantir ao Estado da Fonte sua parcela de jurisdição sobre a economia digital. Somente após estabelecida a alocação de jurisdição é que se poderá proceder à formulação de regras cujo escopo seja impedir o comportamento abusivo por parte dos contribuintes.

A esse respeito, resta claro que, ao legar à OCDE – que ainda é, indubitavelmente, o “clube dos países ricos” (BRAUNER, 2014, p. 59) – a tarefa de elaborar o Plano de Ação, parte dos países do G20 entregou a missão de elaborar sua tática de guerra ao Alto Comando, que não tem compromisso com o pós-guerra; é dizer, a repartição dos frutos da vitória não será decidida a partir dos esforços ou interesses de todos os envolvidos, mas segundo os critérios definidos por alguns Estados, mesmo que em detrimento dos aliados que foram fundamentais para a vitória. Tem-se por evidente, portanto, que o resultado de tal Ação será a subjugação de alguns Estados por outros, ou a inefetividade dos trabalhos desenvolvidos, por ausência de consenso em torno de seus fundamen-

tos. A inação, por outro lado, beneficia o Alto Comando, razão pela qual se tem grande incentivo à formulação de uma estratégia inviável ou de alcance restrito.

2.2. Ação 2 – Neutralizar os Efeitos dos Instrumentos Híbridos

Se a ideia de coordenação é essencial para o Plano Estratégico, a Ação 2 enfatiza os efeitos de sua carência: sendo cada Estado livre para esquadriñar suas regras tributárias, não causa surpresa a falta de harmonia entre elas, implicando qualificações diversas para um mesmo instrumento ou estrutura societária. Ingressa-se no pantanoso terreno dos instrumentos híbridos. A Ação 2 descreve a erosão da base tributária a partir de binômios como dupla dedução ou dedução/não tributação, propondo o desenvolvimento tanto de dispositivos no modelo para acordos de bitributação quanto recomendações referentes à criação de normas nacionais para neutralizar os efeitos dos instrumentos e entidades híbridos. Assim, a Ação 2 pode incluir: (i) alterações na CM-OCDE de forma a impedir a utilização de instrumentos híbridos para a obtenção de benefícios indevidos através dos tratados; (ii) normas nacionais que obstem a isenção ou a não contabilização de pagamentos dedutíveis pelo pagador; (iii) dispositivos legais domésticos que proibam uma dedução a título de um pagamento que não seja incluído como renda do seu beneficiário e que não esteja sujeito à tributação conforme as regras CFC ou similares; (iv) regras domésticas que neguem uma dedução a título de um pagamento o qual também é dedutível em outra jurisdição; (v) se necessário, diretrizes sobre coordenação ou critérios de desempate, em eventos que mais de um Estado procure aplicar tais normas a uma operação ou a uma estrutura. Ademais, o Projeto BEPS enfatiza que conquanto seja difícil apontar os países que perderam receitas tributárias em razão de as leis internas das partes envolvidas terem sido observadas, há uma diminuição do montante global de impostos pagos por todos esses Estados, o que é danoso à concorrência, à eficiência econômica, à transparência e à equidade (OCDE, 2013, pp. 15-16).

Publicado em 2015, o Relatório Final é dividido em duas partes. Enquanto a primeira contém recomendações para alterações na legislação doméstica, a segunda parte estabelece diretrizes para mudanças na CM-OCDE (OCDE, 2015b, p. 11). A regra primária que é recomendada na primeira parte refere-se à situação de negar a dedução relativa a determinado pagamento na medida em

que ele não é incluído como renda tributável do beneficiário presente na outra jurisdição ou também é dedutível nesse Estado-Contratante. Ao mesmo tempo, a segunda parte afirma que instrumentos híbridos não podem ser usados para obter benefícios indevidos através dos acordos de bitributação e, conseqüentemente, as regras propostas na primeira parte não podem ser obstadas pelos tratados (OCDE, 2015b, p. 12).

Não deixa de ser interessante, sob a ótica militar que ilumina o Projeto BEPS, contemplar o fenômeno descrito na Ação 2 e as medidas sugeridas. Afinal, conquanto o Relatório BEPS insista em apontar o contribuinte como agente causador do BEPS, este apenas se dá em virtude da falta de harmonia entre os sistemas tributários. É dizer: exércitos aliados trocam tiros e sofrem baixas, sem que o inimigo comum necessite de outro esforço, além de se proteger das rajadas e trilhar vias traçadas por seus próprios algozes.

