

Erosão da base tributária e elisão fiscal por ETNs

Sol Picciotto

DEZEMBRO DE 2014

- Evidências recém divulgadas da ampla e profunda elisão fiscal praticada por empresas transnacionais (ETNs) mostram que o sistema atual de avaliação de lucros dessas firmas e sua partilha entre países é disfuncional. Este é um problema muito sério, por diversas razões.

Algumas delas foram identificadas pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no relatório Addressing Base Erosion and Profit Shifting (2013):

- *perdas diretas de receitas afetam todos os estados, minando a capacidade de financiamento dos serviços públicos nos países mais ricos e os esforços para alcançar o desenvolvimento sustentável nos países mais pobres;*
- *a elisão fiscal sistemática das empresas mais ricas e poderosas do mundo também solapa a legitimidade geral da tributação;*
- *dá às ETNs que exploram as oportunidades de elisão, vantagens competitivas muito significativas sobre as firmas nacionais, resultando em alocação ineficiente do investimento e enormes distorções na atividade econômica;*
- *os problemas que essa situação traz são particularmente significativos para os países em desenvolvimento, que precisam mais das receitas da tributação empresarial e não deveriam ter que desperdiçar recursos*

na capacitação de servidores públicos para dominar as cada vez mais complexas regras tributárias internacionais;

- *distorce as decisões das próprias firmas, resultando em alguns benefícios para alguns países mas em perdas gerais para o bem-estar econômico.*

Além disso, também é necessário enfatizar que a elisão fiscal internacional das ETNs explora o sistema de paraísos fiscais e sigilo offshore idealizado por e para elas. Essas técnicas e facilidades causam danos ainda mais profundos:

- *são usadas também para todos os tipos de evasão, não apenas de impostos, como de outras leis, facilitando a lavagem de dinheiro oriundo de corrupção pública e privada, terrorismo e outras atividades criminosas; as medidas que estão sendo tomadas agora para tentar lidar com todas essas atividades seriam mais facilmente cumpridas se as ETNs parassem de usar o sistema offshore;*



- o sistema offshore distorceu o sistema financeiro, pois é um elemento do sistema bancário paralelo e de outras técnicas que contribuíram para o excesso de alavancagem, o qual alimentou a bolha que causou a crise financeira de 2007-2009;
- o sistema mantém um enorme exército de profissionais ocupados com elisão e evasão – não somente tributária mas também de regulamentação bancária, financeira e outras – resultando em enormes despesas desnecessárias tanto para as firmas como para os governos.

1. Princípios obsoletos nas leis tributárias internacionais

Esses problemas são resultado de uma profunda falha estrutural no sistema tributário internacional. Essa falha resulta de não se tratar as multinacionais de acordo com a realidade econômica em que operam: firmas integradas sob uma direção central. Em vez disso, estabeleceu-se gradualmente o princípio de que elas deveriam ser tributadas como se fossem empresas separadas em cada país, lidando independentemente umas com as outras. Esse princípio pode ser chamado de Princípio da Neutralidade para Empresas Separadas (SE-ALP).

Essa situação cria um incentivo perverso para que as empresas multinacionais criem estruturas empresariais complexas a fim de evitar impostos e outras formas de regulamentação do estado. Por exemplo, as empresas FTSE100¹ têm 34.216 subsidiárias, joint-ventures e associadas, inclusive 8.492 em paraísos fiscais que arrecadam pouco ou nenhum tributo sobre os lucros das empresas.² De acordo com as práticas atuais, elas são tratadas como entidades tributáveis separadamente, embora compartilhem acionistas, conselho de administração, estratégia, logotipos e páginas na internet.

