

ANDRESSA PEGORARO

**LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL POR MEIO DE
ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO**

A CLÁUSULA DE PRINCIPAL PROPÓSITO (“PPT”)

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. GERD WILLI ROTHMANN

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

ANDRESSA PEGORARO

**LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL POR MEIO DE
ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO**

A CLÁUSULA DE PRINCIPAL PROPÓSITO (“PPT”)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Dr. Gerd Willi Rothmann.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

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

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PEGORARO, Andressa.

Limites do Planejamento do Tributário Internacional por meio de Acordos de Bitributação A Cláusula de Principal Propósito (“PPT”) / Andressa Pegoraro; Orientador Prof. Dr. Gerd Willi Rothmann – São Paulo, 2020.

226 f.

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

1. Direito tributário internacional. 2. Planejamento tributário internacional. 3. Acordos de bitributação. 4. Projeto BEPS. 5. Cláusula de PPT. 6. Regra geral antiabuso.

Nome: Andressa Pegoraro

Título: Limites do Planejamento do Tributário Internacional por meio de Acordos de Bitributação

Subtítulo: A Cláusula de Principal Propósito (“PPT”)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Dr. Gerd Willi Rothmann.

Banca realizada em: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gerd Willi Rothmann

Instituição: FDUSP

(Orientador)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Gerd Willi Rothmann, agradeço não apenas pela oportunidade de cursar o mestrado na Universidade de São Paulo sob sua orientação, mas também pelos grandes ensinamentos, pela compreensão constante e pelo estímulo aos meus estudos.

Ao Professor Luís Eduardo Schoueri, agradeço pelo constante aprendizado, pelas incontáveis aulas nas Arcadas, por despertar em mim o interesse no Direito Tributário Internacional e, especialmente, pelas inestimáveis contribuições como componente da banca de qualificação, que tiveram importância decisiva nos rumos desse trabalho.

Ao Professor João Francisco Bianco, agradeço pelas valiosas discussões sobre a dissertação e pelos importantes apontamentos na banca de qualificação, que tanto contribuíram para o desenvolvimento do presente trabalho.

A todos os professores e amigos do programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo, que conheci ao longo da minha jornada acadêmica, agradeço pela contribuição, direta ou indireta, para a formação do meu pensamento jurídico.

Aos meus amigos do escritório Lefosse Advogados, agradeço pelo apoio, pela convivência e pelas discussões constantes, que tanto auxiliam o meu desenvolvimento profissional.

Aos meus pais, agradeço pelo apoio incondicional e por me ensinarem o valor do trabalho e da persecução dos próprios ideais. Aos meus irmãos, pela presença constante em minha vida.

Por fim, devo registrar um agradecimento especial ao meu esposo Ramon Tomazela, não apenas pelo constante incentivo e imprescindível suporte, mas também por todas as discussões sobre pontos controvertidos do presente trabalho, pela leitura e revisão de texto e pelas percucientes críticas a essa dissertação.

RESUMO

PEGORARO, Andressa. **Limites do Planejamento do Tributário Internacional por meio de Acordos de Bitributação A Cláusula de Principal Propósito (“PPT”)**. 226 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente trabalho investiga a cláusula PPT proposta pela OCDE no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS, segundo a qual as autoridades fiscais poderão negar o acesso aos benefícios dos acordos de bitributação quanto for razoável concluir, à luz dos fatos e circunstâncias, que um dos principais propósitos da transação consiste na fruição dos benefícios convencionais, a não ser que a concessão dos benefícios naquela circunstância esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes. Realiza-se uma análise das principais controvérsias decorrentes da inclusão da cláusula de PPT nos acordos de bitributação, com a finalidade de verificar os limites ao planejamento tributário internacional a que estarão sujeitos os contribuintes no cenário pós-Projeto BEPS. Para tanto, estabelece-se diretrizes para a interpretação e a aplicação concreta da cláusula de PPT pelos Estados contratantes no âmbito de um acordo de bitributação. Trata-se, também, da interação da cláusula de PPT com as regras gerais antiabuso existentes nas legislações internas dos Estados contratantes, principalmente em relação às consequências da aplicação da cláusula convencional, bem como eventuais conflitos de qualificação que podem surgir em razão de sua aplicação concomitante pelos países. Por fim, são analisadas as cláusulas de PPT inseridas nos acordos de bitributação brasileiros e os parâmetros para sua aplicação concreta neste País.

Palavras-chave: Direito tributário internacional; Planejamento tributário internacional; Acordos de bitributação; Projeto BEPS; Cláusula de PPT; Regra geral antiabuso.

ABSTRACT

PEGORARO, Andressa. **Limits of International Tax Planning through Double Tax Conventions The Principal Purpose Test Clause (“PPT”)**. 226 p. Dissertation (Master’s Degree). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The present study researches the PPT clause proposed by OECD in the Action 6 of the BEPS Project, according to which the tax authorities may deny the access to the benefits of tax treaties if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the tax treaties. It also analyses the main controversies arising from the inclusion of the PPT clause in tax treaties, in order to verify the limits of tax planning to which taxpayers are subject to in the post-BEPS era. In this sense, it establishes guidelines for the interpretation and application of the PPT clause by the Contracting states in a tax treaty context. The interaction of the PPT clause and domestic general anti-avoidance rules enacted by the Contracting states is also addressed in this study, mainly in relation to the consequences of the application of such clause, as well as potential conflicts of qualification that may arise due to its simultaneous application by both countries involved. Finally, it analyses the PPT clause inserted in the Brazilian tax treaties and the guidelines for its application within this country.

Key-words: International tax law; International tax planning; Double tax conventions; BEPS Project; PPT Clause; General anti avoidance rule.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	33
Figura 2	34
Figura 3	35
Figura 4	36
Figura 5	47
Figura 6	48
Figura 7	48
Figura 8	49
Figura 9	50
Figura 10	51
Figura 11	51
Figura 12	52
Figura 13	53
Figura 14	54
Figura 15	55
Figura 16	56
Figura 17	57

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PANORAMA GERAL	11
2. OBJETO DO ESTUDO	18
3. DELIMITAÇÃO DO TEMA	20
4. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DO TEMA	22
5. METODOLOGIA A SER UTILIZADA	23
CAPÍTULO I: PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E A AÇÃO 6 DO PROJETO BEPS DA OCDE	25
1.1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL.....	25
1.1.1 <i>Treaty shopping</i>	28
1.1.2 <i>Rule Shopping</i>	36
1.2 O PROPÓSITO DA AÇÃO 6 DO PROJETO BEPS.....	39
1.3 MULTILATERALISMO E CONVERGÊNCIA NO COMBATE AO ABUSO	64
1.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	72
CAPÍTULO II: A CLÁUSULA DE PPT INSERIDA NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO	75
2.1 A CLÁUSULA DE PPT	75
2.1.1 <i>A expressão “não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação”</i>	87
2.1.2 <i>A expressão “um benefício do acordo”</i>	93
2.1.3 <i>A expressão “se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes”</i>	99
2.1.4 <i>A expressão “um dos principais propósitos de um arranjo ou transação”</i>	112
2.1.5 <i>A expressão “a não ser que seja demonstrado que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo”</i>	121
2.2 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	127
CAPÍTULO III: A INTERAÇÃO ENTRE A CLÁUSULA DE PPT E AS REGRAS GERAIS ANTIABUSO EXISTENTES NAS LEIS DOMÉSTICAS DOS ESTADOS	133
3.1 HISTÓRICO DA POSIÇÃO DA OCDE A RESPEITO DA INTERAÇÃO ENTRE UMA GAAR DOMÉSTICA E OS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO	134
3.2 AS REGRAS GERAIS ANTIABUSO EXISTENTES NAS LEIS DOMÉSTICAS DOS ESTADOS CONTRATANTES E OS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO.....	139
3.3 NEGATIVA DE ACESSO AO BENEFÍCIO DO ACORDO DE BITRIBUTAÇÃO PELA CLÁUSULA DE PPT E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UM BENEFÍCIO DISTINTO DO TRATADO INTERNACIONAL	146

3.3.1	<i>A consequência da aplicação da cláusula de PPT</i>	147
3.3.2	<i>A cláusula de alívio discricionário</i>	148
3.3.3	<i>A forma de concessão de um benefício distinto do acordo de bitributação</i>	153
3.4	APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE PPT E CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO.....	160
3.5	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	163
CAPÍTULO IV: A CLÁUSULA DE PPT NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL		165
4.1	AS CLÁUSULAS DE PPT NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL.....	165
4.2	OUTRAS CLÁUSULAS ANTIABUSO INSERIDAS NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL.....	168
4.3	A COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE PPT COM O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL.....	171
4.4	A REGRA GERAL ANTIABUSO EXISTENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	178
4.4.1	<i>Simulação</i>	178
4.4.2	<i>Abuso de direito</i>	185
4.4.3	<i>Artigo 116, parágrafo único, do CTN</i>	187
4.4.4	<i>Doutrina do propósito negocial (“business purpose doctrine”)</i>	191
4.4.5	<i>Abuso do acordo de bitributação</i>	192
4.4.6	<i>Críticas à jurisprudência administrativa “antiabuso” firmada no CARF</i>	194
4.5	A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE PPT PELAS AUTORIDADES FISCAIS BRASILEIRAS.....	196
4.5	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	200
CONCLUSÕES		203
BIBLIOGRAFIA		210

INTRODUÇÃO

1. Panorama Geral

Entre os anos de 2013 a 2015, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”)¹, em conjunto com os países integrantes do G20², desenvolveu o Projeto BEPS (“*Base Erosion and Profit Shifting*”), que é um plano de ação contra a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros em operações internacionais, com a finalidade de preservar a arrecadação tributária dos países, sua soberania e a justiça fiscal³.

Segundo a OCDE, os sistemas tributários dos países não acompanharam a evolução no ambiente corporativo das empresas multinacionais que atuam em diversas jurisdições, caracterizado pela crescente importância da propriedade intelectual para a criação de valor, bem como pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação. A interação entre os sistemas tributários domésticos proporcionou oportunidades para eliminar ou reduzir significativamente a tributação sobre a renda, de maneira inconsistente com os objetivos de política fiscal dos países⁴⁻⁵.

¹ O Brasil é um Parceiro-Chave da OCDE, com quem a referida Organização mantém uma relação de cooperação desde o início dos anos 1990. Apesar de não ser, ainda, membro da OCDE (o Brasil formalizou pedido de adesão para se tornar membro da OCDE em maio de 2017), o Brasil, como Parceiro-Chave, tem a possibilidade de participar dos diferentes órgãos da OCDE, aderir aos instrumentos legais da OCDE, se integrar aos informes estatísticos e revisões por pares de setores específicos da OCDE, e tem sido convidado a participar de todas as reuniões Ministeriais da OCDE desde 1999. O Brasil contribui para o trabalho dos Comitês da OCDE e participa em pé de igualdade com os países membros da OCDE em diversos órgãos e projetos importantes da Organização. Informação disponível em: <<http://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/brasil.htm>>. Acesso em 21/11/2019.

² O Grupo dos 20 foi criado em 1999 como um fórum de diálogo informal entre ministros de finanças e presidentes de bancos centrais de economias desenvolvidas e em desenvolvimento, com o objetivo de enfrentar os desafios relacionados à instabilidade do sistema financeiro internacional. O Grupo é integrado pela África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Turquia e União Europeia. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15586-brasil-g20>>. Acesso em 15/10/2019.

³ OCDE. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE, 2013, p. 5.

⁴ OCDE. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE, 2013, p. 5.

⁵ Sobre o panorama geral do Projeto BEPS, conferir: PEGORARO, Andressa. O combate ao treaty shopping nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil e a influência do Projeto Beps (base erosion and profit shifting) - o futuro das cláusulas de limitação de benefícios (LOB). **Revista Dialética de Direito Tributário n. 237**. São Paulo: Dialética, 2015, pp. 7-9.

No âmbito do Projeto BEPS, a OCDE identificou estruturas de planejamento tributário internacional utilizadas pelas empresas multinacionais, seja por meio de assimetrias entre as regras internas dos países, seja através da interação entre regras domésticas e os acordos para evitar a dupla bitributação (“acordos de bitributação”)⁶⁻⁷. A partir daí, a OCDE desenvolveu soluções concretas para realinhar as leis domésticas e os padrões tributários internacionais ao atual ambiente corporativo⁸⁻⁹.

Com o aumento do número de acordos de bitributação e das oportunidades de planejamento tributário internacional, fez-se necessária a adoção de medidas para evitar que as cláusulas convencionais sejam exploradas de forma incompatível com as políticas fiscais dos países. Neste sentido, as principais práticas de planejamento tributário internacional que serão examinadas no presente estudo podem ser assim elencadas:

- (i) o “*treaty shopping*”, que envolve a fruição dos benefícios dos acordos de bitributação por contribuintes supostamente ilegítimos¹⁰, que são interpostos entre a fonte do rendimento e o beneficiário efetivo, mediante o uso de sociedades condutoras, empresas canais, agentes, procuradores e fiduciários, que não têm poderes para dispor dos recursos recebidos sem a influência de terceiros¹¹; e

⁶ Os termos “acordo de bitributação” e “tratado internacional” serão usados no presente estudo como sinônimos.

⁷ A respeito da maior adequação da expressão “acordos de bitributação”, conferir: ROTHMANN, Gerd. **Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1978, p. 15.

⁸ OCDE. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE, 2013, pp. 7-8.

⁹ Sobre o tema, conferir: ROCHA, Sergio André. **Brazil’s International Tax Policy**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – The Proposals to Revise the OECD Model Convention**. Series on International Tax Law. Wien: Linde, 2016; BACKER, Philip. The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. **Intertax**, vol. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015; PISTONE, Pasquale. Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law. **World Tax Journal**, vol. 6, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2014; AULT, Hugh J.; SCHÖN, Wolfgang; SHAY, Stephen E. Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform. **Bulletin for International Taxation**, vol. 68, n. 6/7. Amsterdam: IBFD, 2014; BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation. **World Tax Journal**. Amsterdam: IBFD, 2014.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 20-21.

¹¹ WEEGHEL, Stef van. **The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States**. Series on International Taxation. London: Kluwer Law International, 1998, p. 64.

- (ii) o “*rule shopping*”, que consiste na prática de atos ou negócios jurídicos, por um contribuinte inserido no âmbito pessoal do acordo de bitributação, com o objetivo de classificar determinado rendimento na cláusula distributiva que lhe traga maior vantagem fiscal¹².

Sobre o assunto, cumpre mencionar que o “*treaty shopping*” é uma das principais estratégias para a redução da carga tributária em operações transnacionais. Isso porque várias estruturas de planejamento tributário internacional envolvem a interposição de uma pessoa jurídica, na condição de residente em terceiro Estado, para a obtenção de benefícios de determinado acordo de bitributação, que não seriam obtidos de outra forma¹³.

Como exemplo, é possível citar situação em que uma pessoa jurídica residente em um Estado contratante que espera receber dividendos, juros ou royalties de um residente no outro Estado contratante, interpõe uma pessoa jurídica em um terceiro Estado para receber os referidos rendimentos em seu lugar, tendo em vista que os acordos de bitributação celebrados entre os Estados envolvidos e o terceiro Estado trazem benefícios tributários mais favoráveis do que se não houvesse a pessoa interposta.

O “*rule shopping*”, por sua vez, trata da situação em que uma pessoa jurídica pratica ato ou negócio jurídico visando alterar a qualificação jurídica do rendimento e, por consequência, a sua classificação nas regras distributivas de um acordo de bitributação. Assim, a pessoa jurídica que receberia determinado benefício do acordo de bitributação em razão de certa transação busca a classificação do rendimento em outra cláusula distributiva para usufruir de benefício tributário mais favorável¹⁴.

¹² NOVOA, César García. Forma y Sustancia en Los Convenios de Doble Imposicion Internacional. In: PISTONE, Pasquale; TÔRRES, Heleno Taveira (eds). **Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional – Homenaje Latinoamericano a Victor Uckmar**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005, p. 645.

¹³ BRIGNOLI, Andrea. Treaty shopping and International Tax Planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, p. 16.

¹⁴ BONSHAK, Gabriele. Rule shopping and international tax planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, p. 37.

Como exemplo, pode-se citar situação em que um residente de um Estado contratante é sócio de pessoa jurídica residente em outro Estado contratante e busca evitar a tributação sobre os dividendos distribuídos por meio da venda de suas ações/quotas para uma sociedade holding integralmente detida por ele. Assim, o contribuinte, por meio de planejamento tributário, converteu dividendos em ganho de capital¹⁵.

Para combater as práticas de planejamento tributário internacional comentadas acima, a OCDE, por meio da Ação 6 do Projeto BEPS, que versa sobre a prevenção de uso inapropriado¹⁶ dos acordos de bitributação (“*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*”), trouxe diversas recomendações de política fiscal e propostas de alteração da Convenção Modelo para prevenir a concessão de benefícios dos acordos de bitributação em circunstâncias inapropriadas¹⁷.

De início, a OCDE propôs a alteração do título e do preâmbulo dos acordos de bitributação para fazer constar que a intenção dos Estados contratantes envolve a eliminação da dupla tributação, sem criar oportunidades de dupla não tributação ou redução da tributação por meio de evasão ou elisão fiscais (incluindo estruturas de “*treaty shopping*”, com a finalidade de obtenção de benefícios do acordo de bitributação por residentes em terceiros Estados)¹⁸.

¹⁵ BONSHAK, Gabriele. Rule shopping and international tax planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, p. 37.

¹⁶ É importante mencionar que o termo “uso abusivo” dos acordos de bitributação tem sido utilizado como sinônimo do termo “uso inapropriado” no âmbito do Projeto BEPS. Isso pode ser confirmado na própria tradução para o português do Acordo Multilateral desenvolvido na Ação 15 do Projeto BEPS, abaixo comentado (OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>>. Acesso em 19/11/2019).

No presente trabalho, optou-se por utilizar, majoritariamente, o termo “abuso” como tradução para “*tax avoidance*”, em razão das divergências doutrinárias sobre os termos “elisão” e “elusão”. Em razão de o termo elisão fiscal ser o mais utilizado na doutrina brasileira como tradução para o “*tax avoidance*”, este termo também será utilizado no presente estudo, quando necessário, para refletir o pensamento de autores brasileiros ou para tratar de regras antielisivas específicas.

¹⁷ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015 pp. 9-11.

¹⁸ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 91-93.

Além disso, a OCDE propôs, na Ação 6 do Projeto BEPS, a inclusão de cláusula de limitação de benefícios (“*Limitation on Benefits*” – “LOB”) nos acordos de bitributação, que estabelece testes objetivos para combater o “*treaty shopping*”¹⁹⁻²⁰, bem como outras regras específicas antielisivas contra o uso abusivo dos tratados internacionais, endereçando estabelecimento permanente, caracterização e transferência de dividendos, entre outros²¹⁻²².

Por fim, a OCDE recomendou, na Ação 6 do Projeto BEPS, a inclusão de cláusula de principal propósito (“*Principal Purpose Test*” – “PPT”) nos acordos de bitributação, a fim de que os benefícios convencionais sejam negados caso seja razoável concluir, com base nos fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção dos referidos benefícios corresponde a um dos principais propósitos de uma transação, a não ser que sua concessão esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes²³.

A análise da cláusula de PPT é o principal objetivo do presente trabalho. Os limites que a aplicação da cláusula de PPT podem trazer às estruturas de planejamento tributário internacional serão verificados a partir da análise detalhada da referida cláusula, bem como das diretrizes que devem orientar a sua aplicação prática pelos Estados contratantes de um acordo de bitributação. Ademais, será analisada a interação entre cláusula de PPT e as regras gerais antiabuso (“GAARs”)²⁴ dos Estados contratantes, para que sejam verificadas eventuais consequências da aplicação da referida cláusula convencional. Por fim, serão analisadas as cláusulas de PPT inseridas nos acordos de bitributação brasileiros, bem como sua aplicação concreta neste País.

¹⁹ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 21-54.

²⁰ Alexander Rust aduz que para fazer jus aos benefícios de um acordo de bitributação, a residência não basta para um contribuinte, sendo necessário comprovar elementos de conexão adicionais, conforme se verifica dos testes da cláusula de LOB. Neste sentido, conferir: RUST, Alexander. Article 1. Persons Covered. In: RUST, Alexander; REIMER, Ekkehart (eds.). **Klaus Vogel on Double Taxation Convention**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 130-140.

²¹ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 69-77.

²² Tais questões não serão analisadas em detalhes no presente trabalho, mas serão tratadas apenas com a finalidade de contextualização, no que for necessário.

²³ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, p. 55.

²⁴ Os termos “regra geral antiabuso” e “GAAR” serão usados no presente estudo indiscriminadamente, como sinônimos.

Sabe-se que certos autores, como Tsilly Dagan²⁵ e Reuven Avi-Yonah e Oz Halabi²⁶, têm levantado dúvidas sobre importância dos acordos de bitributação, sob o argumento de que a maior parte dos países possui regras unilaterais de alívio à dupla tributação, que concedem isenção ou crédito em relação ao imposto eventualmente recolhido no exterior.

Distanciando-se da posição defendida pelos referidos autores, o presente estudo visa destacar a importância dos acordos de bitributação não apenas para promover segurança jurídica às operações transnacionais, mas também como uma plataforma para a definição dos limites do planejamento tributário internacional, que são comuns aos dois Estados contratantes.

Neste contexto, pretende-se analisar a cláusula de PPT incluída na Convenção Modelo da OCDE de 2017²⁷ – e em diversos acordos de bitributação existentes em razão da assinatura, por vários países, do Acordo Multilateral (“MLI”) desenvolvido no âmbito da Ação 15 do Projeto BEPS²⁸ –, bem como apresentar diretrizes para a sua correta interpretação e aplicação, na medida em que a referida cláusula pode passar a ser utilizada de forma discricionária pelas autoridades fiscais dos Estados contratantes, para negar o acesso aos benefícios dos acordos de bitributação, de forma contrária ao seu objetivo e à sua finalidade.

Para evitar isso, a investigação dos limites ao planejamento tributário internacional por meio dos acordos de bitributação deve ter como ponto de partida a correta interpretação das cláusulas convencionais, à luz do seu objetivo e da sua finalidade. Por essa razão, é necessário que a interpretação da cláusula de PPT esteja em conformidade com o objetivo e finalidade do acordo de bitributação.

²⁵ DAGAN, Tsilly. **International Tax Policy Between Competition and Cooperation**. Cambridge Tax Law Series. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 118-119.

²⁶ AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. **Double or Nothing: A Tax Treaty for the 21st Century**. **Law and Economics Research Paper Series**. Paper n. 12-009. Michigan: University of Michigan, 2012, p. 1.

²⁷ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50.

²⁸ OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2018, pp. 8-9.

É comum se afirmar que os principais objetivos dos acordos de bitributação envolvem (i) a eliminação da dupla tributação internacional; (ii) a cooperação entre as administrações fiscais para combater a evasão fiscal, por meio da troca de informações; (iii) a preservação da segurança jurídica contra atos unilaterais do outro Estado contratante; (iv) a repartição e limitação da competência impositiva em operações internacionais entre os Estados contratantes; e (iv) a promoção de regras de não discriminação²⁹.

Embora essa afirmação não seja incorreta, ela pode levar a uma concepção simplista dos objetivos essenciais dos acordos de bitributação. É que, em rigor, tais aspectos representam, mais propriamente, os *meios* para atingir os *objetivos* (econômicos) dos acordos de bitributação, que consistem na promoção do intercâmbio ou movimentação de mercadorias, serviços, capitais, tecnologia e pessoas.

É o que se depreende da leitura do parágrafo 54 do Comentário ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2017, ao estabelecer que o principal propósito dos acordos de bitributação é promover a troca de mercadorias e serviços e o movimento de pessoas e capital, por meio da eliminação da dupla tributação. Leia-se o referido parágrafo³⁰:

“54. O principal propósito das convenções para evitar a dupla tributação é promover, por meio da eliminação da dupla tributação, a troca de mercadorias e serviços e a movimentação de capitais e pessoas”.

Note-se que essa distinção entre os *objetivos* do acordo de bitributação e os *meios* para se atingir essa finalidade não é apenas teórica, pois o artigo 31, parágrafo 1, da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados (“CVDT”) dispõe que as cláusulas dos acordos de bitributação devem ser interpretadas de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos em seu contexto e à luz de seu *objetivo e finalidade*³¹.

²⁹ ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 42-43.

³⁰ “Improper use of the Convention

54. The principal purpose of double tax conventions is to promote, by eliminating double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons”. (tradução livre) (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 72).

³¹ “Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade” (Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009).

Assim, a compreensão de que a finalidade do acordo de bitributação é promover as relações econômicas entre os países auxilia diretamente na interpretação da cláusula de PPT e, conseqüentemente, no combate ao planejamento tributário internacional, evitando que sociedades interpostas ou negócios jurídicos artificiais, sem vínculo econômico efetivo com a jurisdição, tenham acesso aos benefícios concedidos pelos Estados contratantes mediante concessões recíprocas realizadas durante a negociação de seus acordos de bitributação.

Com base neste contexto, pretende-se analisar a cláusula de PPT e estabelecer diretrizes para a sua correta interpretação e aplicação³², a fim de que o combate ao planejamento tributário internacional seja realizado em conformidade com o objetivo e finalidade dos acordos de bitributação, que envolvem primordialmente a troca de mercadorias e serviços e o movimento de pessoas e capital entre os Estados contratantes, por meio da eliminação da dupla tributação. A interação entre a cláusula de PPT dos acordos de bitributação e as regras gerais antiabuso existentes nos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes também será objeto de estudo no presente trabalho, para se verificar as possíveis conseqüências da aplicação da cláusula convencional. Por fim, serão analisadas as cláusulas de PPT inseridas nos acordos de bitributação brasileiros e os parâmetros para sua aplicação concreta neste País.

2. Objeto do estudo

O objeto do presente estudo é analisar a cláusula PPT proposta pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS, segundo a qual as autoridades fiscais poderão negar o acesso aos benefícios dos tratados internacionais se for razoável concluir, à luz dos fatos e circunstâncias, que um dos principais propósitos da transação consiste na fruição dos benefícios convencionais, a não ser que a concessão do benefício naquela circunstância esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes³³.

³² A possibilidade de distinção entre interpretação e aplicação é polêmica na doutrina, mas não se pretende abordar aqui tal discussão. Sobre o tema, vide: GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízos – A Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 49-55; GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e Argumentar**. Tradução de Adrian Sgarbi *et. al.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, pp. 227-237.

³³ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, p. 9-11.

Há diversos aspectos envolvidos na formatação do regime tributário internacional no período pós-Projeto BEPS, como a estabilidade do direito tributário internacional, a relevância das sugestões da OCDE para a implantação de políticas fiscais domésticas e internacionais, a adoção de medidas coordenadas para o combate à elisão fiscal internacional, bem como o reestabelecimento da confiança e da legitimidade do sistema tributário internacional³⁴.

Nesse sentido, no atual cenário pós-Projeto BEPS, o regime tributário internacional é marcado pelo multilateralismo, que busca soluções coordenadas entre os países para os diferentes desafios impostos pelas sociedades multinacionais que atuam em diferentes jurisdições³⁵. No âmbito dos acordos de bitributação, uma das soluções coordenadas sugeridas pela OCDE foi justamente a inclusão da cláusula de PPT, que pretende combater o problema da fruição indevida dos benefícios convencionais.

A cláusula de PPT foi incluída em diversos acordos de bitributação existentes em razão da assinatura, por diversos países, do MLI³⁶, que será analisado em mais detalhes adiante. A inclusão da cláusula de PPT nos acordos de bitributação estabelece uma plataforma de convergência entre os sistemas tributários de cada Estado contratante, a fim de evitar a obtenção de benefícios convencionais em circunstâncias inapropriadas³⁷.

Assim, pretende-se analisar a cláusula de PPT e as controvérsias decorrentes de sua inclusão nos acordos de bitributação, para verificar os limites ao planejamento tributário internacional a que estarão sujeitos os contribuintes no cenário pós-Projeto BEPS. Objetiva-se estabelecer diretrizes para a aplicação da cláusula de PPT, que pode acabar conferindo demasiada discricionariedade às autoridades fiscais dos Estados contratantes para negar o acesso aos benefícios convencionais, de forma incompatível com o objetivo primordial dos tratados internacionais, que é promover o intercâmbio de bens, serviços, capitais e pessoas e a segurança jurídica nas relações transnacionais.

³⁴ BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, vol. 16, N. 2. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, p. 112.

³⁵ TAKANO, Caio Augusto. Erosão da Base Tributável e a Transferência de Resultados: o Caminho para o Multilateralismo e Novas Perspectivas à Soberania Fiscal. *Revista Direito Tributário Atual n. 32*. São Paulo: Dialética/IBDT, 2014, pp. 75-80.

³⁶ OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2018, pp. 8-9.

³⁷ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 9-11.

Ademais, pretende-se analisar a interação da cláusula de PPT com as GAARs existentes nas legislações internas dos Estados contratantes, para se verificar as possíveis consequências da aplicação da referida cláusula de PPT, bem como os conflitos de qualificação que podem surgir em razão da aplicação concomitante da cláusula convencional pelos países. Por fim, serão analisadas as cláusulas de PPT inseridas nos acordos de bitributação brasileiros e os parâmetros para sua aplicação concreta neste País.

3. Delimitação do tema

Para o desenvolvimento do presente trabalho, serão analisados os limites do planejamento tributário internacional envolvendo acordos de bitributação no cenário pós-Projeto BEPS, com foco na correta interpretação e aplicação da cláusula de PPT, bem como na sua interação com eventuais GAARs existentes no ordenamento jurídico dos Estados contratantes. As leis domésticas e os sistemas constitucionais tributários de cada Estado contratante são distintos, autônomos e independentes, mas os acordos de bitributação são negociados a partir de um sistema próprio de linguagem, que estabelece um plano de convergência entre os sistemas tributários de cada Estado contratante³⁸.

Dessa forma, os acordos de bitributação podem ser utilizados como uma plataforma para a investigação de limites ao planejamento tributário internacional que são comuns aos dois Estados contratantes, em virtude do seu sistema próprio de linguagem que é compartilhado por ambos os países envolvidos. Esse é o papel que pretende desempenhar a cláusula de PPT, que poderá criar um sistema comum entre os Estados contratantes para impedir a fruição dos benefícios outorgados pelos acordos de bitributação em circunstâncias inapropriadas.

Ademais, os acordos de bitributação servem como um instrumento para controlar o resultado da interação entre as regras gerais antiabuso dos dois Estados contratantes, que não poderão requalificar os fatos que geram a obrigação tributária de forma inconsistente com os compromissos assumidos no plano internacional, principalmente em razão das eventuais consequências da aplicação da cláusula de PPT pelos países.

³⁸ VOGUEL, Klaus; RUST, Alexander. Introduction. In: RUST, Alexander; REIMER, Ekkehart (eds.). **Klaus Voguel on Double Taxation Convention**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 55-57.

Neste contexto, a primeira questão a ser desenvolvida compreende a análise das razões pelas quais a OCDE desenvolveu a Ação 6 do Projeto BEPS, bem como dos parâmetros apresentados pela referida Organização para a interpretação e aplicação da cláusula de PPT, incluída em diversos acordos de bitributação existentes em razão da assinatura, por diversos países, do MLI³⁹. A cláusula de PPT também foi incluída na Convenção Modelo da OCDE de 2017⁴⁰.

A segunda questão envolve a análise detalhada da cláusula de PPT, bem como o estabelecimento de diretrizes para a sua correta interpretação e aplicação pelos países que incluíram a referida cláusula em seus acordos de bitributação. É necessário investigar se, na condição de regra jurídica de direito internacional, a cláusula de PPT estabelece um plano de convergência entre os sistemas tributários dos Estados contratantes, independentemente de eventuais particularidades de cada ordenamento jurídico (monismo ou dualismo)⁴¹⁻⁴².

A terceira questão a ser analisada envolve a interação entre a cláusula de PPT e as regras gerais antiabuso eventualmente existentes no ordenamento jurídico dos Estados contratantes⁴³, para se verificar as possíveis consequências da aplicação da referida cláusula convencional. Neste sentido, pretende-se analisar a questão a respeito da possibilidade de concessão de um benefício alternativo do acordo de bitributação após a aplicação da cláusula de PPT, bem como a dúvida acerca da necessidade de existência de GAAR na legislação doméstica do Estado contratante para tanto. Neste cenário, será examinada também a eventual aplicação concomitante da cláusula de PPT pelos dois Estados contratantes e potenciais conflitos de qualificação que podem surgir.

³⁹ OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2018, pp. 8-9.

⁴⁰ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50.

⁴¹ Sobre monismo e dualismo, conferir: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 105-108.

⁴² A decisão entre o monismo e o dualismo tem caráter eminentemente político, motivo pelo qual os indícios da posição adotada por cada país devem ser buscados por meio da análise do direito positivo interno, no respectivo texto constitucional (Cf. TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 176).

⁴³ As regras gerais antiabuso serão analisadas em tese, para se determinar se podem ser aplicadas pelos Estados contratantes concomitantemente com a cláusula de PPT, bem como possíveis conflitos de qualificação que podem surgir. Não serão analisadas regras antiabuso de nenhum país especificamente, salvo em relação ao Brasil.

Por último, o presente estudo tratará das cláusulas de PPT inseridas nos acordos de bitributação brasileiros, bem como dos parâmetros para sua aplicação concreta neste País, principalmente em razão da ausência de uma regra geral antiabuso (regulamentada e aplicável) no sistema tributário nacional.

4. Justificativa da escolha do tema

Apesar de ser um tema em ampla ascensão, o direito tributário internacional ainda reclama estudos aprofundados da doutrina pátria, em comparação com os trabalhos produzidos sobre o assunto em outras jurisdições. O número de artigos e livros a respeito da tributação internacional cresceu consideravelmente nos últimos anos, mas ainda não há obra publicada a respeito da cláusula de PPT nos acordos de bitributação.

Assim, o presente estudo pretende preencher um espaço pouco explorado na doutrina brasileira, pois tem o objetivo de analisar, a partir de uma abordagem holística, a cláusula de PPT inserida nos acordos de bitributação e os novos limites ao planejamento tributário internacional.

O tema assume grande importância no cenário pós-Projeto BEPS, tendo em vista que, em razão da severa crise econômica mundial, os Estados soberanos têm introduzido em seus sistemas tributários diversas regras antiabusivas com o objetivo de aumentar a arrecadação fiscal. É justamente neste contexto que cresce a importância de um estudo a respeito da interpretação adequada da cláusula de PPT inserida nos acordos de bitributação, com foco nos limites para a sua aplicação pelos Estados contratantes.

No atual cenário pós-BEPS, os interesses arrecadatórios dos Estados não podem permitir a relativização ou supressão de direitos fundamentais conquistados ao longo de séculos. Os acordos de bitributação têm, entre seus objetivos, a garantia da segurança jurídica dos investidores, motivo pelo qual não se pode admitir a aplicação infundada de regras antiabuso incompatíveis com os compromissos assumidos na esfera internacional.

Daí a grande relevância e atualidade do estudo a respeito da cláusula de PPT nos acordos de bitributação e dos novos limites que ela impõe às estruturas de planejamento tributário internacional realizadas pelos contribuintes.

5. Metodologia a ser utilizada

Os estudos acadêmicos necessitam de um sistema de referência sólido e que auxilie no processo de construção do conhecimento científico, passando por etapas como abstração, generalização, indução e dedução, sempre acompanhadas do necessário confronto dialético entre a teoria e a prática⁴⁴. O presente estudo pretende refinar um sistema de referência que trata da relação entre os sistemas tributários internos dos dois Estados contratantes e os acordos de bitributação, com o objetivo de identificar limites ao planejamento tributário internacional por meio da cláusula de PPT.

Os métodos utilizados para a elaboração da presente dissertação são o hipotético-dedutivo, o bibliográfico e o dissertativo-argumentativo. O sistema jurídico interno e os acordos de bitributação são utilizados como pontos de referência, a partir dos quais constrói-se a proposta teórica a respeito dos limites ao planejamento tributário internacional por meio de acordos de bitributação, com foco na cláusula de PPT. Como em qualquer estudo científico, foi necessário proceder a um corte seletivo no objeto da pesquisa, por meio de uma escolha prévia dos aspectos relevantes a serem estudados, bem como nos métodos de pesquisa a serem utilizados para a elaboração da presente dissertação.

Neste contexto, além da delimitação do escopo da pesquisa, pretendeu-se desenvolver a presente dissertação a partir do conhecimento científico objetivo, que se expressa em problemas, hipóteses, teorias, conjecturas e doutrina⁴⁵. Assim, a par do conhecimento empírico, a dissertação focou no conhecimento científico objetivo, formalizado em publicações especializadas, como artigos acadêmicos e livros especializados, que são os instrumentos referenciais do conhecimento jurídico.

⁴⁴ VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 15.

⁴⁵ BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária (Uma Introdução Metodológica)**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97.

Assim, os referenciais bibliográficos deram suporte ao estudo do tema. A pesquisa foi elaborada a partir de livros, revistas e artigos científicos publicados no Brasil e no exterior, aliada à pesquisa jurisprudencial em bases de pesquisas nacionais. Além disso, o estudo foi complementado por meio da participação em congressos acerca dos temas relacionados com a pesquisa. A pesquisa aborda posições conflitantes sobre os diversos conceitos com base nos quais pretendeu-se construir a presente dissertação.

CAPÍTULO I: PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E A AÇÃO 6 DO PROJETO BEPS DA OCDE

O presente capítulo pretende analisar as estruturas de planejamento tributário internacional combatidas pela OCDE na Ação 6 do Projeto BEPS, especialmente no que tange à proposta de inclusão da cláusula de PPT, já implementada em inúmeros acordos de bitributação existentes por meio da assinatura, por diversos países, do MLI⁴⁶ desenvolvido no âmbito da Ação 15 do referido projeto, além de ter sido inserida na Convenção Modelo da OCDE de 2017⁴⁷.

1.1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Para fins do presente estudo, serão analisadas as estruturas de planejamento tributário internacional conhecidas como “*treaty shopping*” e “*rule shopping*”, em relação às quais a OCDE desenvolveu diversas recomendações por meio da Ação 6 do Projeto BEPS, especialmente no tocante à adoção de medidas para evitar que as cláusulas convencionais dos acordos de bitributação sejam exploradas de forma incompatível com as políticas fiscais dos países envolvidos⁴⁸.

⁴⁶ OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2018, pp. 8-9.

⁴⁷ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50.

⁴⁸ Não serão tratados no presente estudo os conceitos de elisão, elusão, evasão e sonegação fiscal, mas apenas as estruturas de planejamento tributário internacional denominadas “*treaty shopping*” e “*rule shopping*” a que pretendeu combater a OCDE no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS, que será endereçada adiante. Sobre o tema, vide: BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Limites Normativos**. São Paulo: Noeses, 2016; BOZZA, Fábio Piovesan. **Planejamento Tributário e Autonomia Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2015; DORIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977; GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Planejamento Tributário – Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006; HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais de Planejamento Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros**. In: ALMEIDA, Daniel Freire (coord) (*et al*). **Garantias dos Contribuintes no Sistema Tributário: Homenagem a Diogo Leite de Campos**. São Paulo: Saraiva, 2012; TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação e Elusão Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Em caráter geral, e apenas para fins de contextualização de termos utilizados no presente trabalho, a elisão fiscal (“*tax avoidance*”), tratada no presente estudo como abuso, pode ser entendida como “a prática de atos (em princípio) lícitos, praticados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte (...) para evitar a aplicação de certa norma ou conjunto de normas através de atos ou conjuntos de atos que visem a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária em certa

Antes de examinar detalhadamente as práticas de “*treaty shopping*” e “*rule shopping*”, é importante apresentar breves considerações a respeito do seu suposto caráter abusivo. Isso porque, na prática internacional, autores como Adolfo Jiménez consideram que o “*treaty shopping*” e o “*rule shopping*” seriam práticas abusivas. No “*treaty shopping*” haveria violação ao aspecto subjetivo do acordo de bitributação, em razão da obtenção do benefício por pessoa não residente em nenhum dos Estados contratantes. Já no “*rule shopping*” haveria violação ao aspecto objetivo do acordo de bitributação, em razão da classificação de rendimento em cláusula distributiva mais favorável por contribuinte residente em um dos Estados contratantes⁴⁹.

Luís Eduardo Schoueri, após extensa análise doutrinária, aponta que a expressão “abuso de direito” vem sendo empregada pela doutrina em três acepções distintas, a saber: (i) o titular esconde, sob o manto do exercício de um direito, um ato ilícito, que não está compreendido no conteúdo do direito exercido; (ii) o titular de um direito subjetivo ultrapassa as condições normais de exercício do seu direito, configurando um ato anormal; e (iii) o titular de um direito subjetivo exerce o seu direito com o objetivo de prejudicar outrem. Diante das alternativas doutrinárias acima, Schoueri conclui que somente há, propriamente, abuso de direito na hipótese relativa ao item (iii), na qual o titular de um direito subjetivo, de forma dolosa, ultrapassa os limites do seu próprio direito, com o fim de prejudicar um terceiro⁵⁰.

Tecnicamente, a prática de “*treaty shopping*” ou “*rule shopping*” não deve ser considerada um abuso de direito, pois não há intenção do contribuinte de lesar o erário, mas, sim, de reduzir a carga tributária incidente sobre a sua operação, aumentando, por consequência, a sua margem de lucro. É verdade que, com a atitude do contribuinte, o Estado da fonte ou o Estado da residência podem ter a sua arrecadação prejudicada. Porém, é de se reconhecer que o contribuinte não foi movido pelo desejo de prejudicar

ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência desse fato noutra ordem jurídica (mais favorável).”. Já a evasão fiscal (“*tax evasion*”) pode ser considerada como “um ato ilícito pelo qual o contribuinte viola sua obrigação tributária, prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento” (XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 235).

⁴⁹ JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín. Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective – Part I. **Bulletin for International Taxation**, vol. 56, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2002, p. 543.

⁵⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Distribuição Disfarçada de Lucros**. São Paulo: Dialética, 1996, pp. 141-146.

um dos Estados contratantes, mas, sim, pelo propósito de aumentar o seu ganho econômico, reduzindo o ônus tributário que recai sobre as suas operações⁵¹.

Note-se que a mera existência de um prejuízo ao Fisco não é suficiente para caracterizar o abuso de direito. Isso porque, se assim o fosse, nenhum credor poderia exigir o pagamento de uma dívida de um devedor em má situação financeira, pois isso certamente prejudicaria a outra parte da relação jurídica⁵². Assim, o traço característico do abuso de direito reside na prática de um ato ou negócio jurídico sem utilidade para o seu titular, apenas com a intenção de prejudicar um terceiro. Obviamente, isso não ocorre nos casos de “*treaty shopping*” ou “*rule shopping*”.

Na ausência de abuso de direito, é certo que os Estados contratantes apenas poderiam negar o acesso aos benefícios dos acordos de bitributação mediante a inclusão de uma disposição convencional específica⁵³, como é o caso das cláusulas de PPT e de LOB, que serão tratadas a seguir. Vale esclarecer que, após a inclusão expressa de uma cláusula de PPT ou de uma cláusula de LOB no acordo de bitributação, não há que se falar na configuração de abuso de direito, pois o ilícito não decorre do fato de que o contribuinte ultrapassou os limites do seu direito, mas, sim, da violação das cláusulas de PPT ou de LOB que protegem o direito dos Estados.

Isso é assim porque o abuso de direito torna ilícito a ação, ato ou negócio jurídico que ultrapassa de forma manifestada os limites normais do exercício do direito, com o fim de prejudicar terceiro. Assim, no abuso de direito, o ordenamento jurídico proíbe atos ou negócios jurídicos que mereçam ser qualificados como “abusivos”, mas sem determinar, por meio de propriedades descritivas, as condições de aplicação da qualificação valorativa em questão⁵⁴. Diversamente, as cláusulas de PPT e de LOB especificam, com propriedades descritivas, os casos em que a transação praticada pelo contribuinte não deverá ter acesso aos benefícios dos acordos de bitributação.

⁵¹ Luís Eduardo Schoueri desenvolve o argumento para tratar das regras de DDL, mas o mesmo racional pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, para tratar do tema ora estudado (SCHOUERI, Luís Eduardo. **Distribuição Disfarçada de Lucros**. São Paulo: Dialética, 1996, p. 151).