Complexa, em tal cenário, a tarefa do Estado Maior, ao impor a coordenação. Implica exigir que um dos exércitos deixe de dar tiros, confiando exclusivamente no poder de fogo de seu aliado. O dilema está justamente na confiança que se tem na competência do outro. Exige-se que um Estado conheça os sistemas tributários de tantos outros Estados quantos forem os de onde provêm investidores, a fim de negar uma dedução, por exemplo, se o rendimento não for tributável no Estado onde se encontra o beneficiário. A tarefa hercúlea pressupõe elevadíssimo grau de troca de informações e, de todo modo, tende a se ver frustrada. Afinal, a complexidade dos sistemas tributários é fato por demais comezinho para ser ignorada pelo Alto Comando. Se mesmo para consultores tributários não é raro haver dúvida quanto a se determinado tipo de rendimento está, ou não, sujeito à tributação (o que sempre depende da análise da situação concreta do contribuinte), que dizer de um Estado estrangeiro, não familiarizado com tais regras e sem acesso aos dados do contribuinte? Seria necessário que, a cada dedução autorizada em um Estado, fosse feita uma auditoria pelo Estado do beneficiário, a quem caberia informar se o rendimento foi, ou não, tributado. Evidentemente, nem mesmo os autores do Projeto BEPS poderiam acreditar possível tal tarefa. À falta de tal procedimento, entretanto, o que se terá, no máximo, é a identificação de uma ou outra estrutura favorecida. Movem-se tropas, dão-se alguns tiros e canta-se a vitória, sem perceber que o inimigo permanece intacto.

A tal dilema some-se a própria desorganização imposta aos exércitos nacionais, que passam a ter comportamentos diferentes conforme os sinais dados pe-

los aliados. É dizer, contribuintes em situação equivalente sofrem tratamentos diversos (dedução ou não dedução de uma despesa) motivados pela forma como outros contribuintes (os beneficiários dos rendimentos) são tributados em outras jurisdições. Não é difícil imaginar que Judiciários nacionais, se chamados a examinar o tema, poderão entender violada a isonomia tributária. A solução possível é uniformizar e generalizar a indedutibilidade de pagamentos, independentemente do tratamento tributário concedido em outro Estado. Se essa atitude permite conciliar-se com o Princípio da Igualdade, implica um tratamento *igualmente injusto*, ao negar a dedução de despesas necessárias, malferindo o Princípio da Renda Líquida e colocando o país que assim proceder em desvantagem, pela extrema onerosidade de seu sistema tributário. Descartada a hipótese de que todos os sistemas tributários, uniformemente, abram mão de tributar a renda líquida, reabre-se o cenário de competição entre aliados, desfazendo-se a proposta de ordenação que se apresenta como alicerce do Projeto BEPS.

Não menos relevante é perceber que nenhum aliado parece disposto a deixar de considerar o cenário pós-guerra, qual seja: ao dobrar-se às exigências do Alto Comando, um Estado pode vir a desorganizar seu próprio sistema tributário, deixando-o menos atrativo quando finalmente for implantada a *pax*. Não causa estranheza, daí, a desconfiança quanto ao fato de que a Ação 2 adota como medida primária a modificação dos sistemas tributários dos Estados onde estão as fontes dos rendimentos, apenas se considerando alterações nos sistemas tributários das residências dos investidores em âmbito secundário, quase como reação à inação dos primeiros.

2.3. Ação 3 – Reforçar as normas relativas às Sociedades Estrangeiras Controladas (“CFC rules”)

O Relatório OCDE não desenvolveu, como reconhece a própria OCDE, nenhum trabalho relevante sobre as regras CFC. A Ação 3 tem como propósito elaborar diretivas referentes à elaboração de tais regras, já que uma das preocupações do Projeto BEPS é a possibilidade da criação de coligadas não residentes e da transferência de lucros de uma sociedade residente, por meio dessa coligada não residente. Regras CFC têm o efeito de neutralizar as eventuais vantagens obtidas em países de baixa tributação, já que os lucros ali auferidos se veem imediatamente tributados pelo país da controladora. Sua eficácia, ob-

viamente, limita-se aos casos em que o desvio de lucros (*profit shifting*) se faz em sentido vertical descendente, de nada adiantando no caso de transferência para empresas interligadas ou controladoras no exterior. Não surpreende, daí, que várias empresas venham adotando o procedimento denominado “inversão” (“*tax inversions*” - AVI-YONAH (2002) e CRACEA (2013)), de modo a tornar interligadas sociedades antes controladas, afastando-se da legislação CFC.