1 O índice FTSE 100 é um índice das 100 empresas da Bolsa de Londres com a maior capitalização de mercado. O índice é atualizado pelo Grupo FTSE, uma subsidiária do Grupo de Bolsa de Valores de Londres. FTSE são as iniciais de Financial Times Stock Exchange

2 Action Aid. (2011) Addicted to Havens. The Secret Life of the FTSE 100.

As empresas dizem que apenas obedecem regras decididas por governos. Mas isso é uma dissimulação. Os conselheiros das empresas e lobistas também estão muito envolvidos na definição dessa regulamentação. Talvez ainda mais importante seja o fato de que eles têm papel central na elaboração de como o sistema funciona na prática, pois os representantes das empresas e os reguladores chegam a entendimentos entre si. Esses técnicos especialistas formam uma comunidade fechada de interpretação, reforçada pelo fato de que servidores públicos passam a trabalhar como consultores de negócios e, algumas vezes, o inverso ocorre.

As disposições dos tratados internacionais sobre tributação ainda se baseiam nos modelos delineados pela Liga das Nações em 1928, quando os investimentos internacionais referiam-se principalmente a empréstimos.³ Os tratados davam ao estado de residência do investidor o direito primário de tributar a renda do investimento (juros, dividendos, honorários e royalties), enquanto que o país anfitrião, onde o negócio estava localizado, poderia tributar os lucros. Algumas multinacionais surgiram na década de 1920 e as regras foram adaptadas para elas com a exigência de que filiais e afiliadas em diferentes países fossem tratadas como se fossem entidades independentes que usavam de neutralidade para relacionarem-se entre si. No entanto, para evitar ‘desvio’ de lucros, os tratados dispunham que as autoridades tributárias poderiam ajustar suas contas, e as leis nacionais davam a elas poderes para garantir que os níveis de lucro de filiais ou controladas de firmas estrangeiras fossem semelhantes aos dos concorrentes locais, ou um reflexo justo de sua contribuição para a firma como um todo. Infelizmente, nos últimos 30 anos, as regras tributárias tenderam a reforçar o enfoque inadequado e ineficaz incorporado pelo SE-ALP.

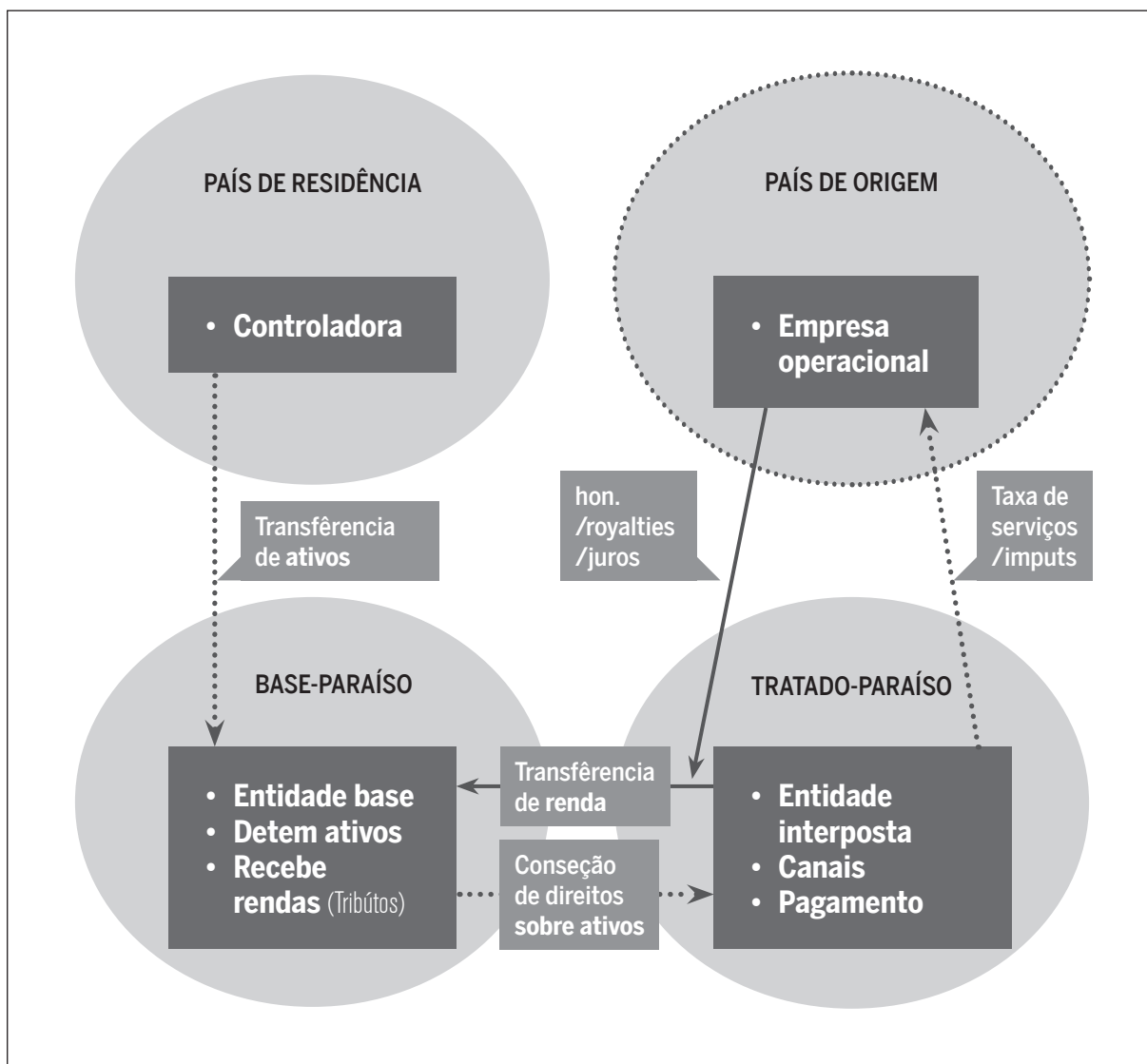
3 Para mais detalhes sobre tratamento, consulte Sol Picciotto International Business Taxation (1992), disponível em <http://taxjustice.blogspot.be/2013/06/international-business-taxation.html> e Sol Picciotto “Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for Developing Countries?” (2013) ICTD Working Paper 13, http://www.ictd.ac/sites/default/files/ICTD%20WP13_0.pdf.