⁵² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Distribuição Disfarçada de Lucros**. São Paulo: Dialética, 1996, p. 150.

⁵³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 149-151.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos: sobre abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37.

Diante da exposição acima, percebe-se que, ao se dirigir à cláusula de PPT como uma regra “antiabuso”, não se faz alusão ao abuso de direito em seu sentido técnico, mas, sim, a uma norma jurídica de reação ao planejamento tributário realizado no contexto dos acordos de bitributação, por meio de “*treaty shopping*” ou “*rule shopping*”. A opção por tal nomenclatura decorre não apenas da falta de uniformidade entre os autores sobre os conceitos de “elisão” e “elusão”⁵⁵, mas também em virtude da crescente utilização da expressão “abuso de direito” em seu sentido lato⁵⁶, para abranger também os casos em que o acordo de bitributação protege o direito subjetivo alheio e fornece os contornos para qualificar determinada operação como inoponível aos Estados contratantes⁵⁷.

1.1.1 *Treaty shopping*

Comumente, as estruturas de planejamento tributário internacional chamadas “*treaty shopping*” envolvem a interposição de pessoa jurídica como residente em terceiro Estado, para a obtenção de benefícios de um acordo de bitributação, que não seriam obtidos de outra forma⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰. Nesse contexto, o “*treaty shopping*” envolve a fruição de benefícios de acordos de bitributação por contribuintes supostamente ilegítimos⁶¹, que são interpostos entre a fonte do rendimento e o beneficiário efetivo, mediante o uso de sociedades condutoras, empresas canais, agentes, procuradores e fiduciários, que não têm poderes para dispor dos recursos recebidos sem a influência de terceiros⁶².

⁵⁵ Sob o ponto de vista técnico, a expressão “elusão fiscal” é mais correta, pois “elidir” significa “esconder”, ao passo que “eludir” significa “desviar”, o que seria o contraponto mais correto ao termo “evasão fiscal”. Porém, a expressão “elisão” está consagrada na doutrina (Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento tributário – elisão e evasão fiscal – simulação – abuso de forma – interpretação econômica – negócio jurídico indireto – norma antielisiva*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 289).

⁵⁶ TARIGO, Paola. **Diritto Internazionale Tributario**, vol. I. Torino: G. Giappichelli, 2018, p. 71.

⁵⁷ Para uma análise mais ampla do tema, conferir: NETO, Luís Flávio. **Teorias do Abuso no Planejamento Tributário**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011; PISTONE, Pasquale. **Abuso del diritto ed elusione fiscale**. Padova: CEDAM, 1996.

⁵⁸ VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. 3rd Edition. London: Kluwer Law International, 1997, p. 119.

⁵⁹ BRIGNOLI, Andrea. *Treaty shopping and International Tax Planning*. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds.). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, p. 16.

⁶⁰ ROSENBLOOM, David. *Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy*. **Intertax**, vol. 22, 1994, p. 83.

⁶¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 20-27.

⁶² WEEGHEL, Stef van. **The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States**. Series on International Taxation. London: Kluwer Law International, 1998, p. 64.

Para Luís Eduardo Schoueri, o “*treaty shopping*” ocorre quando, com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte decide estruturar seus negócios interpondo, entre si e a fonte de rendimento, uma pessoa que faz jus àqueles benefícios por ser residente de um dos Estados contratantes. Diversamente, a hipótese em que o benefício fiscal não decorre da existência do acordo de bitributação, mas de outro artifício de que se valeu o contribuinte, independentemente daquele tratado internacional, não será considerada “*treaty shopping*”⁶³.

Como exemplo de “*treaty shopping*”, é possível citar situação em que uma pessoa jurídica residente em um Estado contratante, que espera receber dividendos, juros ou royalties de um residente no outro Estado contratante, interpõe uma pessoa jurídica em um terceiro Estado para receber os referidos rendimentos em seu lugar, tendo em vista que os acordos de bitributação celebrados entre os Estados envolvidos e o terceiro Estado trazem benefícios tributários mais favoráveis do que se não houvesse a pessoa interposta.

Alberto Xavier aduz que, levando em consideração que os acordos de bitributação se aplicam aos residentes dos Estados contratantes, o “*treaty shopping*” ocorre quando a residência em um desses Estados é obtida com o propósito exclusivo de aproveitar de regime mais favorável de um tratado internacional que, de outro modo, não abrangeria o sujeito de direito em questão. Para o autor, trata-se de uso impróprio ou abusivo dos acordos de bitributação⁶⁴.

Guglielmo Maisto define “*treaty shopping*” como a estratégia por meio da qual uma pessoa obtém vantagem de um acordo de bitributação sem ser residente de nenhum dos Estados contratantes, em razão da interposição de uma outra pessoa em um desses países. Na visão do autor, a interposição de pessoa para a obtenção de benefício (por quem não seria diretamente autorizado) frustra a natureza recíproca e bilateral dos acordos⁶⁵.

⁶³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 21-22.

⁶⁴ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 279-280.

⁶⁵ MAISTO, Guglielmo. Part Four: International Developments/ Chapter 7: Royalties in the Context of the Multilateral Instrument, the Principal Purpose Test and the Limitation on Benefits Provision. **Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties**. Online Books. Amsterdam: IBFD, 2018.

Luís Eduardo Schoueri entende que uma estrutura de planejamento tributário internacional realizada por razões extrafiscais não deve ser considerada “*treaty shopping*”. Pelo contrário, para que o “*treaty shopping*” seja caracterizado, não deve haver outra explicação para a interposição de um terceiro beneficiário de um acordo de bitributação, senão a obtenção dos benefícios do referido tratado internacional⁶⁶.

Sergio André Rocha aduz que os países em desenvolvimento não estão ansiosos para lutar contra o “*treaty shopping*”, tendo em vista que, de certa forma, o “*treaty shopping*” pode servir como um instrumento para a atração de investimentos, o que constitui o objetivo primordial dos acordos de bitributação⁶⁷. Na mesma linha, Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano aduzem que o “*treaty shopping*” é tolerado por diversos países em prol da atração de investimentos estrangeiros, pois a perda de arrecadação é insignificante perto dos benefícios para a economia dos Estados no médio e longo prazo. Assim, desde que exista estrutura legítima de negócios, não há razão para condenar o comportamento dos contribuintes e dos países que toleram o “*treaty shopping*”. Por isso, seria necessário diferenciar transações reais e legítimas daquelas artificiais, em prol da segurança jurídica, da estabilidade das relações internacionais e da promoção da confiança entre os investidores estrangeiros⁶⁸.

Radhika Karadkar entende que o “*treaty shopping*” pode ser uma forma legítima de planejamento tributário realizada pelos contribuintes para minimizar obrigações tributárias e não pode ser considerado como uso indevido do tratado internacional nos casos em que a estrutura utilizada é adequada e compatível com sua finalidade. As empresas multinacionais podem usar a rede de acordos de bitributação (“*treaty network*”) de seus Estados de residência para estruturar suas operações sistematicamente e reduzir seu ônus tributário global. Isso faz com que, na visão do autor, o “*treaty shopping*” nem sempre possa ser qualificado como abuso de acordo de bitributação⁶⁹.

⁶⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

⁶⁷ ROCHA, Sergio André. Chapter 9: The Other Side of BEPS: “Imperial Taxation” and “International Tax Imperialism”. In: ROCHA, André Sergio; CHRISTIANS, Allison (eds). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation, vol. 60. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 195-196.

⁶⁸ BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective. **Intertax**, vol. 43, n. 12. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 827-828.

⁶⁹ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

Para Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino, o “*treaty shopping*” deve ser endereçado por meio de uma disposição do acordo de bitributação, na medida em que não seria possível interpretar uma legislação doméstica de modo a impedir o planejamento tributário realizado mediante o uso de tratados internacionais. Isso porque a legislação doméstica não constitui limitação aos benefícios do acordo de bitributação, de modo que a sua aplicação para essa finalidade poderia violar a jurisdição do outro Estado contratante⁷⁰. Nesta linha, a Ação 6 do Projeto BEPS, a ser analisada a seguir, trouxe justamente recomendações de inclusão de disposições específicas nos acordos de bitributação para endereçar a questão do “*treaty shopping*”.

Blazej Kuzniacki dispõe que, apesar de a OCDE usar uma linguagem neutra, está implícito que a Ação 6 do Projeto BEPS trata do “*treaty shopping* abusivo”, que pode ser definido como o esquema que envolve uma ou mais empresas-veículo, com substância econômica limitada e sem a condução de atividades econômicas genuínas no Estado de residência, constituídas essencialmente para a obtenção de benefícios do acordo de bitributação, que de outra forma não seriam obtidos⁷¹.

O autor comenta que a definição de “*treaty shopping*” proposta pela OCDE na Ação 6 do Projeto BEPS é muito criticada pela doutrina por ser incompleta e vaga. Porém, para o autor, apesar da crítica ser justificada, deve-se ter em mente que a existência de várias visões sobre “*treaty shopping*” em diferentes jurisdições dificultou o trabalho da OCDE de formular uma definição precisa e exaustiva, especialmente porque tal definição será usada como parâmetro para diversos países no atual cenário pós-Projeto BEPS. Além disso, uma definição precisa e estrita poderia não trazer a flexibilidade necessária para que a referida cláusula fosse incluída em diversos acordos de bitributação⁷².

⁷⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Part One: Scope, Interpretation, Tax Treaty Abuse and Residence/ Chapter 3: Brazil: Personal Scope in Brazilian. **Tax Treaties: Tax Treaty Case Law around the Globe 2018**. Online Books. Amsterdam: IBFD, 2019.

⁷¹ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 235-236.

⁷² KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 236.

Radhika Karadkar também critica o fato de que a expressão “*treaty shopping*” não foi adequadamente definida pela OCDE no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS. Há diversas considerações nos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE⁷³, mas não há uma clara e exaustiva definição, sendo que o alcance da expressão “*treaty shopping*” acaba sendo explicado por meio de exemplos. Por não ter um significado universal e objetivo, os países podem vir a utilizar suas leis domésticas para definir estruturas de “*treaty shopping*”, o que pode gerar controvérsias e incertezas. Por isso, seria necessária uma definição clara da expressão “*treaty shopping*”, a ser incluída nos acordos de bitributação, a fim de uniformizar os desfechos do combate ao uso indevido dos tratados internacionais e reduzir eventuais divergências entre os países. De qualquer forma, o autor critica a Ação 6 do Projeto BEPS por entender que determinadas estruturas de “*treaty shopping*” não são necessariamente artificiais, além do fato de que, para os países em desenvolvimento, o “*treaty shopping*” encoraja o ingresso de capital e o acesso à tecnologia (para o Estado da fonte), motivo pelo qual pode não haver interesse em combater essas estruturas de planejamento tributário⁷⁴⁻⁷⁵.

Karadkar traz alguns exemplos de estruturas de planejamento tributário que a OCDE pretendeu combater no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS. Nos primeiros exemplos, o autor utiliza uma holding como sociedade interposta, mas deixa claro que esta companhia pode ser constituída por razões comerciais genuínas, tais como: consolidar as subsidiárias estrangeiras de um grupo econômico para fins de administração e comunicação; criar uma plataforma para futuras aquisições de participações societárias; agir como uma porta de entrada para o crescimento e expansão do grupo econômico em determinado mercado; aumentar a estabilidade financeira e facilitar o financiamento interno de operações; aprimorar a tesouraria e a administração de riscos financeiros; facilitar o acesso e a captação de capital estrangeiro; entre outras razões⁷⁶.

⁷³ Parágrafos 54 a 65 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2017 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 72-74).

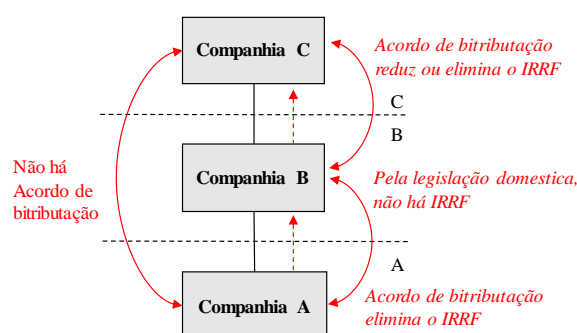
⁷⁴ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

⁷⁵ Pedro Asseis também entende que a ideia de que o “*treaty shopping*” seria necessariamente uma prática abusiva é equivocada. (ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. Ação 6 do BEPS e a Prevenção de “Abusos”: Análise Crítica. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29).

⁷⁶ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

No exemplo chamado “*Direct conduit treaty shopping*”, a Companhia C, residente no Estado C, recebe dividendos, juros e royalties de sua subsidiária A, residente no Estado A. Por não haver acordo de bitributação firmado entre os Estados A e C, a Companhia C constitui uma subsidiária no Estado B, para a qual contribui as ações/quotas da Companhia A. A Companhia B será uma sociedade intermediária com atividades mínimas, apenas para obter os benefícios do acordo de bitributação firmado entre os Estados B e A, que elimina o Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”) incidente sobre dividendos, juros e royalties. Como resultado, os pagamentos realizados pela Companhia A para B não sofrerão a incidência de IRRF. O Estado B também não cobra IRRF sobre os pagamentos, de acordo com sua legislação doméstica. Porém, se houvesse a cobrança de IRRF pelo Estado B, o Estado C concederia alívio à dupla tributação pelo acordo de bitributação firmado entre os Estados C e B⁷⁷.

- Figura 1:

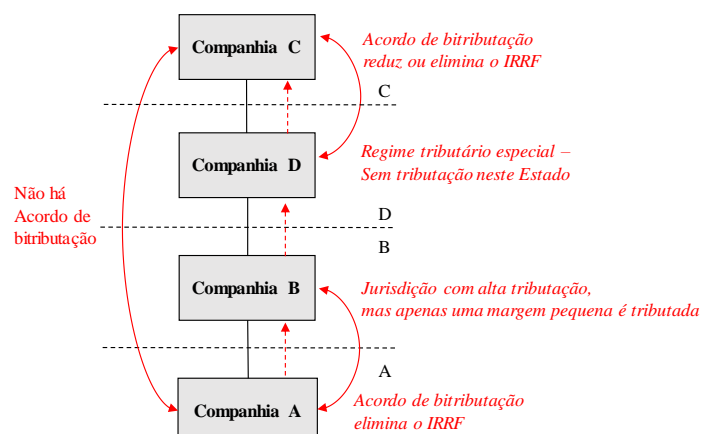


Já no exemplo chamado “*Stepping stone conduit treaty shopping*”, Radhika Karadkar aduz que a estrutura é similar àquela do exemplo acima mencionado, mas há duas sociedades intermediárias. O Estado B é uma jurisdição com alta tributação, mas por sua legislação doméstica, há autorização para deduzir as despesas incorridas no Estado B. Como consequência, a Companhia B remete o rendimento recebido da Companhia A para a Companhia D e mantém apenas uma margem mínima de lucro tributável no Estado B. O rendimento recebido pela Companhia D não é tributável no Estado D em razão de um regime tributário especial. O Estado C concede alívio à dupla tributação pelo acordo de bitributação firmado entre os Estados C e B, se necessário⁷⁸.

⁷⁷ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

⁷⁸ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

- Figura 2:



Para Radhika Karadkar, os arranjos descritos acima podem ser genuínos e não devem ser presumidamente considerados abusivos. Porém, como todas as companhias envolvidas no arranjo são partes relacionadas, o autor reconhece que o questionamento sobre a ocorrência de uso indevido do acordo de bitributação pode surgir por parte das autoridades fiscais dos países⁷⁹.

Ademais, Radhika Karadkar cita exemplos envolvendo “*finance companies*”. Para a autora, as “*finance companies*” são aquelas que administram o caixa do grupo econômico, por meio da centralização do financiamento interno, do controle de custos, da administração dos riscos de financiamento global e do orçamento operacional. Além disso, as “*finance companies*” podem ser utilizadas para reduzir o ônus tributário global de um grupo econômico multinacional, de modo que sua constituição pode ser influenciada por razões fiscais e extrafiscais⁸⁰.

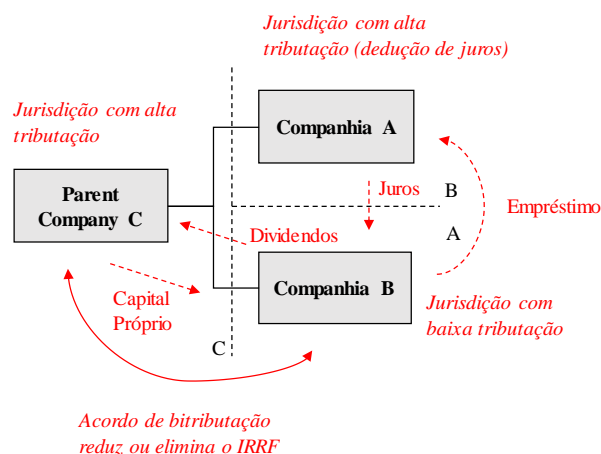
No exemplo chamado “*financing structure*”, a Companhia C, residente no Estado C, é controladora de duas subsidiárias, uma no Estado A e outra no Estado B. A Companhia B é uma “*finance company*” residente em jurisdição com baixa tributação. Os Estados A e C são jurisdições com alta tributação. O primeiro objetivo da estrutura é evitar o imposto de renda da pessoa jurídica no Estado C. Consequentemente, a Companhia B é financiada pela Companhia C via aporte de capital social, que por sua vez concede empréstimo para a Companhia A. O Estado A permite a dedução dos juros, que são tributados no Estado B com baixa alíquota de imposto de renda da pessoa jurídica.

⁷⁹ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

⁸⁰ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

Os dividendos pagos pela Companhia B para a Companhia C estão sujeitos a baixa ou nenhuma tributação pelo IRRF em razão do acordo de bitributação firmado entre os Estados B e C⁸¹.

- Figura 3:



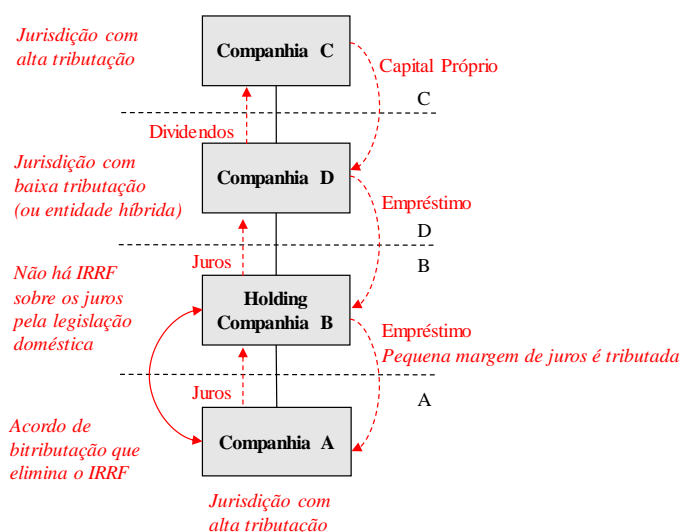
Radhika Karadkar traz também o exemplo do empréstimo “*Back-to-back*”, no qual a Companhia C, residente no Estado C, é controladora da Companhia D, que é residente em jurisdição com baixa tributação (ou é uma entidade híbrida). A Companhia D, que foi financiada via aporte de capital social, concede empréstimo para sua subsidiária no Estado B, que é uma holding. Esta holding, por sua vez, concede empréstimo para sua subsidiária no Estado A. Os Estados A, B e C são jurisdições com alta tributação. Os juros pagos pela Companhia A para a Companhia B são dedutíveis no Estado A e há redução do IRRF pelo acordo de bitributação firmado entre os Estados A e B. Uma margem mínima de lucro é deixada na Companhia B, sendo a maior parte remetida sob a forma de juros para a Companhia D, sem a incidência do IRRF, de acordo com a legislação doméstica. Os juros recebidos pela Companhia D não são tributados (ou são minimamente tributados) no Estado D. Por fim, a Companhia D paga dividendos para a Companhia C, isentos de IRRF (seja em razão da *participation exemption*⁸², seja por ser uma entidade híbrida ou um instrumento híbrido)⁸³.

⁸¹ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

⁸² Nos termos da Diretiva 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011, da União Europeia (*Parent-Subsidiary Directive*), os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe estão isentos de IRRF.

⁸³ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

- Figura 4:



Como visto, a OCDE pretendeu abranger, na Ação 6 do Projeto BEPS, o “*treaty shopping*”, que envolve a interposição de pessoa entre a fonte do rendimento e o beneficiário efetivo, para fazer jus aos benefícios de um acordo de bitributação.

Entretanto, como se extrai dessa breve análise inicial, as estruturas de planejamento tributário elaboradas pelos contribuintes não são necessariamente artificiais, pois podem ter o intuito, por exemplo, de aproveitar da rede de acordos de bitributação dos Estados de residência dos controladores finais dos grupos econômicos e de aprimorar a estruturação de seus negócios ou atividades econômicas. Em tais situações, o combate a certas estruturas de planejamento tributário torna-se questionável, pois o objetivo primordial dos tratados internacionais é justamente o intercâmbio de bens, serviços, capitais e pessoas.

1.1.2 Rule Shopping

Conforme mencionado acima, a estrutura de “*rule shopping*” pode ser definida como a transação ou arranjo realizado por contribuinte, que é beneficiário do acordo de bitributação, visando a classificação de um rendimento em uma cláusula distributiva que garante um tratamento tributário mais favorável (e não em outra regra distributiva que seria aplicável na ausência da referida transação ou arranjo)⁸⁴.

⁸⁴ BONSCHAK, Gabriele. Rule shopping and international tax planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, p. 37.

Klaus Vogel define o “*rule shopping*” como a estrutura realizada para que as condições de determinada cláusula distributiva mais favorável sejam cumpridas, como, por exemplo, um arranjo para que uma cláusula convencional que impeça a cobrança de IRRF pelo Estado da fonte seja aplicada, em vez de outra cláusula que preveja a incidência de tributação naquele Estado⁸⁵.

Gabriele Bonschak cita, como exemplo, situação em que um residente de um Estado contratante é acionista de pessoa jurídica residente em outro Estado contratante e busca evitar a tributação sobre os dividendos distribuídos, por meio da venda de suas ações para uma sociedade holding integralmente detida por ele. Em momento posterior à distribuição de dividendos, o acionista recompra da holding as ações por ele detidas anteriormente. Essa técnica de planejamento tributário é conhecida como “*dividend stripping*” e pode ser utilizada para converter dividendos em ganho de capital⁸⁶.

A autora também cita o exemplo em que há a reclassificação de dividendos como juros, em razão de acordo de bitributação que prevê alíquota de IRRF limitada, no Estado da fonte, à 10% para juros e à 15% para dividendos. A depender da forma de tributação dos rendimentos pelo Estado de residência, um acionista pode preferir realizar empréstimo para sua subsidiária em substituição ao aporte de capital social. Segundo a autora, há também técnicas de planejamento tributário envolvendo a reclassificação de dividendos em remuneração de diretores, tanto para evitar o IRRF⁸⁷, quanto para diminuir o ônus tributário global da operação. Isso pode ocorrer quando o sócio ou acionista também exerce cargo de direção na sociedade⁸⁸.

Após a análise de tais exemplos, Gabriele Bonschak conclui que somente o “*rule shopping*” abusivo deve ser combatido, o que depende de investigação mais profunda da transação ou arranjo realizado pelo contribuinte. Assim, na ausência de “*rule shopping*” abusivo, eventuais regras antiabuso não devem ser aplicadas⁸⁹.

⁸⁵ VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. 3rd Edition. London: Kluwer Law International, 1997, 119.

⁸⁶ BONSHAK, Gabriele. Rule shopping and international tax planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, pp. 53-54.

⁸⁷ Em rigor, o tratamento mais benéfico para remuneração de diretores dependerá da análise da lei interna e do respectivo acordo de bitributação, tendo em vista que na Convenção Modelo da OCDE o artigo 16 (“*director’s fees*”) confere competência cumulativa a ambos os Estados contratantes.

⁸⁸ BONSHAK, Gabriele. Rule shopping and international tax planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, pp. 55-57.

⁸⁹ BONSHAK, Gabriele. Rule shopping and international tax planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013, pp. 38-39.

César Novoa também define o “*rule shopping*” como a prática de atos ou negócios jurídicos, por um contribuinte inserido no âmbito pessoal do acordo de bitributação, com o objetivo de classificar determinado rendimento na cláusula distributiva que lhe traga maior vantagem fiscal⁹⁰.

Vikram Chand aduz que, no “*rule shopping*”, o contribuinte não pretende escolher o acordo de bitributação mais favorável. O acordo de bitributação já existe e o contribuinte tenta utilizá-lo da maneira mais favorável. Assim, o “*rule shopping*” pode ser definido como a estratégia de planejamento tributário em que o contribuinte realiza transação ou arranjo para que determinada cláusula distributiva do acordo de bitributação seja aplicável ao caso concreto, ao invés de outra regra distributiva que seria aplicável na ausência da transação ou arranjo realizado pelo contribuinte⁹¹.

Helena Tôrres define o “*rule shopping*” como o planejamento tributário por meio do qual os sujeitos inseridos no “âmbito subjetivo” de um acordo de bitributação promovem atos de escolha da regra mais favorável para a qualificação do rendimento, com o intuito de reduzir a carga tributária em uma operação internacional. Em outras palavras, no “*rule shopping*”, sujeitos que são residentes de um Estado contratante procuram se ajustar a regras mais favoráveis de um acordo de bitributação para evitar retenções na fonte ou para que sejam aplicadas alíquotas menores de IRRF, em razão da qualificação do rendimento em determinada cláusula distributiva⁹².

Porém, diferentemente dos autores acima, Helena Tôrres entende que o instituto do “*rule shopping*” permite a obtenção de tributação menos onerosa mediante fraude, simulação ou manipulação estrategicamente coordenada, tornando aplicável uma disciplina jurídica no lugar de outra, no âmbito de um acordo de bitributação⁹³.

⁹⁰ NOVOA, César García. Forma y Sustancia en Los Convenios de Doble Imposicion Internacional. In: PISTONE, Pasquale; TÔRRES, Heleno Taveira (eds). **Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional – Homenaje Latinoamericano a Victor Uckmar**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005, p. 645.

⁹¹ CHAND, Vikram. **The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)**. Tax Policy Series. Zurich: Schulthess, 2018, p. 19.

⁹² TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 323-342.

⁹³ TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 324.

Com a devida vênia ao entendimento de Tôrres, não se pode assumir, aprioristicamente, que todos os atos ou negócios jurídicos que culminam com a qualificação do rendimento em uma regra jurídica mais favorável estão maculados por fraude ou simulação. Ao contrário, deve-se verificar, à luz dos fatos e circunstâncias, se há vícios de existência ou de validade no negócio jurídico praticado ou se os pressupostos para a aplicação da cláusula de PPT estão presentes, como se verá adiante.

Feita essa breve análise da doutrina, cabe mencionar que as estruturas envolvendo o “*rule shopping*” também foram tratadas pela OCDE no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS. Porém, as estruturas de planejamento tributário que não são artificiais, inserindo-se no exercício regular dos negócios e atividades do contribuinte, não devem ser combatidas, pois o objetivo primordial dos tratados internacionais é promover o intercâmbio de bens, serviços, capitais e pessoas, resguardando a segurança jurídica nas relações transnacionais.

Assim, se o contribuinte optar por financiar uma subsidiária por meio de empréstimo, e não via aporte de capital social, obtendo no futuro determinada vantagem tributária em razão do tratamento diferenciado concedido pelo acordo de bitributação para os juros, esta estrutura de planejamento tributário não deve ser combatida, uma vez que o contribuinte tem o direito de estruturar seus negócios da forma que melhor lhe convier. Por outro lado, se a estrutura for abusiva, daí deverá ser combatida por meio de regras antiabuso, tais como a cláusula de PPT, que será analisada adiante.

1.2 O PROPÓSITO DA AÇÃO 6 DO PROJETO BEPS

A OCDE, por meio da Ação 6 do Projeto BEPS, identificou o abuso de acordos de bitributação e, em particular, o “*treaty shopping*”, como uma das mais importantes preocupações para o combate à erosão das bases tributáveis e à transferência artificial de lucros. Os países decidiram incluir cláusulas antiabuso nos acordos de bitributação como resposta às estratégias de planejamento tributário internacional utilizadas pelos contribuintes para a obtenção de benefícios convencionais em situações inapropriadas⁹⁴.

⁹⁴ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 9-11.

De início, a OCDE trouxe, na Ação 6 do Projeto BEPS, a recomendação para a alteração do título e do preâmbulo dos acordos de bitributação, para que conste que a intenção dos Estados contratantes envolve a eliminação da dupla tributação, sem criar oportunidades de dupla não tributação ou redução da tributação por meio de evasão ou elisão fiscais, inclusive em casos de “*treaty shopping*”⁹⁵.

Além disso, a proposta de inclusão de cláusula de LOB nos acordos de bitributação teve por objetivo combater o “*treaty shopping*” por meio de testes objetivos, baseados na natureza jurídica, na titularidade do investimento e nas atividades gerais da pessoa jurídica, de forma a garantir que os benefícios apenas serão concedidos se houver ligação suficiente entre a referida pessoa jurídica e o Estado de residência⁹⁶.

Em complementação à cláusula de LOB, foi proposta pela OCDE a inclusão da cláusula de PPT nos acordos de bitributação, que se aplica caso seja razoável concluir, com base nos fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação corresponde a um dos principais propósitos da transação, a não ser que a concessão dos referidos benefícios esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes⁹⁷.

Para a inclusão das alterações propostas no âmbito do Projeto BEPS nos acordos de bitributação por meio do MLI, foram definidas três opções de “padrão mínimo” (“*minimum standard*”) que poderiam ser escolhidas por cada país:

- (i) a inclusão das cláusulas de PPT e de LOB simplificada;
- (ii) a inclusão apenas da cláusula de PPT; e

⁹⁵ Leia-se o novo preâmbulo da Convenção Modelo da OCDE de 2017: “*Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their co-operation in tax matters, Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)*”.(OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 91-92).

⁹⁶ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 20-55.

⁹⁷ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 55-69.

- (iii) a inclusão da cláusula de LOB complementada por um mecanismo “*anticonduit*” para lidar com arranjos financeiros que envolvem empresas-veículo (empresas canais)⁹⁸.

Como mencionado anteriormente, o presente estudo pretende tratar especificamente da cláusula de PPT, que foi incluída na Convenção Modelo da OCDE de 2017 por meio do artigo 29, parágrafo 9, dispondo que, não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação, um benefício do referido acordo não deve ser concedido se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção daquele benefício foi um dos principais propósitos de um arranjo ou transação que resultou direta ou indiretamente naquele benefício, a não ser que a concessão do benefício naquelas circunstâncias esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido tratado internacional⁹⁹.

Sobre a interpretação e aplicação da cláusula de PPT acima descrita, é importante mencionar que o trabalho realizado pela OCDE em conjunto com o G20, detalhado no Relatório Final da Ação 6, foi incluído nos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE de 2017. Ou seja, as considerações feitas no âmbito do Projeto BEPS sobre a redação da cláusula de PPT e as circunstâncias em que a referida cláusula deve, ou não, ser aplicada, incluindo exemplos práticos, se encontram atualmente inseridos, *ipsis litteris*, nos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE¹⁰⁰.

⁹⁸ OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, p. 10.

⁹⁹ “Article 29

Entitlement to Benefits

(...) 9. *Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention*” (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50).

¹⁰⁰ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 587-601.

Os Comentários ao parágrafo 9 do artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE¹⁰¹ dispõem que a cláusula de PPT se espelhou no chamado “*Guiding Principle*”, introduzido pela OCDE em 2003 por meio dos Comentários ao artigo 1¹⁰². O referido princípio foi reproduzido no parágrafo 61 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2017, dispondo que os benefícios do acordo de bitributação não devem ser concedidos se o objetivo principal de uma transação ou arranjo for a obtenção de tratamento tributário mais favorável, sendo que a obtenção de tratamento tributário mais favorável nestas circunstâncias contraria o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido acordo^{103_104}.

Porém, com base na simples leitura do “*Guiding Principle*”, é possível verificar que há uma relevante diferença em sua redação em comparação com a cláusula de PPT. O “*Guiding Principle*” traz como elemento central para a não concessão dos benefícios do acordo de bitributação o “principal objetivo” da transação, diversamente do que dispõe a cláusula de PPT, ao tratar de “um dos principais propósitos” da transação ou arranjo.

¹⁰¹ Parágrafo 169 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE: “*Paragraph 9 mirrors the guidance in paragraphs 61 and 76 to 80 of the Commentary on Article 1. According to that guidance, the benefits of a tax convention should not be available where one of the principal purposes of certain transactions or arrangements is to secure a benefit under a tax treaty and obtaining that benefit in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions of the tax convention. Paragraph 9 incorporates the principles underlying these paragraphs into the Convention itself in order to allow States to address cases of improper use of the Convention even if their domestic law does not allow them to do so in accordance with paragraphs 76 to 80 of the Commentary on Article 1; it also confirms the application of these principles for States whose domestic law already allows them to address such cases.*” (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 587-588).

¹⁰² Parágrafo 9.5 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2003 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2003 p. 54).

¹⁰³ “*Addressing tax avoidance through tax conventions*

(...) 61. *It is important to note, however, that it should not be lightly assumed that a taxpayer is entering into the type of abusive transactions referred to above. A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions. That principle applies independently from the provisions of paragraph 9 of Article 29, which merely confirm it*” (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 73).

¹⁰⁴ Vale mencionar que o parágrafo 66 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2017 dispõe que as regras domésticas antiabuso e as doutrinas antiabuso também podem ser usadas para endereçar transações e arranjos realizados com o propósito de obter benefícios em circunstâncias inapropriadas. Leia-se: “*Domestic anti-abuse rules and judicial doctrines may also be used to address transactions and arrangements entered into for the purpose of obtaining treaty benefits in inappropriate circumstances. These rules and doctrines may also address situations where transactions or arrangements are entered into for the purpose of abusing both domestic laws and tax conventions.*” (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 74).

Assim, a cláusula de PPT poderia, em tese, ser aplicada ainda que sejam verificados outros propósitos extrafiscais relevantes em determinada transação ou arranjo, o que demonstra que o seu escopo normativo é mais amplo, em princípio, em relação ao padrão até então adotado pelas regras gerais antiabuso dos países, que normalmente trazem como elemento central o “único objetivo” ou “principal propósito” da transação ou arranjo, assim como descrito no “*Guiding Principle*”.

Para facilitar a análise, veja-se abaixo quadro comparativo com as diferentes redações da cláusula de PPT e do “*Guiding Principle*”:

Cláusula de PPT	Guiding Principle
<p><i>“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”</i></p>	<p><i>“A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.”</i></p>
<p>“Não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação, um benefício do referido acordo não deve ser concedido em relação a um item da renda ou capital se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção daquele benefício foi um dos principais propósitos de um arranjo ou transação que resultou direta ou indiretamente naquele benefício, a não ser que a concessão do benefício naquelas circunstâncias esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido acordo.” (tradução livre)</p>	<p>“Os benefícios do acordo de bitributação não devem ser concedidos se o objetivo principal de uma transação ou arranjo for a obtenção de tratamento tributário mais favorável, sendo que a obtenção deste tratamento tributário mais favorável nestas circunstâncias contraria o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido acordo.” (tradução livre)</p>

Como se pode notar pela leitura dos dispositivos acima transcritos, a redação da cláusula de PPT tem diferenças substanciais em comparação com a redação do “*Guiding Principle*”. Uma das diferenças está na expressão “um dos principais propósitos de uma transação ou arranjo” da cláusula de PPT, mais ampla do que no “*Guiding Principle*”, que trata do “objetivo principal de uma transação ou arranjo”, conforme aduzido acima.

Ademais, no “*Guiding Principle*”, a obtenção do benefício do acordo de bitributação naquelas circunstâncias deve contrariar o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido tratado internacional para que este seja negado. Em tese, a cláusula de PPT seria diferente, na medida em que o benefício inicialmente negado ao contribuinte, por ter sido “razoável concluir” que um dos principais propósitos foi a obtenção do referido benefício, poderá ser concedido se for demonstrado, pelo contribuinte, que sua concessão naquelas circunstâncias estava em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido tratado internacional.

Dessa forma, em razão das diferenças verificadas entre a redação da cláusula de PPT e a redação do “*Guiding Principle*”, não se pode considerar a inclusão da referida cláusula nos acordos de bitributação como uma modificação meramente interpretativa. Ou seja, a sua aplicação não poderá ser retroativa, mas apenas para fatos futuros, nem poderá alcançar os acordos de bitributação que não tenham incluído a cláusula de PPT.

Seguindo adiante, a OCDE aduz que não é necessário que a obtenção do benefício do acordo de bitributação seja o “único propósito” ou o “propósito dominante” da transação ou arranjo, sendo suficiente que o propósito tributário seja um dos principais dentre as outras razões extrafiscais relevantes. Porém, a OCDE também dispõe que será improvável que um dos principais propósitos de uma transação ligada à atividade principal (“*core business*”) de uma pessoa jurídica seja a obtenção de um benefício fiscal. Assim, a OCDE também leva em consideração transações genuínas, ligadas às atividades da pessoa jurídica, na análise da aplicação da cláusula de PPT¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Parágrafos 180 e 181 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 591).

A OCDE dispõe nos Comentários ao parágrafo 9 do artigo 29 da Convenção Modelo que será importante analisar objetivamente as finalidades e objetivos das pessoas envolvidas na transação ou arranjo para determinar se um dos principais propósitos foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Isso demonstra que a análise relativa à aplicação da cláusula de PPT será feita caso a caso. Porém, não é necessário que haja prova conclusiva da intenção da pessoa em relação ao arranjo ou transação, devendo ser razoável concluir, com base na análise objetiva dos fatos e circunstâncias, que um dos principais propósitos foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação¹⁰⁶.

Nesta linha, os Comentários ao parágrafo 9 do artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE deixam claro que a exceção prevista no final da cláusula de PPT prevê a possibilidade de que o contribuinte comprove que a obtenção do benefício estava de acordo com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação¹⁰⁷. Logo, caso se entenda que cabe ao contribuinte demonstrar que a sua operação está em linha com o objetivo e finalidade das cláusulas relevantes do tratado internacional, o ônus da prova estará desequilibrado, na medida em que, para a aplicação da cláusula de PPT, não é necessária a prova conclusiva do abuso por parte das autoridades fiscais, mas o contribuinte deve comprovar fazer jus aos referidos benefícios com base no objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação, para que então seja afastada a aplicação da referida cláusula.

Ainda a respeito cláusula de PPT, consta dos Comentários ao parágrafo 9 do artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE que os benefícios dos acordos de bitributação devem ser concedidos às transações de boa-fé, que envolvam a troca de bens e serviços e a movimentação de pessoas e capitais, em oposição a transações cujo principal objetivo é obter um tratamento tributário mais favorável. Ou seja, trata-se de outro indício de que, na visão da própria OCDE, transações genuínas não estariam abarcadas pela referida cláusula, devendo um benefício convencional ser negado para transações artificiais¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 590).

¹⁰⁷ Parágrafo 170 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 588).

¹⁰⁸ Parágrafo 174 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 589).

Adiante, a OCDE dispõe que o termo “benefícios” inclui todas as limitações impostas ao Estado da fonte pelos artigos 6 ao 22 da Convenção Modelo da OCDE, bem como o alívio à dupla tributação concedido pelo Estado de residência pelo artigo 23 (isenção ou crédito) e a proteção do artigo 24 (cláusula de não discriminação)¹⁰⁹.

A redação da cláusula de PPT é no sentido de que o seu escopo alcança transações que resultem, direta ou indiretamente, em um benefício concedido pelo acordo de bitributação. Para exemplificar, a OCDE traz a seguinte situação: TCO, sociedade residente no Estado T, figura como credora em contrato de mútuo que prevê o pagamento de juros de 4% pela SCO, sociedade residente no Estado S. Os Estados T e S não firmaram acordo de bitributação, sendo aplicável a alíquota de 25% de IRRF sobre os juros conforme lei interna do Estado S. TCO transfere o empréstimo para RCO, sua subsidiária residente no Estado R, em contrapartida ao recebimento de notas promissórias com juros de 3,9%. Há acordo de bitributação entre os Estados T e R, que prevê a não incidência de IRRF sobre juros. Neste caso, os benefícios do acordo de bitributação serão negados para RCO, por resultarem indiretamente da transferência do empréstimo feita por TCO¹¹⁰.

Outro ponto a ser considerado sobre a interpretação da OCDE diz respeito ao fato de que a cláusula de PPT pode ser aplicada ainda que o contribuinte tenha cumprido os testes objetivos da cláusula de LOB¹¹¹.

Com relação à expressão “arranjo ou transação”, a OCDE dispõe que ela deve ser interpretada de forma ampla, para alcançar qualquer esquema, transação ou série de transações, o que inclui a criação, transferência, aquisição de renda, propriedade ou direito relativo à renda. Ademais, também inclui o estabelecimento, a aquisição ou a manutenção de pessoa de quem deriva a renda, incluindo a qualificação de pessoa como residente de um dos Estados contratantes, bem como medidas tomadas pela própria pessoa para se tornar residente de um dos Estados contratantes¹¹².

¹⁰⁹ Parágrafo 175 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 589).

¹¹⁰ Parágrafo 176 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 589-590).

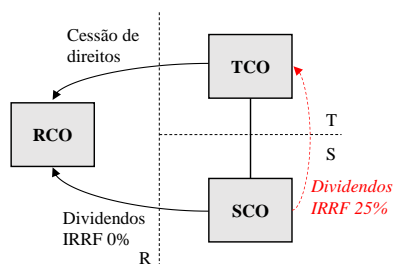
¹¹¹ Parágrafos 171 e 172 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 588).

¹¹² Parágrafo 177 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 590).

Para elucidar as situações em que a cláusula de PPT deve ser aplicada na prática, a OCDE traz diversos exemplos no parágrafo 182 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, que serão comentados a seguir¹¹³:

Exemplo A) TCO, pessoa jurídica residente no Estado R, detém participação societária na SCO, uma companhia listada na bolsa de valores do Estado S. Não há acordo de bitributação entre os Estados T e S. Pela legislação doméstica do Estado S, há IRRF sobre os dividendos distribuídos ao exterior à alíquota de 25%. TCO cede para RCO, uma instituição financeira independente no Estado R, seus direitos ao recebimento de dividendos já declarados por SCO, mas ainda não distribuídos. Há acordo de bitributação entre os Estados R e S, que prevê alíquota zero de IRRF sobre os dividendos.

- **Figura 5:**

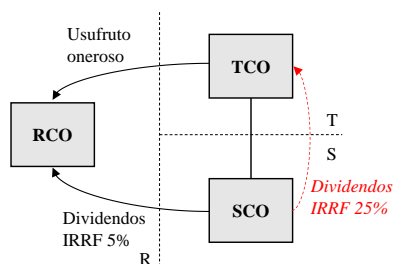


Para a OCDE, é razoável concluir que a cessão de direitos teve como um dos principais propósitos a obtenção do benefício do acordo de bitributação entre os Estados R e S e sua concessão seria contrária ao objetivo e propósito do tratado internacional.

Exemplo B) SCO, sociedade residente no Estado S, é subsidiária da sociedade TCO, residente no Estado T. Não há acordo de bitributação entre os Estados T e S. Pela legislação doméstica do Estado S, há IRRF sobre os dividendos à alíquota de 25%. TCO entra em um acordo com a RCO, instituição financeira residente no Estado R, em que esta última adquire o usufruto das recém emitidas ações preferenciais sem direito a voto de SCO, pelo período de três anos. Há acordo de bitributação entre os Estados R e S, que prevê alíquota de 5% de IRRF sobre os dividendos. O montante pago para a aquisição do usufruto é correspondente ao valor presente dos dividendos a serem pagos pelo período de três anos (após desconto da taxa com que a TCO poderia contrair empréstimo da RCO).

¹¹³ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 591-600.

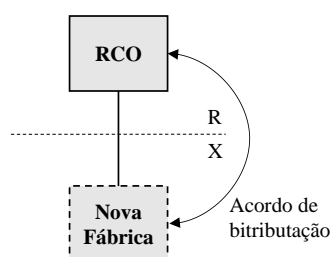
- Figura 6:



Para a OCDE, é razoável concluir que a transação envolvendo a transferência de usufruto das ações preferenciais emitidas por SCO teve como um dos principais propósitos a obtenção do benefício da alíquota de 5% de IRRF concedido pelo acordo de bitributação entre os Estados R e S e sua concessão seria contrária ao objetivo e propósito do tratado internacional.