O Relatório Final da Ação 3 estabelece recomendações divididas em blocos, as quais não formam padrões mínimos, mas procuram garantir que os Estados que as implemente tenham regras que efetivamente impeçam os contribuintes de transferirem lucros para subsidiárias estrangeiras. Os seis blocos que compõem esse relatório são: (i) conceito de uma CFC; (ii) exceções e requisitos mínimos de uma CFC; (iii) definição de renda; (iv) contabilização de renda; (v) alocação de renda; e (vi) prevenção e eliminação da dupla tributação (OCDE, 2015c, pp. 9-10).

Mais uma vez, tem-se ação cuja eficácia parece limitada, pois ao deixar de lado o tema das inversões, acima referido, acaba por tornar atraentes os Estados cuja legislação CFC seja menos rígida. É dizer, o reforço em uma frente de trabalho leva o inimigo a concentrar suas forças em frente mais vulnerável. O Alto Comando não conta com ferramentas para impor seu Plano Estratégico, precisando contar com a boa vontade dos aliados. Não é incomum na história das guerras, marcada por traições e conluios, que alianças sejam rompidas e antigos inimigos acabem por se unir. Não causará espécie, portanto, que um aliado propositadamente reduza seu poder de fogo, a fim de facilitar a fuga do antigo inimigo em sua direção.

2.4. Ação 4 – Limitar a Erosão da Base Tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras

Como bom Plano Estratégico, importa prever que a atuação da artilharia, certamente de largo alcance, seja acompanhada pela movimentação da infantaria, mais dirigida. Assim, se na Ação 2 já se via uma tendência a limitação na dedutibilidade de despesas, a Ação 4 pode ser vista como uma especialização, já que pretende desenvolver orientações relativas às boas práticas para a criação de normas que se propõem a evitar a erosão da base tributária através do uso de despesas de juros e de outras compensações financeiras equivalentes. Por exemplo, impedir a

utilização do recurso a empréstimos de sociedades relacionadas ou terceiras, com o intuito de obter deduções excessivas de juros ou para suportar a produção de um rendimento isento ou diferido. Isso porque a dedutibilidade da despesa de juros poderia gerar aquilo que se quer chamar “dupla não tributação” (expressão, de resto, infeliz, dada a dupla negativa) no caso de investimento estrangeiro e também na hipótese de investimento nacional no exterior. A preocupação referente à dedução das despesas de juros tem relevo em relação a empréstimos de uma entidade coligada, que é favorecida por um regime tributário privilegiado, para criar abundantes deduções de juros para o devedor, sem a inclusão dos rendimentos de juros correspondente pelo titular. Do ponto de vista do investimento nacional no exterior, uma empresa pode se valer do endividamento para financiar a produção de um rendimento isento ou diferido, reivindicando a dedução das despesas de juros ao mesmo tempo em que difere o pagamento do tributo. Em suma, para o Projeto BEPS, as regras sobre a dedutibilidade das despesas de juros devem considerar que o rendimento correspondente aos juros pode não ser completamente tributado, ou que a dívida subjacente pode ser indevidamente usada para reduzir a base da receita do devedor, ou até para financiar uma receita diferida ou isenta (OCDE, 2013, pp. 16-17).

A implementação desta Ação, mais uma vez, não se fará sem que se enfrentem questionamentos nas ordens internas. Além da questão da igualdade, já mencionada, tem-se a própria rejeição do Princípio da Renda Líquida. É certo que muitos ordenamentos parecem aceitar que ao se justificar como norma antiabuso, pode-se admitir que a lei tributária escape dos contornos da capacidade contributiva. No caso brasileiro, entretanto, com a rígida limitação de competências e com um conceito de renda definido pela Lei Complementar, a limitação de despesas necessárias pode ser problemática.