2. Localizando a transferência de offshores e lucros

As multinacionais que se desenvolveram na última metade do século são muito diferentes daquelas de 1930. Como organizações de negócios, são altamente integradas e dirigidas de modo centralizado mas, legalmente, compõem-se de centenas de afiliadas diferentes. Nas últimas décadas, a reorganização voltada a tributos cresceu vertiginosamente, usando estruturas complexas idealizadas para aproveitar as regras tributárias nacionais, principalmente dos locais onde a empresa é considerada residente e onde estão suas fontes de renda. Em termos simples, pode-se identificar três estágios e três

tipos de estrutura. Primeiro e mais básico é o arranjo de ‘ponto de partida’ (ver Diagrama 1). Uma afiliada operacional em país de origem pode fazer pagamentos de honorários por serviços como gestão de escritório central, royalties por direitos de propriedade intelectual e juros sobre empréstimos, e todos esses pagamentos podem ser deduzidos para reduzir os lucros tributáveis. Esses pagamentos fluem para uma ou mais empresas holding afiliadas, em países com tratados tributários adequados como Holanda, Suíça ou Cingapura, de modo que ficarão sujeitos a pouco ou nenhum imposto retido. O grosso da renda passa por essa empresa interposta, deixando-a com nível nominal de lucro, até uma afiliada ‘base’ em paraíso fiscal clássico,





como as Bermudas ou as Ilhas Cayman, as quais não tributam esses lucros.

Isso garante baixas alíquotas efetivas de impostos para os rendimentos estrangeiros da firma se não precisarem ser repatriados para financiar os dividendos dos acionistas. Esses lucros que estiveram sujeitos a pouco ou nenhum imposto podem ser reitados para reinvestimento por meio de empréstimos para as afiliadas da firma, até mesmo para a controladora, o que também significa que os juros podem ser deduzidos da renda. Essa capacidade de financiar expansão por meio de rendimentos acumulados com baixa tributação tem sido uma vantagem competitiva das multinacionais há muito tempo.