Exemplo C) RCO é uma pessoa jurídica do ramo de produção de aparelhos eletrônicos residente no Estado R. Em razão de seu rápido crescimento, RCO está considerando estabelecer uma fábrica em um país em desenvolvimento para se beneficiar de custos menores de produção. Depois de analisar três possíveis jurisdições similares, RCO decide pelo país (X), com o qual o Estado R mantém acordo de bitributação.

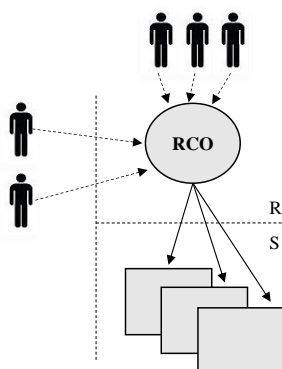
- Figura 7:



Para a OCDE, o principal propósito de estabelecer uma fábrica no país em desenvolvimento (X) é expandir seus negócios, com custos de fabricação menores. Assim, não é razoável concluir que um dos principais propósitos foi a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação entre os Estados R e X. Em tal situação, a obtenção dos benefícios está de acordo com o objetivo e propósito do acordo de bitributação.

Exemplo D) RCO, um fundo de investimento coletivo residente no Estado R, administra um portfólio diversificado de investimentos no mercado financeiro internacional. RCO detém 15% de seu portfólio em ações de sociedades residentes no Estado S, recebendo dividendos anualmente. Há acordo de bitributação firmado entre os Estados R e S que prevê a redução da alíquota do IRRF sobre dividendos de 30% para 10%. A maioria dos investidores de RCO é residente no Estado R, mas alguns investidores são residentes em Estados com os quais o Estado S não possui acordo de bitributação. As decisões dos investidores, ao investir em RCO, não são conduzidas ou influenciadas por um investimento específico, assim como a estratégia de investimento de RCO não é movida com base na posição fiscal de seus investidores. RCO distribui anualmente quase todo seu lucro aos seus investidores e paga tributo sobre o lucro retido durante o ano.

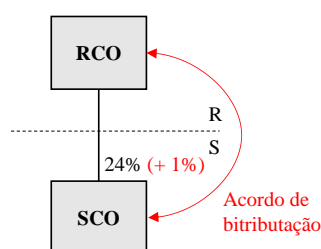
- **Figura 8:**



Para a OCDE, apesar de a RCO considerar o benefício do acordo de bitributação firmado entre R-S para investir nas ações de sociedades residentes no Estado S, este fato isolado não seria suficiente para que fosse aplicada a cláusula de PPT. Ademais, os acordos de bitributação são firmados para encorajar investimentos internacionais e, a não ser que o investimento de RCO não seja parte de uma transação realizada com o principal propósito de obter o benefício do tratado internacional, não é razoável concluir que os benefícios devem ser negados para RCO.

Exemplo E) RCO, pessoa jurídica residente no Estado R, pelos últimos cinco anos deteve 24% de participação societária na SCO, sociedade residente no Estado S. Após a entrada em vigor do acordo de bitributação firmado entre os Estados R e S, RCO decide aumentar sua participação societária na SCO para 25%. Os fatos e circunstâncias revelam que o aumento na participação societária se deu para a obtenção do benefício do acordo de bitributação relacionado à alíquota reduzida de IRRF de 5% sobre dividendos (prevista no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE).

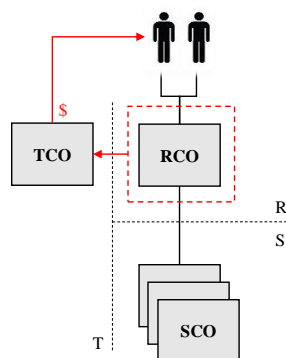
- **Figura 9:**



Para a OCDE, apesar de o principal propósito da transação ter sido a obtenção do benefício do acordo de bitributação, a cláusula de PPT não seria aplicável, tendo em vista que a concessão do referido benefício nestas circunstâncias está em conformidade com o objetivo e propósito do artigo 10, parágrafo 2, item “a”, da Convenção Modelo. Isso porque o limite de 25% de participação societária para determinar se um sócio/acionista terá ou não o benefício da alíquota reduzida de IRRF de 5% é arbitrário. Assim, se o aumento da participação societária para atingir o limite arbitrário for genuíno e efetivo, o objetivo e propósito do referido artigo terá sido cumprido.

Exemplo F) Os negócios de tecnologia da informação de TCO, companhia aberta residente no Estado T, aumentaram consideravelmente nos últimos anos em razão de uma política agressiva de fusões e aquisições. RCO, uma holding familiar residente no Estado R, faz parte de um grupo econômico que também explora o ramo de tecnologia da informação. Quase todas as ações de RCO são detidas por residentes no Estado R. RCO detém participação societária em subsidiárias em países vizinhos, incluindo SCO, uma sociedade no Estado S, bem como patentes desenvolvidas no Estado R e licenciadas para tais subsidiárias. TCO fez uma oferta para a aquisição da RCO. Há acordo de bitributação entre os Estados R e S.

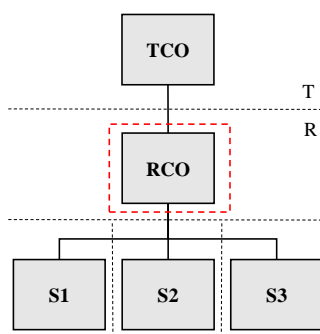
- Figura 10:



Para a OCDE, é razoável concluir que o principal propósito da transação é a expansão dos negócios de TCO e não a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação. O fato de a RCO ser uma holding que detém subsidiárias e ela ter sido adquirida não muda essa conclusão. A TCO pode manter RCO como holding para aproveitar os benefícios do acordo de bitributação, mas esse não foi o propósito da transação.

Exemplo G) TCO, companhia aberta residente no Estado T, detém direta e indiretamente subsidiárias em diversas jurisdições. A maioria dessas subsidiárias realiza atividades em seus mercados locais. Em uma das regiões, TCO detém ações em cinco subsidiárias em países vizinhos. TCO constituiu uma nova sociedade nesta região para realizar atividades intragrupo (incluindo serviços administrativos, contabilidade, jurídico, recursos humanos, serviços financeiros, entre outros) para as cinco subsidiárias em países vizinhos. Após analisar possíveis opções de países para a nova sociedade, TCO escolhe o Estado R em razão de sua força de trabalho, sistema legal confiável, ambiente amigável para os negócios, estabilidade política, além de possuir acordos de bitributação com os cinco Estados em que estão localizadas as subsidiárias da região.

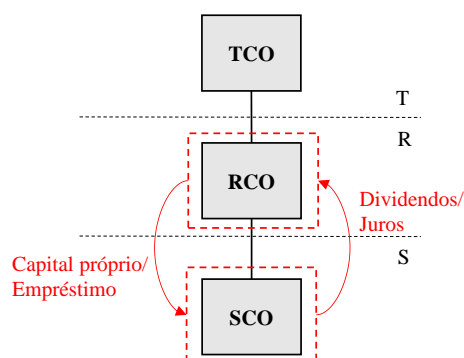
- Figura 11:



Para a OCDE, assumindo que a nova sociedade exercerá funções econômicas substanciais, com ativos reais e assumindo riscos, não seria razoável negar os benefícios dos acordos de bitributação com base na cláusula de PPT.

Exemplo H) TCO, companhia listada na bolsa de valores do Estado T, é controladora de uma empresa multinacional que conduz uma variedade de negócios globalmente (atacado, varejo, fabricação e investimentos). Questões relacionadas ao transporte, diferenças de fuso horário, limitada disposição de pessoal fluente em outros idiomas e localização de parceiros de negócios no exterior fizeram com que TCO constituísse uma subsidiária, RCO, no Estado R, que possui recursos humanos qualificados, além de mercados financeiro e comercial internacionais desenvolvidos, para passar a conduzir as atividades internacionais. RCO desenvolve várias atividades (atacado, varejo, fabricação e investimentos), possuindo recursos financeiros e humanos compatíveis com seus negócios. Para a atividade de fabricação, RCO constituiu uma nova subsidiária SCO no Estado S, financiada com capital próprio e empréstimo para a condução de seus negócios. Há acordo de bitributação entre os Estados R e S.

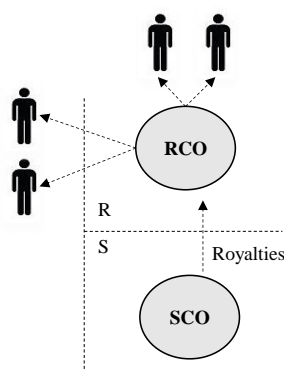
- **Figura 12:**



Para a OCDE, a RCO foi constituída por razões de eficiência nos negócios e a constituição da SCO é parte da condução ativa dos negócios da RCO. Assim, na ausência de outros fatos, a cláusula de PPT não deve ser aplicada para este arranjo.

Exemplo I) RCO é uma organização de gestão coletiva estabelecida no Estado R, que concede licença em nome de detentores dos direitos autorais para que as músicas sejam tocadas em público ou na rádio, televisão e internet. SCO é uma organização similar estabelecida no Estado S. RCO e SCO distribuem os royalties para os detentores de direitos autorais residentes em diversos países. RCO e SCO possuem um acordo por meio do qual SCO concede licença para os usuários no Estado S e distribui royalties para a RCO em relação aos direitos por ela administrados e vice-versa. SCO possui um acordo com as autoridades fiscais do Estado S no sentido de que será aplicável o acordo de bitributação entre o Estado S e o Estado de residência dos detentores dos direitos autorais para fins de retenção de IRRF sobre os royalties, com base nas informações fornecidas por RCO e desde que estes detentores sejam os beneficiários efetivos do rendimento.

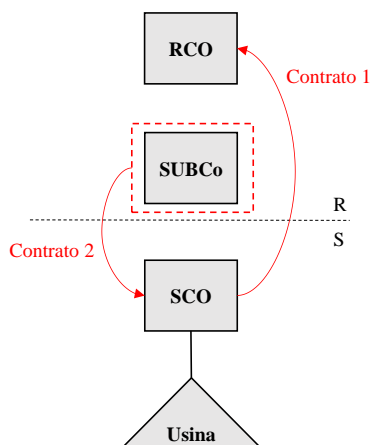
- **Figura 13:**



Para a OCDE, esse arranjo foi instituído para trazer eficiência na gestão dos direitos autorais, tendo em vista o enorme número de transações. O acordo com as autoridades fiscais foi proposto para a correta aplicação dos tratados internacionais. Assim, a cláusula de PPT não deve ser aplicada em tal situação, pois a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito dos acordos de bitributação.

Exemplo J) RCO, pessoa jurídica residente no Estado R, venceu licitação para a construção de uma usina para SCO, uma sociedade não relacionada residente no Estado S. O projeto de construção estima um prazo de 22 meses. Durante a negociação, o projeto é dividido em dois diferentes contratos, cada um com prazo estimado de 11 meses, sendo o primeiro assinado com a RCO e o segundo assinado com a SUBCO, uma subsidiária recentemente constituída por RCO no Estado R. No contrato assinado com a SUBCO, RCO é solidariamente responsável pela construção da respectiva parte da usina.

- Figura 14:

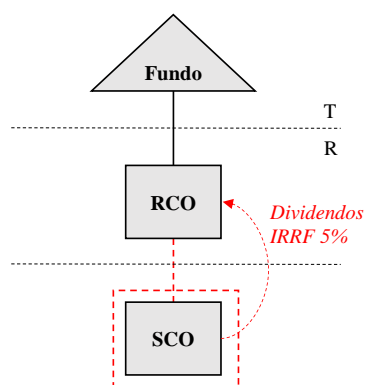


Para a OCDE, seria razoável concluir que um dos principais propósitos da separação dos contratos para a construção da usina é a obtenção do benefício do acordo de bitributação concedido pelo artigo 5, parágrafo 3, da Convenção Modelo da OCDE, evitando-se, com isso, a caracterização de um estabelecimento permanente. Por tal razão, a concessão do benefício nestas circunstâncias seria contrária ao objetivo e propósito do artigo 5, parágrafo 3, pois deixaria sem sentido a restrição temporal ali prevista.

Exemplo K) RCO, pessoa jurídica no Estado R, é subsidiária de um Fundo de investimento estabelecido (e sujeito à regulação) no Estado T. RCO opera exclusivamente para gerar retorno financeiro como uma plataforma de investimento regional para o Fundo através da aquisição e gestão de carteira diversificada de investimentos no mercado privado de diversos países naquela região, o que inclui o Estado R. A decisão de estabelecer uma plataforma de investimento regional surgiu em razão da disponibilidade de diretores com conhecimento do mercado, da regulação e das práticas da região, da existência de força de trabalho multilíngue, de um grupo regional de membros e da extensa rede de acordos de bitributação, incluindo aquele celebrado com o Estado S, que concede menores alíquotas de IRRF. RCO emprega um experiente time local de gestão para rever as recomendações de investimento do Fundo, que atua em diversas outras funções, tais como aprovação e monitoramento de investimento, funções de tesouraria, de contabilidade e de cumprimento de obrigações regulatórias. O conselho de administração da RCO foi apontado pelo Fundo e é composto, na maioria, por membros residentes do Estado R, com experiência em gestão de investimentos, além de outros membros do time global do Fundo. RCO está sujeita à tributação no Estado R.

RCO avalia a possibilidade de investir em SCO, uma sociedade residente no Estado S. O investimento em SCO iria constituir parte do investimento do Fundo, que inclui investimentos em outros países da mesma região. Segundo o acordo de bitributação firmado entre os Estados R e S, o IRRF sobre dividendos deverá ser reduzido de 30% para 5%. Já o acordo de bitributação firmado entre os Estados R e T prevê a redução da alíquota para 10% sobre dividendos.

- **Figura 15:**



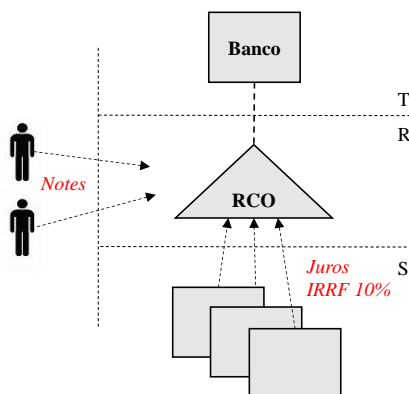
A OCDE entende que a razão tributária relativa ao benefício de redução do IRRF sobre dividendos não é suficiente para atrair a aplicação da cláusula de PPT. A intenção dos acordos de bitributação é encorajar investimentos transnacionais, razão pela qual o contexto do investimento deve ser analisado para fins de se determinar se a transação é abusiva ou não. Assim, como não há outros fatos demonstrando que a transação é parte de um arranjo abusivo, não é razoável negar os benefícios do acordo de bitributação.

Exemplo L) RCO, companhia securitizadora residente no Estado R, foi constituída por um banco que vendeu para ela seu portfólio de empréstimos e outros recebíveis de devedores localizados em certas jurisdições. RCO é financiada via empréstimo em razão da emissão de títulos de crédito (“notes”) detidos principalmente por terceiros investidores, sendo o seu capital social formado por apenas uma ação sem valor econômico. Os “notes” estão listados em uma reconhecida bolsa de valores e, por razões regulatórias, o banco detém um pequeno percentual dos respectivos “notes”. RCO mantém atualmente 60% de seu portfólio em recebíveis de pequenas e médias empresas localizadas no Estado S, recebendo juros regularmente.

O banco é residente no Estado T, que possui acordo de bitributação com o Estado S, com benefícios equivalentes aos previstos no tratado internacional firmado entre os Estados R e S. Nos termos do acordo de bitributação firmado entre R e S, a alíquota máxima de IRRF sobre os juros é de 10% (a alíquota doméstica do Estado S é de 30%).

Para constituir RCO, o banco levou em consideração diversos fatores, tais como a estrutura robusta de securitização no Estado R, a respectiva legislação, a disponibilidade de pessoal especializado, bem como o número elevado de acordos de bitributação. As decisões dos investidores não são baseadas em um investimento específico da RCO, assim como as decisões de investimento da RCO não são baseadas na posição tributária de seus investidores. RCO está sujeita à tributação no Estado R, sendo os juros pagos aos investidores integralmente dedutíveis.

- Figura 16:



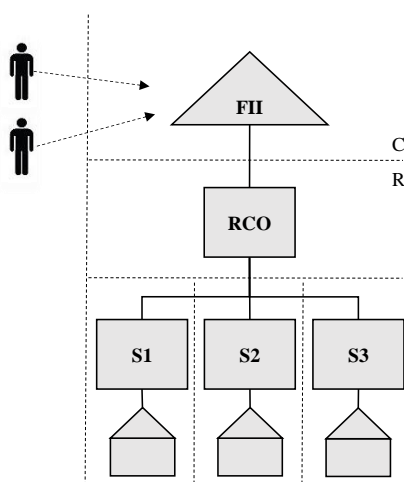
Para a OCDE, o fato de o banco ter considerado o número elevado de acordos de bitributação do Estado R não é suficiente para ensejar a aplicação da cláusula de PPT, tendo em vista que a intenção dos acordos de bitributação é justamente encorajar investimentos estrangeiros. Assim, não seria razoável concluir que um dos principais propósitos do arranjo foi a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação.

Exemplo M) Um fundo de investimento imobiliário (“FII”), tratado como transparente para fins fiscais no Estado C (“*partnership*”), foi instituído para investir em um portfólio de investimento imobiliário em uma região geográfica específica. O FII é administrado por uma gestora de fundo e é comercializado para investidores institucionais, tais como fundos de pensão e fundos soberanos. Um número elevado de investidores em diversas jurisdições investiu recursos no FII.

As decisões de investimento do FII não são baseadas na posição de seus investidores, mas, sim, em determinados ativos que maximizarão seu valor. Os investimentos são feitos via RCO, uma holding localizada no Estado R, que detém os ativos por meio de subsidiárias integrais localizadas nos Estados em que os imóveis estão situados. RCO possui razões comerciais e legais para sua estrutura, tais como proteção do FII contra passivos relacionados aos imóveis, obtenção de financiamento via empréstimo (inclusive de terceiros), gestão e alienação de investimentos, além da administração dos pedidos de alívio à dupla tributação com base nos acordos de bitributação, tendo em vista ser mais fácil a centralização dos pedidos em uma companhia (e não no nível de cada investidor).

A decisão de instituir RCO foi tomada em razão da estabilidade política do Estado R, seu sistema regulatório e jurídico, pessoal qualificado, além da rede de acordos de bitributação com diversos países da região geográfica específica. Porém, RCO não obtém benefícios melhores do que aqueles que seriam usufruídos pelos investidores caso tivessem investido diretamente.

- **Figura 17:**



Para a OCDE, RCO foi constituída por razões comerciais consistentes e não obterá benefícios melhores do que os investidores obteriam. Nesta linha, não seria razoável concluir que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação é um dos principais propósitos do arranjo que envolve RCO, razão pela qual a cláusula de PPT não deve ser aplicada.

Após a descrição de todos os exemplos mencionados acima, que, apesar de simplificados e utópicos em alguns casos, trazem diretrizes para a aplicação da cláusula de PPT, a OCDE pontua que, para que as autoridades fiscais dos países possam conceder benefício do acordo de bitributação diverso daquele negado pela cláusula de PPT, com base na desconsideração da transação abusiva praticada pelo contribuinte, é necessária a inclusão de uma cláusula de alívio discricionário, cuja redação é a seguinte:

“10. Quando um benefício previsto numa Convenção é negado a uma pessoa com base no parágrafo 9, a autoridade competente de um Estado Contratante que de outro modo teria concedido este benefício deve tratar a pessoa como sendo autorizada a receber este benefício, ou um benefício diferente em relação a um item específico da renda ou do capital, se esta autoridade competente, por meio de pedido daquela pessoa e após consideração dos fatos e circunstâncias, determinar que tais benefícios poderiam ser concedidos na ausência da transação ou arranjo referido no parágrafo 9. A autoridade competente do Estado Contratante para o qual o pedido foi realizado deve consultar a autoridade competente do outro Estado Contratante antes de rejeitar o pedido realizado nos termos deste parágrafo por um residente daquele outro Estado.”¹¹⁴.

A OCDE dispõe que, com base na cláusula acima descrita, os benefícios do acordo de bitributação que teriam sido concedidos na ausência do arranjo abusivo, desconsiderado em razão da aplicação da cláusula de PPT, poderão ser outorgados a critério das autoridades competentes de um Estado contratante, mediante requerimento do contribuinte. Apesar de conceder grande discricionariedade às autoridades competentes, o referido parágrafo dispõe que os fatos e circunstâncias devem ser levados em consideração na análise do requerimento do contribuinte, além de ser necessário consultar o outro Estado contratante na hipótese de rejeição do referido requerimento¹¹⁵.

¹¹⁴ Parágrafo 184 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE: “Where a benefit under this Convention is denied to a person under paragraph 9, the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted this benefit shall nevertheless treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that person and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement referred to in paragraph 9. The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State” (tradução livre) (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 600).

¹¹⁵ Parágrafo 185 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 600-601).

Sobre a cláusula de alívio discricionário, a OCDE comenta exemplo em que o benefício relativo à alíquota reduzida de 5% de IRRF sobre os dividendos, com base no artigo 10, parágrafo 2, item “a”, da Convenção Modelo é negado pela cláusula de PPT. Nessa hipótese, seria possível a concessão, pelas autoridades competentes do Estado da fonte, do benefício disposto no artigo 10, parágrafo 2, item “b”, da Convenção Modelo da OCDE, que prevê alíquota de 15% de IRRF sobre os dividendos, pois, na ausência do arranjo ou transação considerados abusivos, o contribuinte teria direito ao referido benefício alternativamente¹¹⁶.

É importante mencionar que os exemplos acima detalhados auxiliam na interpretação da cláusula de PPT. Isso porque as diretrizes estabelecidas no Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS, atualmente reproduzidas nos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE de 2017¹¹⁷, podem ser consideradas como parte do “contexto” para fins de interpretação do MLI.

De acordo com o artigo 31, parágrafo 1, da CVDT, “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Assim, o texto do tratado internacional deve ser o ponto de partida para a atividade de interpretação¹¹⁸, que deve ser realizada com base no sentido comum atribuível aos termos em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. Além disso, os tratados internacionais devem ser interpretados de boa-fé, a fim de que sejam observados os compromissos assumidos no plano internacional.

Ao tratar do “contexto”, o artigo 31, parágrafo 2, da CVDT dispõe que o intérprete deverá levar em consideração, além do texto do tratado internacional, seu preâmbulo e anexos, qualquer acordo ou instrumento relativo ao referido tratado internacional celebrado pelas partes em conexão com a sua conclusão¹¹⁹.

¹¹⁶ Parágrafo 186 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 601).

¹¹⁷ Parágrafo 182 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 591-600).

¹¹⁸ DÖRR, Oliver. Article 31 – General Rule of Interpretation. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.). **Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary**. Berlin/Heidelberg: Springer/Verlag, 2012, p. 522.

¹¹⁹ “2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

Além do “contexto”, a CVDT, em seu artigo 32, faz alusão aos chamados “meios suplementares de interpretação”, que abrangem, entre outros elementos, os trabalhos preparatórios do tratado internacional e as circunstâncias de sua conclusão. Entretanto, é importante esclarecer que tais materiais somente podem ser utilizados para confirmar o sentido da atividade de interpretação ou, ainda, quando o resultado da interpretação for ambíguo, obscuro, absurdo ou desarroado¹²⁰.

É justamente no âmbito da CVDT que começam a surgir as primeiras dúvidas em torno do tema, pois o texto do MLI – tratado multilateral que introduziu a cláusula de PPT em diversos acordos de bitributação existentes – vem acompanhado de uma Declaração Explicativa (“*Explanatory Statement*”)¹²¹, que pretende atribuir relevância ao Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS, replicado nos Comentários da Convenção Modelo da OCDE de 2017 acima mencionados. Porém, sabe-se que países importantes do “*Inclusive Framework*” do Projeto BEPS não assinaram o MLI, como os Estados Unidos e o Brasil, o que estende a discussão acerca da relevância do Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS para a interpretação dos acordos de bitributação que incluíram a cláusula de PPT via negociação bilateral entre os Estados contratantes.

Em rigor, a Declaração Explicativa integra o “contexto” do MLI, por ser um instrumento estabelecido pelos Estados contratantes em conexão com a conclusão do tratado multilateral e que declaradamente reflete o entendimento dos respectivos negociadores (“*It therefore reflects the agreed understanding of the negotiators with respect to the Convention*”)¹²². Na condição de “contexto”, a Declaração Explicativa auxilia o intérprete na consideração de todos os elementos históricos, sociais, políticos, culturais, econômicos e institucionais porventura envolvidos na celebração do MLI¹²³.

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.” (Decreto n. 7.030, de 14/12/2009).

¹²⁰ ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 113-115.

¹²¹ OCDE. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE Publishing, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>>. Acesso em 22/11/2019.

¹²² Sobre o tema, conferir: ROCHA, Sergio André; SANTOS, Ramon Tomazela. A Convenção Multilateral da OCDE e a Ação 15 do Projeto BEPS. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 524.

¹²³ SULLIVAN, Ruth. **Statutory Interpretation**. 3rd Edition. Toronto: Irwin Law, 2016, p. 52.

A própria Declaração Explicativa, em seu item 12, deixa claro que o seu objetivo é orientar os intérpretes a respeito da aplicação do MLI e da sua integração com os acordos de bitributação que serão por ele alterados, sem interferir na interpretação das cláusulas convencionais subjacentes, que refletem as propostas oriundas do Projeto BEPS. Segundo a Declaração Explicativa, essas novas cláusulas convencionais devem ser interpretadas de acordo com as diretrizes gerais de interpretação dos tratados internacionais, extraídas da CVDT. Sendo assim, as novas cláusulas convencionais devem ser interpretadas segundo o sentido comum atribuível aos seus termos em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade¹²⁴.

Adiante, a Declaração Explicativa ressalta que o objetivo e a finalidade do MLI é implementar as alterações e as novas cláusulas convencionais propostas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS, de modo que os Relatórios Finais divulgados em 2015 teriam grande relevância para a sua interpretação¹²⁵.

Realmente, o objetivo do MLI é introduzir, na rede de acordos de bitributação, as recomendações do Projeto BEPS, de modo que os Relatórios Finais divulgados pela OCDE podem ter relevância para a sua interpretação, principalmente para efeito de identificação do objetivo e finalidade das novas cláusulas convencionais. Afinal, como a finalidade do MLI é implementar as propostas do Projeto BEPS, a interpretação da cláusula de PPT à luz do Relatório da Ação 6 estaria em conformidade com o objetivo e a finalidade do próprio MLI, que constitui um tratado internacional autônomo e que coexiste em conjunto com todos os acordos de bitributação alterados.

¹²⁴ OCDE. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE Publishing, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>>. Acesso em 22/11/2019.

¹²⁵ “Accordingly, the provisions contained in Articles 3 through 17 should be interpreted in accordance with the ordinary principle of treaty interpretation, which is that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose. In this regard, the object and purpose of the Convention is to implement the tax treaty-related BEPS measures. The commentary that was developed during the course of the BEPS Project and reflected in the Final BEPS Package has particular relevance in this regard” (OCDE. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE Publishing, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>>. Acesso em 22/11/2019).

Diante disso, é possível considerar que a Declaração Explicativa pode ser considerada como “contexto” para fins de interpretação do MLI, a qual, por sua vez, é orientada pelos Relatórios Finais divulgados pela OCDE, que auxiliam na interpretação das novas cláusulas convencionais à luz de seu objetivo e finalidade. Em outras palavras, considerando que o MLI foi editado para introduzir, na rede de acordos de bitributação, as propostas apresentadas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS, os seus Relatórios Finais podem auxiliar na investigação da finalidade das novas cláusulas convencionais e do Projeto BEPS como um todo, contribuindo, assim, para a atividade de interpretação.

O problema surge no caso de países que não são signatários do MLI, mas que incluíram a cláusula de PPT em negociações bilaterais. Nesse caso, não é possível afirmar que o objetivo e a finalidade do acordo de bitributação será implementar as recomendações do Projeto BEPS, tal como ocorre com o MLI. Na verdade, objetivo e a finalidade do acordo de bitributação celebrado em caráter bilateral, sem interferência do MLI, deverá ser definido a partir da análise do seu título e preâmbulo, que atualmente compreende o objetivo de desenvolver as relações econômicas entre os Estados contratantes, eliminando a dupla tributação da renda, mas sem criar oportunidades para a não tributação da renda ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscais. Sendo assim, não se pode dizer que o Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS está diretamente relacionado ao objetivo daquele acordo de bitributação específico.

Isso não impede, porém, que o Relatório Final da Ação 6 seja utilizado para auxiliar na interpretação do objetivo e finalidade de uma cláusula convencional específica que reproduz a redação sugerida pela OCDE no Projeto BEPS, ainda que sem a sua classificação como um material externo autorizado pela CVDT. Isso porque, como se sabe, a investigação da finalidade de determinada cláusula convencional também pode ser influenciada por materiais não elencados na CVDT, como livros jurídicos, monografias e artigos científicos¹²⁶. Logo, nada impede que o Relatório Final da Ação 6 seja utilizado por decisões judiciais como elemento auxiliar para a formação do convencimento da autoridade julgadora e justificação de sua decisão.

¹²⁶ SULLIVAN, Ruth. **Statutory Interpretation**. 3rd Edition. Toronto: Irwin Law, 2016, p. 191.

Seguindo adiante, o Relatório Final da Ação 6 também não seria parte do “contexto” previsto no artigo 31, parágrafo 2, da CVDT, por não ter sido elaborado em conexão com a conclusão daquele acordo de bitributação (bilateral) específico.

Com relação aos “meios suplementares de interpretação”, o artigo 32 da CVDT faz alusão “aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão”. O Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS não é um trabalho preparatório de um acordo de bitributação específico, mas a menção às “circunstâncias de sua conclusão” abre margem para dúvidas, em razão de sua amplitude. Como exemplo, no caso de um protocolo assinado entre dois Estados contratantes exclusivamente para implementar as propostas do Projeto BEPS, seria razoável sustentar que o Relatório Final da Ação 6 integra as circunstâncias relacionadas à sua conclusão. O problema é que, em tal hipótese, a relevância do Relatório Final da Ação 6 seria bastante limitada, pois, como visto, os “meios suplementares de interpretação” somente podem ser utilizados para confirmar o sentido da atividade de interpretação ou, ainda, quando o resultado da interpretação for ambíguo, obscuro, absurdo ou desarroado.

Seja como for, ainda que o Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS não seja facilmente enquadrado na CVDT, isso não significa que esse material será irrelevante para fins de interpretação da cláusula de PPT, pois as regras de interpretação extraídas da CVDT devem funcionar como diretrizes hermenêuticas, inspiradas na prática internacional, que não pretendem limitar e aprisionar a atividade de interpretação¹²⁷. Tanto é assim que a própria Comissão de Direito Internacional da ONU, responsável pela elaboração da CVDT, reconhece que tais regras de interpretação não são cânones hermenêuticos rígidos, pois a interpretação jurídica é uma atividade complexa, e não uma ciência exata¹²⁸.

¹²⁷ ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 101-102.

¹²⁸ Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU. 18ª Sessão. **Yearbook of the International Law Commission**. Volume II. New York: United Nations, 1966, p. 218.

Em conclusão, é possível afirmar que o Relatório Final da Ação 6 será relevante para a interpretação da cláusula de PPT incluída nos acordos de bitributação via negociações bilaterais, embora não seja possível definir aprioristicamente o grau de relevância que será atribuído a esse material. Porém, sendo a interpretação jurídica uma atividade construtiva, é razoável que o intérprete, diante do caso concreto, avalie a relevância a ser atribuída aos materiais de interpretação disponíveis, o que deverá ser justificado à luz da teoria da argumentação¹²⁹.

1.3 MULTILATERALISMO E CONVERGÊNCIA NO COMBATE AO ABUSO

Por meio do Projeto BEPS, a OCDE buscou uma abordagem coordenada entre os países, por entender que essa seria a única forma de conter o problema da erosão das bases tributáveis e da transferência de lucros no âmbito internacional. No atual cenário pós-Projeto BEPS, o regime tributário internacional é marcado pelo multilateralismo, que busca implementar as soluções recomendadas pela OCDE de forma coordenada entre os países.

Neste contexto, a Ação 15 do Projeto BEPS pretendeu desenvolver um instrumento multilateral – o MLI – para modificar e complementar os acordos de bitributação existentes de forma rápida, coordenada e eficiente, evitando negociações bilaterais¹³⁰⁻¹³¹. A Ação 15 visa implementar as recomendações trazidas pela OCDE na Ação 6 (abuso de acordos de bitributação), na Ação 2 (arranjos híbridos), na Ação 7 (estabelecimento permanente) e na Ação 14 (resolução de disputas)¹³².

¹²⁹ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Argumentação Jurídica e Teoria das Provas no Direito da Concorrência. Direito Econômico Atual*. São Paulo: Método, 2015, p. 186; SANTOS, Ramon Tomazela. Os acordos de bitributação e a interpretação jurídica não representacionalista. *Revista Fórum de Direito Tributário n. 97*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 192-203.

¹³⁰ OCDE. **Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2016.

¹³¹ OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017.

¹³² Leia-se o preâmbulo do MLI: “As Partes da presente Convenção, (...) Congratulando-se com o conjunto de medidas adotadas no âmbito do projeto BEPS da OCDE e do G20 (a seguir designado por «Projeto BEPS da OCDE/G20»); Constatando que o Projeto BEPS da OCDE/G20 integra medidas relativas às convenções fiscais que visam combater certos híbridos assimétricos, prevenir o uso abusivo das convenções fiscais, combater a elisão artificial da qualificação como estabelecimento estável e melhorar a resolução de diferendos; Conscientes da necessidade de assegurar uma aplicação célere, coordenada e coerente das medidas BEPS relativas às convenções fiscais num contexto multilateral;

O MLI é um tratado internacional independente, que opera de forma conjunta com os acordos de bitributação existentes que foram apontados pelos Estados signatários para serem modificados, conforme as opções adotadas no momento da assinatura do referido instrumento¹³³. Ou seja, o MLI reflete o entendimento de cada Estado signatário sobre quais disposições de cada acordo de bitributação existente devem ser modificadas e de que maneira se dará tal modificação¹³⁴.

Até outubro de 2019, 89 países assinaram o MLI, o que torna este instrumento multilateral de suma importância no cenário internacional, na medida em que modificará diversos acordos de bitributação existentes, sem a necessidade de negociações bilaterais entre os Estados contratantes¹³⁵.

Constatando a necessidade de assegurar que as convenções para evitar a dupla tributação do rendimento existentes sejam interpretadas de forma a eliminar a dupla tributação no que respeita aos impostos abrangidos por essas convenções, sem criar oportunidades de não tributação ou de tributação reduzida através de fraude ou evasão fiscal (designadamente através de construções abusivas que visem a obtenção dos desagravamentos previstos nessas convenções para benefício indireto de residentes de terceiras jurisdições);

Reconhecendo a necessidade de um mecanismo eficaz para aplicar as modificações adotadas de forma sincronizada e eficiente em toda a rede de convenções para evitar a dupla tributação do rendimento existentes sem ter de renegociar bilateralmente cada uma dessas convenções;

Acordam no seguinte: (...)” (Versão traduzida para o português disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>>. Acesso em 13/11/2019. (OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 1)).

¹³³ “Artigo 1.º – Âmbito de aplicação da Convenção

A presente Convenção modifica todas as Convenções fiscais abrangidas, tal como definidas na alínea a) do número 1 do artigo 2.º (Interpretação de termos).

Artigo 2.º – Interpretação de termos

1. Para efeitos da presente Convenção, aplicam-se as seguintes definições:

a) A expressão «Convenção fiscal abrangida» designa uma convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento (independentemente de esta abranger ou não outros impostos):

i) Que esteja em vigor entre duas ou mais: A) Partes; e/ou B) Jurisdições ou territórios que sejam Partes de uma convenção acima mencionada e por cujas relações internacionais seja responsável uma Parte; e

ii) Relativamente à qual cada uma dessas Partes tenha efetuado uma notificação ao Depositário mencionando essa convenção, assim como quaisquer outros instrumentos que a alterem ou acompanhem (identificados pelo título, designação das Partes, data de assinatura e, caso seja aplicável no momento da notificação, data de entrada em vigor), como uma convenção que deseja que seja abrangida pela presente Convenção.” (Versão traduzida para o português disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>>. Acesso em 13/11/2019. (OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 2)).

¹³⁴ Sobre o tema, conferir: GOMES. Marcus Livio. Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 45–57.

¹³⁵ A informação consta do site da OCDE. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>>. Acesso em 15/10/2019.

No que se refere à Ação 6 do Projeto BEPS, conforme mencionado acima, há um padrão mínimo (“*minimum standard*”) a ser escolhido pelos Estados signatários, nos termos do artigo 7 da Parte III do MLI, que envolve (i) a inclusão da cláusula de PPT, nos termos do parágrafo 1; (ii) a inclusão das cláusulas de PPT e de LOB simplificada, nos termos do parágrafo 6; ou (iii) a inclusão da cláusula de LOB, complementada por um mecanismo “*anticonduit*” para lidar com arranjos financeiros que envolvem empresas-veículo (empresas-canais), nos termos do parágrafo 15, alínea “a”¹³⁶.

¹³⁶ “Artigo 7.º – Prevenção do uso abusivo das convenções fiscais

1. Não obstante as disposições de uma Convenção fiscal abrangida, não serão concedidos benefícios ao abrigo da Convenção fiscal abrangida relativamente a um elemento do rendimento ou do património, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida.

2. O número 1 aplica-se em vez de ou na ausência de disposições de uma Convenção fiscal abrangida que recusem, no todo ou em parte, os benefícios que, de outro modo, seriam concedidos ao abrigo da Convenção fiscal abrangida quando o principal objetivo ou um dos principais objetivos de uma construção ou transação ou de qualquer pessoa associada a uma construção ou transação era a obtenção desses benefícios.

3. A Parte que não tenha formulado a reserva prevista na alínea a) do número 15 pode igualmente optar por aplicar o número 4 relativamente às suas Convenções fiscais abrangidas.

4. Quando um benefício previsto numa Convenção fiscal abrangida for recusado a uma pessoa em virtude de disposições da Convenção fiscal abrangida (tal como eventualmente modificada pela presente Convenção) que recusem, no todo ou em parte, os benefícios que, de outro modo, seriam concedidos ao abrigo da Convenção fiscal abrangida quando o principal objetivo ou um dos principais objetivos de uma construção ou transação ou de qualquer pessoa associada a uma construção ou transação era a obtenção desses benefícios, a autoridade competente da Jurisdição Contratante que, de outro modo, teria concedido este benefício deve, no entanto, considerar essa pessoa como tendo direito a este benefício ou a outros benefícios relativamente a um elemento específico do rendimento ou do património, se essa autoridade competente, a pedido dessa pessoa e após apreciação dos factos e circunstâncias relevantes, determinar que tais benefícios teriam sido concedidos a essa pessoa na ausência da construção ou transação. A autoridade competente da Jurisdição Contratante à qual tenha sido apresentado um pedido nos termos do presente número por um residente da outra Jurisdição Contratante deve consultar a autoridade competente dessa outra Jurisdição Contratante antes de recusar o pedido.

(...) 6. Uma Parte pode igualmente optar por aplicar as disposições previstas nos números 8 a 13 (a seguir designadas por «disposição simplificada de limitação de benefícios») às suas Convenções fiscais abrangidas efetuando a notificação prevista na alínea c) do número 17. A disposição simplificada de limitação de benefícios aplica-se relativamente a uma Convenção fiscal abrangida unicamente quando todas as Jurisdições Contratantes tenham optado por aplicar essa disposição.

7. Nos casos em que algumas, mas não a totalidade, das Jurisdições Contratantes de uma Convenção fiscal abrangida optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios nos termos do número 6 então, não obstante as disposições desse número, a disposição simplificada de limitação de benefícios aplica-se relativamente à concessão de benefícios ao abrigo da Convenção fiscal abrangida:

a) Por todas as Jurisdições Contratantes, quando todas as Jurisdições Contratantes que não optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios, em conformidade com o número 6, aceitem essa aplicação, optando pela aplicação da presente alínea e notifiquem o Depositário em conformidade; ou

b) Unicamente pelas Jurisdições Contratantes que optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios, quando todas as Jurisdições Contratantes que não optem por aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios, em conformidade com o número 6, aceitem essa aplicação, optando pela aplicação da presente alínea e notifiquem o Depositário em conformidade.

(...) 15. Uma Parte pode reservar-se o direito de:

Na assinatura do MLI, a maioria dos Estados signatários (71 países) adotou a recomendação relativa à inclusão da cláusula de PPT. Alguns poucos países optaram também pela inclusão da cláusula de LOB simplificada (13 países) e nenhum país optou pela inclusão da cláusula de LOB detalhada. Com base nesses dados, a cláusula de PPT será incluída em mais de 1.100 acordos de bitributação existentes em razão da assinatura do MLI¹³⁷⁻¹³⁸, daí a importância da referida cláusula no cenário pós-Projeto BEPS.

Apesar de o presente trabalho não tratar da cláusula de LOB especificamente, cumpre mencionar que a versão simplificada trazida no MLI, no parágrafo 9 e seguintes do artigo 7, escolhida por alguns Estados signatários, abarca os testes objetivos de “pessoas qualificada”, de “condução ativa de negócios” e de “benefícios derivados”, além de conter uma cláusula de boa-fé¹³⁹.

O MLI traz uma cláusula de compatibilidade entre seu artigo 7 e os acordos de bitributação existentes, que dispõe que as escolhas dos Estados signatários serão aplicadas “no lugar de” ou “na ausência de” disposições que tratem do mesmo tema. O parágrafo 17 combinado com o parágrafo 15 do MLI detalham o funcionamento da cláusula de compatibilidade em relação às opções de cada Estado signatário no que se refere ao padrão mínimo de regras antiabuso nos acordos de bitributação, nos seguintes termos:

a) Não aplicar o número 1 às suas Convenções fiscais abrangidas com o fundamento de que tenciona adotar uma disposição pormenorizada de limitação de benefícios conjugada com disposições que regulem as estruturas de financiamento do tipo «trampolim» ou com uma disposição do tipo «critério do principal objetivo», respeitando assim a norma mínima que visa prevenir o uso abusivo das Convenções adotada no âmbito do Projeto BEPS da OCDE/G20. Neste caso, as Jurisdições Contratantes devem procurar alcançar uma solução mutuamente satisfatória que respeite a norma mínima;

b) Não aplicar o número 1 (nem o número 4, no caso de uma Parte que tenha optado por aplicar este número) às suas Convenções fiscais abrangidas que já contenham disposições que recusem, na totalidade, os benefícios que, de outro modo, seriam concedidos ao abrigo da Convenção fiscal abrangida quando o principal objetivo ou um dos principais objetivos de uma construção ou transação, ou de qualquer pessoa associada a uma construção ou transação, era a obtenção desses benefícios;

c) Não aplicar a disposição simplificada de limitação de benefícios às suas Convenções fiscais abrangidas que já contenham as disposições previstas no número 14.” (grifos nossos) (Versão traduzida para o português disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>>. Acesso em 13/11/2019. (OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 8-14)).

¹³⁷ A base de dados consta do site da OCDE. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-database-matrix-options-and-reservations.htm>>. Acesso em 15/10/2019.

¹³⁸ Sobre o tema, conferir: CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 18-44.

¹³⁹ Versão traduzida para o português disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>>. Acesso em 13/11/2019. (OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 10-12).