2.5. Ação 5 – Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância

Por meio da Ação 5, o Alto Comando percebe que podem provir dos próprios aliados os principais incentivos para o avanço do inimigo. Este não segue em campo minado, já que recebe um mapa cuidadosamente elaborado de modo a trilhar via segura em direção à vitória. Conquanto a OCDE já tenha publica-

do relatórios a respeito das práticas fiscais danosas, como o relatório intitulado *Harmful Tax Competition* (OCDE, 1998), o Projeto BEPS pretende, pela Ação 5, reformular esses trabalhos já realizados, dando prioridade ao aumento da transparência, sobretudo à troca de informações sobre as normas relativas aos regimes preferenciais, e à obrigação de exigir uma atividade substancial para qualquer regime privilegiado.

A atuação vai além da aliança formal: a Ação 5 objetiva dialogar até mesmo com os países não membros da OCDE a fim de garantir uma abordagem global sobre o assunto. Afinal, segundo o Projeto BEPS, somente através de um consenso internacional sobre o conjunto de normas comuns, será possível impedir a atual competição que tem levado a uma “*race to the bottom*” (OCDE, 2013, pp. 17-18).

2.6. Ação 6 – Prevenir a utilização abusiva dos Acordos de Bitributação

Conforme dispõe o Projeto BEPS, a utilização abusiva dos acordos de bitributação é um dos principais pontos de atenção no que diz respeito às práticas da erosão da base tributária e da transferência de lucros. Por isso, a Ação 6 visa a desenvolver disposições modelo para tratados de dupla-tributação bem como recomendações referentes à criação de normas internas que impeçam a concessão de benefícios previstos nos acordos de maneira inadequada. Ademais, a Ação 6 procura adicionar outro objetivo aos tratados de bitributação, qual seja, impedir que os acordos gerem “dupla não tributação”. Também a Ação tem como escopo identificar critérios de política fiscal que devem ser considerados pelos Estados ao celebrarem acordos de bitributação (OCDE, 2013, pp. 18-19).

Das muitas ressalvas que podem ser feitas com relação a esta Ação, deve-se dar relevância ao fato de que não se encontra clara a noção de abuso, pressuposto da Ação. Afinal, se abuso implica o uso além da finalidade para a qual foi concebido o instrumento, importa indagar, ao menos, se ela foi, ou não, atingida.

Os defensores da repressão ao “*treaty shopping*” entendem que os acordos de bitributação têm a finalidade de afastar a bitributação em bases bilaterais. Pretendem, agora, introduzir a finalidade de evitar a “dupla não tributação”. Deixam de lado, assim, a finalidade primeira dos acordos: promover os investimentos internacionais, oferecendo segurança jurídica. Se esta é uma finali-

dade relevante, então abusiva será a transação que não reflita investimentos; se estes ocorrem, então não há que se falar em abuso, mas mero uso dos acordos de bitributação.

2.7. Ação 7 – Prevenir que o status de Estabelecimento Permanente seja artificialmente evitado

Em muitos casos, as multinacionais fragmentam de maneira artificial as suas atividades entre várias entidades do grupo, a fim de se enquadrar nas exceções ao status de Estabelecimento Permanente (EP) enquanto atividades preparatórias ou auxiliares. Dessa forma, a Ação 7 tem como objetivo atualizar a definição de EP para prevenir abusos, ou seja, impedir que o status de EP seja artificialmente evitado quanto à erosão da base tributária e à transferência de lucros (OCDE, 2013, p. 19).

Não deixa de ser decepcionante o resultado da Ação 7, já que trata de problemas pontuais (agentes e comissários e fragmentação) que, de resto, já vinham sendo satisfatoriamente tratados pelos tribunais, com mera interpretação dos textos vigentes. É dizer, dirige-se um batalhão para território onde não se encontra resistência, desperdiçando-se a oportunidade de um ataque realmente inovador. As lacunas decorrentes da insistência, pela OCDE, em manter o EP como critério para repartição de receitas tributárias remanescem intocadas. Mesmo os pequenos avanços nessa área (estabelecimento de serviços) não são examinados e mantêm falhas facilmente identificáveis. Como exemplo, pode-se mencionar a insistência em adotar-se critério baseado em número de dias com presença física, algo paulatinamente irrelevante para que uma empresa atue em um mercado. A aproximação holística prometida pela OCDE não se vê confirmada nesta Ação, já que se perde a oportunidade de reconhecer que o próprio conceito de EP, enquanto índice de presença no mercado e critério divisor de competências tributárias, deve ser revisto.