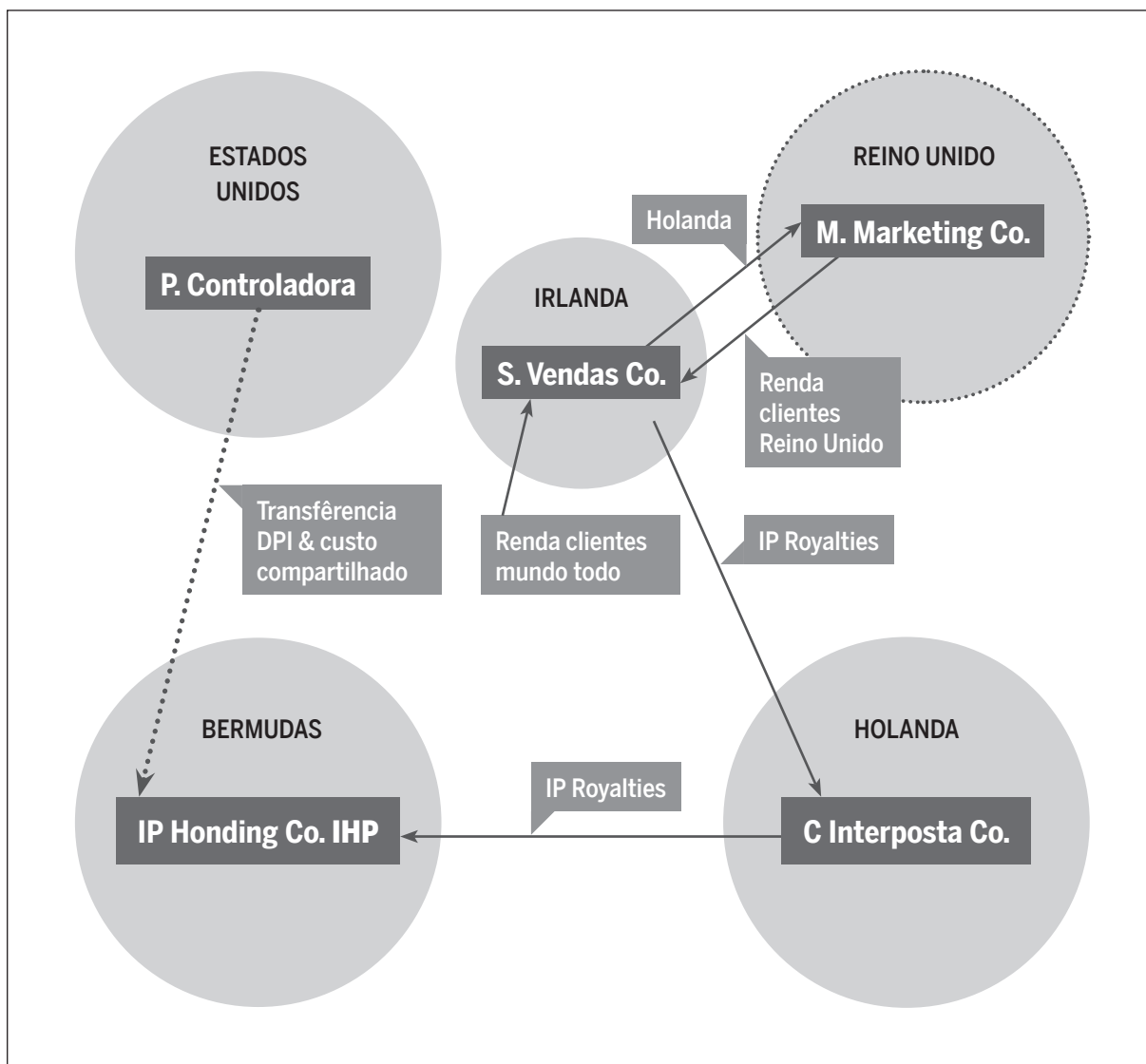
A seguir, elas começaram a reorganizar suas operações para explorar as vantagens tributárias oferecidas pelos estados. Na década de 1990, a concorrência para atrair investimentos levou muitos países a conceder isenções temporárias de impostos, atraentes principalmente para negócios com mobilidade. Por exemplo, o fabricante de chips de computador Intel abriu grandes fábricas em Porto Rico, Malásia, Filipinas, Irlanda e Israel, todos os quais ofereceram isenção temporária de impostos. Esse tipo de elisão fiscal foi mais difícil de ser combatida do que o arranjo básico de ‘ponto de partida’ porque essas afiliadas não eram meras empresas de fachada recebendo apenas ‘renda passiva’, critério fundamental das leis nacionais para ‘empresas controladas por estrangeiros (ECEs)’ promulgadas pelos EUA e por diversos países para combater a elisão fiscal. É difícil tratar esse tipo de afiliada como ECE de modo a fazer com que sua renda seja tributada diretamente por ser atribuída à controladora porque ela está envolvida em negócios ativos.