- (i) se o Estado signatário formular a reserva prevista na alínea “a” do parágrafo 15 do artigo 7 do MLI (que trata da não inclusão da cláusula de PPT em seus acordos de bitributação existentes, em razão da opção pela cláusula de LOB detalhada, complementada por mecanismo “*anticonduit*”) este deverá procurar alcançar, com o outro Estado contratante uma solução satisfatória que respeite o padrão mínimo, com base em uma negociação bilateral entre as partes;
- (ii) se o Estado signatário não tiver formulado a reserva prevista na alínea “a” do parágrafo 15 do artigo 7 do MLI, este deverá notificar o outro Estado contratante de um determinado acordo de bitributação sobre a opção pela inclusão da cláusula de PPT (ou pela substituição de eventuais cláusulas existentes que tratem sobre o tema). Se ambos os Estados contratantes de um mesmo acordo de bitributação notificarem o outro sobre a mesma cláusula, esta será incluída (ou substituirá a cláusula existente)¹⁴⁰;
- (iii) se os Estados contratantes exercerem opções distintas, a cláusula de PPT prevalecerá, caso as disposições do acordo de bitributação existente sejam incompatíveis com a referida cláusula¹⁴¹.

O parágrafo 17 ainda dispõe que os Estados signatários podem notificar o outro Estado contratante de determinado acordo de bitributação sobre a opção pela inclusão do parágrafo 4 do artigo 7 do MLI, que trata da cláusula de alívio discricionário, segundo a qual outro benefício do referido acordo poderá ser concedido, em substituição ao benefício negado pela cláusula de PPT. Porém, essa cláusula somente será aplicável se ambos os Estados contratantes tiverem optado por sua inclusão¹⁴².

¹⁴⁰ Para a opção pela LOB simplificada, o parágrafo 7 do artigo 7 do MLI previu a seguinte solução: os Estados signatários podem optar por incluir a referida cláusula, mas somente será aplicável em relação a um acordo de bitributação se ambos os Estados contratantes tiverem optado por sua aplicação. Se um dos Estados contratantes escolher aplicar a cláusula de LOB simplificada, mas o outro Estado não tiver feito a mesma opção no MLI, este último Estado pode escolher aplicá-la também ou pode aceitar a aplicação unilateral pelo outro Estado. (Versão traduzida para o português disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>>. Acesso em 13/11/2019. (OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 9-10)).

¹⁴¹ OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 13-14.

¹⁴² OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 13.

Johann Hattingh trata da flexibilidade do MLI, esclarecendo que os Estados contratantes devem notificar as cláusulas que serão modificadas em cada acordo de bitributação escolhido, podendo, inclusive, fazer reservas específicas (“*opti-in/opt-out*”). As diferentes opções exercidas pelos Estados contratantes em relação a um mesmo acordo de bitributação podem gerar assimetrias na aplicação do tratado internacional. Para o autor, esses aspectos do MLI podem gerar breves negociações bilaterais para que eventuais ajustes possam ser feitos entre os Estados contratantes¹⁴³.

No tocante ao uso abusivo das convenções, endereçado no artigo 7 e seguintes do MLI, o autor comenta que, sob a perspectiva de política econômica dos países, as alterações seletivas feitas nos acordos de bitributação existentes podem afetar o equilíbrio das concessões anteriormente negociadas bilateralmente, o que pode comprometer, inclusive, a posição original acordada entre os Estados contratantes. A assinatura do MLI inevitavelmente irá ampliar as implicações econômicas e as relações comerciais entre os países, principalmente para as jurisdições “intermediárias”¹⁴⁴.

Em razão da ausência de negociações bilaterais, Juan Angel Becerra defende que o preâmbulo do MLI traz elementos para auxiliar na interpretação das novas disposições incluídas nos acordos de bitributação existentes pelos Estados signatários. Para o autor, para fins de interpretação do MLI, o significado de “*treaty shopping*” deve ser considerado no contexto de abuso, artificialidade e “estruturas canais” (“*conduit structures*”), que têm como propósito a transferência de lucros de jurisdição com alta tributação para jurisdição com baixa tributação¹⁴⁵.

¹⁴³ HATTINGH, Johann. The Multilateral Instrument from a Legal Perspective: What May Be the Challenges? **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

¹⁴⁴ HATTINGH, Johann. The Multilateral Instrument from a Legal Perspective: What May Be the Challenges? **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

¹⁴⁵ BECERRA, Juan Angel. The Interpretation and Application of the Preamble and Article 6(1)1 of the OECD Multilateral Instrument in the Context of North American Tax Treaty Networks, vol. 72, n. 1. **Bulletin for International Taxation**. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 4.

Ao tratar da cláusula de compatibilidade do MLI, Marcus Livio Gomes aponta que, se houver disposição convencional semelhante à cláusula de PPT em acordo de bitributação existente que disponha sobre o “principal propósito” de uma transação (e não “um dos principais propósitos”, conforme redação do MLI), pode haver aparente conflito entre as disposições, pois as soluções apresentadas pelas diferentes redações da cláusula de PPT podem causar resultados diferentes. O autor acredita que, caso a cláusula de compatibilidade não seja suficiente neste caso, por já existir uma “cláusula de principal propósito” no tratado internacional alterado, o princípio hermenêutico *lex posterior derogat priori* poderá ser aplicável para suplementar a cláusula de compatibilidade, fazendo com que prevaleça a cláusula de PPT da Ação 6 do Projeto BEPS¹⁴⁶.

Luís Eduardo Schoueri e Ricardo André Galendi Júnior comentam que o MLI não obriga a inclusão simultânea de todos os acordos de bitributação celebrados por um Estado signatário, que poderão cumprir o “padrão mínimo” mediante negociações bilaterais. Até porque, como lembram tais autores, há países que não assinaram o instrumento multilateral, o que faz com que certos acordos bilaterais estejam fora do escopo do MLI, ainda que um dos Estados contratantes daquele determinado tratado internacional seja signatário do referido instrumento. De qualquer forma, o MLI é aberto para qualquer país que tiver interesse em assiná-lo, pois a pretensão da OCDE é justamente a de abranger o maior número de acordos de bitributação possível¹⁴⁷.

Os autores comentam que os países podem fazer reservas no momento da assinatura – o que deve ser confirmado por um depósito do instrumento de ratificação –, mas apenas aquelas reservas autorizadas pelo MLI. A reserva modifica determinado acordo de bitributação bilateral para o Estado signatário que a escolheu e para a outra parte daquele mesmo tratado internacional. Na prática, o sistema de reservas pode trazer complexidade ao MLI e gerar assimetrias entre os Estados¹⁴⁸.

¹⁴⁶ GOMES, Marcus Livio. Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention. **Intertax**, vol. 46, n. 1, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 51-53.

¹⁴⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Interpretative and Policy Challenges Following the OCDE Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2017, p. 343.

¹⁴⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Interpretative and Policy Challenges Following the OCDE Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2017, p. 343.

Luís Eduardo Schoueri e Ricardo André Galendi Júnior criticam a posição indicada no relatório final da Ação 15 de que os países em desenvolvimento deveriam aproveitar a oportunidade do MLI para se beneficiar das medidas do BEPS, por possuírem menor expertise na negociação de acordos de bitributação. Os autores aduzem que não há evidências de que o Brasil não negocie mais tratados internacionais por causa de sua falta de expertise, mas, sim, por suas posições claras sobre certas questões, como a tributação de serviços técnicos na fonte, o que provoca a falta de interesse de outros países¹⁴⁹.

Para os autores, os países em desenvolvimento teriam seus interesses representados de maneira limitada em uma discussão multilateral. Isso porque os pontos de interesse específicos não podem ser negociados entre os países no âmbito do MLI, por não haver poder de barganha, o que faz com que o equilíbrio entre as partes nas concessões recíprocas seja prejudicado. Isso ocorre porque não há espaço para mudanças na linguagem das disposições do MLI, a fim de que necessidades específicas dos países possam ser endereçadas, como seria numa negociação bilateral¹⁵⁰.

Conforme mencionado acima, o MLI veio acompanhado da Declaração Explicativa, que pretende atribuir relevância aos Relatórios Finais do Projeto BEPS para a interpretação dos acordos de bitributação existentes, que foram modificados em razão da assinatura do referido instrumento pelos Estados signatários¹⁵¹.

Sabe-se que a maioria dos Estados signatários do MLI incluiu a cláusula de PPT em seus acordos de bitributação existentes, razão pela qual o Relatório Final da Ação 6 deve ser considerado como um material relevante para a sua interpretação. Isso porque, como a finalidade do MLI é implementar as propostas do Projeto BEPS, a interpretação da cláusula de PPT à luz do Relatório da Ação 6 estaria em conformidade com o objetivo e a finalidade do próprio tratado multilateral, que é autônomo e que coexiste em conjunto com todos os acordos de bitributação alterados.

¹⁴⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Interpretative and Policy Challenges Following the OCDE Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2017, pp. 343-344.

¹⁵⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Interpretative and Policy Challenges Following the OCDE Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2017, pp. 343-344.

¹⁵¹ OCDE. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE Publishing, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>>. Acesso em 22/11/2019.

Apesar de o Brasil não ter assinado o MLI, a cláusula de PPT, com a mesma redação dada pela OCDE no âmbito da Ação 6, tem sido incluída em todos os novos acordos de bitributação assinados pós Projeto-BEPS, bem como nas renegociações bilaterais de tratados internacionais antigos celebrados por este País, o que será analisado em maiores detalhes no último capítulo do presente trabalho. Apesar de não ser possível enquadrar o Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS como “contexto” no âmbito da CVDT, fato é que esse documento será relevante para a interpretação da cláusula de PPT incluída nos acordos de bitributação brasileiros, embora não seja possível definir aprioristicamente o grau de relevância que será atribuído a esse material.

1.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

A OCDE, por meio da Ação 6 do Projeto BEPS, identificou o abuso de acordos de bitributação e, em particular, o “*treaty shopping*”, como uma das mais importantes preocupações para o combate à erosão das bases tributáveis e à transferência artificial de lucros. Os países decidiram incluir cláusulas antiabuso nos acordos de bitributação como resposta às estratégias de planejamento tributário internacional utilizadas pelos contribuintes para a obtenção de benefícios convencionais em situações inapropriadas¹⁵².

As estruturas de “*treaty shopping*” envolvem a interposição de pessoa em terceiro Estado para a obtenção de benefícios dos acordos de bitributação, que de outra forma não seriam obtidos.

As estruturas de planejamento tributário internacional que envolvem a prática de “*rule shopping*” também são combatidas no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS e podem ser definidas como as transações realizadas por contribuinte incluído no escopo subjetivo do acordo de bitributação, visando a classificação de um rendimento em uma cláusula distributiva que garante um tratamento tributário mais favorável.

¹⁵² OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015, pp. 9-11.

Dentre as propostas da OCDE está a inclusão da cláusula de PPT nos acordos de bitributação, cuja análise é o principal objetivo do presente trabalho. A cláusula de PPT dispõe que um benefício do acordo de bitributação não deve ser concedido se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção do benefício foi um dos principais propósitos de um arranjo ou transação que resultou naquele benefício, a não ser que a sua concessão naquelas circunstâncias esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido acordo¹⁵³.

A redação da cláusula de PPT tem diferenças substanciais em comparação com a redação do “*Guiding Principle*”, razão pela qual não se pode considerar a inclusão da referida cláusula nos acordos de bitributação como uma modificação meramente interpretativa¹⁵⁴. Por isso, a sua aplicação não poderá ser retroativa, mas apenas para fatos futuros, nem poderá alcançar acordos de bitributação que não a tenha incluído.

O Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS, inserido, *ipsis litteris*, nos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE de 2017¹⁵⁵, traz diversos exemplos de situações em que a cláusula de PPT deveria, ou não, ser aplicada. Tais exemplos, apesar de simplificados e utópicos, trazem diretrizes para a aplicação da cláusula de PPT. A principal diretriz da OCDE diz respeito à não aplicação da referida cláusula para transações genuínas, ainda que a obtenção do benefício do acordo de bitributação tenha sido levada em consideração na realização da transação¹⁵⁶.

A OCDE também recomenda a inclusão de cláusula de alívio discricionário, que nada mais é do que uma complementação à cláusula de PPT. Assim, caso a cláusula de PPT seja aplicada para negar um benefício do acordo de bitributação, a OCDE aduz que um benefício diverso poderá ser concedido ao contribuinte, na ausência da transação ou arranjo considerado abusivo, com base na cláusula de alívio discricionário¹⁵⁷.

¹⁵³ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50.

¹⁵⁴ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 73.

¹⁵⁵ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 587-604.

¹⁵⁶ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 591-600.

¹⁵⁷ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 600.

No âmbito do Projeto BEPS, a OCDE, por meio da Ação 15, desenvolveu o MLI para modificar e complementar os acordos de bitributação existentes de forma rápida, coordenada e eficiente, evitando negociações bilaterais¹⁵⁸. Assim, o MLI, que é um tratado internacional independente, foi assinado por 89 países, o que torna este instrumento multilateral de suma importância no cenário internacional, na medida em que modificará diversos acordos de bitributação existentes¹⁵⁹.

O MLI veio acompanhado da Declaração Explicativa, que pretende atribuir relevância aos Relatórios Finais do Projeto BEPS para a interpretação dos acordos de bitributação existentes, que foram modificados em razão da assinatura do referido instrumento pelos Estados signatários¹⁶⁰.

Sabe-se que a maioria dos Estados signatários do MLI incluiu a cláusula de PPT em seus acordos de bitributação existentes, razão pela qual o Relatório Final da Ação 6 deve ser considerado como um material relevante para a sua interpretação, sobretudo para a identificação do seu objetivo e finalidade, nos termos do artigo 31, parágrafo 1, da CVDT. Isso porque, como a finalidade do MLI é implementar as propostas do Projeto BEPS, a interpretação da cláusula de PPT à luz do Relatório da Ação 6 estaria em conformidade com o objetivo e a finalidade do próprio acordo multilateral, que é autônomo e que coexiste em conjunto com todos os acordos de bitributação alterados.

Para os demais acordos de bitributação, cuja cláusula de PPT tiver sido incluída por meio de negociações bilaterais, a relevância do Relatório Final da Ação 6 deve ser verificada em cada caso concreto e sob o enfoque da respectiva cláusula convencional, à luz das regras de interpretação e da teoria da argumentação. De todo modo, caso a cláusula de PPT seja mera tradução da redação proposta pela OCDE, será forçoso reconhecer que o Relatório Final da Ação 6 pode auxiliar na atividade de interpretação.

¹⁵⁸ OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 13.

¹⁵⁹ A informação consta do site da OCDE. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-signatories-and-parties.pdf>>. Acesso em 15/10/2019.

¹⁶⁰ OCDE. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE Publishing, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>>. Acesso em 22/11/2019.

CAPÍTULO II: A CLÁUSULA DE PPT INSERIDA NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

O presente capítulo tem por objetivo analisar a cláusula de PPT proposta pela OCDE na Ação 6 do Projeto BEPS e inserida em diversos acordos de bitributação existentes por meio do MLI, bem como as diretrizes que devem orientar a sua aplicação prática pelos Estados contratantes. A amplitude da cláusula de PPT tem sido objeto de discussão na doutrina, sobretudo em razão da possibilidade de sua interpretação distinta por cada Estado contratante e das dúvidas que suscita quanto a sua compatibilidade com a Constituição de determinados países.

2.1 A CLÁUSULA DE PPT

A cláusula de PPT prevê que, “não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação, um benefício do acordo não deve ser concedido em relação a um item da renda ou capital se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção daquele benefício foi um dos principais propósitos de um arranjo ou transação que resultou direta ou indiretamente naquele benefício, a não ser que seja demonstrado que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo”¹⁶¹.

A cláusula de PPT tem sido muito criticada pela doutrina. Michael Lang desaprova a cláusula de PPT em razão de seu elemento central se basear em um critério subjetivo: a intenção do contribuinte. Assim, para o autor, mesmo que a aplicação da cláusula de PPT dependa de uma análise objetiva dos “fatos e circunstâncias relevantes”, haverá dificuldade em se comprovar que a obtenção dos benefícios do tratado internacional foi um dos principais propósitos da transação¹⁶².

¹⁶¹ “Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention” (Tradução livre) (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50).

¹⁶² LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing the Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 658-659.

Lang também critica o desequilíbrio do ônus da prova pela cláusula de PPT, por entender que esta poderá ser aplicada arbitrariamente pelas autoridades fiscais dos Estados contratantes se for “razoável concluir” que um dos principais propósitos teria sido a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Com isso, o autor entende que, na prática, serão os contribuintes que deverão comprovar que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação estava em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas convencionais relevantes¹⁶³.

A cláusula de PPT trazida pela OCDE também é criticada por André Báez, pelo fato de ter sido baseada no “*Guiding Principle*”¹⁶⁴, conforme reconhecido pela própria OCDE nos Comentários à Convenção Modelo¹⁶⁵. O autor aduz que o princípio foi transformado em cláusula do acordo de bitributação, mas com uma redução do padrão “antiabuso”, uma vez que transações serão consideradas abusivas se “um dos principais propósitos” (e não o “principal propósito”) tiver sido a obtenção de um benefício do tratado internacional. Para Báez, a OCDE perdeu a oportunidade de formular e propor, por meio da Ação 6 do Projeto BEPS, uma regra geral antiabuso a ser inserida nos acordos de bitributação que alcançasse consenso internacional¹⁶⁶.

Para Reinout Kok, a redação da cláusula de PPT deveria ter trazido a mesma expressão do “*Guiding Principle*”, qual seja, “o principal propósito” de uma transação, e não “um dos principais propósitos”, uma vez que, em tese, a referida cláusula se aplica na hipótese em que se verifiquem propósitos tributários e extra tributários na referida transação¹⁶⁷.

¹⁶³ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 658-659.

¹⁶⁴ Parágrafo 61 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo de 2017 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 73).

¹⁶⁵ Parágrafo 169 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE: “*Paragraph 9 mirrors the guidance in paragraphs 61 and 76 to 80 of the Commentary on Article 1. According to that guidance, the benefits of a tax convention should not be available where one of the principal purposes of certain transactions or arrangements is to secure a benefit under a tax treaty and obtaining that benefit in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions of the tax convention. (...)*” (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 587-588).

¹⁶⁶ MORENO, Andrés Báez. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? **Intertax**, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, p. 435; p. 440.

¹⁶⁷ KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. **Intertax**, vol. 44, n. 5, 2016, p. 407.

Fernando Moura e Felipe Toledo também apontam para a utilização da expressão “um dos principais propósitos” de uma transação, criticando a ausência de gradação quanto ao peso que a motivação tributária de uma transação terá, se principal ou secundária, para fins de aplicação da cláusula de PPT, o que demandaria conhecer a fundo a intenção do contribuinte, um óbice conhecido por todos os sistemas jurídicos¹⁶⁸.

Diversamente, Stef van Weeghel afirma que se houver dois propósitos igualmente importantes em determinada transação ou arranjo – um tributário e um negocial –, ainda que o elemento subjetivo da cláusula de PPT seja satisfeito, a existência do propósito negocial será forte o bastante para determinar que a obtenção dos benefícios está em conformidade com o objetivo e propósito do acordo de bitributação¹⁶⁹.

Luc de Broe e Joris Luts também apontam para a redução do padrão “antiabuso” em relação ao “*Guiding Principle*”. Dessa forma, se dentre vários propósitos, um dos principais for a obtenção do benefício do acordo de bitributação, a cláusula de PPT poderia, em tese, ser aplicada. Porém, para os autores, é inaceitável negar os benefícios do acordo de bitributação para um contribuinte apenas porque um dos principais propósitos de uma transação foi a obtenção da vantagem fiscal. Os acordos de bitributação servem justamente para promover investimentos estrangeiros, que não ocorreriam se não fosse pelos benefícios concedidos pelo tratado internacional, abolindo restrições à livre movimentação de mercadorias, serviços, capital e pessoas. Além disso, não se pode perder de vista que os tributos são um dos principais custos do negócio, o que torna razoável que qualquer administrador diligente leve em consideração os efeitos tributários de uma decisão negocial. Assim, para tais autores, a cláusula de PPT só deveria ser aplicada se o único propósito, ou se o propósito essencial de uma transação, tiver sido a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Se houver motivação tributária, mas a transação tiver objetivos econômicos genuínos, então a cláusula de PPT não pode ser aplicada¹⁷⁰.

¹⁶⁸ FONSECA, Fernando Daniel de Moura; ALMEIDA, Felipe Toledo Soares de Almeida. A Ação Nº 6 do BEPS e os Limites Impostos ao Planejamento Tributário Internacional pelos Acordos contra a Bitributação Celebrados pelo Brasil. In: SAUNDERS, Ana Paula; GOMES, Edgar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; MURAYAMA, Janssen (coords.). **Estudos de Tributação Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp.192-193.

¹⁶⁹ WEEGHEL, Stef van. A Deconstruction of the Principal Purposes Test. **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, p. 23.

¹⁷⁰ DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, vol. 43, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 131-132.

Luís Eduardo Schoueri e Clara Gomes Moreira, ao analisarem a cláusula de PPT, dispõem que será difícil que haja uma transação em que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação não tenha sido considerada pelo contribuinte, em conjunto com as inúmeras outras possíveis razões para a prática de um negócio jurídico, principalmente levando em consideração o fato de que a atração de investimentos é uma das funções primordiais dos tratados internacionais firmados entre os Estados¹⁷¹.

Nessa linha, Vikram Chand entende que o elemento subjetivo da cláusula de PPT deve ser interpretado de maneira restrita, a fim de que a transação ou arranjo que tenha propósitos não tributários que se sobrepõem à obtenção do benefício do acordo de bitributação esteja fora de seu escopo. Na visão do autor, tal interpretação encontra respaldo nos próprios Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, que dispõem que seria improvável que uma transação atrelada à atividade principal de uma pessoa jurídica seja abusiva. Nesta linha, Chand defende que se uma transação é genuína, realizada por motivos econômicos e/ou negociais, ainda que a obtenção de um benefício do acordo de bitributação tenha sido levada em consideração, o elemento subjetivo da cláusula de PPT não estará satisfeito, com base no princípio da boa-fé. Assim, o autor dispõe que o elemento subjetivo deve ser interpretado como “principal propósito” ou “propósito essencial” da transação para que seja aplicada a cláusula de PPT, na linha defendida por Luc de Broe e Joris Luts¹⁷².

David G. Duff também aduz que a cláusula de PPT traz um padrão reduzido “antiabuso”, em razão da substituição da expressão “principal propósito”, trazida pelo “*Guiding Principle*”, pela expressão “um dos principais propósitos” de uma transação. Porém, o autor defende que a aplicação da cláusula de PPT depende de uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias pelas autoridades fiscais que vai muito além da mera intenção subjetiva das partes envolvidas¹⁷³.

¹⁷¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal Repensando o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio F. (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 770.

¹⁷² CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 23.

¹⁷³ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 975-977.

No mesmo sentido, Carlos Palao Taboada entende que o elemento subjetivo da cláusula de PPT, qual seja, o propósito de obter o benefício do acordo de bitributação, está relacionado com a transação ou arranjo, e não com a pessoa. Assim, para o autor, o “principal propósito” não deve ser analisado de maneira subjetiva, na medida em que está relacionado com as características da transação, tais como artificialidade ou substância econômica, o que pode ser verificado a partir de referências feitas nos próprios Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE¹⁷⁴.

Dessa forma, Taboada defende que a natureza abusiva que justifica a aplicação da cláusula de PPT está relacionada aos atributos legais da transação ou arranjo, e não com a intenção do contribuinte. Essa é a razão pela qual os fatos e circunstâncias devem ser objetivamente analisados no âmbito de aplicação da cláusula de PPT, justamente para que se possa verificar a artificialidade da transação ou arranjo. Se os elementos artificiais não forem verificados, então a cláusula de PPT não poderá ser aplicada¹⁷⁵.

Radhika Karadkar aduz que as *holdings* e *finances companies* estão sob escrutínio na Ação 6 do Projeto BEPS, podendo deixar de obter os benefícios dos acordos de bitributação ainda que tenham propósito comercial e substância econômica, em razão da subjetividade da cláusula de PPT. No entanto, para o autor, a cláusula de PPT não deveria ser aplicada se as referidas companhias tiverem substância suficiente e funcionarem no curso normal de suas atividades, o que, por óbvio, não significa atividades “ativas”. O autor acredita que a cláusula de PPT pode causar um grande impacto na redução dos benefícios para *holdings* e *finances companies*, principalmente em razão do trecho “um dos principais propósitos”, que é muito restrito e pode alcançar transações não abusivas, uma vez que a referida cláusula não faz distinção entre transações genuínas e artificiais. Para o autor, a inclusão da cláusula de PPT pode vir a reduzir a importância dos acordos de bitributação, porque a concessão de benefícios para transações transnacionais vai passar a ser incerta¹⁷⁶.

¹⁷⁴ TABOADA, Carlos Palao. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. **Bulletin for International Taxation**, vol. 69, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 605.

¹⁷⁵ TABOADA, Carlos Palao. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. **Bulletin for International Taxation**, vol. 69, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2015 p. 605.

¹⁷⁶ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

De forma diferente de todos os outros autores que tratam do tema, Michael Lang afirma que a inclusão da cláusula de PPT nos acordos de bitributação seria desnecessária, pois um benefício convencional não deveria ser concedido se a sua concessão for contrária ao objetivo e propósito da respectiva cláusula relevante, o que poderia ser extraído da própria interpretação dos tratados internacionais, à luz de seu objetivo e finalidade¹⁷⁷. Sem tratar especificamente da cláusula de PPT, mas, sim, do uso abusivo dos tratados internacionais de um modo geral, Alexander Rust também entende que os benefícios do acordo de bitributação não devem ser concedidos para uma transação abusiva, conclusão a que se pode chegar via interpretação dos tratados internacionais¹⁷⁸.

De fato, o objetivo e propósito das cláusulas convencionais do acordo de bitributação devem sempre ser levados em consideração para sua interpretação, nos termos do artigo 31, parágrafo 1, da CVDT, que dispõe que os tratados internacionais devem ser interpretados de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. Neste sentido, para Michael Lang, a intenção do contribuinte é insignificante para a interpretação do acordo de bitributação. Assim, sempre que um acordo de bitributação for examinado para que seja aplicável uma cláusula distributiva, seu objetivo e finalidade serão levados em consideração para determinar se o benefício deve, ou não, ser concedido. Por essa razão, na visão do autor, a cláusula de PPT seria desnecessária, pois a correta interpretação dos acordos de bitributação seria suficiente para combater as transações não genuínas¹⁷⁹.

Lang ainda critica o trecho final da cláusula de PPT (“*in accordance with the object and purpose of the relevant provisions*”), por entender que pode suscitar dúvidas em relação à correta interpretação dos acordos de bitributação. Isso porque, é evidente que o objeto e a finalidade das cláusulas convencionais sempre devem ser levados em consideração pelo hermenêuta no momento de sua interpretação. É o que preveem os princípios de interpretação consagrados no artigo 31 da CVDT, acima comentados¹⁸⁰.

¹⁷⁷ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing na Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, p. 656.

¹⁷⁸ RUST, Alexander. Article 1. Persons Covered. In: RUST, Alexander; REIMER, Ekkehart (eds.). **Klaus Vogel on Double Taxation Convention**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 125.

¹⁷⁹ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing na Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 663-664.

¹⁸⁰ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing na Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 660-661.

Por outro lado, Blazej Kuzniacki dispõe que o objetivo primordial do acordo de bitributação é incentivar o comércio internacional entre os Estados contratantes e que, para tanto, seu principal propósito “operacional” é a eliminação da dupla tributação. Como o novo preâmbulo apenas adiciona um propósito “operacional” secundário, qual seja, o combate à evasão e à elisão fiscais, isto não seria suficiente para que os benefícios do acordo de bitributação fossem negados via interpretação, sendo necessária a inclusão de uma cláusula convencional específica para combater o abuso, como é o caso da PPT¹⁸¹.

Para Blazej Kuzniacki, a cláusula de PPT não só é necessária para combater o uso abusivo dos acordos de bitributação, como também dá substância ao novo preâmbulo. Da mesma forma, o novo preâmbulo influencia a forma de interpretação de vários elementos da referida cláusula¹⁸². Reinout Kok também discorda de Michael Lang sobre a desnecessidade da inclusão da cláusula de PPT nos acordos de bitributação, mas o autor entende que a cláusula de PPT deveria ter sido desenhada em linha com o “*Guiding Principle*” da OCDE, conforme mencionado acima¹⁸³.

No mesmo sentido, Amanda Kazacos entende ser necessária a inclusão de uma regra geral antiabuso nos acordos de bitributação. Para a autora, não seria possível negar os benefícios do acordo de bitributação via interpretação e as regras domésticas antiabuso não seriam suficientes para endereçar o abuso do tratado internacional, tendo em vista que variam na linguagem e no escopo, podendo gerar divergências e conceder orientação conflituosa para as empresas multinacionais. Essa regra antiabuso nos acordos de bitributação é a cláusula de PPT, que pretendeu refletir a orientação do “*Guiding Principle*”, conforme posição da OCDE, mas acabou sendo mais ampla¹⁸⁴.

¹⁸¹ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 239-241.

¹⁸² KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 239-241.

¹⁸³ KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. **Intertax**, vol. 44, n. 5, 2016, p. 408.

¹⁸⁴ KAZACOS, Amanda. BEPS Action 6: The Principle purpose teste revisited – Part I. **International Tax Report**, 2016, pp. 1-2 (disponível em <<http://www.internationaltaxreport.com/double-taxation/beps-action-6-the-principle-purpose-test-revisited-part-i-1.htm>>).

Sobre o objetivo e finalidade das cláusulas relevantes, Vikram Chand entende que estes devem ser interpretados em conjunto com o objetivo e finalidade do próprio acordo de bitributação. Com base no preâmbulo da Convenção Modelo da OCDE, o objetivo primordial dos acordos de bitributação é evitar a dupla tributação da renda para facilitar o intercâmbio de bens, serviços, capitais e pessoas, por meio da alocação do poder de tributar entre os Estados contratantes. O autor aduz que a “dupla não tributação” não é propriamente um dos objetivos e finalidades do acordo de bitributação. Na verdade, evitar a evasão e a elisão fiscais são objetivos e finalidades do acordo de bitributação, mas não podem ser entendidos como objetivos primordiais, mas, sim, secundários¹⁸⁵.

Sobre a interpretação da cláusula de PPT, Craig Elliffe aponta que cada país pode ter uma visão diferente, o que pode gerar incompatibilidades e divergências. Isso porque, apesar de diversos países possuírem uma GAAR doméstica em seu ordenamento jurídico, ou mesmo jurisprudência antiabuso, não é possível assumir que os conceitos utilizados serão consistentes ou que os procedimentos a serem adotados serão parecidos. Em vista disso, há possibilidade de que os países não interpretem de forma uniforme e autônoma a cláusula PPT, o que pode gerar diversas controvérsias e litígios¹⁸⁶.

Para evitar interpretações divergentes entre os Estados contratantes, o Craig Elliffe aduz que é necessário focar no sentido das palavras usadas na redação da cláusula de PPT e na devida consideração do objetivo e propósito da cláusula relevante, à luz do objetivo e propósito do próprio acordo de bitributação, na linha do artigo 31 da CVDT¹⁸⁷.

Quanto ao “contexto” para a interpretação da cláusula de PPT, a Declaração Explicativa do MLI dispõe que o Relatório Final da Ação 6 tem uma relevância particular. Assim, para o autor, seria possível desenvolver uma doutrina antiabuso aplicável pelos Estados signatários do MLI com base nestes materiais sobre a construção da cláusula de PPT, que servem justamente para auxiliar na sua interpretação¹⁸⁸.

¹⁸⁵ CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 25.

¹⁸⁶ ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, pp. 50-51.

¹⁸⁷ ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, pp. 54-56.

¹⁸⁸ ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, pp. 56-57.

A possibilidade da utilização dos materiais relativos à concepção da cláusula de PPT pode ser controvertida a depender das particularidades do sistema jurídico de cada país, tendo em vista que tais documentos podem não ser considerados relevantes pelos tribunais nacionais para a interpretação dos acordos de bitributação (por exemplo, países que não assinaram o MLI, ou que não fazem parte da OCDE e que, portanto, não consideram os Comentários à Convenção Modelo relevantes para a interpretação dos tratados internacionais). De todo modo, embora seja difícil controlar o processo decisório dos tribunais nacionais, é de se reconhecer que os materiais desenvolvidos ao longo do Projeto BEPS devem ser considerados relevantes para a interpretação da cláusula de PPT, conforme analisado no Capítulo II do presente trabalho.

Seguindo adiante, ainda que a questão da interpretação divergente entre os Estados contratantes seja superada, fato é que a cláusula de PPT foi formulada de maneira ampla e gera insegurança jurídica para os contribuintes, podendo acarretar problemas de compatibilidade com a Constituição dos países¹⁸⁹. Isso porque, a cláusula de PPT não estabelece critérios claros em seu escopo normativo, o que torna sua aplicação imprevisível. Sobre o assunto, Craig Elliffe menciona que pode haver uma questão de constitucionalidade, em razão da transferência da discricionariedade das cortes nacionais para as autoridades fiscais, que terão que interpretar e aplicar a cláusula de PPT¹⁹⁰. Conquanto pertinente, a crítica de Elliffe deve ser vista com parcimônia, pois, ainda que a cláusula de PPT aumente a discricionariedade das autoridades fiscais, o contribuinte, na maior parte dos países democráticos, poderá discutir o assunto perante o Poder Judiciário, que julgará a matéria em caráter definitivo¹⁹¹.

Daí decorre que o elevado grau de discricionariedade é um problema da cláusula de PPT em si, que independe do órgão responsável pela sua interpretação. Ainda que certo grau de discricionariedade seja inerente à interpretação jurídica, fato é que a questão da compatibilidade da cláusula de PPT com o princípio da segurança jurídica da Constituição dos países não pode ser suprida pelo simples direito de acesso ao Poder Judiciário.

¹⁸⁹ A compatibilidade da cláusula de PPT com o princípio da segurança jurídica consagrado na Constituição Federal do Brasil será examinada no Capítulo IV do presente trabalho.

¹⁹⁰ ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, pp. 56-57.

¹⁹¹ No Brasil, é o que se extrai do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, o ponto central da questão parece estar mais relacionado ao impacto que o aumento da discricionariedade conferida às autoridades fiscais provoca sobre o princípio da segurança jurídica, tendo em vista que, com a inclusão da cláusula de PPT, será muito difícil o contribuinte saber de antemão se terá, ou não, acesso aos benefícios dos acordos de bitributação.

Rita Cunha afirma que o princípio da segurança jurídica tem sido um problema em relação à aplicação de regras gerais antiabuso. De um lado, o princípio da segurança jurídica requer que os contribuintes estejam sujeitos a regras claras, precisas e previsíveis, o que exclui regras que sejam vagas e que concedam ampla margem de discricionariedade para as autoridades fiscais. De outro lado, se as regras gerais antiabuso não forem vagas e amplas, os contribuintes desenvolverão estruturas que não seriam por elas capturadas¹⁹².

Para Cunha, a cláusula de PPT não é suficientemente clara, precisa e previsível para que seja compatível com o princípio da segurança jurídica, justamente por não trazer elementos para se distinguir o principal propósito de uma transação de um propósito secundário, que poderia ser tributário. Além disso, posições divergentes podem ser assumidas por diferentes jurisdições, tendo em vista a ampla margem de apreciação concedida para as autoridades fiscais na aplicação da cláusula de PPT¹⁹³, o que pode dar origem a conflitos de qualificação no âmbito dos acordos de bitributação.

Em sentido semelhante, João Dácio Rolim aduz que os contribuintes têm o direito de organizar suas atividades de maneira eficiente, o que pode incluir propósitos tributários, sendo este comportamento legítimo. Assim, na criação de uma regra geral antiabuso, devem ser considerados os princípios da segurança jurídica, da previsibilidade e da proteção das liberdades fundamentais, que são elementos essenciais em um sistema político-econômico liberal¹⁹⁴.

¹⁹² CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Teste Rule. **Global Taxation**, vol. 1, 2016, pp. 186-189 (disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796565>>).

¹⁹³ CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Teste Rule. **Global Taxation**, vol. 1, 2016, pp. 186-189 (disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796565>>).

¹⁹⁴ ROLIM, João Dácio. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. **Intertax**, vol. 44, n. 11. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, pp. 816-817.

Dessa forma, para Rolim, uma regra geral antiabuso deve estabelecer uma relação justa entre os contribuintes e as autoridades fiscais, evitando abuso dos dois lados. É natural que seja concedido certo grau de discricionariedade para as autoridades fiscais, a fim de que verifiquem a existência de abuso, mas sem desrespeito aos direitos fundamentais dos contribuintes. Por isso, o autor adverte que não pode haver a atribuição de ônus da prova ou penalidade excessivos, tampouco interferência na forma como os contribuintes administram seus negócios¹⁹⁵.

Para Blazej Kuzniacki, a cláusula de PPT não atinge um equilíbrio entre a segurança jurídica e previsibilidade do contribuinte vis-à-vis ao direito de cobrar tributos da Administração Tributária. Para o autor, faz sentido a inclusão de uma GAAR no acordo de bitributação, mas a forma como a cláusula de PPT foi formulada pode comprometer o sistema dos acordos de bitributação como um todo (a confiança e a credibilidade do sistema), uma vez que causará grande insegurança jurídica, por ser vaga e incerta¹⁹⁶.

Para Kuzniacki, a cláusula de PPT deveria ser reformulada pela OCDE, para que os Estados signatários continuem a cumprir o padrão mínimo do MLI. O autor propõe uma redação alternativa para a cláusula de PPT, que poderia ser útil em um futuro próximo, quando transações com inteligência artificial surgirem. Confirma-se a redação proposta¹⁹⁷:

¹⁹⁵ ROLIM, João Dácio. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. **Intertax**, vol. 44, n. 11. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, pp. 816–817.

¹⁹⁶ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 242-243.

¹⁹⁷ “Article 1(1): A benefit under the tax treaty shall be denied to a taxpayer if the essential or sole purpose of its arrangement or transaction was to obtain one or more benefits under the treaty in a way contradicting the purpose of the treaty provisions that would otherwise justify the granting of the benefit(s) (the relevant provisions).

Article 1(2): An arrangement or transaction whose economic substance and business purpose are totally lacking or are of minor significance shall be considered as contradicting the purpose of the relevant treaty provisions, unless otherwise follows from the relevant facts and circumstances and the interpretation of the relevant treaty provisions. The concepts of economic substance and business purpose shall be defined by the contracting states in the Memorandum of Understanding.

Article 1(3): If a benefit under the tax treaty is denied, the tax consequences of the arrangement or transaction will follow from references to the economic substance and business purpose of the arrangement or transaction on the basis of the circumstances that could occur if that arrangement or transaction had been conducted in accordance with the purpose of the relevant treaty provisions” (Tradução livre) (KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 293).

“Artigo 1(1): Um benefício do acordo de bitributação deve ser negado a um contribuinte se o essencial ou único propósito do arranjo ou transação foi obter um ou mais benefícios do referido acordo de forma contrária ao propósito das cláusulas relevantes que de outro modo justificariam a concessão destes benefícios.

Artigo 1(2): Um arranjo ou transação sem substância econômica ou propósito comercial deve ser considerado como contrário ao propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação, a não ser que os fatos e circunstâncias e a interpretação das cláusulas relevantes digam o contrário. Estes conceitos de substância econômica e propósito comercial devem ser definidos pelos Estados Contratantes no Memorando de entendimentos.

Artigo 1(3): Se um benefício do acordo de bitributação é negado, as consequências tributárias do arranjo ou transação seguirão conforme sua substância econômica ou propósito comercial com base nas circunstâncias que ocorreriam se aquele arranjo ou transação tivessem sido conduzidos em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes.”

Pasquale Pistone critica a inclusão de uma regra geral antiabuso nos acordos de bitributação, como é o caso da cláusula de PPT, dispendo ser preferível a cláusula de LOB, em virtude de sua provada eficácia na prática internacional e da sua aplicação instantânea no combate ao “*treaty shopping*”. Porém, o autor destaca dois problemas com as cláusulas de LOB: (i) a formulação desse tipo de cláusula acarreta uma enorme complexidade, em razão dos testes aos quais os contribuintes devem ser submetidos; e (ii) a cláusula de LOB apresenta problemas de compatibilidade com o direito europeu, pois a sua aplicação pode levar a uma restrição ao exercício da liberdade de estabelecimento, em relação às pessoas residentes em um Estado contratante, mas que são controladas por um residente em outro Estado-Membro da União Europeia¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

Reuven S. Avi-Yonah e Haiyan Xu entendem que a interpretação e aplicação da cláusula de PPT dependem consideravelmente de decisões discricionárias das autoridades fiscais e dos tribunais nacionais dos países. Assim, o sucesso da cláusula de PPT dependerá da competência, da expertise e dos recursos individuais de cada país, especialmente em relação ao uso das informações relevantes que permeiam a prática de “*treaty shopping*”²⁰⁰.

¹⁹⁸ PISTONE, Pasquale. **Diritto Tributario Internazionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 38

¹⁹⁹ A compatibilidade da cláusula de PPT com o direito europeu não será endereçada no presente trabalho.

²⁰⁰ AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan. Chapter 5: Evaluating BEPS. In: ROCHA, Sergio André; CHRISTIANS, Allison (eds). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation, vol. 60. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017, p. 111.

Por último, Johann Hattingh aduz que procedimentos de salvaguarda paritários àqueles previstos para as regras domésticas antiabuso devem ser garantidos aos contribuintes na aplicação da cláusula de PPT, tendo em vista que não há política fiscal ou justificativa legal para manter procedimentos menos robustos nas hipóteses em que o abuso é combatido no âmbito dos acordos de bitributação²⁰¹.

Feito esse panorama geral sobre o tema, verifica-se que a cláusula de PPT deve ser examinada pormenorizadamente, com o objetivo de se definir os parâmetros que devem orientar a sua aplicação prática. Cada expressão utilizada na redação da cláusula de PPT será analisada separadamente a seguir, para que seja possível analisar as diretrizes de sua correta interpretação e aplicação no caso concreto.

2.1.1 A expressão “não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação”

A primeira questão que se coloca em relação ao trecho inicial da cláusula de PPT, que dispõe que “não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação”, diz respeito ao seu caráter suplementar em relação a todas as outras cláusulas antiabusivas convencionais do acordo de bitributação. É o que parece entender a OCDE nos parágrafos 171 e 172 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo:

“171. O parágrafo 9 suplementa e não restringe o escopo ou aplicação das outras disposições previstas nos parágrafos 1 a 7 (cláusula de LOB) e parágrafo 8 (regra de estabelecimento permanente situado em terceira jurisdição): um benefício que é negado com base nestes parágrafos não é um “benefício desta Convenção” que o parágrafo 9 também deve negar.

(...) 172. Diversamente, o fato de uma pessoa fazer jus aos benefícios pelos parágrafos 1 a 7 não significa que os benefícios não possam ser negados pelo parágrafo 9. Os parágrafos 1 a 7 são regras que focam primeiramente na natureza legal, propriedade e atividades gerais de residentes de um Estado Contratante. Como ilustrado nos exemplos do próximo parágrafo, estas regras não implicam que a transação ou arranjo não pode constituir uso impróprio do acordo de bitributação”²⁰².

²⁰¹ HATTINGH, Johann. The Multilateral Instrument from a Legal Perspective: What May Be the Challenges? *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

²⁰² “171. Paragraph 9 supplements and does not restrict in any way the scope or application of the provisions of paragraphs 1 to 7 (the limitation-on-benefits rule) and of paragraph 8 (the rule applicable to a permanent establishment situated in a third jurisdiction): a benefit that is denied in accordance with these paragraphs is not a “benefit under the Convention” that paragraph 9 would also deny.

Sobre o tema, é importante pontuar que as regras gerais antiabuso (“*general anti-avoidance rules*” – GAAR), como é o caso da cláusula de PPT, se diferenciam das regras específicas antiabuso (“*specific anti-avoidance rules*” – “SAAR”), na medida em que estas últimas possuem uma hipótese normativa precisa e prescrevem um consequente normativo específico para um comportamento determinado que o legislador quis evitar. A GAAR, por sua vez, é genérica e não possui limites quanto à matéria abarcada em seu escopo. Há também as “*target anti-avoidance rules*”, que são genéricas, como as GAARs, mas têm seu escopo de atuação reduzido²⁰³.

Apesar de os parágrafos 171 e 172 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE tratarem especificamente da relação entre as cláusulas de LOB e de PPT, a referida Organização demonstra entender que a cláusula de PPT possui caráter suplementar em relação a outras SAARs dos acordos de bitributação, principalmente em razão de sua redação clara no sentido de que esta regra será aplicável “não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação”. Por essa razão, discute-se na doutrina sobre a possibilidade de aplicação concomitante da cláusula de PPT e eventuais SAARs dos acordos de bitributação.