2.8. Ações 8, 9 e 10 – Garantir que os resultados dos Preços de Transferência estejam alinhados com a criação de valor

As atuais regras de preços de transferência, baseadas no princípio *arm's length*, não encontraram ainda substituto adequado para a apuração da capacidade con-

tributiva (SCHOUERI, 2015b). A OCDE reconhece-lhes, ainda, a virtude de alocarem, muitas vezes, de forma eficiente e eficaz os rendimentos das multinacionais entre as diversas jurisdições fiscais. Entretanto, aponta não serem raros os casos em que há o uso indevido dessas normas, separando o rendimento das atividades econômicas que o geram e o transferindo para Estados com tributação favorecida. É assim que justifica suas Ações 8, 9 e 10 (OCDE, 2013, pp. 19-20).

Em comum, as Ações revelam a ideologia de seus formuladores, que identificam na criação de valor (*value creation*) o critério para a alocação de receitas tributárias. Se esta ideia dificilmente se contesta, sua conceituação revela simplificação que não parece aceitável. Não há dúvida que, para a criação de valor, as atividades exercidas pelos envolvidos, seus riscos e os ativos empregados sejam relevantes. A fórmula, entretanto, não esgota os fatores relevantes nem tampouco responde ao peso de cada um deles. Basta dizer que deixa de lado a relevância do mercado consumidor, enquanto fator fundamental para a criação de riqueza. Quando se tem em conta que o reconhecimento do mercado implicaria a alocação de base tributável para os Estados onde estão os consumidores (Estado da fonte), ficam evidentes os riscos a que se exporiam os formuladores do Plano Estratégico (majoritariamente Estados de residência) caso este componente fosse adicionado. Mais uma vez, evidencia-se que a aliança tem caráter temporário e o Alto Comando não deixa de lado as relações entre os aliados uma vez derrotado o inimigo comum: importa ter presente o objetivo de não se colocarem em risco os territórios antes conquistados.

A Ação 8 tem como escopo desenvolver normas que impossibilitem a erosão da base tributária e a transferência de lucros através da transmissão de ativos intangíveis entre membros de um mesmo grupo. Desse modo, propõe-se a Ação 8 a: (i) empregar um conceito abrangente e bem delimitado de ativos intangíveis; (ii) garantir que os lucros associados com a transferência e o uso de ativos intangíveis sejam adequadamente alocados em função da criação de valor (conceito, como visto, questionável); (iii) criar normas de preços de transferência ou medidas especiais aplicáveis às transferências de ativos intangíveis de complexa valorização; e (iv) atualizar as orientações referentes às disposições de divisão de custos (OCDE, 2013, p. 20).

Por sua vez, a Ação 9 lida com riscos e capital. Na estratégia militar, destroem-se pontes e vias pelas quais poderia passar o inimigo, de modo a direcioná-lo a campo onde a captura seja mais fácil. Ou seja, essa ação visa elaborar regras que obstem o BEPS através da transferência de riscos entre entidades de um mes-

mo grupo, ou da concessão de uma parcela excessiva do capital a membros de um mesmo grupo. Para esse fim, propõe-se a adoção de normas que impossibilitem que uma entidade concentre retribuições consideradas “inapropriadas” em razão de apenas ter assumido riscos contratualmente ou porque injetou capital. Ademais, os retornos devem ser proporcionais (novamente) à criação de valor (OCDE, 2013, p. 20). Como se vê, nesta Ação se percebe que o padrão *arm's length*, por se basear em critérios de mercado, apenas reflete preços transacionais. A Ação 9 dá um passo adiante, interferindo nas próprias transações, ao interferir na própria liberdade de transferência de riscos ou propriedade.

Por fim, a Ação 10 pretende enfrentar as transações nas quais sociedades independentes raramente ou jamais participariam. Assim, a Ação 10 tem como objetivo elaborar regras de preços de transferência ou medidas especiais para: (i) explicitar as situações nas quais as operações podem ser requalificadas; (ii) esclarecer o emprego de métodos de preços de transferências, em especial na divisão de lucros, sob a óptica das cadeias mundiais de valor; e (iii) se resguardar contra os tipos mais usuais de pagamentos que têm como efeito a erosão da base tributária (e.g., as comissões de gesto e as despesas da sede) (OCDE, 2013, pp. 20-21). Mais uma vez, já não se usa o padrão *arm's length* para valorar transações entre partes independentes: ao contrário, propõe-se desprezarem negócios efetivos, taxando-os de inusuais.