As multinacionais, é claro, têm feito lobby para limitar o escopo das definições de negócios passivos, de modo que muitos serviços financeiros foram excluídos. Consequentemente, os lucros dos fundos de hedge e das firmas de capital privado podem ser tratados como se tivessem sido auferidos em países com imposto zero, como as Ilhas Cayman, simplesmente porque suas transações são registradas por uma afiliada nesses países – embora as decisões de investimento sejam tomadas, e os negócios sejam

conduzidos, nos principais centros financeiros, como Nova York e Londres.

Aprofundando esta estratégia, as empresas começaram a reorganizar suas estruturas legais, dividindo as funções e atribuindo-as às afiliadas, organizadas ou localizadas de modo a minimizar os impostos. Essa estratégia foi muito facilitada pela mudança para a economia digital, pois facilitou a comunicação internacional, permitindo que as firmas gerenciem suas próprias redes internacionais de valor e lidem com os clientes em qualquer lugar do mundo. Por exemplo, as vendas para clientes podem ser atribuídas a uma afiliada, enquanto que as outras afiliadas lidam com marketing, atendimento ao cliente, entregas e logística. O principal fluxo de lucro é atribuído, é claro, à afiliada de vendas, localizada em jurisdição adequada onde esse lucro pode ser tributado com alíquotas baixas, enquanto que as outras afiliadas são caracterizadas como empreiteiras, com lucros relativamente baixos nas operações específicas pelas quais são supostamente responsáveis. Por exemplo, a Amazon na Europa separa as funções de vendas e de operação da página da internet (atribuída à Amazon SARL Luxembourg) do atendimento ao cliente, armazenamento e preenchimento de pedidos, atividades realizadas em cada país, próximo ao cliente. De modo semelhante, o Google registra suas vendas de publicidade em uma afiliada na Irlanda, mas o lucro flui para outra afiliada estabelecida na Irlanda, mas considerada residente das Bermudas (veja o Diagrama 2: O sanduíche duplo holandês-irlandês). Embora o Google empregue o mesmo número de pessoas em Londres e em Dublin, seus contatos com os clientes são considerados ‘marketing’ de publicidade e os contratos de venda estão em nome da entidade irlandesa.⁴ Esse procedimento foi grandemente facilitado pelo surgimento das tecnologias digitais e

4 Consulte J. Drucker “Google 2.4% Rate Shows How \$60 Billion Lost to Tax Loopholes”, Bloomberg, 21 Outubro de 2010; John Sandell “The Double Irish and the Dutch Sandwich: How Some US Companies are Flummoxing the Tax Code” Tax Notes International (2012) 67(9): 867-78; Tom Bergin “Special Report: How big tech stays offline on tax” Reuters (2013) 23 de julho; Parlamento Britânico, Câmara dos Comuns, Comitê de Contas Públicas, “Tax Avoidance – Google” 9º relatório, 2013-14 HC 112.



da internet. No entanto, permeia todos os setores da economia; não há um setor digital em separado⁵

Essas são algumas das estratégias de elisão fiscal usadas para criar ‘renda sem estado e sem tributação’,⁶ contribuindo grandemente para que os governos percam bilhões em receita, como discutimos no início do estudo. Como se pode entender prontamente desta breve análise, é a natureza

inadequada do conceito de SE-ALP no coração do sistema tributário internacional que provê os diversos incentivos para que as multinacionais criem essas estruturas empresariais intrincadas.