Para Carlo Garbarino, uma pessoa qualificada pela cláusula de LOB pode ter os benefícios do acordo de bitributação negados pela cláusula de PPT. É o que confirma os Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE ao tratar da negativa de benefícios do acordo de bitributação pela cláusula de PPT para uma instituição financeira, que havia sido considerada pessoa qualificada pela cláusula de LOB, mas que conduzia arranjos financeiros (“*conduit financing arrangements*”) para que residentes de terceiros Estados obtivessem vantagem fiscal no Estado da fonte²⁰⁴.

(...) 172. *Conversely, the fact that a person is entitled to benefits under paragraphs 1 to 7 does not mean that these benefits cannot be denied under paragraph 9. Paragraphs 1 to 7 are rules that focus primarily on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State. As illustrated by the example in the next paragraph, these rules do not imply that a transaction or arrangement entered into by such a resident cannot constitute an improper use of a treaty provision*” (tradução livre) (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 2017, p. 77).

²⁰³ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal Repensando o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio F. (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 765.

²⁰⁴ GARBARINO, Carlo. A Multi-Level Approach to “Treaty Entitlement” under the BEPS Project. **European Taxation**, vol. 58, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 549-551.

Robert J. Danon afirma que, na situação em que ambas as regras são aplicáveis, a “regra geral”, que é a cláusula de PPT, deve ser aplicada apenas subsidiariamente em relação à “regra especial”, que é a cláusula de LOB. Caso contrário, a SAAR ficaria sem sentido, pois não haveria razão para sua aplicação, já que a GAAR seria ampla o suficiente para abarcar a situação para a qual seria a aplicável a SAAR²⁰⁵.

Danon dispõe que a cláusula de PPT alcança tanto casos de “*rule shopping*”, quanto casos de “*treaty shopping*”. Assim, ainda que a cláusula de LOB trate especificamente de casos de “*treaty shopping*”, a cláusula de PPT pode ser aplicada a pessoas inicialmente qualificadas pela cláusula de LOB. O autor comenta o exemplo em que uma pessoa jurídica de capital aberto, com ações negociadas em uma bolsa de valores internacionalmente reconhecida, esteja atuando como um veículo financeiro para repassar rendimentos a terceiros. Em tal situação, a cláusula de PPT poderia ser aplicada, não obstante a pessoa jurídica seja considerada como qualificada pela cláusula de LOB. Entretanto, Danon relembra que a aplicação da cláusula de PPT será sempre subsidiária, apenas na hipótese em que a cláusula de LOB não impediu o acesso ao benefício do acordo de bitributação para uma transação abusiva²⁰⁶.

Nessa linha, autores como André Báez e Virakm Chand dispõem que a expressão “*notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement*” é contraditória em relação ao critério interpretativo que aduz que lei especial deve prevalecer sobre lei geral (“*lex specialis derogat generali*”). Para os autores, se a cláusula de LOB for aplicável (regra especial), a cláusula de PPT (regra geral) deveria ser prontamente afastada. Porém, os autores reconhecem que a posição da OCDE é clara no sentido de que, ainda que os elementos objetivos da cláusula de LOB sejam cumpridos, o benefício do acordo de bitributação poderá ser negado com base na cláusula de PPT²⁰⁷⁻²⁰⁸.

²⁰⁵ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 52-54.

²⁰⁶ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 52-54.

²⁰⁷ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? **Intertax**, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 440-441.

²⁰⁸ CHAND, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules. **Intertax**, vol. 36, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 116-118.

David G. Duff aduz que, apesar de a expressão “*notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement*” ir de encontro ao princípio hermenêutico “*lex specialis derogat legi generali*”, a cláusula de PPT deveria ser aplicável aos casos em que as regras específicas antiabuso não enderecem completamente determinada situação. Por exemplo, os Comentários aos artigos 10, 11 e 12 da Convenção Modelo da OCDE deixam claro que nem todas as formas de elisão fiscal são endereçadas pela “cláusula de beneficiário efetivo”²⁰⁹. Isso também ocorre com a cláusula de LOB, que não abarca empresas canal (“*conduit arrangements*”). Nestes casos, a cláusula de PPT suplementa tais SAARs²¹⁰.

Sobre a aplicação da cláusula de beneficiário efetivo prevista nos artigos 10, 11 e 12, da Convenção Modelo da OCDE, Elio Palmitessa aponta que a capacidade de usar, gozar e dispor do rendimento em caráter próprio não impede a aplicação da cláusula de PPT. Ao contrário, ainda que sejam cumpridos os requisitos previstos no acordo de bitributação, um beneficiário efetivo poderá ter os benefícios do referido tratado internacional negados pela cláusula de PPT, justamente pelo seu caráter complementar no combate ao uso abusivo dos tratados internacionais²¹¹.

Da mesma forma, Ian Zahra entende que, para que a cláusula de PPT seja aplicável na hipótese de já ter sido aplicada uma SAAR do acordo de bitributação, deve haver elementos adicionais que façam com que a referida SAAR seja insuficiente na análise do caso concreto. Assim, se a SAAR for capaz de lidar com a situação para a qual é aplicável, a cláusula de PPT não poderá ser aplicada. Para o autor, nesta situação, o critério interpretativo “*lex specialis derogat legi generali*” deve ser considerado para afastar a aplicação da cláusula de PPT, independentemente do que dispõe seu trecho inicial²¹².

²⁰⁹ Parágrafo 12.5 dos Comentários ao artigo 10 da Convenção Modelo da OCDE, parágrafo 10.3 dos Comentários ao artigo 11 Convenção Modelo da OCDE e parágrafo. 4.4 dos Comentários ao artigo 12 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 235; p. 260; pp. 272-273).

²¹⁰ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 962-964.

²¹¹ PALMITESSA, Elio Andrea. Interplay Between the Principle Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Amterdam: IBFD, 2018, p. 64.

²¹² ZAHRA, Ian. The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1. **Bulletin for International Taxation**, vol. 73, no. 11. Online Journals. Amterdam: IBFD, 2019.

Vikram Chand comenta o seguinte exemplo sobre a interação entre as cláusulas de PPT e LOB simplificada constantes de um acordo de bitributação firmado entre os Estados R e S: RCO, holding residente no Estado R, cuja participação societária é detida por TCO, sociedade residente no Estado T, que não possui acordo de bitributação com o Estado S (Estado da fonte), não cumpre os elementos objetivos da cláusula de LOB, razão pela qual os benefícios do artigo 10 do acordo de bitributação firmado entre R e S serão negados por esta cláusula. Nesta hipótese, será desnecessária a aplicação da cláusula de PPT. Se os fatos forem alterados e passar a existir acordo de bitributação entre os Estados S e T, prevendo benefícios similares aos concedidos pelo tratado internacional firmado entre os Estados R e S, RCO satisfaria o teste de benefícios derivados da cláusula de LOB. Para o autor, neste caso, a cláusula de PPT não deveria ser aplicável, na linha do critério interpretativo “*lex specialis derogat legi generali*”. Ainda que assim não fosse, Chand entende que a obtenção do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito da cláusula relevante, interpretados conforme o objetivo e propósito do acordo de bitributação. Isso porque o contribuinte seria capaz de comprovar que não se trata de “*treaty shopping*”, uma vez que o mesmo benefício seria obtido ainda que a RCO não tivesse sido interposta. O argumento de que há uma vantagem fiscal no Estado R não seria relevante, pois este benefício é concedido pela legislação doméstica, o que está fora do escopo da cláusula de PPT²¹³.

Entretanto, Chand aduz que, para situações em que a cláusula de LOB é driblada pelo contribuinte, como por exemplo uma instituição financeira que faz arranjos financeiros com o propósito de evitar a tributação no Estado da fonte em benefício de residentes em terceiros Estados, a cláusula de PPT poderia ser aplicada, pois a obtenção dos benefícios não estaria em conformidade com o objetivo e propósito da cláusula relevante, interpretados conforme o objetivo e propósito do acordo de bitributação²¹⁴.

²¹³ CHAND, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules. **Intertax**, vol. 36, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 116-118.

²¹⁴ CHAND, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules. **Intertax**, vol. 36, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 118.

David G. Duff também aponta para a necessidade de se analisar se a concessão do benefício estaria em conformidade com o objetivo e propósito da cláusula relevante, para fins de aplicação da cláusula de PPT para suplementar SAARs do acordo de bitributação, especialmente aquelas que trazem requisitos formais a serem cumpridos pelo contribuinte. Para o autor, o cumprimento de limitações quantitativas geralmente é consistente com o objetivo e propósito da cláusula relevante. O autor cita a SAAR prevista no artigo 10, parágrafo 1, da Convenção Modelo da OCDE, dispondo que, se houver a manutenção da participação societária de 25% por 365 dias para fins de obtenção do benefício da alíquota reduzida de 5% de IRRF sobre dividendos, então o cumprimento do requisito formal será suficiente para afastar a aplicação da cláusula de PPT²¹⁵. Este mesmo exemplo é citado por Vikram Chand, que concorda com a posição manifestada por Duff²¹⁶.

Porém, importante mencionar que isso é assim não porque a cláusula de PPT não poderia suplementar a aplicação da SAAR, mas porque a concessão do benefício do acordo de bitributação estaria em conformidade com o objetivo e finalidade da cláusula em questão, o que deve ser levado em consideração pelas autoridades fiscais para fins de aplicação da referida cláusula, e não apenas pelo contribuinte no exercício de seu direito de defesa e de produção de contraprova, com base na salvaguarda constante da parte final da mencionada cláusula, conforme será analisado adiante.

Com base nas considerações acima, é possível concluir que, em razão do caráter suplementar da cláusula de PPT em relação a outras SAARs do acordo de bitributação, bem como das diretrizes para sua aplicação no caso concreto, conforme será verificado a seguir, o trecho inicial “não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação” deve ser interpretado no sentido de que a referida cláusula deve ser aplicada para complementar as regras específicas antiabuso, na hipótese em que estas sejam insuficientes para combater transações ou arranjos abusivos.

²¹⁵ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 962-964.

²¹⁶ CHAND, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules. **Intertax**, vol. 36, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 119-120.

Não se trata, portanto, de verdadeira aplicação concomitante de diferentes cláusulas convencionais, tendo em vista que, se o benefício do acordo de bitributação já tiver sido negado pela SAAR, não haverá necessidade de aplicação da cláusula de PPT. Sendo assim, ainda que o contribuinte tenha cumprido os requisitos de determinada SAAR do acordo de bitributação, a cláusula de PPT deverá ser utilizada para complementar a análise do caso concreto, a fim de que seja verificado se o abuso foi combatido. Porém, ainda que o elemento subjetivo da cláusula de PPT seja satisfeito, é certo que esse aspecto, isoladamente considerado, não justificará a aplicação da referida cláusula, devendo o objetivo e propósito das SAARs sempre serem levados em consideração. Assim, a parte final da cláusula de PPT pode desempenhar um papel relevante na análise de sua interação com outras SAARs dos acordos de bitributação.

2.1.2 A expressão “um benefício do acordo”

Nos termos do parágrafo 175 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, o termo “um benefício do acordo de bitributação” deve incluir todas as limitações impostas ao Estado da fonte pelos artigos 6 ao 22 da Convenção Modelo da OCDE, o alívio à dupla tributação concedido pelo Estado de residência com base no artigo 23 (isenção ou crédito) e a proteção aos residentes e nacionais prevista no artigo 24 (cláusula de não discriminação)²¹⁷.

Na mesma linha, Robert J. Danon aduz que o termo “benefício” deve incluir todas as limitações previstas no acordo de bitributação. O autor ainda aduz que o trecho “*under the Covered Tax Agreement*” se refere ao fato de que a cláusula de PPT não serve para tratar de benefícios concedidos pelas leis domésticas dos países, como, por exemplo, o regime de *participation exemption* da União Europeia²¹⁸, que não está abrangido pelo acordo de bitributação. Assim, somente benefícios concedidos pelos acordos de bitributação é que fazem parte do escopo da cláusula de PPT²¹⁹.

²¹⁷ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 589.

²¹⁸ Nos termos da Diretiva (“*Parent-Subsidiary*”) 2011/96/EU, de 30 de novembro de 2011, da União Europeia, os lucros distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade-mãe estão isentos de IRRF.

²¹⁹ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 42-43.

Além dos benefícios provenientes das regras distributivas, dos métodos de alívio à dupla tributação e da cláusula de não-discriminação, conforme visto acima, outras disposições convencionais, como o acesso ao procedimento amigável, também podem ser consideradas como benefícios concedidos por um acordo de bitributação²²⁰. Já cláusula de troca de informações dificilmente será considerada um benefício concedido pelo acordo de bitributação, tendo em vista que essa cláusula convencional geralmente é utilizada apenas em favor das Administrações Tributárias dos Estados²²¹.

Porém, cabe lembrar que, para Sergio André Rocha, a troca de informações também deveria ser utilizada em favor dos contribuintes, com o objetivo de facilitar o acesso a dados disponíveis no exterior (v.g. composição de prejuízos apurados no exterior; perdas incorridas em operações de renda variável realizadas no exterior; crédito de imposto de renda pago no exterior, entre outros)²²². Caso isso venha a ocorrer no futuro, o acesso à cláusula de troca de informações também poderia vir a ser considerado um benefício concedido pelo tratado internacional.

Apesar de a OCDE ter esclarecido que o termo “benefício” inclui todas as limitações impostas ao Estado da fonte e o alívio à dupla tributação a ser concedido pelo Estado da residência, há discussão na doutrina sobre a análise individual ou global da vantagem tributária obtida pelo contribuinte. Em resumo, a dúvida consiste em saber se a aplicação da cláusula de PPT deve considerar o benefício do Estado contratante que aplica a referida cláusula, isoladamente, como, por exemplo, o acesso a uma alíquota reduzida de IRRF no Estado da fonte com base em certa cláusula distributiva, ou se deve ser analisada a carga tributária global em ambos os Estados contratantes, o que envolveria também o alívio à dupla tributação por meio de um crédito no Estado de residência.

²²⁰ BHARGAVA, Ansh. The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance. In: BLUM Daniel W.; SEILER, Markus (eds.). **Preventing Treaty Abuse**. Wien: Linde, 2016, pp. 311-327.

²²¹ BHARGAVA, Ansh. The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance. In: BLUM Daniel W.; SEILER, Markus (eds.). **Preventing Treaty Abuse**. Wien: Linde, 2016, pp. 311-327.

²²² ROCHA, Sergio André. **Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 125.

Isso porque, uma alíquota reduzida de IRRF no Estado da fonte – que representa uma vantagem fiscal em comparação com a legislação doméstica daquele país – pode não significar a obtenção de “um benefício” por um contribuinte que esteja sujeito a uma alíquota maior de imposto de renda em seu Estado da residência, com o alívio à dupla tributação pelo método do crédito, uma vez que o crédito seria concedido com base na alíquota reduzida, resultando em uma situação neutra, por meio da qual não se verificaria, a princípio, justificativa para o abuso do acordo de bitributação.

Michael Lang entende que o benefício concedido ao contribuinte deve ser analisado sob a perspectiva da carga tributária global em ambos os Estados contratantes, sendo necessário que haja, de fato, uma situação vantajosa, seja por causa da aplicação de cláusula distributiva mais favorável do acordo de bitributação (v.g., o acesso a uma alíquota reduzida de IRRF no Estado da fonte com alívio à dupla tributação por meio de isenção no Estado da residência), seja porque houve um benefício do acordo de bitributação em comparação com a legislação doméstica dos Estados²²³.

Da mesma forma, Erik Pinetz aponta que o termo “benefício” deve ser analisado sob a perspectiva da carga tributária global do contribuinte. Assim, na hipótese em que for aplicável o método da isenção para alívio da dupla tributação pelo Estado de residência, por exemplo, o benefício global do contribuinte, obtido por meio do acordo de bitributação, é de fácil verificação, tendo em vista que será suficiente analisar eventuais reduções de alíquota de IRRF concedidas pelo Estado da fonte. Porém, quando se tratar da aplicação do método do crédito, a simples redução do IRRF no Estado da fonte pode conduzir a uma maior tributação no Estado de residência. De qualquer forma, para o autor, parece inapropriado analisar só um dos lados da transação, sob pena de se aplicar a cláusula de PPT para uma situação em que não há efetiva vantagem tributária para o contribuinte. Isso porque a alíquota reduzida pelo Estado da fonte não necessariamente implica a obtenção de um benefício do acordo de bitributação, uma vez que a tributação no Estado da residência pode ser maior, em razão de um crédito menor concedido no caso concreto²²⁴.

²²³ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 656-658.

²²⁴ PINETZ, Erik. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit**

Diversamente, Robert J. Danon entende que o termo “benefício” alcança a redução da tributação doméstica no Estado contratante que aplica o acordo de bitributação, como, por exemplo, a redução da alíquota de IRRF sobre dividendos, juros ou royalties no Estado da fonte. Nesta linha, o Estado da fonte, ao aplicar a cláusula de PPT, negaria o benefício do acordo de bitributação sob a sua perspectiva, não sendo necessário examinar se, sob o enfoque global da operação, o contribuinte obteve uma vantagem fiscal ou economia tributária²²⁵.

Neste mesmo sentido, David G. Duff aduz que a caracterização de um benefício do acordo de bitributação deve ser determinada sem levar em consideração as consequências no outro Estado contratante. Para o autor, a aplicação da cláusula de PPT tem como consequência o exercício do poder de tributar por determinado Estado contratante, com base em sua legislação doméstica, como se não houvesse o acordo de bitributação. Sendo assim, o eventual efeito da transação no outro Estado contratante não seria relevante no momento da aplicação da cláusula de PPT²²⁶.

Luís Eduardo Schoueri e Clara Gomes Moreira explicam que o benefício deriva da aplicação de uma norma do acordo de bitributação a um rendimento ou capital, que, em situação contrária, estariam sujeitos à dupla tributação ou à aplicação de norma mais onerosa. Para os autores, o benefício deve ser interpretado sob o viés financeiro, a partir da comparação entre o ônus decorrente da aplicação do acordo de bitributação e aquele resultante da aplicação da legislação doméstica. Os autores ainda comentam que a obtenção de vantagem financeira pode ser um indício a ser examinado pelas autoridades fiscais dos Estados contratantes, na análise dos “fatos e circunstâncias relevantes” para fins de aplicação da cláusula de PPT²²⁷.

Shifting (BEPS) The Proposals to Revise the OECD Model Convention. Series on International Tax Law, vol. 95. Wien: Linde, 2016, pp. 279-280.

²²⁵ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 42-43.

²²⁶ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 970-971.

²²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal Repensando o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio F. (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 768.

Sobre o assunto, David G. Duff adverte que o fato de uma transação permitir a obtenção de um benefício do acordo de bitributação não é razão suficiente para que seja possível concluir que um dos principais propósitos negociais foi a obtenção do referido benefício. É o que, na visão do autor, se pode depreender do parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE²²⁸.

Realmente, a OCDE, nos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, se posicionou no sentido de não ser possível assumir que um dos principais propósitos da transação foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação pela mera revisão dos efeitos da referida transação. Logo, a mera vantagem fiscal – redução do ônus tributário decorrente da transação ou arranjo – não é suficiente para fins de aplicação da cláusula de PPT²²⁹. Isso não significa, porém, que a consideração do benefício global da transação seja condição necessária para a aplicação da cláusula de PPT. Uma vez constatada a ausência de outros propósitos extra tributários para a transação, a cláusula de PPT passa a ser potencialmente aplicável, sendo necessário investigar se há, ou não, um benefício convencional a ser negado pelas autoridades competentes.

Diante das considerações acima, percebe-se que, caso se examine a posição global do contribuinte em ambos os Estados contratantes, a redução da alíquota de IRRF no Estado da fonte pode não representar um efetivo benefício, tendo em vista que haverá a redução de crédito de imposto a ser compensado no Estado da residência. Conseqüentemente, a redução da carga tributária no Estado da fonte implicará em aumento da tributação residual no Estado da residência. Por outro lado, há casos em que a redução do IRRF a ser cobrado pelo Estado da fonte representará um benefício por si só, em virtude da ausência de tributação residual no Estado da residência, seja porque o contribuinte apurou prejuízo fiscal naquele ano-calendário, seja porque houve a concessão de determinado benefício fiscal pela legislação doméstica.

²²⁸ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, p. 978.

²²⁹ Parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo de 2017 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 590).

De qualquer forma, a redação da cláusula de PPT trata de “um benefício do acordo de bitributação”, sem indicar a necessidade de que seja verificado o contexto global em que o contribuinte está inserido. Assim, o fato de que a cláusula de PPT será aplicada individualmente por um dos Estados contratantes – e não em conjunto por ambos os Estados contratantes de um acordo de bitributação – indica que apenas o benefício obtido em comparação à legislação doméstica do Estado que invocou a aplicação da referida cláusula é que deve ser levado em consideração no caso concreto.

Não se ignora que a aplicação da cláusula de PPT com base na situação global do contribuinte conduziria a um resultado mais justo sob o ponto de vista fiscal, pois o acesso ao acordo de bitributação somente seria negado caso o arranjo ou a transação efetivamente proporcionasse um efetivo benefício econômico ou financeiro. Ocorre que essa interpretação mais garantista da cláusula de PPT parece não encontrar suporte na redação da própria redação da cláusula de PPT, tampouco na sistemática de aplicação dos acordos de bitributação.

Em primeiro lugar, cabe mencionar que há casos de aplicação dos acordos de bitributação que não envolvem um único contribuinte, o que tornaria complexa a consideração do benefício econômico ou financeiro sob um enfoque subjetivo e global. Basta imaginar as hipóteses de dupla tributação econômica protegidas pelo acordo de bitributação, bem como as situações triangulares.

Em segundo lugar, a ideia de considerar a situação global do contribuinte traria uma enorme complexidade para a aplicação concreta do acordo de bitributação, pois a incidência da cláusula de PPT passaria a depender de informações que não estão facilmente disponíveis no momento de aplicação do tratado internacional. Como exemplo, veja-se que o Estado da fonte, para aplicar a cláusula de PPT a uma transação abusiva que visa usufruir da alíquota reduzida de IRRF, seria obrigado a investigar se o rendimento foi computado na base de cálculo do imposto de renda devido no Estado da residência e se o crédito de imposto seria passível de aproveitamento. Além disso, a própria existência de uma diferença temporal entre o momento da retenção do IRRF no Estado da fonte e o momento da tributação do rendimento no Estado da residência poderia representar uma vantagem financeira para o contribuinte (i.e. fluxo de caixa).

Em terceiro lugar, cabe lembrar que a interação entre os sistemas tributários dos dois Estados contratantes ocorre de forma limitada na aplicação dos acordos de bitributação, segundo os parâmetros definidos nas suas cláusulas convencionais. Apenas para fins de ilustração, veja-se que o Estado da fonte pode tributar o valor bruto do rendimento auferido pelo residente do outro Estado contratante, ainda que, sob o enfoque global, tenha havido a apuração de prejuízo. Outra evidência de que essa interação depende de previsão expressa nos acordos de bitributação pode ser encontrada nas cláusulas de “*subject-to-tax*” e de “*switch-over*”, nas quais se vincula a aplicação de um benefício ao tratamento tributário aplicável no outro Estado contratante.

Assim, na ausência de previsão específica na cláusula de PPT, conclui-se que a sua aplicação pode ocorrer de forma unilateral por parte de um dos Estados contratantes, ainda que não haja um benefício sob o enfoque global do contribuinte.

2.1.3 A expressão “se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes”

Conforme mencionado acima, a cláusula de PPT admite que sejam negados os benefícios do acordo de bitributação caso seja “razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes”, que a obtenção dos referidos benefícios corresponde a um dos principais propósitos da transação. O termo “razoável concluir”, utilizado na redação da cláusula de PPT, foi amplamente criticado pela doutrina, na medida em que concede discricionariedade para que as autoridades fiscais desconsiderem transações sem provas conclusivas acerca da sua artificialidade.

Nesta linha, a visão da OCDE é no sentido de que as autoridades fiscais dos Estados contratantes devem analisar objetivamente as finalidades e os objetivos das pessoas envolvidas na transação ou arranjo, para determinar se um dos principais propósitos foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação. A OCDE afirma não ser necessário haver prova conclusiva da intenção da pessoa em relação à transação, bastando que seja razoável concluir, com base na análise objetiva dos fatos e circunstâncias, que um dos principais propósitos foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação²³⁰.

²³⁰ Parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 590).

À primeira vista, seria possível cogitar que se trata de uma análise objetiva de um elemento subjetivo, o que seria criticável, na medida em que a intenção das partes envolvidas é de difícil comprovação. Porém, como a redação da cláusula de PPT indica que basta que seja “razoável concluir” que um dos principais propósitos foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação, a aplicação da referida cláusula pelas autoridades fiscais dos Estados contratantes tende a ser discricionária, o que justifica as críticas que veem sendo levantadas pela doutrina.

Por outro lado, o trecho final da cláusula de PPT indica que o contribuinte poderá demonstrar que a obtenção do benefício estava “em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação”, o que daria a ideia de inversão do ônus da prova, também amplamente criticada pela doutrina. Porém, em rigor, não se trata de um problema de efetiva inversão do ônus da prova. O cerne da objeção parece estar no desequilíbrio entre prova e contraprova, que decorre do baixo ônus probatório exigido das autoridades fiscais.

De fato, a cláusula de PPT traz um elevado desequilíbrio para o ônus da prova em favor das autoridades fiscais, que não precisam comprovar cabalmente que um dos motivos da transação era a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação. Nos termos da cláusula de PPT, basta que seja “razoável concluir” que um dos principais propósitos do contribuinte era obter um benefício do acordo de bitributação para que a autoridade fiscal seja autorizada a negá-lo. Ou seja, não é necessária a apresentação de prova conclusiva de que a transação foi abusiva por parte das autoridades fiscais dos Estados contratantes, mas, para afastar a pretensão fiscal, o contribuinte deve comprovar que a obtenção do referido benefício estava em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação.

Porém, não se trata de inversão completa do ônus da prova, pois as autoridades fiscais devem apresentar elementos para comprovar que é razoável a conclusão de que houve uso indevido do acordo de bitributação para fins de negar os benefícios ao contribuinte, o que é confirmado em razão da necessidade de se analisar objetivamente os fatos e circunstâncias relevantes para fins de aplicação da cláusula de PPT.

Além disso, cabe esclarecer que esse desequilíbrio no ônus da prova apenas ocorrerá caso a autoridade fiscal e o contribuinte divirjam em relação à possibilidade de aplicação da salvaguarda prevista na parte final da cláusula de PPT. Isso porque, como será visto adiante, as autoridades fiscais também devem considerar o objetivo e a finalidade da cláusula convencional e do acordo de bitributação antes de aplicar a cláusula de PPT para negar benefícios convencionais.

Afinal, não seria razoável que, nos casos em que a própria autoridade fiscal constata que a transação praticada pelo contribuinte cumpre o objetivo e finalidade da cláusula relevante, ainda assim se negue o benefício do acordo de bitributação mediante a aplicação da cláusula de PPT, forçando o contribuinte a exercer seu direito de defesa.

Retornando à questão relativa ao baixo ônus probatório exigido das autoridades fiscais, oriundo da expressão “razoável concluir”, é importante lembrar, com base nas lições de Humberto Ávila, que as provas podem ser classificadas em razão de seu grau de convencimento, nos seguintes termos²³¹:

- (i) prova irrefutável, que compreende uma evidência que proporciona conclusões com índice de probabilidade quase absoluto, em razão das máximas da experiência ou de experimentos científicos;
- (ii) prova acima de qualquer dúvida razoável, que consiste em uma evidência apta a assegurar um alto grau de probabilidade em relação ao seu objeto, tendo em vista que qualquer dúvida remanescente será tão insignificante que qualquer pessoa razoável consideraria a hipótese discutida como comprovada;
- (iii) prova clara e convincente, assim entendida a evidência capaz de fundar um juízo persuasivo firme e dominante no que se refere ao elemento de prova, ainda que suscetível de contestação;
- (iv) prova verossimilhante, que consiste na evidência capaz de fundar juízo de verossimilhança em relação ao objeto da prova, em razão de haver mais probabilidade de a hipótese ser verdadeira do que de não ser verdadeira.

²³¹ ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: Standards de Prova e os Critérios de Solidez da Inferência Probatória. **Revista de Processo n. 282**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, pp. 117-118.

Em rigor, para a aplicação da cláusula de PPT, seria necessário exigir apresentação de prova clara e convincente por parte das autoridades fiscais dos Estados contratantes, justamente por se tratar de situação em que se nega a aplicação de um direito (benefício) outorgado ao contribuinte pelo acordo de bitributação. O raciocínio a partir das provas é necessariamente indutivo²³², mas é preciso que o grau de probabilidade exigido da Administração Tributária que pretende negar a aplicação de um direito garantido pelo acordo de bitributação seja mais elevado, pois cabe a ela o ônus de demonstrar que o contribuinte, inicialmente coberto pelo âmbito subjetivo de aplicação do tratado internacional (artigos 1 e 4), deixou de ser digno de proteção.

Isso é assim não por uma opção do intérprete, mas em razão da relação assimétrica entre o Estado e o contribuinte, da restrição aos direitos de liberdade, propriedade e auto-organização do contribuinte e dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Trata-se, portanto, de mera decorrência dos parâmetros constitucionais que orientam a relação jurídico-tributária, até para que a cláusula de PPT seja compatível com a Constituição dos países.

Nessa linha, Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano aduzem que a cláusula de PPT pode ser incompatível com o princípio da segurança jurídica. Isso porque, se a decisão acerca da concessão dos benefícios do acordo de bitributação ficar a critério das autoridades fiscais dos Estados contratantes, independentemente do cumprimento de outros elementos objetivos, o contribuinte não será capaz de antecipar se a referida cláusula será ou não aplicada ao seu caso concreto. Além disso, os autores também comentam que o ônus da prova foi “invertido”, pois as autoridades fiscais podem negar os benefícios do acordo de bitributação se for “razoável concluir” que as razões tributárias relevantes estão presentes (elemento subjetivo), não sendo necessária a apresentação de prova conclusiva, mas o contribuinte deve comprovar que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação estava em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes para que a cláusula de PPT não seja aplicada²³³.

²³² Sobre o assunto, conferir: COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e sua Prova**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 153-199.

²³³ BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective. **Intertax**, vol. 43, n. 12. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 835-836.

Erik Pinetz também trata da questão do desequilíbrio do ônus da prova, aduzindo que será suficiente que as autoridades fiscais entendam ser “razoável concluir” que o elemento subjetivo (intenção do contribuinte) foi satisfeito para fins de aplicação da cláusula de PPT, mas os contribuintes devem comprovar que a obtenção dos benefícios está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação. Para o autor, a mera existência de uma vantagem fiscal seria suficiente para que as autoridades fiscais presumissem que um dos principais propósitos da transação foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação, já que não há necessidade de apresentação de evidência completa dos motivos do contribuinte²³⁴.

Roberto J. Danon também aponta para o fato de que o contribuinte é quem ficará com o ônus de comprovar que a obtenção do benefício do acordo de bitributação não foi um de seus principais propósitos negociais, em razão da expressão “*reasonable to conclude*” incluída na cláusula de PPT. Isso porque as autoridades fiscais dos Estados contratantes podem negar os benefícios do acordo de bitributação sem qualquer prova conclusiva, mas apenas com base em algum elemento da transação que justifique a presunção de que a intenção do contribuinte foi a de obter o referido benefício²³⁵.

Nessa linha, Luc de Broe e Joris Lotus aduzem que o trecho “*if it is reasonable to conclude*” favorece as autoridades fiscais, que não precisarão comprovar rigorosamente que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação era um dos principais propósitos da transação. Assim, ao prever que a mera razoabilidade é suficiente para negar acesso aos benefícios convencionais, a cláusula de PPT se afasta do padrão (“*standard*”) de prova exigido pelo direito tributário (i.e., prova clara e convincente), em razão do princípio do devido processo legal. Por outro lado, os contribuintes deverão comprovar que a obtenção do benefício do acordo de bitributação está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes, a fim de afastar a aplicação da cláusula de PPT²³⁶.

²³⁴ PINETZ, Erik. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) The Proposals to Revise the OECD Model Convention**. Series on International Tax Law, vol. 95. Wien: Linde, 2016, pp. 284-288.

²³⁵ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 44-45.

²³⁶ DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, vol. 43, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 132-133.

Da mesma forma, Vikram Chand defende que o ônus da prova é desequilibrado em favor do Fisco, sem que haja qualquer justificativa válida para tanto. Neste sentido, ainda que as autoridades fiscais devam fazer uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias, o termo “razoável concluir” da cláusula de PPT abre margem para o subjetivismo, pois não se faz necessária a comprovação de que a transação é abusiva. Caso a transação tenha ocorrido por razões extra tributárias, é o contribuinte que deve refutar a aplicação da cláusula de PPT. Porém, na opinião do autor, se o elemento de abuso ou artificialidade não restar demonstrado pelas autoridades fiscais, não pode ser negado o benefício do acordo ao contribuinte, em razão dos fatos e circunstâncias relevantes que devem ser considerados na análise pelas autoridades fiscais²³⁷.

Stef van Weeghel dispõe que a cláusula de PPT difere do “*Guiding Principle*” em razão da “inversão” do ônus da prova, pois o contribuinte é quem deve comprovar que a obtenção do benefício do acordo de bitributação está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes, o que antes era ônus das autoridades fiscais, que só poderiam negar referidos benefícios se a sua obtenção não estivesse de acordo com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes. Na visão do autor, a cláusula de PPT exige apenas o teste da “razoabilidade” com relação ao motivo do contribuinte para a realização da transação e imputa a ele o ônus da prova²³⁸.

Rita Cunha também comenta que o uso da mera “razoabilidade” como padrão (“*standard*”) de prova é questionável, na medida em que as autoridades fiscais podem assumir que a transação é abusiva pelo simples fato de que um benefício do acordo de bitributação foi concedido. Assim, apenas se o contribuinte puder comprovar que os motivos tributários são secundários é que a cláusula de PPT não seria aplicada²³⁹. Porém, é importante mencionar que, a própria OCDE se manifestou no sentido de que a mera obtenção do benefício do acordo de bitributação não será razão suficiente para a aplicação da cláusula de PPT, conforme mencionado anteriormente²⁴⁰.

²³⁷ CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 21.

²³⁸ WEEGHEL, Stef van. A Deconstruction of the Principal Purposes Test. **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, pp. 11-14.

²³⁹ CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Teste Rule. **Global Taxation**, vol. 1, 2016, pp. 188-189 (disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796565>>).

²⁴⁰ Parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo de 2017 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 590).

De forma inovadora, Luís Eduardo Schoueri e Clara Gomes Moreira comentam sobre o fato de que a cláusula de PPT foi inspirada no modelo britânico (parte 5 do *Financial Act* 2013, seção 207(1)), no qual a “razoabilidade” está relacionada à ideia de “racionalidade”. Isso porque a “razoabilidade” se atrela a um juízo moral, ao passo que o termo utilizado na cláusula de PPT deve ser interpretado no sentido de “racionalidade” como uma virtude intelectual. Assim, para os autores, o termo “razoável concluir” se refere ao raciocínio cuidadoso exigido das autoridades competentes na consideração dos elementos de prova²⁴¹.

Luís Eduardo Schoueri e Clara Gomes Moreira também defendem que o termo “fatos e circunstâncias relevantes”, contido na cláusula de PPT, se refere à substância do negócio jurídico, tais como estrutura física de uma sociedade, atividades exercidas e sua conexão com a atividade fim do grupo econômico, assunção de riscos, economia tributária produzida, entre outros, que devem ser analisados para se concluir que determinada transação ou arranjo é genuíno ou não²⁴².

Nessa linha, Dennis Weber afirma que o “teste da razoabilidade” da cláusula de PPT se refere à análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes da transação, que devem levar a uma conclusão a respeito da existência, ou não, indícios de artificialidade para fins de aplicação da cláusula de PPT²⁴³. Craig Elliffe acrescenta que a conclusão razoável a que as autoridades fiscais dos Estados contratantes devem chegar na análise dos fatos e circunstâncias diz respeito “à substância” da transação, e não à intenção do contribuinte, isoladamente considerada²⁴⁴.

²⁴¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal Repensando o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio F. (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 771.

²⁴² SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal Repensando o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio F. (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 772.

²⁴³ WEBER, Dennis. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Case Law. **Erasmus Law Review**, n. 1, Online Journal, 2017.

²⁴⁴ ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, pp. 62-65.

Carlo Garbarino dispõe que a determinação do propósito da transação é uma “questão de fato”, que só pode ser verificada em uma análise caso a caso. Porém, apesar de a “questão de fato” ser passível de prova conclusiva, será suficiente a conclusão razoável das autoridades fiscais, no sentido de que um dos principais propósitos da transação foi a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação para fins de aplicação da cláusula de PPT. Para o autor, os Comentários ao artigo 29, artigo 9, da Convenção Modelo da OCDE deixam claro que, se uma transação estiver ligada às atividades principais (“*core business*”) de uma pessoa jurídica e se não tiver sido realizada por razões primordialmente relacionadas à obtenção do benefício do acordo de bitributação, será improvável que um de seus principais propósitos tenha sido a obtenção do referido benefício convencional²⁴⁵.

É importante mencionar que a OCDE realmente dispõe, nos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, que será improvável que um dos principais propósitos de uma transação ou arranjo ligado à atividade principal (“*core business*”) de uma pessoa jurídica seja a obtenção de um benefício do acordo de bitributação, para fins de aplicação da cláusula de PPT. Ou seja, na visão da OCDE, devem ser levados em consideração elementos de artificialidade *vs.* genuinidade de uma transação ou arranjo para a aplicação da cláusula de PPT²⁴⁶.

Neste sentido, a tendência dos exemplos trazidos pela OCDE nos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo é pela não aplicação da cláusula de PPT para operações genuínas, devendo a referida cláusula alcançar apenas transações com indícios de artificialidade. Para tanto, os fatos e circunstâncias a serem analisados objetivamente pelas autoridades fiscais devem demonstrar se a transação é genuína ou artificial, para efeito de aplicação, ou não, da cláusula de PPT.

²⁴⁵ GARBARINO, Carlo. A Multi-Level Approach to “Treaty Entitlement” under the BEPS Project. **European Taxation**, vol. 58, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 550.

²⁴⁶ Parágrafos 180 e 181 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 591).

Nos exemplos da OCDE, ainda que tenham sido verificados propósitos tributários nas condutas praticadas pelos contribuintes, o fato de as transações serem genuínas afastou a aplicação da cláusula de PPT. Apenas para fins de ilustração, veja-se que, no Exemplo C, uma pessoa jurídica estabelece uma fábrica em um país em desenvolvimento para ter custos menores de fabricação, mas, mesmo que tenha sido considerado o acordo de bitributação para a escolha da jurisdição para a construção da fábrica, a cláusula de PPT não foi aplicada por ser uma operação genuína²⁴⁷.

De modo semelhante, no Exemplo G, uma pessoa jurídica constitui uma nova sociedade para realizar atividades intragrupo que beneficiarão outras subsidiárias em países vizinhos. Apesar de a escolha da jurisdição ter levado em consideração a existência de acordos de bitributação entre todos os países envolvidos na transação, não há qualquer indicio de artificialidade, tendo em vista a efetiva constituição de pessoa jurídica naquele país, razão pela qual a cláusula de PPT não foi aplicada²⁴⁸.

Ademais, merece destaque o Exemplo E, no qual o contribuinte aumentou sua participação societária de 24% para 25% em subsidiária residente em país com acordo de bitributação, com a finalidade de obter o benefício do tratado internacional em relação à redução da alíquota do IRRF no Estado da fonte sobre os dividendos, nos termos do artigo 10, parágrafo 2, item “a”, da Convenção Modelo da OCDE. Como o limite requerido por essa regra distributiva para fins de obtenção do benefício é arbitrário, a OCDE considerou que a cláusula de PPT não seria aplicável, tendo em vista que o efetivo (e genuíno) aumento de participação societária pelo contribuinte estaria em conformidade com o objetivo e propósito da cláusula em questão. Ou seja, ainda que satisfeito o elemento subjetivo em relação ao propósito tributário da transação, a OCDE considerou ter sido genuína a operação, razão pela qual a aplicação da cláusula de PPT foi afastada, com base em sua parte final²⁴⁹.

²⁴⁷ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 592-593.

²⁴⁸ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 594-595.

²⁴⁹ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 593-594.

Com base no Exemplo E, é possível inferir que as autoridades fiscais devem levar em consideração o objetivo e propósito das cláusulas relevantes na análise dos fatos e circunstâncias que rodeiam a transação ou arranjo. Nesta linha, se a cláusula relevante do acordo de bitributação traz um limite quantitativo para que determinado benefício seja concedido, como é o caso do artigo 10, parágrafo 2, item “a”, da Convenção Modelo da OCDE, e se este limite é atingido pelo contribuinte de forma genuína e efetiva, ainda que por razões tributárias, é de rigor a concessão do referido benefício, por estar em conformidade com o objetivo e propósito da cláusula relevante, à luz do objetivo e propósito do próprio acordo de bitributação, qual seja, promover investimentos transnacionais.

Daí decorre que, segundo os exemplos constantes dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, o objetivo e propósito das cláusulas relevantes não devem ser apenas analisados como uma exceção para que o contribuinte demonstre fazer jus aos benefícios do acordo de bitributação, a fim de afastar a cláusula de PPT. Pelo contrário, as autoridades fiscais devem considerar o objetivo e propósito das cláusulas relevantes na análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes, sob pena de frustrar a finalidade primordial do acordo de bitributação, que é justamente o desenvolvimento das relações econômicas entre os Estados contratantes.

A própria redação da cláusula de PPT, ao prever que pode ser demonstrado que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação, não restringe essa comprovação apenas ao contribuinte. Ora, não seria razoável que a cláusula de PPT fosse aplicada para negar benefícios aos acordos de bitributação na hipótese em que sua concessão esteja em conformidade com a cláusula convencional aplicável ao rendimento no caso concreto.

Até porque, a interpretação jurídica é uma atividade una e indecomponível, de forma que, em casos práticos, seria difícil segregar a aplicação da cláusula de PPT em duas partes, com destinatários específicos (autoridades fiscais *vs.* Contribuintes). Assim, não faria sentido que, diante de uma transação direcionada à obtenção de um benefício do acordo de bitributação, mas que cumpre o objetivo e finalidade da respectiva cláusula relevante, as autoridades fiscais negassem o acesso aos benefícios do acordo de bitributação e aguardassem que o contribuinte exercesse o seu direito de demonstrar que a transação está em conformidade com o objetivo e finalidade da cláusula em exame.

Como exemplo, caso o contribuinte realizasse, genuinamente, um aumento de capital para fazer jus à alíquota reduzida de 5% de IRRF sobre dividendos, na linha do Exemplo E mencionado acima, não seria razoável que as autoridades fiscais negassem o referido benefício e deixassem a critério do contribuinte a decisão de exercer, ou não, o seu direito de defesa. Essa interpretação é reforçada pelo fato de que a cláusula de PPT não prevê um procedimento de intimação do contribuinte para que ele demonstre a possibilidade de aplicação da salvaguarda prevista na parte final da referida cláusula.

Assim, a análise dos fatos e circunstâncias a ser feita pelas autoridades fiscais deve considerar indícios de artificialidade que justifiquem a negativa dos benefícios do acordo de bitributação. Isso é confirmado não somente pelos exemplos trazidos nos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE, mas também pelo novo preâmbulo dos acordos de bitributação, com redação dada pela Ação 6 do Projeto BEPS, que, conforme aduzido por Duff, deve ser interpretado no sentido de que sua finalidade primordial é promover as relações econômicas transnacionais por meio de operações genuínas, e não transações motivadas por razões tributárias, com pouca ou nenhuma substância²⁵⁰.

No mesmo sentido, Blazej Kuzniacki considera que a cláusula de PPT é necessária para combater o uso abusivo dos acordos de bitributação e que o novo preâmbulo influencia a interpretação de vários de seus elementos²⁵¹. Assim, como o preâmbulo compreende o objetivo primordial de desenvolver as relações econômicas entre os Estados contratantes, eliminando a dupla tributação da renda, mas sem criar oportunidades para a não tributação ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscais, é evidente que a cláusula de PPT somente se aplica para transações ou arranjos abusivos, com indícios de artificialidade.