2.9. Ação 11 – Estabelecer Metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenômenos econômicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los

A Ação 11 tem o escopo de garantir informações ao setor de inteligência do Alto Comando. Conforme enunciado no Projeto BEPS, a transparência a vários níveis está intrinsecamente ligada à prevenção da erosão da base tributária e da transferência de lucros. Assim, o desenvolvimento da disponibilidade e da análise de dados relativos ao BEPS é imprescindível. Consequentemente, o próprio monitoramento da implementação do Projeto BEPS se faz necessário. Dessa forma, a Ação 11 procura desenvolver recomendações referentes aos indicativos da dimensão e da repercussão econômica do BEPS, bem como garantir a disponibilidade de instrumentos para monitorar e avaliar a eficácia e o impacto

econômico das diversas ações. Portanto, é mister efetuar um exame econômico sobre a dimensão e o impacto do BEPS e possíveis ações para remediá-lo. Logo, a Ação 11 abrange não só a revisão de um conjunto de fontes de dados existentes, como também a identificação de novos tipos de dados que precisam ser coletados e o desenvolvimento de novas metodologias, porém sempre respeitando a privacidade dos contribuintes e levando em conta os custos para as administrações tributárias e o setor privado (OCDE, 2013, pp. 21-22).

2.10. Ação 12 – Exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo

De acordo com o Projeto BEPS, a transparência também está relacionada com a necessidade de criação de regras de declaração obrigatória de transações, esquemas, ou estruturas tributárias que tenham caráter agressivo/abusivo. Contudo, essas normas precisam ser ponderadas com base nos custos para as administrações tributárias e para o setor privado, a partir da experiência dos Estados que possuem tais regras. Em outras palavras, a Ação 12 cuida da necessidade de disponibilização de informação de maneira tempestiva, orientada e pormenorizada, pois isso é crucial para permitir aos governos detectar mais rapidamente as áreas de risco. Nesse sentido, portanto, medidas cujo objetivo seja melhorar o fluxo de informações sobre riscos para as administrações tributárias ou presentes em programas de cooperação e de conformidade entre contribuintes e autoridades fiscais podem ser bem úteis (OCDE, 2013, p. 22).

A Ação 12 poderia ser vista como uma exceção à estratégia militar que inspira o Projeto BEPS, se contasse com incentivos para que os contribuintes adotassem postura mais transparente em relação às próprias operações. Não obstante, quando se fala em declaração obrigatória, mais uma vez se parte para o confronto e imposição, tornando duvidoso o êxito da empreitada.

2.11. Ação 13 – Reexaminar a documentação de preços de transferência

As medidas de inteligência exigem que os aliados troquem experiências e informações. A aliança não se dá apenas no campo de batalha; muitas vezes, a informação revela-se arma poderosa para a conquista do inimigo. A trans-

parência engloba os preços de transferência e a análise da cadeia de valor. Isso porque um dos grandes problemas relativo a esses temas é a assimetria de informação entre autoridades tributárias e os contribuintes. Desequilíbrio esse que pode solapar a aplicação do princípio da plena concorrência e elevar as chances de BEPS. Ademais, as administrações tributárias têm dificuldade em obter uma visão ampla da cadeia de valor mundial de um contribuinte. Não é à toa, des- tarte, que a Ação 13 visa ao desenvolvimento de normas sobre a documentação de preços de transferência com o intuito de fortalecer a transparência para a administração tributária, levando em conta os custos de conformidade para o setor privado. Logo, isso inclui nas normas a serem elaboradas o requisito de que as multinacionais deverão fornecer aos governos informações relevantes sobre a divisão global dos lucros, sobre as suas atividades econômicas e também os impostos pagos nos vários Estados (OCDE, 2013, pp. 22-23).

2.12. Ação 14 – Tornar mais efetivos os instrumentos de resolução das disputas

Juntamente com as ações para conter o BEPS, há a Ação 14 que alega pre- tender assegurar a segurança jurídica para o setor privado. Para tanto, esta Ação projeta desenvolver soluções para lidar com os obstáculos que impedem os Estados de resolverem disputas relativas aos acordos de bitributação sob o teto do Procedimento Amigável. Esse trabalho também contempla abranger uma cláusula de arbitragem obrigatória e vinculativa para complementar o dis- positivo do Procedimento Amigável (OCDE, 2013, p. 23).