A controladora dos EUA (P) transfere os direitos de propriedade intelectual (PI) para uma empresa estabelecida na Irlanda, mas controlada e considerada como residente nas Bermudas (IPH) e, portanto, assim tratada pelas leis irlandesas. A IPH tem um acordo de rateio de custos com a P para ajudá-la a financiar o desenvolvimento dos direitos de PI a partir de sua renda e justificar a venda original dos direitos de PI conforme as regras dos EUA para preços de transferência. Outra empresa (S), estabelecida e controlada na Irlanda, recebe grandes

5 Consulte exemplos em Senado EUA. (2014) Estratégia Fiscal Offshore da Caterpillar, Subcomitê Permanente de Investigações.

6 E. Kleinbard “Stateless Income” (2011) Florida Tax Review (2011) 9: 700-773.



fluxos de renda pela operação mundial do negócio (por exemplo, vendendo publicidade). No entanto, o lucro líquido da S é baixo, pois ela paga muitos royalties pelos direitos de PI. Esses direitos são canalizados por meio de uma empresa interposta (C) na Holanda (de modo que impostos retidos não são pagos para a Irlanda), a qual deduz uma pequena taxa de manuseio e o grosso da renda de royalties por PI para a IPH das Bermudas. Embora clientes em países como o Reino Unido lidem com outra empresa afiliada local (M), esta é tratada como fornecedora exclusiva de marketing ou de outros serviços de atendimento ao cliente e os contratos de vendas são feitos com a empresa de vendas irlandesa, que paga à M uma taxa pelos serviços de marketing.

3. A iniciativa do G20 e a OCDE

Esses abusos não podem ser tratados eficazmente pelos princípios das leis tributárias internacionais em vigor. Finalmente, isso está sendo reconhecido nacional e internacionalmente. Pressões políticas levaram o grupo de líderes mundiais do G20 a pedir uma revisão radical do sistema. A Declaração de São Petersburgo de setembro de 2013 definiu os seguintes pontos para a reforma tributária internacional:

- *Primeiramente, as mudanças nas regras tributárias internacionais devem ser elaboradas de modo a lidar com as diferenças entre os sistemas tributários dos diferentes países e, ao mesmo tempo, respeitar a soberania de cada país para definir suas próprias regras.*
- *Em segundo lugar, as regras tributárias internacionais para tratados tributários, estabelecimento permanente e preços de transferência serão examinadas para garantir que os lucros sejam tributados onde as atividades econômicas ocorrem e onde o valor é criado.*
- *Terceiro: maior transparência será implantada, inclusive por meio de um modelo comum de relatório para que as empresas relatem para as administrações fiscais a alocação mundial de seus lucros e tributos.*
- *Quarto: todas as ações devem ser entregues nos próximos 18 a 24 meses.*

- *Os países em desenvolvimento devem colher os benefícios da agenda fiscal do G20.*

O papel principal foi dado ao Comitê de Assuntos Fiscais (CAF) da OCDE, cujo Plano de ação para erosão da base tributária e transferência de lucros (BEPS) tem o propósito de produzir propostas de reforma, com prazo final em dezembro de 2015. Esses objetivos são ambiciosos e de longo alcance, e o cronograma para atingi-los é extremamente rápido quando comparado ao ritmo lento das mudanças nas regras tributárias internacionais. No entanto, o Plano de Ação pretende apenas remendar o sistema atual.⁷

O Plano de Ação BEPS propõe quinze Pontos de Ação, dos quais nove são sobre questões fundamentais e seis são sobre aspectos de coordenação ou procedimentos. Esse plano é composto, primeiramente, por um estudo sobre Economia Digital que será, na verdade, uma verificação de se os outros pontos de ação podem lidar efetivamente com essa questão, talvez com um estudo complementar sobre impostos indiretos. Outro ponto é a coleta de dados melhores sobre a abrangência da elisão fiscal internacional. Os outros dois referem-se à transparência: desenvolvimento de disposições modelo para a divulgação de estratégias de ‘planejamento fiscal agressivo’, e melhoria das exigências de documentação para preços de transferência.