²⁵⁰ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 987-992.

²⁵¹ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 239-241.

É importante mencionar que Luís Eduardo Schoueri aduz que uma transação abusiva é aquela que não reflete investimentos. Se estes ocorrem, não há que se falar em abuso do acordo de bitributação, mas, sim, em seu mero uso, já que a finalidade primeira dos tratados internacionais é justamente a promoção de investimentos internacionais²⁵². Isso confirma que as transações genuínas não podem ser alcançadas pela cláusula de PPT, ainda que levem em consideração os benefícios dos acordos de bitributação. Se assim não fosse, todas as transações que consideram os benefícios de um acordo de bitributação seriam combatidas, ainda que fossem genuínas, e não apenas as transações abusivas, destituídas de substância. Ocorre que o combate a transações genuínas seria contrário ao objetivo primordial dos acordos de bitributação de desenvolver as relações econômicas transnacionais, por meio da eliminação da dupla tributação. Por essa razão, a cláusula de PPT deve combater apenas transações artificiais.

Diante de tais considerações, percebe-se que os fatos e circunstâncias devem ser analisados objetivamente pelas autoridades fiscais, para que se verifique a substância da transação, levando-se em consideração indícios de artificialidade que justifiquem a negativa dos benefícios do acordo de bitributação pela cláusula de PPT. E, ainda, as autoridades fiscais devem considerar, nesta análise, o objetivo e a finalidade das cláusulas relevantes, à luz do objetivo e propósito do próprio acordo de bitributação, qual seja, encorajar investimentos transnacionais genuínos.

É justamente por isso que, para Blazej Kuzniacki, as autoridades fiscais devem apresentar evidências, com base nos fatos e circunstâncias relevantes, de que a obtenção do benefício do acordo de bitributação foi abusiva. O contribuinte, por outro lado, poderá combater a acusação das autoridades fiscais, comprovando a substância econômica de sua transação, hipótese em que a cláusula de PPT não será aplicada²⁵³.

²⁵² SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar. In: GOMES, Marcos Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. I – Relatório Geral e Coerência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 42-43.

²⁵³ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 246-250.

Assim, o autor entende que o ônus da prova está dividido entre as autoridades fiscais e os contribuintes, sendo a primeira e a segunda partes da cláusula de PPT igualmente importantes para fins de concessão dos benefícios do acordo de bitributação. Para o autor, os dois elementos estão inter-relacionados, razão pela qual é improvável que as autoridades fiscais neguem os benefícios do acordo de bitributação com base no elemento subjetivo isoladamente, sem considerar o elemento que permite que o contribuinte neutralize essa negativa, qual seja, a concessão do benefício estar em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes²⁵⁴.

Kuzniacki acrescenta que o papel das autoridades fiscais não está limitado a indicar que, em sua “opinião”, a transação teve como um dos principais propósitos negociais a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Diversamente, as autoridades fiscais devem demonstrar que foi “razoável concluir”, com base nos fatos e circunstâncias objetivamente analisados, que a transação possui indícios de artificialidade, tendo sido realizada para a obtenção do benefício do acordo de bitributação, de forma incompatível com seu objetivo e finalidade²⁵⁵.

Essa é a posição de Dennis Weber, para quem o “teste da razoabilidade” está relacionado ao fato de que as autoridades fiscais devem analisar objetivamente os fatos e circunstâncias para verificar se a transação foi realizada pelo contribuinte essencialmente para a obtenção dos benefícios de um acordo de bitributação²⁵⁶.

Diante das considerações acima, é possível concluir que as autoridades fiscais devem demonstrar que foi “razoável concluir”, com base na análise objetiva dos “fatos e circunstâncias relevantes”, que a transação possui indícios de artificialidade (e que, portanto, não é uma transação genuína), tendo sido realizada essencialmente para a obtenção do benefício do acordo de bitributação, de forma incompatível com seu objetivo e finalidade, para justificar a aplicação da cláusula de PPT.

²⁵⁴ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 246-250.

²⁵⁵ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 246-250.

²⁵⁶ WEBER, Dennis. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Case Law. **Erasmus Law Review**, n. 1, Online Journal, 2017.

Contudo, para compatibilizar a referida cláusula com a Constituição dos países, seria necessária a exigência de apresentação de prova clara e convincente por parte das autoridades fiscais dos Estados contratantes para a aplicação da cláusula de PPT, ainda que isto não esteja indicado expressamente na redação da referida cláusula, justamente por se tratar de situação em que se nega a aplicação de um direito (benefício) outorgado ao contribuinte pelo acordo de bitributação.

É preciso, portanto, que seja realizada uma interpretação da cláusula de PPT conforme à Constituição dos países (no caso do Brasil, conforme à Constituição Federal do Brasil de 1988 – “CF”, o que se analisará no Capítulo IV do presente trabalho), orientada pela ideia de “racionalidade” enquanto uma virtude intelectual relacionada à cuidadosa avaliação das provas, para que não haja uma restrição desproporcional aos direitos de liberdade, propriedade e auto-organização do contribuinte e dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

2.1.4 A expressão “um dos principais propósitos de um arranjo ou transação”

Conforme mencionado acima, o elemento central da cláusula de PPT é baseado na investigação dos principais propósitos de determinada transação ou arranjo. E aqui não se está tratando do principal propósito da transação, mas, sim, de um dos principais, dentre outros propósitos relevantes.

Em um primeiro momento, a principal dúvida em torno da cláusula de PPT diz respeito à sua aplicação na hipótese em que a transação tenha sido realizada por razões tributárias e extra tributárias. Isso porque não há, na redação da cláusula de PPT, qualquer indicação em relação ao critério que deveria ser utilizado para se determinar se um propósito é principal ou secundário, na hipótese de haver diversos propósitos para a realização de uma transação. Ademais, não há qualquer definição sobre a gradação do peso de um propósito tributário e de outro não tributário de uma transação.

Paulo Ayres Barreto e Caio Takano aduzem que a expressão “*one of the principal purposes of any arrangement or transaction*” não necessariamente indica haver abuso de direito ou outra patologia que possibilite a não concessão dos benefícios dos acordos de bitributação, ignorando, inclusive, outros objetivos negociais ou extra tributários que podem justificar a transação²⁵⁷.

Andrés Báez dispõe que, apesar de no “*Guiding Principle*” já ter sido utilizado o elemento subjetivo do “principal propósito” da transação, a cláusula de PPT reduziu o padrão “antiabuso” ao utilizar a expressão “um dos principais propósitos”. Porém, o autor entende que a comprovação da intenção do contribuinte pode não ser um problema, na medida em que será possível deduzi-la com base nos fatos exteriorizados²⁵⁸.

Entretanto, Baéz critica o fato de que, como regra geral, o motivo que norteou o ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte é irrelevante para a determinação da respectiva consequência tributária material. Isso porque, tanto o acordo de bitributação, quanto a legislação doméstica atribuem uma consequência legal para determinada situação de fato ou de direito, com base em fatores objetivos, como, por exemplo, a capacidade contributiva do contribuinte. O autor entende ser inédito que a legislação dê importância para a intenção do contribuinte para determinar a existência de obrigação tributária, o que pode ferir princípios constitucionais dos países, como o princípio da igualdade, pois dois contribuintes na mesma situação podem receber tratamentos tributários distintos em razão de suas diferentes intenções. Para o autor, a interpretação da cláusula de PPT deve ser objetiva, a fim de que sejam desconsideradas apenas transações realizadas com o propósito primordial de obter um benefício do acordo de bitributação, levando-se em consideração o conceito de artificialidade²⁵⁹.

²⁵⁷ BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. A Prevenção de Abusos dos Tratados Internacionais que Visam Evitar a Dupla Tributação no Plano de Ação do Projeto BEPS: Perspectiva Brasileira. In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno Taveira (coords.). **Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 581.

²⁵⁸ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? **Intertax**, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 435-436.

²⁵⁹ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? **Intertax**, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 435-436.

Robert J. Danon entende que seria mais apropriado utilizar a expressão “o único propósito” ou “o propósito predominante” na redação da cláusula de PPT, uma vez que um contribuinte pode ter diversas razões para realizar determinada transação, sendo tarefa difícil analisar se um dos motivos é tributário, dentre várias outras razões extrafiscais. Entretanto, o autor dispõe que o “elemento subjetivo” foi “objetivizado”, justamente pelo fato de que a aplicação da cláusula de PPT requer uma análise “objetiva” da intenção dos contribuintes envolvidos na transação, com base no exame dos “fatos e circunstâncias relevantes” para que se verifique se “um dos principais propósitos negociais” foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Assim, não se trata de uma investigação da intenção no plano psíquico do contribuinte, mas, sim, da análise dos possíveis propósitos da transação, à luz dos fatos exteriorizados²⁶⁰.

Luc de Broe e Joris Luts defendem que não se pode negar os benefícios do acordo de bitributação para um contribuinte apenas porque um dos principais motivos da transação foi a obtenção de um benefício do acordo de bitributação. Isso porque os acordos de bitributação servem para promover investimentos transnacionais que não ocorreriam se não fosse pelos benefícios concedidos pelos Estados contratantes, abolindo restrições no livre movimento de mercadorias, serviços, capital e pessoas. Assim, a cláusula de PPT só deveria ser aplicada se o “único propósito” ou o “propósito essencial” da transação tiver sido a obtenção do benefício convencional. Se houver motivação tributária, mas a transação for genuína, a cláusula de PPT não pode ser aplicada²⁶¹.

Blazej Kuzniacki aduz que, se uma transação possuir duas razões igualmente importantes, sendo uma delas tributária e a outra comercial, a cláusula de PPT poderá, em tese, ser aplicada. Porém, se a noção de abuso for excessivamente ampla, haverá colisão com o objetivo primordial dos acordos de bitributação, mencionado acima. O autor acrescenta que os benefícios do acordo de bitributação somente devem ser negados se a sua obtenção tiver sido o “propósito essencial” da transação, o que estaria em linha com o parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE²⁶².

²⁶⁰ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018. pp. 44-45.

²⁶¹ DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, vol. 43, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 131-132.

²⁶² KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 256-261.

O parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, dispõe que, para se determinar se um dos principais propósitos da transação é a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação, será necessário realizar uma análise objetiva dos propósitos de todas as partes envolvidas, à luz de todas as circunstâncias de cada caso concreto. Assim, não é necessário comprovar a intenção do contribuinte, mas, sim, examinar os fatos e as circunstâncias da transação para se verificar se um dos principais propósitos da referida transação foi a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação²⁶³.

A parte mais importante do parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, porém, está em seu trecho final, no qual a OCDE faz duas ponderações que são extremamente relevantes para a aplicação da cláusula de PPT. A primeira é o fato de que não pode ser assumido que ter acesso a um benefício do acordo de bitributação era um dos propósitos do arranjo ou transação mediante a mera revisão dos seus efeitos. Assim, a mera constatação de que o contribuinte usufruiu de um benefício do acordo de bitributação não é suficiente para afirmar que esse era um dos seus principais propósitos. A segunda é o fato de que o teste da cláusula de PPT estará satisfeito se a transação somente puder ser explicada à luz do benefício previsto no acordo de bitributação. Leia-se parte final do referido parágrafo 178:

“Não deve ser assumido, no entanto, que a obtenção do benefício do acordo de bitributação foi um dos principais propósitos de um arranjo ou transação e a mera revisão dos efeitos do arranjo, em geral, não permitem uma conclusão sobre seus propósitos. Porém, na hipótese em que um arranjo somente possa ser razoavelmente explicado em razão de um benefício do acordo de bitributação, será possível concluir que um dos principais propósitos do arranjo foi obter o benefício.”²⁶⁴.

²⁶³ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 590.

²⁶⁴ “*It should not be lightly assumed, however, that obtaining a benefit under a tax treaty was one of the principal purposes of an arrangement or transaction and merely reviewing the effects of an arrangement will not usually enable a conclusion to be drawn about its purposes. Where, however, an arrangement can only be reasonably explained by a benefit that arises under a treaty, it may be concluded that one of the principal purposes of that arrangement was to obtain the benefit*” (tradução livre) (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 590).

Essa última parte do parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE é importante, pois deixa claro que a cláusula de PPT somente se aplicará se uma transação não puder ser explicada por outras razões que não sejam relacionadas à obtenção do benefício previsto no acordo de bitributação. Porém, essa passagem dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE não defluiu de forma imediata da redação da cláusula de PPT²⁶⁵, justamente porque a OCDE utilizou termos muito amplos em sua elaboração. Apesar disso, essa é a interpretação mais correta dessa cláusula convencional, pois não é razoável que as autoridades fiscais possam assumir a existência de abuso apenas porque um dos propósitos que norteou o contribuinte foi a obtenção de benefícios do acordo de bitributação. Até porque, não seria razoável conceder acesso aos tratados internacionais apenas em caráter acidental ou secundário.

Entretanto, como outros trechos dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE são contraditórios em relação ao parágrafo 178 acima transcrito, Blazej Kuzniacki sugere que a redação da cláusula de PPT seja alterada para refletir que a referida cláusula alcança transações ou arranjos cujo “principal propósito” ou “propósito essencial” tenha sido a obtenção do benefício do acordo de bitributação²⁶⁶.

Robert J. Danon também critica a contradição entre a posição da OCDE nos Comentários à Convenção Modelo e a redação da cláusula de PPT. Danon explora o Exemplo C dos Comentários, no qual uma sociedade constitui uma fábrica em país em desenvolvimento para diminuir os custos de produção, mas escolhe jurisdição com a qual seu país de residência possui acordo de bitributação. A OCDE se posicionou no sentido de que, apesar de ter sido considerada a obtenção de benefícios convencionais, o principal propósito da transação foi a expansão dos negócios com custos de fabricação menores. Assim, mesmo que a cláusula de PPT trate de “um dos principais propósitos”, a OCDE demonstrou entender que a referida cláusula não alcança transações genuínas, mesmo que benefícios convencionais sejam levados em consideração para a sua realização²⁶⁷.

²⁶⁵ BHARGAVA, Ansh. The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance. In: BLUM Daniel W.; SEILER, Markus (eds.) **Preventing Treaty Abuse**. Wien: Linde, 2016, pp. 311-327.

²⁶⁶ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 256-261.

²⁶⁷ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 48-50.

Na mesma linha, Vikram Chand dispõe que se uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias levar à conclusão de que os propósitos principais da transação são extra tributários, mas que há, também, um propósito tributário, a referida transação estará fora do escopo da cláusula de PPT. Para o autor, a razão extra tributária supera a razão tributária, mesmo que a redação da cláusula de PPT se refira a “um dos principais propósitos” da transação. Para o autor, isso é confirmado pelo parágrafo 181 dos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo, que dispõe ser improvável que um arranjo atrelado às atividades principais da pessoa jurídica tenha sido realizado para a obtenção de um benefício do acordo de bitributação. O referido parágrafo parece confirmar que se uma transação é genuína, ainda que um benefício convencional tenha sido levado em consideração, o “elemento subjetivo” da cláusula de PPT não estará satisfeito, devendo o seu escopo ser interpretado restritivamente, como se a referida cláusula tratasse do “principal propósito”²⁶⁸⁻²⁶⁹.

Nesse sentido, Carlos Taboada apregoa que o “elemento subjetivo” da cláusula de PPT, qual seja, o propósito de obter o benefício do acordo de bitributação, está relacionado com a transação ou arranjo, e não com a pessoa. Assim, para o autor, o “principal propósito” não deve ser analisado de maneira subjetiva, pois está relacionado com as características da transação, tais como a artificialidade ou a falta de substância econômica, o que é confirmado pelos próprios Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE. Ou seja, na visão do autor, a natureza abusiva que justifica a aplicação da cláusula de PPT está relacionada aos atributos legais da transação, independentemente da intenção do contribuinte. Essa é a razão pela qual os fatos e circunstâncias devem ser objetivamente analisados²⁷⁰.

²⁶⁸ CHAND, Vikram. **The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)**. Tax Policy Series. Zurich: Schulthess, 2018, pp. 190-192.

²⁶⁹ CHAND, Vikram. **The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis**. *Intertax*, vol. 46, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 23.

²⁷⁰ TABOADA, Carlos Palao. **OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule**. *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 605.

Craig Elliffe também partilha da opinião de que o “elemento subjetivo” não se refere à intenção do contribuinte, mas, sim, ao propósito da transação, a ser analisado objetivamente, com base nos fatos e circunstâncias. Para o autor, a cláusula de PPT deve ser interpretada no sentido de que o seu âmbito normativo somente estará satisfeito se o “propósito dominante” de uma transação tiver sido a obtenção dos benefícios do tratado internacional²⁷¹.

Paolo Piantavigna diferencia “intenção” de “propósito”, estando este último relacionado com o objetivo da transação, e não do contribuinte. O autor diz que, apesar de a OCDE entender que as duas perspectivas merecem ser analisadas – a intenção do contribuinte e o propósito da transação –, nos termos do parágrafo 178 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, a razão subjacente do contribuinte não deveria importar, sendo relevantes os graus de sustentabilidade da transação. Assim, o autor sustenta que o elemento subjetivo da cláusula de PPT pode ser justificado com base nas razões comerciais válidas de determinada transação, o que é confirmado pelo fato de haver um elemento objetivo a ser considerado, relacionado aos fatos e circunstâncias da transação, que devem ser analisados pelas autoridades fiscais, a fim de que seja aplicada a cláusula de PPT²⁷².

Nessa linha, David G. Duff aduz que a cláusula de PPT realmente deveria ser aplicada somente quando o propósito primordial de uma transação ou arranjo for a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Porém, o autor indica que isso seria contrário à afirmação constante do parágrafo 180 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, que dispõe que não é necessário que a obtenção do benefício seja o “único” ou o “propósito dominante” de uma transação²⁷³⁻²⁷⁴.

²⁷¹ ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019, pp. 62-65.

²⁷² PIANTAVIGNA, Paolo. The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Agressive Tax Planning. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 203-223.

²⁷³ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 591.

²⁷⁴ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 981-983.

Adiante, Duff pondera que a cláusula de PPT pode ter incorporado implicitamente uma “exceção” para atividades econômicas genuínas, o que impede a aplicação da referida cláusula quando a transação ou arranjo tiver substância econômica. O autor diz que essa interpretação encontra respaldo nos próprios exemplos trazidos pelos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, mas que a razão para a não aplicação da cláusula de PPT nestes casos seria porque a substância econômica das transações está de acordo com o objetivo e propósito dos tratados internacionais²⁷⁵.

Nesse sentido, conforme mencionado acima, a OCDE parece entender que transações genuínas não seriam alcançadas pela cláusula de PPT, ainda que determinadas passagens, isoladamente consideradas, possam levar a uma conclusão distinta, tal como o parágrafo 180 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, mencionado por Duff²⁷⁶. Esta posição da OCDE pode ser confirmada pelos Exemplos C e G dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, em que foram realizadas transações genuínas, que continham razões extra tributárias, mas que os benefícios dos acordos de bitributação também foram levados em consideração²⁷⁷. Ou seja, na visão da OCDE, a cláusula de PPT deveria ser interpretada no sentido de que uma transação não artificial não se submete a sua aplicação, ainda que também tenha um propósito tributário.

Blazej Kuzniacki também entende que a interpretação da cláusula de PPT deveria levar em consideração a substância econômica da transação, de modo a se alinhar com o conceito de artificialidade que reflete a visão moderna de abuso, tais como em diversas legislações domésticas dos países e no direito comunitário da União Europeia. Para tanto, caso a redação da cláusula de PPT não venha a ser alterada, seria interessante que, pelo menos, uma orientação nesse sentido fosse expressamente incluída pelos Estados no memorando de entendimentos relativo ao acordo de bitributação bilateral²⁷⁸.

²⁷⁵ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 981-983.

²⁷⁶ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 981-983.

²⁷⁷ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 592-595.

²⁷⁸ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 251-261.

Em complemento, Amanda Kazacos defende que a cláusula de PPT somente deve alcançar transações abusivas. Se não fosse assim, os benefícios do acordo de bitributação poderiam ser negados para contribuintes engajados em transações genuínas, o que iria de encontro com o objetivo e propósito primordiais dos acordos de bitributação, qual seja, a promoção das relações transnacionais. Para a autora, os benefícios do acordo de bitributação somente podem ser negados se a transação tiver elementos de artificialidade ou ausência de substância econômica, devendo o trecho “um dos principais propósitos” da cláusula de PPT ser alterado para o “único propósito”²⁷⁹.

Como destacado acima, os Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE fornecem elementos que levam ao entendimento de que a cláusula de PPT apenas deveria ser aplicada a transações não genuínas, ou seja, artificiais ou sem substância econômica. Quanto ao argumento de diversos autores acima mencionados no sentido de que a cláusula de PPT deveria ser referir ao “único propósito” ou ao “propósito dominante”, não há dúvida de que uma alteração de redação traria maior segurança para os contribuintes, na medida em que reduz a margem de discricionariedade das autoridades fiscais. Porém, sabe-se que a OCDE adotou uma redação ampla justamente para evitar que os contribuintes contornem facilmente o âmbito de aplicação da cláusula de PPT, motivo pelo qual uma alteração de redação parece ser improvável neste momento. Assim, parece caber à doutrina e, mais propriamente, aos tribunais nacionais a tarefa de delimitar adequadamente o âmbito de aplicação da cláusula de PPT.

Dessa forma, ainda que não haja a alteração da redação da cláusula de PPT, fato é que os exemplos trazidos pela OCDE nos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo demonstram que a cláusula de PPT somente deve ser aplicada se os elementos objetivos relativos aos fatos e circunstâncias a serem analisados pelas autoridades fiscais confirmarem que o referido contribuinte criou condições artificialmente para a obtenção do benefício do tratado internacional. Ou seja, a “objetivação” do “elemento subjetivo” serve justamente para confirmar que o “único propósito” ou “um dos principais propósitos” da transação foi a obtenção do benefício do acordo de bitributação, na medida em que o contribuinte criou condições para que a vantagem fiscal fosse obtida.

²⁷⁹ KAZACOS, Amanda. BEPS Action 6: The Principle purpose teste revisited – Part I. **International Tax Report**, 2016, p. 4-6 (disponível em <<http://www.internationaltaxreport.com/double-taxation/beps-action-6-the-principle-purpose-test-revisited-part-i-1.htm>>)

Isso é assim pela simples razão de que os contribuintes frequentemente buscam, na condução dos seus negócios, a alternativa mais eficiente sob o ponto de vista tributário, pois é dever do administrador da companhia buscar a maximização dos lucros. Logo, se a cláusula de PPT for interpretada de forma extrema, qualquer operação internacional que envolva a aplicação do acordo de bitributação poderia ser enquadrada em seu âmbito de aplicação, o que tornaria a rede de tratados internacionais inócua.

Ora, é princípio assente de hermenêutica jurídica que a interpretação de textos normativos não pode conduzir ao absurdo ou à teratologia. Tecnicamente, o “*argumentum ad absurdum*” é utilizado quando, na presença de interpretações diferentes do mesmo texto legal, o intérprete efetua uma valoração das consequências de cada uma das soluções disponíveis. Esse cânone de hermenêutica jurídica também pode ser aplicado no âmbito dos acordos de bitributação, cuja interpretação deve ser baseada no pluralismo metodológico que orienta a ciência jurídica como um todo.

Assim, uma vez constatado que uma das interpretações da cláusula de PPT conduz a um resultado absurdo, injusto ou incoerente, o intérprete pode descartar essa interpretação, construindo a norma jurídica com base na compreensão que conduz à solução mais adequada ao caso concreto. Daí a importância da interpretação da cláusula de PPT à luz dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE e da sua proposta de “objetivação” do “elemento subjetivo” que norteou o contribuinte.

Portanto, transações genuínas que tiverem ocorrido na realidade fática, mas que também tenham como propósito a obtenção de benefício do acordo de bitributação, não deverão satisfazer o “elemento subjetivo” da cláusula de PPT, uma vez que o contribuinte pode levar em consideração a vantagem fiscal a ser obtida em determinada transação, sem que isso tenha como consequência a negativa do referido benefício. Porém, o que não pode ocorrer é a criação de uma transação artificial, cuja motivação seja a obtenção do benefício do acordo de bitributação, o que dará ensejo à aplicação da cláusula de PPT.

2.1.5 A expressão “a não ser que seja demonstrado que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo”

Para não alcançar operações legítimas, a cláusula de PPT traz uma salvaguarda, segundo a qual o benefício do acordo de bitributação será negado ao contribuinte se um dos principais propósitos negociais tiver sido a sua obtenção, “a não ser que seja demonstrado que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes” do tratado internacional.

Assim, para a adequada compreensão da salvaguarda incluída na parte final da cláusula de PPT, o primeiro ponto a ser enfrentado consiste em saber se o objetivo e propósito da cláusula convencional aplicável seriam distintos, em última análise, do objetivo e propósito do próprio acordo de bitributação. Afinal, as cláusulas convencionais existem justamente para permitir a consecução dos objetivos maiores visados pelos Estados na negociação de um tratado internacional.

Ao tratar do tema, David G. Duff aduz que o trecho final da cláusula de PPT é uma exceção, permitindo a concessão dos benefícios que de outra forma seriam negados. Assim, o contribuinte poderá demonstrar que a obtenção dos benefícios naquela circunstância estaria em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação. Para o autor, o objetivo e propósito do acordo de bitributação também devem ser levados em consideração, pois o objetivo e propósito das cláusulas relevantes presumidamente pretendem cumprir o objetivo e propósito do tratado internacional²⁸⁰.

Duff ainda argumenta que seria um absurdo não considerar a relevância do preâmbulo do acordo de bitributação na análise do objetivo e propósito das cláusulas relevantes para fins de aplicação da cláusula de PPT, principalmente após as alterações promovidas pela Ação 6 do Projeto BEPS, cuja intenção é justamente influenciar na interpretação das disposições dos acordos de bitributação. Para o autor, no atual cenário pós-Projeto BEPS, o preâmbulo dos acordos de bitributação não deve ser interpretado simplesmente para encorajar atividades econômicas transnacionais, mas, sim, para que que isso seja feito por meio de operações genuínas – e não transações motivadas por razões tributárias, destituídas de substância econômica²⁸¹.

²⁸⁰ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 987-989.

²⁸¹ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 987-992.

Nesta linha, Vikram Chand pontua que o objetivo e propósito das cláusulas convencionais devem ser lidos e interpretados em conjunto com o objetivo e propósito do próprio acordo de bitributação. Assim, mesmo após as modificações promovidas no preâmbulo dos acordos de bitributação, o autor argumenta que o objetivo primordial dos tratados internacionais continua sendo evitar a dupla tributação da renda para facilitar o intercâmbio de bens, serviços, capital e pessoas, conforme reconhecido nos próprios Comentários à Convenção Modelo da OCDE²⁸². Na visão do autor, o objetivo principal do acordo de bitributação é a alocação do poder de tributar entre os Estados contratantes para mitigar os efeitos nocivos da dupla tributação, a fim de promover as relações econômicas transnacionais entre eles. Consequentemente, evitar a evasão e a elisão fiscais seriam apenas objetivos secundários²⁸³.

Ian Zahra aduz que os exemplos trazidos pela OCDE nos Comentários ao artigo 29 da Convenção Modelo confirmam a necessidade de se analisar o objetivo e propósito das cláusulas relevantes à luz do objetivo e propósito do acordo de bitributação. Isso porque, em diversos exemplos, a OCDE pontua que os acordos de bitributação têm por objetivo encorajar investimentos transnacionais. Nesta linha, se a transação for genuína, ainda que os benefícios do acordo de bitributação tenham sido levados em consideração pelo contribuinte, a cláusula de PPT não se aplica, em razão de sua parte final²⁸⁴.

De modo semelhante, Reinout Kok defende que o objetivo e propósito das cláusulas relevantes devem ser interpretados à luz do objetivo e propósito do acordo de bitributação. Para o autor, o preâmbulo é importante para interpretação do objetivo e propósito do acordo de bitributação como um todo, motivo pelo qual esse exórdio também deve ser levado em consideração para fins de aplicação da cláusula de PPT²⁸⁵.

²⁸² Parágrafo 54 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2017 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 72).

²⁸³ CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 24-26.

²⁸⁴ ZAHRA, Ian. The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1. **Bulletin for International Taxation**, vol. 73, no. 11. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2019.

²⁸⁵ KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. **Intertax**, vol. 44, n. 5, 2016, pp. 409-410.

Diversamente, Robert J. Danon parece entender que objetivo da cláusula convencional é distinto daquele do próprio acordo de bitributação. Para o autor, haveria uma dificuldade prática caso a cláusula de PPT tratasse da análise do objetivo e propósito do acordo de bitributação como um todo. Isso porque o acordo de bitributação tem como objetivo principal evitar a dupla tributação, encorajando investimentos estrangeiros. O autor aduz que, mesmo com a modificação no título e no preâmbulo da Convenção Modelo da OCDE, conforme proposto pela OCDE na Ação 6 do Projeto BEPS e implementado pelo MLI, o objetivo e propósito de se evitar a não tributação ou a redução da tributação são secundários. Assim, como a aplicação da cláusula de PPT pode levar à dupla tributação da renda, esta nunca poderia ser aplicada à luz do objetivo e propósito do próprio acordo de bitributação²⁸⁶.

Com a devida vênia ao entendimento de Danon, é importante lembrar que evitar a dupla tributação não é um *objetivo* em si, mas um *meio* de promover as relações econômicas entre os Estados contratantes, através da circulação de bens e serviços e da movimentação de capitais e pessoas. Assim, o fato de que a aplicação da cláusula PPT pode gerar a dupla tributação da renda não é, por si só, um problema, desde que isso apenas ocorra no caso de transações não genuínas ou artificiais, que não satisfazem o objetivo primordial dos acordos de bitributação, que é justamente a promoção das relações econômicas transnacionais.

Investigando o alcance da referida salvaguarda, Vikram Chand comenta alguns exemplos em que a exceção da cláusula de PPT poderia ser aplicável. Para o autor, o objetivo e propósito do artigo 5, parágrafo 3, da Convenção Modelo da OCDE, que estabelece o prazo de duração de 12 meses para que projetos de construção caracterizem um estabelecimento permanente, é impor uma limitação temporal para que o Estado da fonte passe a ter competência cumulativa para a tributação dos lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente. Já o objetivo e propósito do artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE, que prevê uma alíquota reduzida de IRRF para dividendos pagos para sócios/acionistas que detém mais de 25% de participação societária na sociedade residente no Estado da fonte, é caracterizar uma propriedade substancial.

²⁸⁶ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 45.

Entretanto, Vikram Chand afirma que, em uma transação abusiva, o contribuinte cumprirá os requisitos formais pertinentes, de modo que a referida transação sempre estará de acordo com o objetivo e propósito das cláusulas convencionais relevantes. É justamente por essa razão que o autor entende que o objetivo e propósito do acordo de bitributação como um todo também devem ser levados em consideração para fins de aplicação da cláusula de PPT²⁸⁷.

Para defender seu posicionamento, Chand comenta que, ao aumentar a participação societária para obter o benefício da alíquota reduzida de 5% de IRRF para os dividendos, o sócio/acionista cumpriu formalmente o requisito do artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE. Porém, à luz do objetivo e propósito do acordo de bitributação como um todo, que é a promoção de investimentos transnacionais e a prevenção da evasão e da elisão fiscais, se o cumprimento do requisito formal tiver sido genuíno (i.e. o aumento da participação societária efetivamente ocorreu), a cláusula de PPT não deve ser aplicada por se tratar de transação não artificial. Por outro lado, se uma sociedade efetua a segregação de contratos com outra sociedade do mesmo grupo econômico, por exemplo, com a finalidade única de não ultrapassar do prazo de 12 meses exigido para a caracterização de um estabelecimento permanente no Estado da fonte, nos termos do artigo 5, parágrafo 3, da Convenção Modelo da OCDE, ainda que este requisito formal tenha sido cumprido, a sociedade não conseguirá comprovar que não houve elisão fiscal, uma vez que a transação não é genuína e possui indícios de artificialidade, não estando em conformidade com o objetivo e propósito do acordo de bitributação como um todo. Por essa razão, a cláusula de PPT seria aplicável²⁸⁸.

Kok também defende que satisfazer genuinamente o limite previsto no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE, relativo ao percentual mínimo de 25% de participação societária exigido para a redução da alíquota de IRRF sobre os dividendos, não pode ser entendido como abusivo, em razão de estar em conformidade com o objetivo e propósito da cláusula relevante, justamente por se tratar de um limite arbitrário. Se um sócio/acionista decide aumentar o capital social de uma sociedade em vez de emprestar recursos financeiros, apenas em razão da alíquota reduzida de IRRF, não se pode dizer

²⁸⁷ CHAND, Vikram. *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 23-27.

²⁸⁸ CHAND, Vikram. *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 23-27.

que tal transação seria contrária ao objetivo e propósito da cláusula relevante. Isso porque não houve conversão artificial de um rendimento em outro a justificar a aplicação da cláusula de PPT²⁸⁹.

Radhika Karadkar pontua que os contribuintes devem ter o direito de estruturar suas atividades da maneira que melhor lhes convier, podendo obter os benefícios do acordo de bitributação, desde que suas transações estejam em conformidade com o objetivo e propósito do tratado internacional. Para o autor, isso significa que, desde que as transações não sejam artificiais, os contribuintes devem obter acesso aos benefícios do acordo de bitributação, pois a concessão de tais benefícios estaria em conformidade com objetivo e propósito do tratado internacional²⁹⁰.

Antes de concluir esse tópico, é importante pontuar que não é apenas a parte final da cláusula de PPT que confere ao contribuinte a oportunidade de demonstrar que sua transação é genuína e, portanto, não artificial. Na realidade, a parte inicial da cláusula de PPT trata da investigação dos propósitos da transação ou do arranjo à luz dos fatos e circunstâncias, o que requer o exame não apenas das características do ato ou negócio jurídico praticado, mas também do contexto em que ele está inserido, o que incluirá a análise do objetivo e propósito das cláusulas relevantes, à luz do objetivo e propósito do próprio acordo de bitributação. Isso deve ser assim até para não frustrar a finalidade primordial do acordo de bitributação, que é justamente o desenvolvimento das relações econômicas entre os Estados contratantes. Com isso, é possível que uma transação genuína sequer entre no âmbito de aplicação da cláusula de PPT.

Até porque, não seria razoável que, mesmo nos casos em que a própria autoridade fiscal constata que a transação praticada pelo contribuinte cumpre o objetivo e finalidade da cláusula relevante, ainda assim se negue o benefício do acordo de bitributação mediante a aplicação da cláusula de PPT, forçando o contribuinte a exercer seu direito de defesa e de apresentação de contraprova.

²⁸⁹ KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, vol. 44, n. 5, 2016, pp. 410-412.

²⁹⁰ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

De qualquer forma, caso uma transação genuína, que também tenha como um de seus objetivos obter os benefícios do acordo de bitributação, seja alcançada pela cláusula de PPT, a salvaguarda constante da parte final da referida cláusula passará a ser relevante, pois a concessão de tais benefícios a uma transação genuína estaria em conformidade com o objetivo e finalidade da cláusula convencional e, em última análise, do próprio tratado internacional. Neste caso, o contribuinte poderá comprovar fazer jus aos benefícios do acordo de bitributação, razão pela qual a aplicação da cláusula de PPT deve ser afastada.

2.2 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Conforme visto acima, a cláusula de PPT prevê que “não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação, um benefício do referido acordo não deve ser concedido em relação a um item da renda ou capital se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção daquele benefício foi um dos principais propósitos de um arranjo ou transação que resultou direta ou indiretamente naquele benefício, a não ser que a concessão do benefício esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo”²⁹¹.

A cláusula de PPT é amplamente criticada pela doutrina, conforme visto acima. Em primeiro lugar, a doutrina aponta para o fato de que a expressão “um dos principais propósitos”, utilizada na redação da cláusula de PPT, parece permitir a sua aplicação para transações realizadas por razões extra tributárias, mas em que a obtenção de benefícios de um acordo de bitributação também tenha sido levada em consideração. Porém, é importante considerar que a cláusula de PPT exige uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes pelas autoridades fiscais. Ou seja, o “elemento subjetivo” foi “objetivizado” na cláusula de PPT, na medida em que devem ser verificadas as características da transação, tais como artificialidade ou falta substância econômica, para que se possa justificar a não aplicação de um benefício previsto no acordo de bitributação, independentemente da intenção do contribuinte, isoladamente considerada.

²⁹¹ Tradução livre. OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50.

Nesta linha, a OCDE, por meio dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, se posicionou no sentido de que a cláusula de PPT não deve ser aplicada para operações genuínas, mas, sim, para transações em que há indícios de artificialidade ou de falta de substância econômica. Conseqüentemente, se os fatos e circunstâncias indicarem que a transação possui substância econômica, ainda que haja propósitos tributários, a cláusula de PPT não deve ser aplicada. Nos exemplos C e G, a OCDE deixa claro que, ainda que os benefícios do acordo de bitributação tenham sido levados em consideração para a realização da transação, o fato de as operações serem genuínas afastou a aplicação da cláusula de PPT²⁹².

Esta interpretação está em linha com o objetivo e propósito dos acordos de bitributação, que é a promoção das relações econômicas transnacionais por meio de operações genuínas. Caso contrário, a cláusula de PPT poderia alcançar toda e qualquer transação, pois é pouco provável que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação não seja considerada dentre as inúmeras outras possíveis razões para a celebração de um negócio jurídico com substância econômica. Até porque, não seria razoável conceder acesso aos benefícios de um acordo de bitributação apenas em caráter acidental ou secundário, como se o contribuinte, após a realização de determinada transação, repentinamente descobrisse a existência um tratado internacional.

Em segundo lugar, a doutrina também critica a expressão “razoável concluir” utilizada na redação da cláusula de PPT, especialmente em relação à desnecessidade de apresentação de prova clara e conclusiva no âmbito da aplicação da cláusula de PPT por parte das autoridades fiscais. O desequilíbrio do ônus da prova é criticado, pois, para diversos autores, a comprovação de que a obtenção do benefício do acordo de bitributação está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes deve ser feita pelos contribuintes, a fim de afastar a aplicação da cláusula de PPT. Entretanto, como cláusula de PPT envolve uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes da transação, as autoridades fiscais devem demonstrar o propósito abusivo da transação, por meio de indícios de artificialidade, sem os quais os benefícios do acordo de bitributação não podem ser negados.

²⁹² OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 592-595.

Em outras palavras, o papel das autoridades fiscais não está limitado a indicar que, em sua opinião, a transação teve como um dos principais propósitos negociais a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Diversamente, as autoridades fiscais devem demonstrar, com base nos fatos e circunstâncias, que a transação possui indícios de artificialidade, ainda que não seja necessária a apresentação de prova clara e conclusiva para a aplicação da cláusula de PPT.

Ademais, as autoridades fiscais devem considerar o objetivo e a finalidade da cláusula convencional à luz do objetivo e propósito do acordo de bitributação no momento da aplicação da cláusula de PPT. Isso porque, não pode admitir que, mesmo nos casos em que a própria autoridade fiscal constata que a transação praticada pelo contribuinte cumpre o objetivo e finalidade da cláusula relevante, ainda assim se negue o benefício do acordo de bitributação mediante a aplicação da cláusula de PPT, forçando o contribuinte a exercer seu direito de defesa e de apresentação de contraprova.

Nessa linha, o desequilíbrio no ônus da prova apenas ocorrerá caso a autoridade fiscal e o contribuinte diverjam em relação à possibilidade de aplicação da salvaguarda prevista na parte final da cláusula de PPT. A própria redação da cláusula de PPT, ao prever que pode ser demonstrado que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do acordo de bitributação, não restringe essa comprovação apenas ao contribuinte. A OCDE, no Exemplo E dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, aponta que a aplicação da cláusula de PPT nas circunstâncias ali descritas não estaria em conformidade com o objetivo e propósito da cláusula convencional em questão²⁹³.

Em terceiro lugar, a doutrina dispõe que a cláusula de PPT pode ser incompatível com Constituição de certos países, sendo necessário exigir que as autoridades fiscais apresentem prova clara e convincente, ainda que isto não esteja indicado na redação da referida cláusula, justamente por se tratar de situação em que se nega a aplicação de um direito (benefício) outorgado ao contribuinte pelo acordo de bitributação.

²⁹³ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, pp. 593-594.

Por fim, note que a cláusula de PPT possui caráter suplementar em relação a outras SAARs do acordo de bitributação, devendo ser aplicada para complementar as regras específicas antiabuso, na hipótese em que estas sejam insuficientes para combater transações ou arranjos abusivos. Assim, ainda que o contribuinte tenha cumprido os requisitos de determinada SAAR do acordo de bitributação, a cláusula de PPT poderá ser utilizada para complementar a análise do caso concreto, a fim de que seja verificado se o abuso foi efetivamente combatido. Porém, mesmo que o elemento subjetivo da cláusula de PPT seja satisfeito, este sozinho não justificará a aplicação da referida cláusula, devendo o objetivo e propósito das SAARs do acordo de bitributação sempre serem levados em consideração na aplicação da cláusula de PPT pelas autoridades fiscais, até para não frustrar sua finalidade primordial, que é justamente a promoção das relações econômicas entre os Estados contratantes.

Ainda, o trecho “um benefício do acordo de bitributação” da cláusula de PPT indica que o seu âmbito de aplicação está adstrito ao Estado contratante que concederá o benefício do acordo de bitributação. Nesta linha, o Estado da fonte, ao aplicar a cláusula de PPT, poderia negar o benefício do acordo de bitributação sob sua perspectiva. As consequências no outro Estado contratante não precisam ser levadas em consideração no momento da aplicação da cláusula de PPT.

Em conclusão, essas são as diretrizes que devem nortear a interpretação e aplicação da cláusula de PPT. Isso não quer dizer que outra interpretação não possa ser extraída pelas autoridades fiscais no momento da aplicação da cláusula de PPT, justamente pelo caráter amplo de sua redação. Por isso, idealmente, para conferir maior segurança jurídica aos contribuintes, a OCDE deveria reformular a redação da cláusula de PPT, de modo a refletir as diretrizes examinadas neste capítulo, que devem orientar a sua aplicação prática. Até porque, a redação da cláusula de PPT e os parâmetros indicados pela OCDE nos Comentários à Convenção Modelo para a sua aplicação podem ser considerados, muitas vezes, contraditórios.

Diante disso, para encerrar o presente capítulo, propõe-se a seguinte redação para a cláusula de PPT:

Artigo 1(1). Não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação, um benefício do referido acordo não deve ser concedido em relação a um item da renda ou capital se o principal propósito de uma transação ou arranjo tiver sido a obtenção daquele benefício de forma contrária ao objetivo e propósito das cláusulas relevantes, que de outro modo justificariam a concessão destes benefícios.

Artigo 1(2). Para negar um benefício do acordo de bitributação, as autoridades fiscais dos Estados contratantes devem comprovar, de forma clara e convincente, após uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes, os indícios de artificialidade ou falta de substância econômica de uma transação ou arranjo, considerados abusivos.

Artigo 1(3). Se um benefício do acordo de bitributação for negado, as consequências tributárias serão aquelas que ocorreriam na ausência da transação ou arranjo considerados abusivos, podendo ser concedido um benefício diverso do acordo de bitributação pelos Estados contratantes para o conjunto fático anterior em que estava inserido o contribuinte.

Em suma, a redação proposta acima para a cláusula de PPT procura solucionar os seguintes problemas:

- (i) A expressão “o principal propósito de uma transação ou arranjo” abarca transações cujo propósito essencial tenha sido a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Ou seja, transações realizadas para a obtenção do benefício do acordo de bitributação, sem quaisquer outras razões a justificá-las, serão capturadas pela cláusula de PPT. Diversamente, caso determinada transação tenha sido realizada por razões extra tributárias, mas a obtenção do benefício do acordo de bitributação também tenha sido levada em consideração pelo contribuinte, a cláusula de PPT não será aplicável, na linha da posição manifestada pela OCDE nos Exemplos C e G dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo.
- (ii) A obtenção do benefício do acordo de bitributação deve ter ocorrido de forma contrária ao objetivo e propósito das cláusulas relevantes, que de outro modo justificariam a concessão do referido benefício convencional. Logo, se a transação tiver sido realizada pelo contribuinte por razões tributárias, mas cumprir o objetivo e propósito da respectiva cláusula relevante, como, por exemplo, as cláusulas convencionais que trazem limites quantitativos a serem cumpridos genuinamente pelos contribuintes, os benefícios do acordo de bitributação não devem ser negados pela

cláusula de PPT. A verificação do objetivo e propósito das cláusulas relevantes deve ser feita pelas autoridades fiscais no momento da aplicação da cláusula de PPT. Não se trata, apenas, de uma salvaguarda para que o contribuinte faça contraprova em face da aplicação da cláusula de PPT, até porque não faria sentido negar um benefício do acordo de bitributação a um contribuinte somente para que este demonstre que a concessão do referido benefício estava em conformidade com o objetivo e propósito da respectiva cláusula convencional.