A adoção de arbitragem pode, sem dúvida, contribuir para a segurança ju- rídica e deve ser aplaudida. Importa, entretanto, ver se os Estados estarão dis- postos a submeter-se a tanto. Posto que infundadas (SCHOUERI, 2016), não são comuns restrições a tal procedimento, alegando-se a indisponibilidade do crédito tributário, ou colocando-se em dúvida a imparcialidade dos árbitros.

2.13. Ação 15 – Desenvolver um instrumento multilateral

A Ação 15, revela a atuação da engenharia militar, encarregada de construir ponte para que se possa avançar sobre o território inimigo. Esta ponte aparece na proposta de um Instrumento Multilateral, cabendo à Ação 15 examinar

questões de direito tributário e de direito público internacional que permeiam sua elaboração. Em virtude do grande número de modificações que serão exigidas pelas outras ações do Projeto BEPS, a elaboração de um instrumento multilateral é proposta enquanto uma alternativa inovadora, vez que o elevado número de tratados vigentes pode tornar todo esse processo muito moroso, sobretudo quando os países iniciarem renegociações mais amplas de seus acordos bilaterais. Ou seja, o instrumento multilateral acaba por constituir uma via auspiciosa para corrigir os tratados de bitributação (OCDE, 2013, pp. 23-24).

Como qualquer obra de engenharia, serão os alicerces que determinarão a estabilidade da ponte assim construída. Funda-se o Instrumento Multilateral na construção de um consenso, mas, ao mesmo tempo, percebe-se que este dificilmente será alcançado, admitindo-se que os Estados venham a aderir apenas parcialmente a seus termos. Assim, por exemplo, enquanto alguns Estados adotarão as cláusulas de limitação de benefícios (LOB), outros preferirão aquela que buscará um dos principais propósitos (PPT) e outros, finalmente, seguirão ambas as cláusulas. Se esta característica já aponta para um instrumento poroso, agrava-se a perspectiva quando se considera que acordos de bitributação são instrumentos bilaterais, baseados em concessões mútuas. Por meio de um acordo multilateral, um Estado abrirá mão de posições contratuais conquistadas à custa de diversas concessões, sem ter contrapartida correspondente.

3. À Guisa de Conclusão: Do Antagonismo à Cooperação

A história da Europa ocidental, marcada por guerras contínuas, viveu uma reviravolta quando países destruídos por dois confrontos de proporções mundiais optaram por deixar de lado a lógica do confronto, substituindo-a pela cooperação. Se a Paz de Versailles, imposta aos derrotados, serviu de combustível para a Segunda Grande Guerra, o Tratado de Roma, que deu nascimento à Comunidade Econômica Europeia será visto pelas futuras gerações como marco de uma era que, se não trouxe a paz perene (sem dúvida, conflitos ainda existem, muitos de natureza não bélica), certamente trouxe um progresso memorável, ao tornar evidente que os Estados têm mais a ganhar ao cooperarem uns com outros. A guerra deixava de ser o único meio para a conquista de mercados: estes podem ser alcançados, de forma ainda mais eficiente, a partir da cooperação e da integração econômica.

No que se refere ao BEPS, é surpreendente que igual lógica não tenha sido cogitada: não se encontra, no Relatório BEPS, indicação de mecanismos para que os contribuintes passem a se interessar pelos problemas dos Estados e uns e outros busquem saídas adequadas. Não parece razoável admitir que o universo das empresas que atuam no comércio internacional seja formado por entidades que, visando ao próprio interesse, deixem de lado as necessidades das comunidades nas quais estão inseridas. Ao contrário, se uma regra deve ser estabelecida, esta será no sentido de que as empresas, principalmente as de maior porte, buscam cumprir suas obrigações. Aliás, não é diverso o que se observou no caso do BEPS: não parece ser seu principal foco as empresas que atuam contrariamente às leis; ao contrário, o que se tem, no mais das vezes, são empresas que, atuando dentro dos limites legais, acabam por otimizar sua carga tributária.

Em tal cenário, a lógica do confronto leva os contribuintes à defesa de suas posições. Porque baseadas na legalidade, não há como censurar sua atitude. Aos Estados, resta-lhes mudar as leis, criando-se, daí, um ambiente de extrema mutação legislativa, cujo efeito pernicioso aos investimentos é elementar. Não se olvide, ademais, que o ambiente de confronto não permite ao vencedor tranquilizar-se, já que continuará sob a ameaça de revide do vencido, o que somente se afastaria com seu aniquilamento.