O último é potencialmente muito significativo, pois subordina a demanda do G20 ao estabelecimento de um modelo global para que as multinacionais preparem e submetam um Relatório por País de todos os países onde fazem negócios.

Para ajudar a lidar com conflitos entre estados, a proposta é reforçar o ‘procedimento de acordo mútuo’, provavelmente introduzindo arbitragem compulsória, embora os países em desenvolvimento tenham resistido a isso até agora. Na verdade, se há pouca clareza ou acordo sobre as regras a serem

⁷ Para uma discussão mais técnica e detalhada, consulte S. Picciotto “Can the OECD Mend the International Tax System?” *Tax Notes International* 71(2): 1105-1115 (16 de setembro de 2013).



aplicadas, levar as disputas para que árbitros decidam seria pouco útil e talvez perigoso. Além disso, o sigilo desses procedimentos solapa sua legitimidade e gera desconfiança, além da suspeita de que negócios privados sejam feitos pelas autoridades da receita com as grandes empresas.

Por último e mais ambiciosamente, um grupo de advogados internacionais desenvolverá um instrumento multilateral para implantar mais rapidamente as propostas que, de outro modo, exigiriam renegociação de muitos tratados bilaterais. Embora essa ideia tenha potencial de longo alcance, é legalmente problemática e poderia resultar em um complexo emaranhado de interações entre tratados e leis nacionais. Poderia também funcionar como um freio para o desenvolvimento de propostas radicais, pois um tratado assim teria de ser aceito e ratificado pelo maior número possível de estados para que seu conteúdo tendesse ao menor denominador comum.

Dos nove pontos de ação fundamentais, o primeiro grupo de quatro propõe estabelecer ‘coerência aos padrões tributários internacionais’ e refere-se a questões sobre as quais o CAF tem realizado pouco ou nenhum trabalho. Um segundo grupo pretende restaurar ‘todos os efeitos e benefícios dos padrões internacionais’ modificando as regras tributárias ‘para alinhar mais de perto a alocação de renda com a atividade econômica que gera essa renda’. Mais três pontos de ação referem-se ao problema perene de preços de transferência e o objetivo é continuar e ampliar a revisão das Diretrizes já em andamento desde 2010, principalmente com relação à atribuição de renda aos ativos intangíveis.

Como mostra esta breve análise, o Plano de Ação tem por objetivo apenas tentar reparar o sistema atual e não remediar suas falhas fundamentais, as quais resultam do Princípio da Neutralidade para Empresas Separadas incluído nos tratados tributários. Na verdade, o Plano (parágrafo 14) rejeita explicitamente qualquer movimento na direção da ‘partilha de lucros segundo fórmulas predeterminadas’ (formulary apportionment). A principal objeção é que quaisquer que sejam seus méritos técnicos, seria difícil ou impossível atingir um acordo político sobre esse sistema. Ainda assim, a tentativa

de reformar o sistema existente no Plano de Ação também está repleta de dificuldades políticas; na verdade, em muitos aspectos, é uma receita para gerar conflitos entre estados, pois cada um tenta modificar ou interpretar as regras de modo a se apoderar de uma fatia maior da base tributária. Para que as medidas sejam eficazes, é preciso uma coordenação mais próxima, mas pouco foi dito sobre isso pela OCDE até agora. A abordagem escolhida pela OCDE adia os conflitos políticos e os transfere para o contexto altamente técnico do CAF. Sem dúvida, muitos esperam que, ao longo do tempo, o foco político mudará e que talvez até mesmo as crises tributárias dissipar-se-ão e as pressões por soluções efetivas serão relaxadas. Realistamente, isso não acontecerá.