- (iii) As autoridades fiscais devem comprovar, por meio da apresentação de prova clara e convincente, após uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes, que a transação ou arranjo contém indícios de artificialidade ou falta de substância econômica. Caso contrário, se a transação ou arranjo for genuíno, a cláusula de PPT não será aplicável. Isso porque, o objetivo e propósito primordiais do acordo de bitributação é a promoção das relações econômicas entre os Estados contratantes, por meio da eliminação da dupla tributação. Consequentemente, não faria sentido negar um benefício do acordo de bitributação para transações genuínas, justamente porque o que se pretende promover é o intercâmbio de bens e serviços e a movimentação de capitais e pessoas, resguardando a segurança jurídica nas relações transnacionais.
- (iv) Por fim, caso a cláusula de PPT seja aplicada para negar um benefício do acordo de bitributação, poderá ser concedido ao contribuinte um benefício alternativo, com base na cláusula convencional aplicável na ausência da transação ou arranjo considerados abusivos, ou por meio da qualificação do rendimento em outra cláusula convencional do tratado internacional, não devendo ser afastado o acordo de bitributação como um todo, para que a referida cláusula de PPT não tenha efeito penalizante.

CAPÍTULO III: A INTERAÇÃO ENTRE A CLÁUSULA DE PPT E AS REGRAS GERAIS ANTIABUSO EXISTENTES NAS LEIS DOMÉSTICAS DOS ESTADOS

O presente capítulo tratará da interação entre a cláusula de PPT e as regras gerais antiabuso existentes nas leis domésticas dos Estados contratantes, com o objetivo de verificar se a cláusula de PPT pode ser usada pelas autoridades fiscais apenas para negar o acesso aos benefícios convencionais, ou se também seria possível conceder os benefícios do acordo de bitributação com base na estrutura mantida pelo contribuinte antes da transação ou arranjo que não passou pela cláusula de PPT.

A questão se coloca por duas razões. A primeira razão está relacionada à circunstância de que a requalificação dos fatos que dão origem à obrigação tributária depende de lei doméstica. Assim, na ausência de uma GAAR doméstica, as autoridades fiscais poderiam negar o acesso a um benefício do acordo de bitributação pela cláusula de PPT, mas, se fosse necessária a requalificação dos fatos para a concessão de um benefício alternativo do tratado internacional ao contribuinte, não haveria mecanismos na legislação doméstica para tanto.

A segunda razão deriva do fato de que determinados acordos de bitributação não possuem a cláusula de alívio discricionário prevista no MLI. Na ausência de tal previsão de alívio discricionário, a dúvida que surge consiste em saber se essa cláusula é meramente interpretativa, o que permitiria a concessão de um benefício distinto do acordo de bitributação, com base na estrutura mantida pelo contribuinte antes da transação ou arranjo que não passou pela cláusula de PPT, ou se, ao contrário, essa cláusula criaria uma nova previsão normativa, sem a qual um benefício diverso do acordo de bitributação não poderia ser concedido pelas autoridades fiscais.

Para enfrentar tais questões, é importante começar com uma breve análise a respeito da posição da OCDE a respeito da interação entre uma GAAR doméstica e os acordos de bitributação.

3.1 HISTÓRICO DA POSIÇÃO DA OCDE A RESPEITO DA INTERAÇÃO ENTRE UMA GAAR DOMÉSTICA E OS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

Atualmente, diversos Estados contratantes possuem regras gerais antiabuso em suas legislações domésticas, que visam a combater estruturas de planejamento tributário realizadas pelos contribuintes, que podem ser aplicáveis, em determinadas jurisdições, inclusive nos casos em que ocorre abuso dos acordos de bitributação.

Neste cenário, a questão que se coloca diz respeito à interação entre essas regras gerais antiabuso domésticas e os acordos de bitributação. Na visão da OCDE, as regras gerais antiabuso são compatíveis com os acordos de bitributação porque elas apenas requalificam os fatos ou negócios jurídicos que dão origem à obrigação tributária. Assim, as regras distributivas do acordo de bitributação seriam aplicáveis aos fatos requalificados, tal como previsto na lei doméstica. Leia-se os parágrafos 76 e 77 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2017:

“76. Vários países incluíram em suas legislações domésticas uma regra geral antiabuso, cuja aplicação evita arranjos abusivos que não são adequadamente endereçados por regras específicas antiabuso ou doutrinas antiabuso.

77. A aplicação destas regras gerais antiabuso também levanta questão sobre possíveis conflitos com as disposições de um acordo de bitributação. Na maioria dos casos, entretanto, não haverá conflito. Conflitos serão evitados primeiramente por razões similares àqueles presentes nos parágrafos 72 e 73. Ademais, quando os aspectos principais das regras gerais antiabuso domésticas estiverem de acordo com o princípio do parágrafo 61 acima e, portanto, similar aos principais aspectos do parágrafo 9 do Artigo 29, que incorpora o princípio orientador, está claro que não haverá conflito, tendo em vista que as regras gerais antiabuso domésticas se aplicarão nas mesmas circunstâncias em que os benefícios do acordo de bitributação serão negados pelo parágrafo 9 do Artigo 29, ou, caso o referido acordo não inclua este parágrafo, pelo princípio orientador do parágrafo 61 acima.”²⁹⁴

²⁹⁴ “76. Many countries have included in their domestic law a legislative anti-abuse rule of general application intended to prevent abusive arrangements that are not adequately dealt with through specific anti-abuse rules or judicial doctrines.

77. The application of such general anti-abuse rules also raises question of a possible conflict with the provisions of a tax treaty. In the vast majority of cases, however, no such conflict will arise. Conflicts will first be avoided for reasons similar to those presented in paragraphs 72 and 73 above. In addition, where the main aspects of these domestic general anti-abuse rules are in conformity with the principle of paragraph 61 above and are therefore similar to the main aspects of paragraph 9 of Article 29, which

Partindo do pressuposto de que o acordo de bitributação, por si só, não constitui a obrigação tributária²⁹⁵, funcionando como uma *máscara* colocada sobre o direito interno²⁹⁶, a OCDE defende que as cláusulas do acordo de bitributação devem ser aplicadas aos fatos requalificados pelas leis domésticas.

Porém, a opinião da OCDE nem sempre foi assim. A OCDE endereçou o tema pela primeira vez em 1977, por meio dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo, cujo parágrafo 7 previa ser possível a exploração, pelos contribuintes, do descasamento entre as legislações domésticas de diferentes países, bem como das vantagens fiscais concedidas pelos Estados contratantes. Dessa forma, caso os Estados contratantes tivessem o interesse de conter as manobras dos contribuintes para fins de redução da carga tributária, deveriam endereçar em seus próprios ordenamentos jurídicos²⁹⁷.

Já em 1987, a OCDE publicou o “*Report on International Tax Avoidance and Evasion*”, por meio do qual estabeleceu que, em razão de não haver proteção contra o uso impróprio dos acordos de bitributação nos próprios tratados internacionais, os benefícios deles decorrentes deveriam ser concedidos com base no “*pacta sunt servanda*”, ainda que o uso tivesse sido inapropriado. No mesmo ano, a OCDE, no “*Thin Capitalization Report*”, manifestou o entendimento de que as regras de subcapitalização eram limitadas por certas cláusulas dos acordos de bitributação²⁹⁸.

incorporates this guiding principle, it is clear that no conflict will be possible since the relevant domestic general anti-abuse rule will apply in the same circumstances in which the benefits of the Convention would be denied under paragraph 9 of Article 29, or, on the case of a treaty that does not include that paragraph, under the guiding principle in paragraph 61 above.” (tradução livre) (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version**. Paris: OCDE, 2017, p. 77).

²⁹⁵ DEUTSCH, Robert; ARKWRIGHT, Róisín M; CHIEW, Daniela. **Principles and Practice of Double Taxation Agreements – A Question-and-Answer Approach**. London: BNA International, 2008, pp. 9-10.

²⁹⁶ VOGEL, Klaus. **Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen**. 3ª Edição. Munique: Beck, 1996, p. 121, *apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação. Direito Tributário Atual n. 17**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 35; RAAD, Kees van. Cinco Regras Fundamentais para a Aplicação de Tratados para Evitar a Dupla-Tributação. **Revista de Direito Tributário Internacional n. 1**. Quartier Latin: São Paulo, 2005, pp. 197-198.

²⁹⁷ Sobre o tema, conferir: MATTEOTTI, René. Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules. **Intertax**, vol. 33. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2005, pp. 339-342.

²⁹⁸ Sobre o tema, conferir: MATTEOTTI, René. Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules. **Intertax**, vol. 33. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2005, pp. 339-342.

Em 1992, a OCDE incluiu, no parágrafo 25 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo, a previsão de que as regras relativas à “substância sobre a forma” e as regras CFC²⁹⁹ introduzidas nos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes não seriam inconsistentes com o espírito dos acordos de bitributação³⁰⁰.

Com relação à necessidade de inclusão de uma cláusula de salvaguarda permitindo a aplicação das regras domésticas antiabusivas pelos Estados contratantes, os Comentários da OCDE ao artigo 1 da Convenção Modelo de 1992, previam, no parágrafo 26, que a maioria dos países considerava que as referidas regras não eram endereçadas nos acordos de bitributação, razão pela qual não seriam por elas afetados. Ademais, os Comentários da OCDE previam que a maioria dos Estados contratantes aceitava tais medidas para manter a igualdade e a neutralidade das leis tributárias³⁰¹.

Posteriormente, em 1998, a OCDE publicou o relatório “*Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue*”, com o objetivo de propor medidas para combater as distorções geradas pela concorrência fiscal danosa, trazendo recomendações de caráter interno para os países, tais como a elaboração de uma lista negra dos países com tributação favorecida e dos regimes fiscais privilegiados, bem como a introdução de regras CFC. Nesse relatório de 1998, o Comitê de Questões Fiscais da OCDE recomendou o esclarecimento de qualquer incerteza relacionada à aplicabilidade das regras domésticas antiabusivas às transações realizadas sob o amparo de acordos de bitributação³⁰².

Em 2003, a OCDE adotou a recomendação do relatório publicado em 1998 e atualizou os Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo, passando a prever, no parágrafo 7, que os acordos de bitributação têm o propósito de evitar a evasão e a elisão fiscais. Segundo o parágrafo 7.1 dos Comentários ao artigo 1, Estados contratantes interessados em combater a elisão fiscal, por meio de suas legislações domésticas, dificilmente concordariam em permitir transações abusivas com base nos acordos de bitributação³⁰³.

²⁹⁹ Sobre as regras de CFC, conferir: BIANCO, João Francisco. **Transparência Fiscal Internacional**. São Paulo: Dialética, 2007.

³⁰⁰ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 1992, pp. 50-51.

³⁰¹ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 1992, p. 51.

³⁰² OCDE. **Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue**. Paris: OCDE, 1998.

³⁰³ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 2003, pp. 52-53.

Esse entendimento é contrário ao previsto anteriormente nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, no sentido de que os Estados contratantes que desejassem aplicar suas regras domésticas antiabusivas deveriam se posicionar de maneira explícita nos acordos de bitributação, por meio de cláusulas de salvaguarda.

Neste contexto, o parágrafo 8 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE identificou “abuso” como construções artificiais realizadas pelos contribuintes com o objetivo de obter os benefícios dos acordos de bitributação³⁰⁴. E o parágrafo 22 passou a prever que a aplicação de regras relativas à prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica ou de regras gerais antiabuso não seria conflitante com os acordos de bitributação, pois tais disposições normativas apenas requalificam os fatos que dão origem à obrigação tributária, tema que compete às leis domésticas³⁰⁵.

Sem entrar na acirrada controvérsia a respeito da relevância que deve ser atribuída aos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, é de se reconhecer que esse material constitui uma ferramenta importante para a interpretação dos acordos de bitributação. Tanto é assim que, segundo a OCDE, as alterações dos Comentários à Convenção Modelo que forem meramente interpretativas podem ser aplicadas aos tratados internacionais concluídos antes da sua edição³⁰⁶⁻³⁰⁷, pois refletem o consenso dos países-membros em relação à correta interpretação das cláusulas convencionais³⁰⁸⁻³⁰⁹.

³⁰⁴ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 2003, p. 53.

³⁰⁵ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 2003, p. 63.

³⁰⁶ LANG, Michael. **The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships – A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs**. Wien: Linde, 2000, p. 15.

³⁰⁷ PROVODOVÁ, Kateřina. The Relevance of the OECD Report for the Interpretation of Tax Treaties. In: SCHILCHER, Michael; WENINGER, Patrick (eds.). **Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation**. Wien: Linde, 2008, p. 151.

³⁰⁸ Vide parágrafo 35 da Introdução aos Comentários da OCDE, segundo o qual: “*Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles (see, for instance, paragraph 4 of the Commentary on Article 5). However, other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations*”. (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 2017, p. 20)

³⁰⁹ SCHMITT, Marcus. The relevance of amendments to the OECD Commentary for the interpretation of tax treaties (static or dynamic approach). In: SCHILCHER, Michael; WENINGER, Patrick (eds.). **Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation**. Wien: Linde, 2008, p. 121.

Diversamente, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE não serão relevantes para a interpretação dos acordos de bitributação celebrados antes da sua edição quando o seu conteúdo apresentar diferenças substanciais em comparação ao padrão anterior³¹⁰.

As alterações promovidas em 2003 pela OCDE nos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo não são meramente interpretativas, razão pela qual não devem ser automaticamente aplicadas para acordos de bitributação firmados antes de sua introdução. Por outro lado, para acordos de bitributação firmados posteriormente a 2003, os Comentários da OCDE serão naturalmente aplicáveis para fins de interpretação.

Em suma, a posição atual da OCDE a respeito do tema é no sentido de que as regras gerais antiabuso são compatíveis com os acordos de bitributação, tal como previsto nos Comentários à Convenção Modelo de 2017³¹¹. A OCDE justifica sua posição no fato de que as regras gerais antiabuso apenas requalificam os fatos ou negócios jurídicos que dão origem à obrigação tributária, de modo que as regras distributivas do acordo de bitributação seriam aplicáveis aos fatos requalificados, tal como previsto na lei doméstica³¹²⁻³¹³. Porém, é importante alertar que a aplicação concomitante de regras gerais antiabuso por ambos os Estados contratantes pode levar a requalificações distintas do mesmo fato e, conseqüentemente, a conflitos de qualificação. Em tais situações, a compatibilidade de regras gerais antiabuso com os acordos de bitributação poderá ser questionada, pois os conflitos de qualificação podem levar à dupla tributação da renda, o que seria contrário ao seu objetivo e finalidade.

Como exemplo, a requalificação dos fatos pelo Estado da fonte, por meio da aplicação de sua regra geral antiabuso, pode suscitar questões importantes, tais como:

- (i) a requalificação dos fatos pode alterar a natureza jurídica da operação e, por consequência, a regra distributiva do acordo de bitributação aplicável, o que pode suscitar conflitos de qualificação entre os Estados contratantes;

³¹⁰ SCHMITT, Marcus. The relevance of amendments to the OECD Commentary for the interpretation of tax treaties (static or dynamic approach). In: SCHILCHER, Michael; WENINGER, Patrick (eds.). **Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation**. Wien: Linde, 2008, p. 121.

³¹¹ Parágrafo 77 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version**. Paris: OCDE, 2017, p. 77).

³¹² Parágrafos 76 e 77 dos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2017 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version**. Paris: OCDE, 2017, p. 77).

³¹³ Sobre a posição da OCDE, conferir: DE BROE, Luc. **International Tax Planning and Prevention of Abuse**. Doctoral Series. Volume 14. Amsterdam: IBFD, 2008.

- (ii) a regra geral antiabuso pode ser invocada para alterar a expressão econômica das bases tributáveis, interferindo, por consequência, no mecanismo de alívio à dupla tributação;
- (iii) a regra geral antiabuso pode alterar a sujeição passiva da obrigação tributária, o que gera conflitos de atribuição da renda e, em circunstâncias extremas, pode afetar a própria possibilidade de aplicação do acordo de bitributação;
- (iv) a aplicação da regra geral antiabuso pode impedir eventual diferimento da tributação pretendido pelo contribuinte, o que pode acarretar descasamentos temporais (“*timing mismatches*”) na aplicação dos acordos de bitributação.

Note-se que os problemas acima podem surgir em razão da ausência de coordenação e harmonização entre as regras gerais antiabuso de cada Estado contratante, o que pode gerar conflitos na interpretação e aplicação dos acordos de bitributação.

3.2 AS REGRAS GERAIS ANTIABUSO EXISTENTES NAS LEIS DOMÉSTICAS DOS ESTADOS CONTRATANTES E OS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

Conforme verificado acima, a posição da OCDE é no sentido de que as GAARs domésticas são compatíveis com os acordos de bitributação. Porém, para que não ocorra “*treaty override*”, a aplicação das regras domésticas não pode ser ilimitada. Para a OCDE, as regras domésticas antiabuso podem ser aplicadas desde que não entrem em conflito com cláusulas convencionais específicas dos acordos de bitributação.

André Baéz dispõe que há dois tipos de interpretação possíveis pelos Estados contratantes: (i) o “*factual approach*”, em que os Estados entendem que o uso indevido do acordo de bitributação equivale a um abuso sistema jurídico interno do Estado, o que permite a adoção de medidas defensivas previstas na legislação doméstica; e (ii) o “*legal approach*”, em que os Estados consideram que o abuso do acordo de bitributação independe da legislação doméstica, sendo que o seu uso impróprio deverá ser enfrentado por meio de interpretação de suas próprias disposições³¹⁴.

³¹⁴ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 433-435.

Ao tratar do *factual approach*, Baéz dispõe que as GAARs são regras jurídicas introduzidas por leis domésticas, que determinam os fatos que dão origem à obrigação tributária. Ou seja, há a requalificação dos fatos sobre os quais a cláusula convencional correspondente do acordo de bitributação é aplicada. O autor discorre sobre os poderes concedidos pela interpretação da OCDE para que as autoridades fiscais dos países desconsiderem (ou requalifiquem) determinada transação, como, por exemplo, a desconsideração de sociedade interposta em jurisdição intermediária, o que acarreta a não aplicação do acordo de bitributação que envolve a referida jurisdição, ou a desconsideração de alienação de ações que disfarça a distribuição de dividendos, o que afasta a aplicação de determinada cláusula distributiva³¹⁵.

A questão que se coloca é saber se a aplicação da cláusula distributiva com base nos fatos requalificados seria compatível com a correta interpretação dos acordos de bitributação. Baéz entende que, em determinados casos, é possível defender que o resultado final atingido é consistente com o tratado internacional, como, por exemplo, na hipótese de atribuição de renda a um contribuinte, por ser questão a ser tratada pela legislação doméstica. Seria possível concluir da mesma forma na hipótese de aplicação da remissão à legislação interna do artigo 3, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE, porque nesse caso há uma referência expressa para a aplicação da lei doméstica³¹⁶.

Baéz conclui no sentido de que a inclusão da cláusula de PPT nos acordos de bitributação é pertinente, na medida em que os casos de obtenção indevida de benefícios do acordo de bitributação passarão a ser combatidos por meio de um mecanismo próprio. Assim, havendo no acordo de bitributação uma cláusula de PPT, a compatibilidade de uma regra doméstica da mesma espécie, como é o caso da GAAR, parece indiscutível, inclusive para os Estados que adotam o *legal approach*, o que é reconhecido pela OCDE no Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS³¹⁷.

³¹⁵ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 433-435.

³¹⁶ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 433-435.

³¹⁷ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 433-435.

Vikram Chand aduz que o “*treaty shopping*” e o “*rule shopping*” podem ser combatidos tanto por GAARs domésticas, quanto pelas doutrinas antiabuso (“*judicial doctrines*”), tais como “substância sobre a forma”, “teste de propósito negocial”, entre outras. Sobre a interação dessas regras domésticas com os acordos de bitributação, o autor diz que a aplicação de GAAR doméstica ou de doutrinas antiabuso pode conflitar com os acordos de bitributação, que devem prevalecer no plano internacional, nos termos do artigo 26 da CVDT (“*pacta sunt servanda*”). Na opinião do autor, se a requalificação dos fatos em virtude da aplicação de GAARs domésticas acarretar a não concessão dos benefícios do acordo de bitributação, pode ocorrer “*treaty override*”, salvo se o acordo de bitributação possuir cláusula de salvaguarda, que autoriza o Estado contratante a aplicar sua GAAR doméstica, hipótese em que não haverá conflito³¹⁸⁻³¹⁹.

Para o autor, a GAAR doméstica também poderia ser usada para a interpretação de termos não definidos do acordo de bitributação, em virtude da cláusula de reenvio integrativo prevista no artigo 3, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE. Segundo Chand, isso poderia ocorrer inclusive em relação à interpretação da própria cláusula de PPT. Como as GAARs fazem parte do ordenamento jurídico de um Estado contratante, estas podem ser utilizadas para a interpretação de um termo não definido da cláusula de PPT. Porém, o autor ressalta que essa posição está sujeita às limitações extraídas do contexto do acordo de bitributação e dos princípios de interpretação da CVDT, que podem impedir o reenvio integrativo ao significado existente na legislação doméstica³²⁰.

A respeito dessa posição, cabe pontuar que a utilização de uma GAAR doméstica no âmbito do reenvio integrativo parece ter efeitos limitados, pois o artigo 3, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE autoriza que um termo não definido na cláusula convencional seja interpretado segundo a definição existente na lei doméstica. Assim, apenas se houver um termo na cláusula de PPT, por exemplo, que esteja previamente definido na GAAR doméstica é que seria possível invocar o reenvio integrativo ao direito interno.

³¹⁸ CHAND, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules. **Intertax**, vol. 46, n. 2. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 121-123.

³¹⁹ Sobre o tema, conferir: MICHEL, Bob. Internacional – Anti-Avoidance and Tax Treaty Override: Pacta Sunt Servata? **European Taxation**, vol. 53, n. 9. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2013.

³²⁰ CHAND, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules. **Intertax**, vol. 46, n. 2. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 121-123.

Seguindo adiante, Vikram Chand aponta que o combate ao abuso de acordo de bitributação por GAAR doméstica pode causar a realocação do poder de tributar, com a consequente dupla tributação da renda, o que geraria uma grande insegurança jurídica aos contribuintes. Por isso, seria recomendável que o combate ao acesso indevido aos benefícios convencionais ocorresse por meio de regras antiabuso inseridas no próprio acordo de bitributação, como, por exemplo, a cláusula de PPT, cuja principal vantagem é expressar a intenção comum dos Estados contratantes³²¹.

Partindo de concepção distinta, Guglielmo Maisto entende que seria possível resolver eventual conflito entre uma GAAR doméstica e os acordos de bitributação com base na interpretação de seu título e preâmbulo. Assim, caso o título e preâmbulo do acordo de bitributação preveja que a intenção dos Estados contratantes é evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal, as GAARs domésticas não poderão ser aplicadas. Por outro lado, se o título e o preâmbulo do acordo de bitributação indicarem que seu propósito é evitar a dupla tributação e prevenir a evasão e a elisão fiscais, a aplicação da GAAR doméstica deveria ser admitida³²².

A posição do autor parte do pressuposto de que, se os negociadores do acordo de bitributação declararam o objetivo de evitar a elisão fiscal, isso significa que ambos os Estados contratantes concordam com a aplicação de uma GAAR doméstica para evitar que um ato ou negócio jurídico elisivo tenha acesso aos benefícios convencionais de forma contrária ao objetivo e propósito do tratado internacional.

Não obstante a importância de suas considerações, a posição de Maisto deve ser vista com cautela, pois a menção à intenção de combater a elisão fiscal pode estar relacionada a outras cláusulas convencionais, como a troca de informações e a assistência na cobrança de tributos. Além disso, não se pode perder de vista que o conceito de elisão fiscal não apresenta contornos rígidos, de modo que os dois Estados contratantes podem partir de pressupostos distintos e apresentar níveis de tolerância diferentes em relação aos limites do planejamento tributário.

³²¹ CHAND, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules. *Intertax*, vol. 46, n. 2. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 121-123.

³²² MAISTO, Guglielmo. Domestic Anti-Abuse Rules and Bilateral Tax Conventions. *Essays on Tax Treaties A Tribute to David A. Ward*. Amsterdam: IBFD, 2012, pp. 336-337.

Por último, a referência à intenção de combater a elisão fiscal no preâmbulo do acordo de bitributação não impede que surjam conflitos de qualificação que levem à dupla tributação da renda, o que também seria contrário a outro objetivo expressamente previsto em seu título e preâmbulo. Daí a importância da inclusão de uma disposição expressa no tratado internacional, como a cláusula de PPT.

Carlo Garbarino aduz que os benefícios do acordo de bitributação podem ser negados tanto pela cláusula de PPT, quanto por GAAR doméstica ou doutrina antiabuso (“*judicial doctrine*”), sendo que, por definição, não deveria haver conflito na aplicação de ambas as regras nas mesmas circunstâncias. Garbarino adverte que há controvérsia sobre a possibilidade de utilização de doutrina antiabuso no âmbito dos acordos de bitributação, em razão da existência de regras própria de interpretação nos artigos 31 a 33 da CVDT³²³. Porém, o autor entende que é possível utilizar a doutrina antiabuso para combater operações que artificialmente buscam a obtenção de benefícios dos acordos de bitributação. Como exemplo, é possível mencionar o caso dos Estados Unidos, cuja legislação interna, por muito tempo, não teve uma GAAR doméstica em vigor, mas as doutrinas antiabuso desenvolvidas pelos tribunais norte-americanos, como “propósito comercial”, “prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica” e “transações em etapas”, já foram aplicadas em casos envolvendo o abuso dos acordos de bitributação, como relata Paola Tarigo³²⁴.

Blazej Kuzniacki dispõe que, se a GAAR doméstica se aplicar nas mesmas circunstâncias em que a cláusula de PPT, não haverá incompatibilidade entre as duas regras. No entanto, para que a GAAR doméstica possa ser aplicada, é necessário que o Estado contratante tenha feito reserva neste sentido. Para o autor, se não houver reserva com relação à possibilidade de aplicação da GAAR doméstica, a cláusula de PPT não a torna compatível com o acordo de bitributação apenas pelo fato de esta última também ser uma regra geral antiabuso³²⁵.

³²³ GARBARINO, Carlo. A Multi-Level Approach to “Treaty Entitlement” under the BEPS Project. **European Taxation**, vol. 58, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 550-551.

³²⁴ TARIGO, Paola. **Diritto Internazionale Tributario**. Volume I. Torino: G. Giappichelli, 2018, p. 72.

³²⁵ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 237-238.

Para Radhika Karadkar, as regras gerais antiabuso são diferentes em cada jurisdição, mas a essência é sempre baseada em pressupostos semelhantes, como a substância econômica da operação e o seu propósito negocial. Assim, regras gerais antiabuso geralmente consideram o propósito negocial, de forma similar à cláusula de PPT, sendo que a única diferença reside no fato de que esta última se refere a “um dos principais propósitos”, o que lhe confere maior amplitude. Na Ação 6 do Projeto BEPS, a OCDE recomenda a inclusão da cláusula de PPT, mas não descarta a possibilidade de aplicação de GAAR doméstica. Por isso, Karadkar conclui que a GAAR doméstica pode ser aplicada, desde que não entre em conflito com o acordo de bitributação³²⁶.

Adolfo J. Martín Jiménez entende que certos tipos de abuso são expressamente combatidos no próprio acordo de bitributação, enquanto outros tipos de abuso podem não ter sido considerados pelos Estados contratantes em sua negociação. Para o autor, a inclusão de uma cláusula antiabuso no acordo de bitributação não impede o Estado contratante de atacar outras formas de abuso por meio de suas regras internas, como, por exemplo, uma GAAR doméstica, desde que não haja conflito com as disposições do tratado internacional. Se houver conflito, a regra doméstica deve ser afastada, em virtude da prevalência do tratado internacional³²⁷.

Valentyn Kolosov dispõe que diversos países possuem GAAR doméstica para combater estruturas de planejamento tributário abusivas. As GAARs são diferentes em sua forma e substância, mas são similares no destaque ao principal objetivo da transação, que consiste, em última análise, na obtenção de uma vantagem tributária de maneira contrária ao propósito da legislação relevante. Com base na GAAR, as autoridades fiscais poderão desconsiderar ou requalificar a transação praticada pelo contribuinte, desde que três condições sejam verificadas: (i) haja vantagem tributária obtida, (ii) por meio de uma transação ou série de transações, (iii) cujo o principal propósito tenha sido a obtenção da economia tributária. Neste caso, as autoridades fiscais têm o poder de desconsiderar a operação ou requalificar os fatos, a fim de que os contribuintes sejam tributados como se a transação abusiva não tivesse sido realizada³²⁸.

³²⁶ KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

³²⁷ JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín. Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective – Part II. **Bulletin for International Taxation**, vol. 56, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2002, p. 621.

³²⁸ KOLOSOV, Valentyn Kolosov. Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

A aplicação da GAAR normalmente é imprevisível, razão pela qual pode ser contrária ao princípio da segurança jurídica. Ao tratar do tema, Valentyn Kolosov pontua que o Poder Legislativo possui um papel importante na limitação do poder discricionário das autoridades fiscais e dos tribunais nacionais no âmbito de aplicação da GAAR. Isso porque, na visão do autor, as GAARs formuladas adequadamente podem conferir orientação clara e suficiente aos contribuintes, às autoridades fiscais e aos tribunais nacionais sobre o seu âmbito de sua aplicação. Como a cláusula de PPT é similar, os mesmos problemas de insegurança jurídica e de incerteza podem surgir³²⁹.

De modo semelhante ao que ocorre com a GAAR doméstica, Valentyn Kolosov comenta que a aplicação da cláusula de PPT depende da realização de uma transação ou arranjo, no qual um dos principais propósitos seja obter um benefício do acordo de bitributação. O autor comenta que, embora haja salvaguarda no final da cláusula de PPT para excluir as transações de boa-fé, seu escopo de aplicação é bastante amplo, pois não considera apenas o “único propósito” ou “propósito dominante” de obter o benefício tributário, mas, sim, “um dos principais propósitos”³³⁰. Logicamente, essa amplitude no escopo da cláusula de PPT afeta a segurança jurídica e a proteção da confiança do contribuinte em relação às consequências jurídicas de seu comportamento.

Kolosov acrescenta que a interpretação e a aplicação da cláusula de PPT deve observar as normas jurídicas que concretizam valores ínsitos ao direito internacional público, como, por exemplo, o princípio da boa-fé. A adequada interpretação da cláusula de PPT faz com que os termos eventualmente previstos em uma GAAR doméstica sejam poucos relevantes, ainda que o artigo 3, parágrafo 2, da Convenção Modelo da OCDE admita o reenvio integrativo ao direito interno, nos casos em que o contexto não exige solução diversa. Assim, na visão do autor, deve-se privilegiar uma interpretação autônoma da cláusula de PPT, sendo que, em virtude do elevado grau de uniformidade (proporcionado pelo MLI) em sua redação nos acordos de bitributação celebrados por diferentes Estados, a jurisprudência internacional que se formar a respeito do tema também poderá servir de guia para a sua interpretação³³¹.

³²⁹ KOLOSOV, Valentyn Kolosov. Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

³³⁰ KOLOSOV, Valentyn Kolosov. Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

³³¹ KOLOSOV, Valentyn Kolosov. Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

Com base no exposto, é possível concluir que o combate ao acesso indevido aos benefícios convencionais deve ocorrer por meio de regras antiabuso inseridas no próprio acordo de bitributação, como é o caso da cláusula de PPT, cuja principal vantagem é expressar a intenção comum dos Estados contratantes. Porém, se necessário, os Estados contratantes podem aplicar suas GAARs domésticas para a requalificação dos fatos, desde que não haja conflito com o acordo de bitributação. A aplicação da GAAR doméstica pode ser necessária caso a aplicação de um benefício distinto do tratado internacional dependa da requalificação do negócio jurídico realizado pelo contribuinte, na hipótese em que a cláusula de PPT tiver sido aplicada, como se verá a seguir.

3.3 NEGATIVA DE ACESSO AO BENEFÍCIO DO ACORDO DE BITRIBUTAÇÃO PELA CLÁUSULA DE PPT E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UM BENEFÍCIO DISTINTO DO TRATADO INTERNACIONAL

Feitas essas considerações sobre a interação entre a cláusula de PPT incluída nos acordos de bitributação e as regras gerais antiabuso dos Estados contratantes, passa-se a analisar se a cláusula de PPT poderia ser utilizada pelas autoridades fiscais para qualificar o rendimento correspondente em outra cláusula distributiva, independentemente da inclusão da cláusula de alívio discricionário. Isso evitaria que, em decorrência da aplicação da cláusula de PPT, as autoridades fiscais tivessem que negar acesso ao acordo de bitributação como um todo. Essa questão é importante para as estruturas de planejamento tributário realizadas sob a forma de “*rule shopping*”, nas quais o objetivo do contribuinte é qualificar o rendimento na cláusula distributiva mais favorável.

À primeira vista, seria possível argumentar que, se a autoridade fiscal possui competência para negar a aplicação do acordo de bitributação, ela também poderia permitir a fruição dos seus benefícios com base em uma cláusula distributiva distinta, na medida em que “quem pode o mais, pode o menos”. Ocorre que essa máxima, extraída do brocardo latim “*in eo quod plus est semper inest et minus*”, encontra diversas exceções na área jurídica, pois é preciso ter cautela para que não se amplie competências por meio de interpretação. Como exemplo, a autoridade julgadora administrativa, no Brasil, pode cancelar o auto de infração, mas não pode alterá-lo para modificar o critério jurídico utilizado no lançamento de ofício, em razão do disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional (“CTN”).

A segunda questão está relacionada à concessão de um benefício distinto do acordo de bitributação. Como se admitir a aplicação de uma cláusula convencional distinta sem a prévia requalificação dos fatos, o que depende da legislação doméstica dos Estados? Assim, será examinado a seguir se, em certas situações, a aplicação de uma cláusula distributiva distinta do acordo de bitributação depende, ou não, da requalificação dos fatos por uma regra geral antiabuso doméstica, ou se, ao contrário, a cláusula de PPT seria suficiente para tanto.

A terceira questão consiste em saber se, na ausência de uma regra doméstica antiabuso, as doutrinas antiabuso desenvolvidas pela jurisprudência administrativa e/ou judicial dos países poderiam ser integradas à cláusula de PPT para a requalificação dos fatos. A questão é relevante sob o enfoque do direito tributário brasileiro, no qual a chamada teoria do propósito negocial vem sendo adotada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) para tornar diversos tipos de planejamento tributário inoponíveis ao Fisco, com a consequente alteração do seu tratamento tributário.

Por fim, a última questão envolve a aplicação da cláusula de PPT por ambos os Estados contratantes, com a concessão, ou não, de benefícios distintos, bem como eventuais conflitos de qualificação que podem surgir. Deve-se investigar, portanto, se a competência qualificatória atribuída pela OCDE ao Estado da fonte também deve nortear o Estado de residência na aplicação da cláusula de PPT.

3.3.1 A consequência da aplicação da cláusula de PPT

Conforme mencionado anteriormente, a consequência legal imediata da aplicação da cláusula de PPT seria a negativa do benefício do acordo de bitributação. Neste contexto, a questão que se coloca consiste em saber se os efeitos da referida cláusula devem ser ilimitados ou limitado. Ou seja, como consequência da aplicação da cláusula de PPT, torna-se inaplicável o acordo de bitributação como um todo ou apenas deve ser negado o acesso ao benefício decorrente da cláusula convencional relativa à transação que teve como um dos principais propósitos negociais a obtenção do referido benefício? Para responder tal indagação, é preciso examinar a cláusula de alívio discricionário prevista no artigo 7, parágrafo 4, do MLI e suas consequências jurídicas.

3.3.2 A cláusula de alívio discricionário

Como mencionado acima, o artigo 7, parágrafo 4, do MLI dispõe que se um benefício do acordo de bitributação for negado com base na cláusula de PPT, a autoridade competente de um Estado contratante poderá conceder um benefício diferente em relação a um item específico da renda ou do capital, por meio de pedido do contribuinte e após consideração dos fatos e circunstâncias, caso entenda que tal benefício poderia ter sido concedido na ausência da transação ou arranjo considerado abusivo. Antes de rejeitar o pedido realizado pelo contribuinte, a autoridade competente deve consultar a autoridade competente do outro Estado Contratante³³².

Apesar de ter sido incluída no MLI, a cláusula de alívio discricionário não faz parte do padrão mínimo a ser escolhido pelos Estados signatários, nos termos do artigo 7 do tratado multilateral, razão pela qual não foi adotada pela maioria dos países. Tal cláusula também consta dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, mas não foi incluída no texto da própria Convenção Modelo³³³. O fato de existir, no âmbito do MLI, a possibilidade de optar pela inclusão de uma cláusula de alívio discricionário, que autoriza a concessão de um benefício diverso do acordo de bitributação, com base em outra cláusula distributiva, pode suscitar dúvidas a respeito da possibilidade de concessão do referido benefício diverso na hipótese em que os Estados contratantes não optaram pela inclusão da referida cláusula de alívio discricionário.

³³² “4. Quando um benefício previsto numa Convenção fiscal abrangida for recusado a uma pessoa em virtude de disposições da Convenção fiscal abrangida (tal como eventualmente modificada pela presente Convenção) que recusem, no todo ou em parte, os benefícios que, de outro modo, seriam concedidos ao abrigo da Convenção fiscal abrangida quando o principal objetivo ou um dos principais objetivos de uma construção ou transação ou de qualquer pessoa associada a uma construção ou transação era a obtenção desses benefícios, a autoridade competente da Jurisdição Contratante que, de outro modo, teria concedido este benefício deve, no entanto, considerar essa pessoa como tendo direito a este benefício ou a outros benefícios relativamente a um elemento específico do rendimento ou do património, se essa autoridade competente, a pedido dessa pessoa e após apreciação dos factos e circunstâncias relevantes, determinar que tais benefícios teriam sido concedidos a essa pessoa na ausência da construção ou transação. A autoridade competente da Jurisdição Contratante à qual tenha sido apresentado um pedido nos termos do presente número por um residente da outra Jurisdição Contratante deve consultar a autoridade competente dessa outra Jurisdição Contratante antes de recusar o pedido.” (Versão traduzida para o português disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>). Acesso em 13/11/2019. (OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 8)).

³³³ Parágrafo 184 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo de 2017 (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 600).

Para Robert J. Danon, o argumento sistemático acima mencionado não procede, na medida em que somente é possível considerar qual seria a intenção dos Estados contratantes com base no que consta do próprio acordo de bitributação, sem levar em consideração o que deixou de ser incluído na sua negociação. Assim, não se pode afirmar que os Estados contratantes não querem conceder um benefício alternativo do acordo de bitributação somente pelo fato de que não incluíram a cláusula de alívio discricionário. Isso porque, na visão do autor, a referida cláusula convencional teria natureza meramente interpretativa, de modo que a sua ausência no tratado internacional não poderia ser invocada para restringir a possibilidade de aplicação de outro benefício convencional³³⁴.

Nesse sentido, Vikram Chand aduz que, por não fazer parte do padrão mínimo do MLI, a não inclusão da cláusula de alívio discricionário não significa que outro benefício do acordo de bitributação não possa ser concedido ao contribuinte, em substituição ao benefício negado pela cláusula de PPT³³⁵. Carlos Palao Taboada também entende que a aplicação da cláusula de PPT deve levar em consideração a possibilidade de concessão de um benefício distinto ao contribuinte, independentemente da existência de cláusula de alívio discricionário. Assim, na visão do autor, o acordo de bitributação não deve ser afastado como um todo, pois sempre deverá ser concedido o benefício convencional mais adequado à substância econômica da transação, após a desconsideração dos arranjos abusivos³³⁶. Essa também é a posição de João Francisco Bianco³³⁷.

Em rigor, a possibilidade de inclusão de uma cláusula de alívio discricionário, prevista no MLI, traz à tona a discussão a respeito da relevância dos acordos de bitributação paralelos (“*parallel tax treaties*”) como elemento de interpretação. Isso porque, o fato de haver acordos de bitributação com cláusulas de alívio discricionário poderia levar à conclusão de que, na ausência de tal previsão expressa, a aplicação da cláusula de PPT teria por consequência o afastamento completo do tratado internacional, não sendo possível conceder um benefício distinto ao contribuinte.

³³⁴ DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 50-52.

³³⁵ CHAND, Vikram. **The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)**. Tax Policy Series. Zurich: Schulthess, 2018, p. 201.

³³⁶ TABOADA, Carlos Palao. “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule”. **Bulletin for International Taxation**, vol. 69, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2015, pp. 605-607.

³³⁷ BIANCO, João Francisco. Principal Purpose Test in Brazilian Tax Treaties. (2019, no prelo).

Ocorre que essa interpretação baseada em “*parallel tax treaties*” deve ser vista com reservas, por três razões fundamentais. Em primeiro lugar, cabe pontuar que o uso de acordos de bitributação paralelos deve ser feito com extrema cautela, pois contraria o efeito relativo dos tratados internacionais, que representam as longas tratativas entre dois Estados. Realmente, cada acordo de bitributação é único, sendo fruto de concessões recíprocas entre os Estados contratantes. Assim, no caso dos acordos de bitributação com cláusula de alívio discricionário, a única coisa que se pode assumir é que ambos os Estados contratantes optaram por expressamente consignar que há possibilidade de concessão de um benefício diverso ao contribuinte.

Nos demais casos, a ausência da cláusula de alívio discricionário pode decorrer de razões distintas, tais como: (i) os Estados contratantes podem ter considerado a sua inclusão desnecessária, por entenderem que o seu conteúdo seria meramente interpretativo; (ii) os Estados contratantes podem ter optado por não incluir a cláusula de alívio discricionário, já que ela não constituía um padrão mínimo no âmbito do MLI; (iii) os Estados contratantes podem ter considerado que a cláusula de alívio discricionário confere poderes muito amplos para as autoridades fiscais; (iv) um Estado contratante pode ter sido a favor da inclusão da cláusula de alívio discricionário e o outro Estado contratante pode ter sido contra. Por essas razões, é forçoso reconhecer que não se deve atribuir grande relevância à ausência da cláusula de alívio discricionário em determinado acordo de bitributação.

Daí o acerto da lição de Philip Baker no sentido que a ausência de determinada cláusula convencional em um tratado internacional não reflete, necessariamente, a intenção dos Estados contratantes em outros acordos de bitributação. Eventualmente, a sucessão de cláusulas convencionais em diversos acordos de bitributação pode evidenciar a evolução da posição dos negociadores de determinado Estado, mas, em caráter geral, não se pode atribuir um grande valor interpretativo para os acordos de bitributação paralelos³³⁸.

³³⁸ Nas palavras de Philip Baker: “(...) *it is doubtful, however, if parallel treaties prove very much. If a provision appears in a revised form in a later treaty, or is left out of a later treaty, for example, this does not necessarily explain much about the provision in the earlier treaty. Occasionally, a succession of provisions in consecutive treaties may display the development of an approach by the negotiators of one country. There is no reason why parallel treaties should not be referred to, but their value as aids to interpretation will generally be low*”. (BAKER, Philip. **Double Taxation Conventions – A Manual on**

Note-se que o entendimento manifestado acima poderia ser diferente se, por exemplo, determinado Estado tivesse incluído a cláusula de alívio discricionário em todos os seus acordos de bitributação, menos em um tratado internacional específico. Nessa hipótese, a ausência da cláusula de alívio discricionário poderia ser considerada uma evidência mais firme da intenção dos Estados contratantes, para fins de interpretação. Porém, nos demais casos, a mera existência da possibilidade de incluir essa cláusula, em virtude de uma previsão existente no MLI que sequer constitui um padrão mínimo, não parece permitir idêntica conclusão a respeito da intenção dos Estados contratantes.