É justamente neste ponto que se revela a necessidade de revisão da lógica militar que reinou na consecução do Projeto BEPS: o aniquilamento do vencido é impossível, já que os Estados dependem da saúde financeira de seus contribuintes, sem o que não há como exercerem sua pretensão tributária. Se é verdade que os contribuintes dependem dos Estados, também estes não podem viver sem o concurso dos primeiros. A necessidade de cooperação se torna imediata.

A cooperação, por sua vez, pressupõe transparência. Não como medida imposta, unilateralmente, por quem detenha mais força: a transparência de todas as partes envolvidas é requisito para que surja a confiança, base de qualquer cooperação. Se os Estados não confiam nos contribuintes, não há razão para que estes se aproximem daqueles. Apenas com a confiança na manutenção das regras do jogo (segurança jurídica) é que se têm investimentos, matéria prima para o surgimento da base tributável.

A cooperação não deve ser feita apenas no sentido vertical (fisco e contribuinte): igual confiança se espera que os Estados tenham, uns nos outros. Não se alcança bom termo quando os Estados têm medo de abrir mão de posições conquistadas no passado. A transparência passa pela revisão de parâmetros ti-

dos por imutáveis, mesmo que contrariando o que se pretende chamar “regime tributário internacional” (AVI-YONAH, 2007). Sem que se ingresse na controvérsia quanto à existência deste, o fato é que ele é descrito a partir da lógica dos países que, até hoje, foram capazes de impor seus interesses na repartição de receitas tributárias. Não é surpresa que a OCDE tenha fincado o pé na tributação pelo Estado da residência e o Projeto BEPS não ponha em discussão esse parâmetro: aberta essa controvérsia, então haverão de ser considerados os interesses e as legítimas pretensões dos países em desenvolvimento, em sua maioria países importadores de capital. A falta de argumento para manter o *status quo*, conquistado mais pela predominância econômica de seus defensores que pela lógica de seus fundamentos, leva o Projeto BEPS a abrir mão da discussão. À desejada transparência opõe-se a opacidade de conquistas passadas levadas a cabo longe da luz do dia.

O Projeto BEPS surge, pois, com o estigma do conflito e da pressão. Abrindo mão da transparência, não oferece bases de confiança entre os interessados. O risco é a perda de oportunidade de se construir uma nova ordem tributária. O BEPS mudará, por certo, suas feições à luz das novas pressões. Não parece, entretanto, ter seus dias contados.

Bibliografia

AVI-YONAH, Reuven S., “For Haven’s Sake: Reflections on Inversion Transactions, *Tax Notes*, vol. 95, 1793-1799, 2002.

_____. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime. Cambridge Tax Law Series.* Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2007.

BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, pp. 55-115, 2014b.

_____; 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, 33p.

CRACEA, Andrei. *OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013): Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan,*

Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Exchange of Information as the New Standard, Eur. Taxn., vol. 53, n. 11, 2013, pp. 565-574.

HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. ‘Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy’. *IBFD White Papers.* Amsterdam: IBFD, 2015, 63p.

Liga das Nações, “Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee By Professors Bruins, Einaudi, Seligman And Sir Josiah Stamp” (Document E.F.S.73.F.19.; April 5, 1923), in *4 Legislative History of United States Tax Conventions 1962.*

OCDE (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

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

OCDE (2015b), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.

OCDE (2015c), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

OWENS, J. The Role of Tax Administrations in the Current Political Climate. *Bulletin International Taxation*, vol. 67, n. 3, 2013, pp. 156-160.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação. Direito Tributário Atual*, v. 17, 2003, pp. 20-49.

_____. *Tributação e Liberdade.* In: FRANÇA, Vladimir da Rocha *et alii* (Org.). *Novas Tendências do Direito Constitucional.* Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 471-501.

_____. *Direito Tributário*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. In. *Bulletin for International Taxation*, v. 69, nº 12. Amsterdam: IBFD, December 2015b, pp. 690-716.

_____. Arbitration and Constitutional Issues. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffrey (Org.). *International Arbitration in Tax Matters*. Amsterdam: IBFD, 2016, v. 2, pp. 187-208.

_____; BARBOSA, Mateus Calicchio, "Transparency: from tax secrecy to the simplicity and reliability of the tax system," 5 *British Tax Review* 666 (2013).

COERÊNCIA