4. Alternativas

Fazer novos remendos nas regras existentes parece infrutífero agora. O que parece claramente necessário é reorientar as regras tributárias internacionais e colocá-las sobre uma base mais realista que trate as ETNs como firmas únicas, em lugar de usar como base a ficção de que elas são uma coleção solta de entidades separadas e independentes em cada país. Diversas propostas com esta perspectiva foram apresentadas, na verdade. A mais abrangente é a Tributação Unitária com partilha de lucros segundo fórmulas predeterminadas (UT). Essa é uma abordagem largamente aceita como superior, em princípio, e, embora apresente suas dificuldades, é uma alternativa mais prática e eficaz de muitas maneiras.⁸ É urgentemente necessário realizar uma pesquisa séria e um debate público. O Centro Internacional para Tributos e Desenvolvimento financiou um programa de 12 meses sobre Tributação Unitária nas ETNs e suas implicações para os países em desenvolvimento; esse programa produzirá relatórios durante 2014.⁹ A Divisão de Política Tributária do

8 Consulte os artigos de Michael Durst em *Tax Management International Journal* (2013-4), também disponíveis em <http://www.ictd.ac/en/publications-unitary-taxation>.

9 Consulte <http://www.ictd.ac/en/unitary-taxation-transnational-corporations-special-reference-developing-countries>.



FMI também está fazendo sua própria análise das questões relacionadas à erosão da base tributária e indicou que fará parte de sua análise a revisão do trabalho que tem sido feito sobre as abordagens de fórmulas predeterminadas. No entanto, o FMI não tem papel na formulação de regras tributárias internacionais. O Comitê de Peritos em Tributação da ONU também formou um Subcomitê sobre o BEPS, cujo objetivo é acompanhar o trabalho da OCDE e pensar medidas adicionais a partir da perspectiva dos países em desenvolvimento. No entanto, o Comitê da ONU tem recursos muito limitados, somente dois funcionários em tempo integral e quase nenhuma verba para reuniões.

Há, no momento, uma oportunidade sem precedentes para realizar reformas significativas do sistema tributário internacional. Contudo, a efetivação

dessa reforma exigirá um prolongado debate público e decisões focadas em questões que se tornaram exclusivas a um grupo fechado de especialistas técnicos. De modo a tentar preencher esta lacuna, diversas organizações¹⁰ se juntaram para desenvolver uma proposta de Comissão Independente sobre Tributação Empresarial Internacional (ICRICT) cujo objetivo é criar diálogo público e impulso político para a reforma.

10 O desenvolvimento desta proposta é apoiado por um 'Grupo Preparatório' composto por indivíduos que representam as seguintes organizações: ActionAid UK; Alliance Sud; Comitê Católico contra a Fome e pelo Desenvolvimento – Terre Solidaire; Christian Aid; Conselho de Sindicatos Globais; Aliança Global pela Justiça Tributária; Oxfam; Internacional dos Serviços Públicos; Rede pela Justiça Tributária; e o Conselho Mundial das Igrejas.



Autor

Sol Picciotto é professor emérito de Direito na Universidade de Lancaster, na Inglaterra. Ele desenvolveu um grande repertório de pesquisas e trabalhos na área de Direito Econômico Internacional, de Teoria do Estado e Capital Financeiro Internacional e também de Teoria Social de Direito.

Responsável

Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brasil
Av. Paulista, 2011 - 13° andar, conj. 1313
01311 - 931 | São Paulo | SP | Brasil
www.fes.org.br

Friedrich-Ebert-Stiftung (FES)

A Fundação Friedrich Ebert é uma instituição alemã sem fins lucrativos, fundada em 1925. Leva o nome de Friedrich Ebert, primeiro presidente democraticamente eleito da Alemanha, e está comprometida com o ideário da Democracia Social. Realiza atividades na Alemanha e no exterior, através de programas de formação política e de cooperação internacional. A FES conta com 18 escritórios na América Latina e organiza atividades em Cuba, Haiti e Paraguai, implementadas pelos escritórios dos países vizinhos.

As opiniões expressas nesta publicação não necessariamente refletem as da Fundação Friedrich Ebert.

O uso comercial dos meios publicados pela Fundação Friedrich Ebert não é permitido sem a autorização por escrito.

ISBN 978-85-99138-58-8