Em segundo lugar, é preciso ter cuidado com a chamada “*interpretação a contrario sensu*” da cláusula de alívio discricionário. Segundo o “*argumentum a contrario*”, o fato de existir uma cláusula de alívio discricionário no MLI que permite a concessão de um benefício diverso ao contribuinte significa que, na situação inversa, na qual não há a referida cláusula convencional no acordo de bitributação, a autoridade fiscal não poderia fazê-lo. No entanto, esse tipo de argumento esbarra em uma constatação importante. A cláusula de alívio discricionário constitui uma permissão para a concessão de um benefício distinto do acordo de bitributação (modal permitido), de modo que a interpretação “*a contrario sensu*” de tal cláusula convencional não pode ser utilizada pelo intérprete para construir uma norma jurídica com modal proibido em relação a casos inseridos fora do seu escopo de aplicação (i.e., não se pode conceder um benefício diverso do tratado internacional, se não houver a referida cláusula).

Em terceiro lugar, cabe mencionar que a cláusula de alívio discricionário pode ser considerada uma disposição meramente interpretativa³³⁹, na medida em que o seu conteúdo já poderia ser extraído da correta interpretação da própria cláusula de PPT. Assim, a função da cláusula de alívio discricionário seria esclarecer a interpretação da cláusula de PPT, para que não haja dúvidas em sua aplicação pelos Estados contratantes.

the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. E-32),

³³⁹ Vale lembrar que Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 605, de 23.10.1991, admitiu a existência de leis interpretativas: “*É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. - Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional*”.

Esse caráter interpretativo pode ser extraído da própria redação da cláusula de PPT, segundo a qual “*um benefício do acordo não deve ser concedido em relação a um item de renda ou de capital (...)*”. Ao mencionar que um benefício do acordo de bitributação não será concedido ao contribuinte, a cláusula de PPT pressupõe a possibilidade de aplicação de um benefício diverso para o contribuinte na ausência da transação ou arranjo abusivo. Trata-se, assim, de cláusula convencional que pretende conferir maior segurança e certeza em relação ao conteúdo e ao alcance da cláusula de PPT, sem impedir que, na sua ausência, as autoridades fiscais concedam um benefício distinto ao contribuinte. Daí se dizer que o objetivo da cláusula de alívio discricionário é esclarecer que um diferente tipo de benefício do acordo de bitributação poderá ser concedido pelas autoridades fiscais em caso de recharacterização dos fatos e consequente reavaliação da transação no âmbito da cláusula de PPT.

Seguindo adiante, Erik Pinetz aponta que o principal problema da cláusula de alívio discricionário reside no grau de discricionariedade concedido às autoridades fiscais, que possuem a faculdade de decidir, diante de cada caso concreto, pela concessão, ou não, dos benefícios convencionais. Segundo o autor, essa margem de discricionariedade pode conflitar com a Constituição de determinados Estados contratantes, pois cabe ao Poder Legislativo editar normas gerais e abstratas e à Administração Tributária aplicar tais leis a casos concretos. Isso não ocorre com a cláusula de alívio discricionário, que confere à autoridade administrativa a competência para decidir quais contribuintes terão acesso aos benefícios do acordo de bitributação, sem a existência de parâmetros previamente estabelecidos em uma norma geral e abstrata³⁴⁰.

³⁴⁰ PINETZ, Erik. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) The Proposals to Revise the OECD Model Convention**. Series on International Tax Law, vol. 95. Wien: Linde, 2016, pp. 296-301.

De fato, embora o objetivo da cláusula alívio discricionário seja resguardar o direito de contribuintes de boa-fé e esclarecer o âmbito de aplicação da cláusula de PPT, essa ampla margem de discricionariedade pode conflitar com o princípio da igualdade em casos concretos, pois contribuintes em situações semelhantes poderão ser submetidos a tratamentos tributários distintos por decisão das autoridades fiscais acerca da concessão, ou não, de benefícios alternativos do tratado internacional. Porém, não se trata de um problema oriundo da cláusula alívio discricionário em si, que, como visto, possui caráter meramente interpretativo, mas, sim, da ampla abertura da cláusula de PPT.

Diante disso, é preciso que seja preservada a igualdade na aplicação da cláusula de PPT e na concessão de benefícios distintos dos acordos de bitributação. Para tanto, a Administração Tributária deve permitir que os contribuintes apresentem e comprovem as particularidades de sua transação ou arranjo, a fim de que a cláusula de PPT seja corretamente aplicada no caso concreto. Daí se afirmar, com base nas lições de Humberto Ávila, que o Poder Executivo deve possibilitar condições efetivas para que o contribuinte demonstre as particularidades que possam afetar a aplicação da norma jurídica naquele caso concreto, em linha com o princípio do devido processo legal³⁴¹.

3.3.3 *A forma de concessão de um benefício distinto do acordo de bitributação*

Visto que a cláusula de alívio discricionário deve ser considerada meramente interpretativa, passa-se a examinar os diferentes casos em que as autoridades fiscais poderão conceder um benefício diverso do acordo de bitributação. Para tanto, será preciso distinguir duas situações distintas. A primeira situação envolve a aplicação do acordo de bitributação para o contexto fático anterior (*status quo ante*), verificado antes da transação ou arranjo que será desconsiderado pela autoridade fiscal, em virtude da aplicação da cláusula de PPT. A segunda situação, que não se confunde com a primeira, diz respeito aos casos em que a própria transação que não passou pela cláusula de PPT é objeto de requalificação pelas autoridades fiscais, assumindo, assim, uma natureza jurídica distinta.

³⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 186-190.

3.3.3.1 Desconsideração dos fatos

Robert J. Danon entende que o Estado contratante, ao aplicar a cláusula de PPT, deve conceder os benefícios do acordo de bitributação com base no contexto fático anterior (*status quo ante*), verificado antes da transação ou arranjo realizado pelo contribuinte para o qual foi aplicada a cláusula de PPT. Para o autor, a própria redação da cláusula de PPT impede interpretação diversa. Isso porque as expressões utilizadas na formulação da cláusula de PPT deixam claro que o que se pretende evitar é a concessão de “um benefício” específico que o contribuinte pretendeu obter com determinada transação ou arranjo, o que não impede a aplicação do acordo de bitributação como um todo. Assim, na hipótese em que o benefício que seria concedido para a transação abusiva for negado pelas autoridades fiscais, deve-se analisar os fatos anteriores à transação, a fim de se verificar qual seria o benefício do acordo de bitributação anteriormente aplicável ao contribuinte³⁴².

Da mesma forma, André Báez aduz que o efeito natural da cláusula de PPT seria a desconsideração da transação abusiva, com o retorno ao *status quo ante*. O autor dispõe que se a cláusula de PPT fosse interpretada no sentido de que os benefícios do acordo de bitributação como um todo deveriam ser negados pelo Estado da fonte, poderia ocorrer a dupla tributação, o que seria contrário ao objetivo e propósito primordiais do tratado internacional. Isso porque o Estado de residência poderia negar a concessão de crédito ou isenção, sob o argumento de que a cláusula de PPT não foi aplicada de forma correta, tendo em vista que o Estado da fonte não limitou o IRRF cobrado com base em uma cláusula convencional alternativa. Ou, ainda, o Estado da residência poderia aplicar a cláusula de PPT também para negar os benefícios do acordo de bitributação como um todo. De qualquer forma, ocorreria um efeito penalizante, contrário ao objetivo e propósito do acordo de bitributação, que é justamente a promoção de relações transnacionais, por meio da eliminação da dupla tributação³⁴³.

³⁴² DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 50-52.

³⁴³ MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? **Intertax**, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 441-444.

Nesse sentido, Erik Pinetz sustenta que, caso a consequência da cláusula de PPT fosse a negativa de acesso ao acordo de bitributação como um todo, a aplicação da referida cláusula convencional teria efeito um punitivo, que necessariamente acarretará a dupla tributação, o que não parece ser uma solução acertada³⁴⁴.

Assim, caso um benefício do acordo de bitributação seja negado com base na cláusula de PPT, as autoridades fiscais devem aplicar um benefício diverso com base no *status quo ante* do contribuinte. Um exemplo dessa situação seria a hipótese de aumento da participação societária em subsidiária (para 25%), para a obtenção de alíquota reduzida de 5% de IRRF sobre os dividendos. Caso tal aumento seja considerado abusivo, o benefício relativo à alíquota reduzida de 5% de IRRF previsto no artigo 10, parágrafo 2, item “a”, da Convenção Modelo da OCDE, seria negado pela cláusula de PPT, com a consequente aplicação do benefício previsto no item “b” do mesmo artigo, que concede alíquota de 15% de IRRF para os dividendos distribuídos para sócios/acionistas.

Concluir de forma diversa, no sentido de que os benefícios do acordo de bitributação como um todo deveriam ser negados, acabaria por penalizar os contribuintes, o que seria contrário ao objetivo e propósito primordiais do acordo de bitributação.

3.3.3.2 Requalificação dos fatos

Diferentemente da mera concessão de um benefício distinto do acordo de bitributação para o contexto fático anterior (*status quo ante*), verificado antes da transação ou arranjo desconsiderado pelas autoridades fiscais, em virtude da aplicação da cláusula de PPT, há situações em que um benefício alternativo apenas pode ser concedido caso haja a requalificação dos fatos por GAAR doméstica do Estado contratante, para que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável ao contribuinte.

³⁴⁴ PINETZ, Erik. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) The Proposals to Revise the OECD Model Convention**. Series on International Tax Law, vol. 95. Wien: Linde, 2016, pp. 292-293.

Michael Lang, ao tratar das consequências legais da aplicação da cláusula de PPT, traz como exemplo a situação em que uma pessoa jurídica recebe recursos de seu sócio no exterior via instrumento de dívida, em vez de contribuição ao seu capital social, sendo aplicável aos juros pagos nessa transação o artigo 11 de um acordo de bitributação que prevê a tributação exclusiva no Estado de residência. Por outro lado, o referido tratado internacional prevê, em seu artigo 10, a tributação dos dividendos pelo IRRF à alíquota de 15%, com a concessão de crédito pelo Estado de residência. Nesse exemplo, caso seja aplicável a cláusula de PPT para negar os benefícios concedidos pelo artigo 11 do acordo de bitributação aos juros, Lang entende que o instrumento de dívida deve ser requalificado como um instrumento de capital, com a consequente aplicação do artigo 10 do acordo de bitributação, estando o Estado da fonte limitado à cobrança do IRRF à alíquota de 15% sobre os dividendos. Para o autor, a cláusula de PPT não pode afastar a aplicação do tratado internacional como um todo, pois isso poderia gerar a dupla tributação da renda, o que seria contrário ao objetivo e propósito primordiais do acordo de bitributação³⁴⁵.

Nessa mesma linha, Luís Eduardo Schoueri e Clara Gomes Moreira defendem que na hipótese de aplicação da cláusula de PPT, não há impedimento para que outra cláusula distributiva do acordo de bitributação seja aplicada com base nos fatos requalificados. Caso se entendesse de outra maneira, a cláusula de PPT teria viés punitivo, o que não é o caso, uma vez que se pretende impedir a aplicação inapropriada dos acordos de bitributação, e não penalizar contribuintes em razão de transações abusivas³⁴⁶.

Diversamente, David G. Duff aduz que a cláusula de PPT não autoriza, por si só, a requalificação dos fatos para que um benefício alternativo do acordo de bitributação seja concedido ao contribuinte. Pelo contrário, a requalificação dos fatos deve ocorrer por meio de mecanismos disponíveis na legislação doméstica do Estado contratante aplicador do tratado internacional, como por exemplo uma GAAR doméstica³⁴⁷.

³⁴⁵ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 661-663

³⁴⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal Repensando o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio F. (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, pp. 776-777.

³⁴⁷ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 1004-1006.

Sobre o assunto, na hipótese de aplicação da cláusula de PPT, seria possível argumentar que um benefício distinto do acordo de bitributação somente poderia ser concedido ao contribuinte após a requalificação dos fatos pela lei interna dos Estados contratantes, na linha defendida por Duff acima. Porém, com a devida vênia ao autor, esse entendimento esbarra na constatação de que os acordos de bitributação possuem um sistema próprio de referência para a definição das categorias dos rendimentos, inclusive com definições próprias, que não necessariamente coincide com a natureza jurídica dos rendimentos e das respectivas operações no âmbito do direito interno dos Estados.

Assim, condicionar a aplicação de um benefício distinto do acordo de bitributação à requalificação dos fatos pelas leis internas seria ignorar que, mesmo nos casos que não envolvem a aplicação da cláusula de PPT, não haveria uma interação uniforme entre o sistema de referência adotado pela lei doméstica e aquele existente no âmbito tratado internacional. Daí se entender que, mesmo na ausência de requalificação dos fatos pela legislação doméstica do Estado contratante, seria possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, aplicar um benefício distinto do tratado internacional.

Como exemplo dessa situação, imagine-se que uma sociedade anônima residente no Estado A emite ações preferenciais resgatáveis, que preveem o pagamento de dividendos fixos e cumulativos, à conta de reserva de capital originada da própria subscrição realizada pelo acionista residente no Estado B. Segundo a legislação interna do Estado A, os dividendos estão sujeitos à incidência de IRRF à alíquota de 20% e os juros estão submetidos à incidência do IRRF à alíquota de 30%. As autoridades fiscais do Estado A decidem aplicar a sua GAAR doméstica para requalificar a operação, tendo em vista que, sob o ponto de vista da substância econômica, as ações preferenciais resgatáveis equivaleriam a um contrato de mútuo. Com isso, a obrigação tributária surgirá perante a lei doméstica do Estado A à alíquota de 30%.

Em seguida, ao aplicar o acordo de bitributação firmado entre os Estados A e B, o Estado A alega que um dos principais propósitos que norteou a emissão das ações preferenciais resgatáveis foi ter acesso à alíquota reduzida de IRRF de 10% prevista para os dividendos, nos termos do artigo 10 daquele tratado internacional, em comparação com a alíquota de IRRF de 15% prevista para os juros, nos termos do artigo 11 do referido tratado. Diante disso, o Estado A aplica a cláusula de PPT para negar o benefício da alíquota reduzida de 10% prevista para os dividendos, mas opta por conceder, como

benefício alternativo, a alíquota de IRRF de 15% prevista para os juros. Com isso, o rendimento requalificado pela lei doméstica, cuja obrigação tributária surgiu à alíquota de 30%, passa a estar sujeito ao IRRF à alíquota de 15%.

Observe-se que, como o acordo de bitributação possui definições próprias de dividendos e de juros, a qualificação do rendimento em uma diferente cláusula distributiva eventualmente poderia ocorrer mesmo sem a aplicação da cláusula de PPT. De todo modo, como há uma cláusula de PPT no acordo de bitributação, as autoridades fiscais optaram por invocá-la como justificativa para a concessão de um benefício diverso ao contribuinte. Porém, ainda que os fatos não tivessem sido requalificados por GAAR doméstica, fato é que a consequência da aplicação da cláusula de PPT poderia ter sido a concessão do benefício constante no artigo 11 do acordo de bitributação, em razão da definição de juros, que poderia, a depender das circunstâncias, abarcar os rendimentos decorrentes das ações preferenciais resgatáveis.

Esse exemplo mostra que a requalificação dos fatos realizada pelas autoridades fiscais com base na GAAR interna pode alterar a obrigação tributária que surge pela lei doméstica e, de forma reflexa, interferir na qualificação do rendimento no acordo de bitributação. Diversamente, a cláusula de PPT não pode alterar os elementos essenciais da obrigação tributária que surge com base na lei doméstica, mas pode ser invocada para negar um benefício do acordo de bitributação ou para justificar a aplicação de um benefício distinto, sem que seja necessário, em todos os casos, a requalificação dos fatos pela GAAR doméstica.

Outro exemplo sobre o tema envolve a recompra, por sociedade, de as suas próprias ações (“*share buyback*”), como forma de evitar o pagamento do IRRF sobre os dividendos distribuídos. Como regra geral, eventual acréscimo patrimonial proveniente da recompra de ações é classificado como ganho de capital no artigo 13, parágrafo 5, da Convenção Modelo da OCDE, tendo em vista que há a transferência jurídica da titularidade dos instrumentos patrimoniais. Como o artigo 13, parágrafo 5, da Convenção Modelo da OCDE atribui competência tributária exclusiva ao Estado da residência, essa operação evitaria a incidência do IRRF no Estado da fonte³⁴⁸.

³⁴⁸ Sobre o tema, conferir: BETTEN, Rijkele. Tax Treaty Interpretation: Income from the Purchase of Shares by the Issuing Company: Dividend and Capital Gain? **European Taxation**, vol. 33. Amsterdam:

Ao examinar o caso, as autoridades fiscais competentes poderiam considerar que um dos principais propósitos da operação foi obter o benefício do artigo 13, parágrafo 5, da Convenção Modelo da OCDE, que atribui competência exclusiva ao Estado da residência, afastando, assim, a possibilidade de cobrança de IRRF no Estado da fonte. Diante disso, as autoridades fiscais aplicariam a cláusula de PPT, para negar o benefício do artigo 13, parágrafo 5, da Convenção Modelo da OCDE. Porém, como o valor pago ao acionista na recompra de ações constitui um resultado proveniente da participação societária, o que estaria abrangido pela definição de dividendos do acordo de bitributação, o Estado da fonte poderia aplicar o artigo 10 da Convenção Modelo da OCDE, que autoriza a incidência do IRRF à alíquota máxima de 15%.

Observe-se que, neste exemplo, não houve a requalificação do ato ou negócio jurídico pela lei interna do Estado da fonte. A obrigação tributária surgiu sob a forma de IRRF incidente sobre o ganho de capital auferido na recompra de ações, tendo em vista que o Estado da fonte não possuía uma GAAR doméstica em vigor. No entanto, no âmbito do acordo de bitributação, a cláusula de PPT autoriza que as autoridades fiscais afastem a aplicação do artigo 13, parágrafo 5, da Convenção Modelo da OCDE e concedam um benefício alternativo. Como os tratados internacionais possuem um sistema próprio de alocação dos rendimentos em categorias distintas, que não necessariamente correspondem às existentes nas leis domésticas dos Estados, o benefício do artigo 10 da Convenção Modelo da OCDE foi aplicado, pois a definição de dividendos é ampla o suficiente para suportar a qualificação daquele rendimento. Por isso, um rendimento pode ser qualificado em outra cláusula distributiva do acordo de bitributação em virtude da aplicação da cláusula de PPT, ainda que o ato ou negócio jurídico correspondente não tenha sido objeto de requalificação com base em uma GAAR doméstica em vigor.

Entretanto, caso seja necessária a utilização de GAAR doméstica pelo Estado contratante para a requalificação dos fatos, a fim de que um benefício alternativo do acordo de bitributação seja concedido ao contribuinte na hipótese de aplicação da cláusula de PPT, a referida regra poderá ser aplicada, desde que não entre em conflito com cláusulas convencionais dos acordos de bitributação. Se houver conflito, a regra doméstica deve ser afastada, em virtude da prevalência do tratado internacional.

Bureau, 1993, pp. 424-426; PIZZONI, Barbara Emma. Conflicts of Qualification of Share Buy-backs. *Intertax*, vol. 34, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2006, pp. 18-19.

3.4 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE PPT E CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO

Segundo Michael Lang, a cláusula de PPT pode ser aplicada tanto pelo Estado da fonte, quanto pelo Estado da residência. Porém, como os Estados contratantes podem qualificar os fatos de maneira distinta, com a consequente aplicação de cláusulas distributivas diferentes, eventuais conflitos de qualificação podem surgir. Para o autor, o Estado de residência deve seguir o Estado da fonte na qualificação do rendimento em determinada cláusula distributiva do acordo de bitributação. Trata-se, assim, de uma espécie de extensão do “*new approach*”, adotado pela OCDE para os conflitos de qualificação em sentido estrito, nos casos envolvendo a aplicação da cláusula de PPT. De todo o modo, o autor reconhece que essa solução pode gerar conflitos entre os Estados, pois o Estado da residência pode alegar que houve perda na sua arrecadação fiscal³⁴⁹.

Na visão de Lang, a cláusula de PPT, além de causar divergências interpretativas entre os Estados contratantes de um acordo de bitributação, pode encorajar as autoridades fiscais do Estado da fonte a negarem os benefícios do tratado internacional, tendo em vista que o ônus de atenuar a potencial dupla tributação da renda recairá sobre o Estado da residência. Em última análise, esses potenciais efeitos da cláusula de PPT poderão provocar insegurança jurídica, além de inúmeras incertezas em relação às consequências decorrentes de sua aplicação em casos concretos³⁵⁰.

Na mesma linha, Erik Pinetz adverte que, se o Estado da fonte invocar a cláusula de PPT para qualificar o rendimento em outra regra distributiva do acordo de bitributação, o Estado de residência, pelo menos em princípio, deveria seguir a mesma qualificação, com o objetivo de evitar conflitos de qualificação e, conseqüentemente, a dupla tributação da renda. Porém, na prática, caso tenha que isentar o rendimento ou conceder um crédito de imposto superior ao inicialmente planejado em virtude da qualificação do rendimento em outra cláusula distributiva, o Estado da residência poderá se negar a seguir a qualificação adotada pelo Estado da fonte, o que poderá gerar conflitos de qualificação³⁵¹.

³⁴⁹ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing na Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 662-663.

³⁵⁰ LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing na Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014, pp. 662-663.

³⁵¹ PINETZ, Erik. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit**

A posição acima também é partilhada por Vikram Chand, que entende que, no caso de conflito de qualificação entre o Estado da fonte e o Estado da residência causado pela aplicação da cláusula de PPT, a controvérsia não deve ser resolvida via procedimento amigável, cabendo ao Estado de residência conceder o alívio à dupla tributação da renda de forma automática, tendo em vista que o Estado da fonte tributou um item da renda de acordo com o tratado internacional. Assim, com base na posição defendida pela OCDE desde o “*Partnership Report*” de 1999, Chand entende que o Estado da fonte, ao aplicar a cláusula de PPT, exerceu o seu poder de tributar em conformidade com as disposições do acordo de bitributação, de modo que o Estado da residência estaria obrigado a seguir a mesma qualificação, para efeito de aplicação do método do crédito ou da isenção^{352_353}.

Divergindo dos autores acima, Carlos Palao Taboada comenta que a aplicação da cláusula de PPT pode suscitar conflitos de qualificação, tanto em relação ao benefício alternativo a ser eventualmente concedido ao contribuinte, quanto em relação à requalificação dos atos ou negócios jurídicos praticados, a depender das particularidades do caso concreto e da forma como essa requalificação foi realizada. Por isso, o autor defende que, caso a aplicação da cláusula de PPT pelo Estado da fonte resulte na qualificação do rendimento em outra cláusula distributiva do acordo de bitributação, eventual conflito de qualificação deve ser resolvido pelos Estados contratantes via procedimento amigável, pois o Estado da residência pode discordar da qualificação do rendimento e se recusar a conceder o alívio à dupla tributação da renda³⁵⁴.

Seguindo posição semelhante, Blazej Kuzniacki aponta que as consequências legais da cláusula de PPT deveriam ter sido especificadas no seu próprio texto, seja no que tange à possibilidade de concessão de um benefício distinto, seja no que diz respeito à postura a ser adotada pelos Estados em caso de conflitos de qualificação. Na ausência de previsão expressa das consequências no próprio acordo de bitributação, Kuzniacki defende que eventuais conflitos de qualificação causados pela aplicação da cláusula de

Shifting (BEPS) The Proposals to Revise the OECD Model Convention. Series on International Tax Law, vol. 95. Wien: Linde, 2016, pp. 292-293.

³⁵² CHAND, Vikram. **The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)**. Tax Policy Series. Zurich: Schulthess, 2018, pp. 201-202.

³⁵³ Sobre conflitos de qualificação, conferir: ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas de Qualificação na Aplicação das Convenções contra a Bitributação Internacional. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 76**. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 33-36.

³⁵⁴ TABOADA, Carlos Palao. “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule”. **Bulletin for International Taxation**, vol. 69, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2015, pp. 605-607.

PPT devem ser resolvidos no âmbito do procedimento amigável, pois não haveria base legal para obrigar o Estado da residência a seguir a requalificação dos fatos proposta pelo Estado na fonte³⁵⁵.

David G. Duff, ao tratar de eventuais conflitos de qualificação decorrentes da requalificação dos fatos pelo Estado da fonte com base em sua GAAR doméstica, adverte que o outro Estado da residência pode não concordar com a obrigação que surgiu como consequência da aplicação da cláusula de PPT. Nesta hipótese, eventual conflito de qualificação poderá acarretar dupla tributação, salvo se os Estados optarem por recorrer ao procedimento amigável para a resolução da controvérsia³⁵⁶.

A respeito do tema, vale lembrar que a posição adotada pela OCDE para resolver conflitos de qualificação, desde o “*Partnership Report*” em 1999, é a de que o Estado da residência estaria obrigado a seguir a qualificação adotada pelo Estado da fonte, nos casos em que o rendimento tenha sido tributado de acordo com as disposições do acordo de bitributação. Essa solução está baseada na interpretação do artigo 23, parágrafo 1, da Convenção Modelo da OCDE, segundo o qual, quando o rendimento auferido por um residente de um Estado contratante for tributado no outro Estado contratante, “em conformidade com as disposições do acordo de bitributação”, o primeiro Estado contratante deve isentar o referido rendimento³⁵⁷.

Ocorre que, na prática, a dificuldade que surge consiste em saber quando o Estado da fonte tribudou o rendimento em conformidade com as disposições do acordo de bitributação (“*in accordance with the provisions of this Convention*”). Dada a natural abertura da cláusula de PPT, o Estado da residência pode entender que o Estado da fonte não aplicou essa cláusula convencional de forma correta, o que afastaria a sua obrigação de seguir a qualificação adotada pelo Estado da fonte.

³⁵⁵ KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018, pp. 272-275.

³⁵⁶ DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018, pp. 1004-1006.

³⁵⁷ “*where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which may be taxed in the other Contracting State, in accordance with the provisions of this Convention, (...) the first-mentioned State shall (...) exempt such income or capital from tax*” (OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 42).

Por tais motivos, é provável que, no caso de divergências entre os Estados contratantes a respeito da aplicação da cláusula de PPT, o procedimento amigável seja a única solução viável para resolver eventual controvérsia. Daí a importância, inclusive, do aprimoramento dos meios de soluções de controvérsias entre os Estados contratantes, seja por meio de revisão por pares (“*peer review*”), seja mediante arbitragem compulsória.

3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Atualmente, a posição da OCDE é no sentido de que as regras gerais antiabuso contidas nas legislações domésticas dos países são compatíveis com os acordos de bitributação, tal como previsto nos Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo de 2017. A OCDE justifica sua posição no fato de que as regras gerais antiabuso apenas requalificam os fatos que dão origem à obrigação tributária, de modo que as cláusulas distributivas do acordo de bitributação seriam aplicáveis aos fatos requalificados, tal como previsto na lei doméstica. Porém, para que não ocorra “*treaty override*”, a aplicação dessas regras domésticas não pode ser ilimitada. Para a OCDE, as regras domésticas antiabuso podem ser aplicadas desde que não entrem em conflito com cláusulas convencionais específicas dos acordos de bitributação³⁵⁸.

As GAARs domésticas podem ser aplicadas para combater o abuso dos acordos de bitributação, mas se houver conflito com cláusulas convencionais, essas últimas devem prevalecer no plano internacional, nos termos do artigo 26 da CVDT. Por isso, idealmente, o acesso indevido aos benefícios convencionais deve ser combatido por meio de regras antiabuso inseridas no acordo de bitributação, como é o caso da cláusula de PPT, cuja principal vantagem é expressar a intenção comum dos Estados contratantes.

A consequência legal imediata da aplicação da cláusula de PPT seria a negativa de um benefício do acordo de bitributação. Porém, nada impede que seja concedido benefício diverso do acordo de bitributação pela autoridade competente de um Estado contratante, adequado à substância econômica da transação. Esse benefício alternativo deve ser concedido ainda que não tenha sido incluída uma cláusula de alívio discricionário no acordo de bitributação, na medida em que a referida cláusula tem natureza meramente interpretativa, de modo que a sua ausência no tratado internacional não poderia ser

³⁵⁸ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version**. Paris: OCDE, 2017, p. 77.

invocada para restringir a possibilidade de concessão de benefício convencional distinto ao contribuinte. Portanto, na aplicação da cláusula de PPT, as autoridades fiscais poderão conceder um benefício diverso do acordo de bitributação para o contexto fático anterior (*status quo ante*), verificado antes da transação desconsiderada pela autoridade fiscal.

De um lado, há situações em que um benefício alternativo apenas poderá ser concedido caso haja a requalificação dos fatos por GAAR doméstica do Estado contratante, a fim de que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável ao contribuinte. De outro lado, há casos em que será possível a qualificação do rendimento em uma diferente cláusula distributiva do acordo de bitributação, ainda que os fatos não sejam requalificados pela legislação doméstica dos Estados contratantes. Isso é assim porque os acordos de bitributação possuem um sistema próprio de referência para a definição das categorias dos rendimentos, inclusive com definições próprias, que não necessariamente coincide com a natureza jurídica dos rendimentos e das respectivas operações no âmbito do direito interno dos Estados. Dessa forma, mesmo na ausência de requalificação dos fatos pela lei interna, seria possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, aplicar um benefício distinto do tratado internacional.

Por fim, a aplicação da cláusula de PPT pode suscitar conflitos de qualificação tanto em relação ao benefício alternativo a ser eventualmente concedido ao contribuinte, quanto em relação à requalificação dos atos ou negócios jurídicos praticados. Parte da doutrina defende que o Estado de residência deve seguir o Estado da fonte na qualificação do rendimento em determinada cláusula distributiva do acordo de bitributação. Porém, como não há previsão sobre o assunto no próprio acordo de bitributação, eventuais conflitos de qualificação causados pela aplicação da cláusula de PPT devem ser resolvidos via procedimento amigável, pois não há base legal para obrigar o Estado da residência a seguir a qualificação proposta pelo Estado na fonte.

CAPÍTULO IV: A CLÁUSULA DE PPT NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL

O quinto capítulo será direcionado à análise das cláusulas de PPT inseridas nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil³⁵⁹⁻³⁶⁰, bem como das particularidades do sistema tributário brasileiro, no qual o artigo 116, parágrafo único, do CTN, considerado como a regra geral antiabuso³⁶¹ no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não foi objeto de regulamentação pelo Poder Legislativo.

4.1 AS CLÁUSULAS DE PPT NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL

Os novos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil no atual cenário pós-Projeto BEPS (ou renegociados por este País, como, por exemplo, com a Argentina e com a Suécia) já incluem cláusulas de PPT nos mesmos moldes da redação proposta pela OCDE na Ação 6 do referido projeto, que foi incluída no MLI³⁶² e atualmente consta do artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE de 2017³⁶³.

³⁵⁹ A questão da prevalência dos acordos de bitributação no direito brasileiro não será tratada no presente trabalho. Apesar de o artigo 98 do CTN dispor que os tratados internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, adota-se como premissa no presente estudo que os acordos de bitributação funcionam como uma máscara sobre o direito interno. Assim, os dispositivos que continuarem visíveis serão aplicáveis no caso concreto e os que ficarem encobertos pela máscara não se aplicarão. (VOGEL, Klaus. **Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen**. 3ª Edição. Munique: Beck, 1996, p. 121, *apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação*. **Direito Tributário Atual n. 17**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 35).

³⁶⁰ Sobre os acordos de bitributação no direito brasileiro, conferir: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação*. **Direito Tributário Atual n. 17**. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 20-49; ROTHMANN, Gerd. **Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1978, p. 81.

³⁶¹ A análise a respeito da possibilidade de qualificação do artigo 116, parágrafo único do CTN como uma regra geral antiabuso será feita adiante.

³⁶² OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2017.

³⁶³ OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017, p. 50.

O acordo de bitributação firmado entre o Brasil e a Argentina foi renegociado em 2017, passando a prever, em seu artigo XXVII, parágrafo 1, que um benefício do referido acordo não será concedido se for razoável concluir, com base nos fatos e circunstâncias relevantes, que obter esse benefício constituiu um dos objetivos principais de uma operação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício, a menos que seja demonstrado que a concessão de tal benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes. Leia-se a referida cláusula:

“Não obstante outras disposições da presente Convenção, um benefício da presente Convenção não será concedido em relação a um componente de renda ou de capital se for razoável concluir, com base em todos os fatos e circunstâncias relevantes, que obter esse benefício constituiu um dos objetivos principais de um acordo ou operação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício, a menos que seja demonstrado que a concessão de tal benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes da presente Convenção”³⁶⁴

Em maio de 2018, o Brasil e a Suíça celebraram acordo de bitributação, ainda não ratificado no Brasil, cujo artigo 27, parágrafo 1, contém uma cláusula de PPT, nos mesmos moldes acima descritos³⁶⁵. Também em maio de 2018, o Brasil e Cingapura celebraram acordo de bitributação, ainda não ratificado no Brasil, que contém, em seu artigo 28, parágrafo 8, uma cláusula de PPT, cuja redação é idêntica àquela dos demais tratados internacionais assinados recentemente pelo Brasil. Há, ainda, no parágrafo 9 do referido artigo, uma cláusula de alívio discricionário, autorizando a concessão de outro benefício do acordo de bitributação no lugar do benefício negado, nos mesmos moldes da cláusula proposta pela OCDE no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS. Leia-se o parágrafo 9 do artigo 28:

³⁶⁴ Decreto n. 9.482, de 27 de agosto de 2018, que promulga o Protocolo de Emenda à Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e seu Protocolo, firmado em Mendoza, em 21/07/2017.

³⁶⁵ “Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um elemento de rendimento se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo comercial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.” (Convenção entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça para Eliminar a Dupla Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais. Acesso em 16/10/2019: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12129?s=su%C3%AD%C3%A7a&tipoPesquisa=1>)

“9. Quando um benefício deste Acordo for negado a uma pessoa nos termos do parágrafo 8, a autoridade competente do Estado Contratante que de outro modo teria concedido esse benefício deverá, ainda assim, tratar essa pessoa como tendo direito a esse benefício, ou a outros benefícios em relação a um item de rendimento específico, se essa autoridade competente, a requerimento dessa pessoa e após levar em consideração os fatos e circunstâncias relevantes, concluir que tal benefício teria sido concedido a essa pessoa na ausência da transação ou arranjo negocial referidos no parágrafo 8. A autoridade competente do Estado Contratante para a qual o requerimento tenha sido feito irá consultar a autoridade competente do outro Estado antes de rejeitar um requerimento feito, nos termos deste parágrafo, por um residente desse outro Estado.”³⁶⁶.

Entre o final de 2018 e meados de 2019, o Brasil celebrou acordos de bitributação, ainda não ratificados neste país, com os Emirados Árabes e com o Uruguai, além de ter renegociado o tratado internacional firmado com a Suécia, que também contém cláusulas de PPT, com a mesma redação transcrita acima, mas sem a inclusão de cláusulas de alívio discricionário^{367_368_369}.

³⁶⁶ Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República de Cingapura para Eliminar a Dupla Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais. Acesso em 16/10/2019: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12143?s=cingapura&tipoPesquisa=1>

³⁶⁷ “Artigo 29

Direito a Benefícios

4. Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um item de rendimento se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo negocial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.” (Convenção entre a República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos para Eliminar a Dupla Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais. Acesso em 16/10/2019: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12223?s=emirados%20arabes&tipoPesquisa=1>)

³⁶⁸ “ARTIGO XXVI-A

Direito a benefícios

9. Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um item de rendimento se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo negocial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.” (Protocolo de Emenda à Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda. Acesso em 16/10/2019: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12268?s=su%C3%A9cia&tipoPesquisa=1>)

³⁶⁹ “Artigo 29

Direito a Benefícios

9. Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um elemento de rendimento ou capital se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo negocial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto

Em todos os novos acordos de bitributação celebrados (ou renegociados) pelo Brasil foram incluídas cláusulas de PPT, nos mesmos moldes da redação proposta pela OCDE, o que demonstra certa concordância deste País com a regra formulada no âmbito da Ação 6 do Projeto BEPS, amplamente tratada no Capítulo II do presente estudo.

4.2 OUTRAS CLÁUSULAS ANTIABUSO INSERIDAS NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL

Além das cláusulas de PPT recentemente incluídas nos acordos de bitributação brasileiros acima mencionados, alguns acordos antigos celebrados pelo Brasil já traziam uma cláusula chamada de “Limitação de Benefícios”, mas com uma redação diferente da cláusula de LOB da Convenção Modelo dos Estados Unidos, que inspirou a Ação 6 do Projeto BEPS. A redação de um dos parágrafos das cláusulas de “Limitação de Benefícios” dos acordos de bitributação brasileiros antigos se aproxima de uma regra geral antiabuso inserida nos tratados internacionais, pois preveem que um benefício do referido tratado internacional poderá ser negado caso as autoridades fiscais entendam ter havido abuso.

Essa mesma “cláusula antiabuso” também foi inserida em outros acordos de bitributação brasileiros na seção “Disposições Diversas”, com a mesma redação mencionada acima, no sentido de que os benefícios do tratado internacional podem ser negados caso as autoridades fiscais entendam ter havido abuso. Diante disso, verifica-se um grau semelhante de discricionariedade concedido para as autoridades fiscais, tal como ocorre no âmbito da cláusula de PPT, com a diferença que o texto convencional é expresso no sentido de que o benefício somente pode ser negado em caso de abuso. Já na cláusula de PPT, essa adequação de seu escopo somente pode ser obtida por meio de interpretação.

e propósito das disposições relevantes desta Convenção.” (Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai para Eliminar a Dupla Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e sobre o Capital e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais. Acesso em 20/12/2019: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12291?TipoAcordo=BL&page=4&tipoPesquisa=2>)

O acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e Israel prevê que um benefício do referido acordo poderá ser negado a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, na opinião da autoridade competente, a concessão do benefício constituir um abuso do tratado internacional em conformidade com seus fins³⁷⁰. Leia-se a referida cláusula:

“ARTIGO 25

Limitação de Benefícios

2. Uma autoridade competente de um Estado Contratante poderá negar os benefícios da presente Convenção a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, em sua opinião, a concessão de tais benefícios constituir um abuso da Convenção em conformidade com seus fins. A autoridade competente do Estado Contratante envolvido comunicará a aplicação desta disposição à autoridade competente do outro Estado Contratante.”

Na mesma linha é o artigo 28 do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e o México, no qual há, também, previsão expressa no sentido de que os Estados contratantes podem aplicar suas regras domésticas antiabuso, sem que haja incompatibilidade com o acordo de bitributação. E, por fim, há uma cláusula de boa-fé, segundo a qual os contribuintes poderão demonstrar às autoridades fiscais que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação não foi um de seus principais propósitos, com a finalidade de não ter o referido benefício negado³⁷¹.

³⁷⁰ Decreto n. 5.576, de 8 de novembro de 2005, que promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Estado de Israel Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda, celebrada em Brasília, em 12/12/2002.

³⁷¹ “ARTIGO 28

Disposições Diversas

1. As autoridades competentes de ambos os Estados Contratantes poderão negar os benefícios desta Convenção, quando assim o acordarem nos termos do Artigo 25 da mesma, a qualquer pessoa ou em relação a qualquer operação, se, em sua opinião, a outorga dos benefícios da Convenção constitui um abuso desta Convenção considerando seu objeto e fim.

(...) 4. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa ao combate da evasão e elisão fiscal ou abuso da Convenção, inclusive as aplicáveis aos créditos respaldados.

5. Não obstante, uma pessoa que não tenha direito aos benefícios da presente Convenção conforme as disposições dos parágrafos 1 e 3 poderá demonstrar às autoridades competentes do Estado de que provêm os rendimentos seu direito aos benefícios da Convenção. Para tal efeito, um dos fatores que as autoridades competentes tomarão em consideração será o fato de que o estabelecimento, constituição, aquisição e manutenção de referida pessoa e a realização de suas atividades não teve como um de seus principais propósitos o de obter algum benefício em conformidade com esta Convenção.” (Decreto n. 6.000, de 26 de dezembro de 2006, que promulga a Convenção entre os Governos da República Federativa do Brasil e dos Estados Unidos Mexicanos Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda, celebrada na Cidade do México, em 25/09/2003).

Mais recentemente, cláusulas antiabuso semelhantes foram incluídas nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil com a Turquia, a Venezuela e a Rússia^{372_373_374}.

Conforme se verifica das cláusulas antiabuso mencionadas acima, mesmo antes do Projeto BEPS, o Brasil parecia concordar com um padrão antiabuso reduzido, na medida em que se atribui às autoridades fiscais competência para que estas neguem os benefícios do acordo de bitributação caso entendam haver abuso do tratado internacional. Porém, não há definição de abuso nos acordos de bitributação, tampouco qualquer exigência de apresentação de prova clara e convincente por parte das autoridades fiscais para negar os benefícios do tratado internacional, o que parece se aproximar dos padrões da cláusula de PPT da OCDE.

Embora as cláusulas acima transcritas sejam expressas em relação à necessidade de evidência de “abuso”, a menção à “opinião” da autoridade competente traz um enorme grau de discricionariedade, que a cláusula de PPT parece reduzir com a expressão “razoável concluir, com base em todos os fatos e circunstâncias relevantes”. Note-se que a redação da cláusula de PPT é alheia à relação entre Fisco e contribuinte, optando por mencionar os casos em que um benefício do acordo de bitributação não será concedido.

³⁷² “Artigo 28

Limitação de Benefícios

As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão negar os benefícios do presente Acordo a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, em sua opinião, a obtenção de tais benefícios, considerando-se as circunstâncias, constituiria um abuso do Acordo relativamente aos seus fins.” (Decreto n. 8.140, de 14 de novembro de 2013, que promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Turquia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmado em Foz do Iguaçu, em 16/12/2010).

³⁷³ “Artigo 28

Disposições Diversas

1. As autoridades competentes de qualquer dos Estados Contratantes poderão negar os benefícios desta Convenção a qualquer pessoa ou em relação a qualquer operação, se em sua opinião a outorga dos benefícios da Convenção constitui um abuso da Convenção considerando seu objeto.” (Decreto n. 8.336, de 12 de novembro de 2014, que promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Bolivariana da Venezuela para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada em Caracas, em 14/02/2005).

³⁷⁴ “ARTIGO 28

Limitação de Benefícios

1.As autoridades competentes de um Estado Contratante poderão negar os benefícios da presente Convenção a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, na sua opinião, a concessão desses benefícios constituir um abuso da Convenção em vista de seus fins.” (Decreto n. 9.115, de 31 de julho de 2017, que promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação Russa para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada em Brasília, em 22/11/2004).

Já as cláusulas antiabuso dos antigos acordos de bitributação brasileiros atribuem poder diretamente para as autoridades fiscais.

Essas diferenças de redação, embora não alterem significativamente o conteúdo das cláusulas, podem levar a resultados distintos em casos concretos, a depender das circunstâncias envolvidas e da autoridade responsável pela interpretação. De qualquer forma, as cláusulas antiabuso incluídas nos acordos de bitributação brasileiros antigos, assim como as diretrizes para sua interpretação, não serão objeto de análise no presente trabalho, que tem seu escopo reduzido ao estudo da cláusula de PPT incluída nos novos tratados internacionais celebrados pelo Brasil.

4.3 A COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE PPT COM O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

A respeito da cláusula de PPT inserida nos acordos de bitributação brasileiros, surge a questão de saber se as referidas cláusulas seriam compatíveis com o princípio da segurança jurídica consagrado na Constituição Federal do Brasil. Para enfrentar essa questão, é importante iniciar com uma breve análise do princípio da legalidade, da importância da inteligibilidade dos textos normativos e da sua relação com a segurança jurídica.

O artigo 150, inciso I, da CF dispõe que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. O princípio da legalidade tributária disposto no artigo 150, inciso I, da CF consagra tanto uma regra jurídica, que determina que o fato gerador do tributo e os seus elementos devem ser veiculados, com clareza e exaustividade, por meio de lei, quanto um princípio que concretiza valores do Estado Democrático de Direito e do sistema jurídico tributário, como a segurança jurídica³⁷⁵.

³⁷⁵ YAMASHITA, Douglas. **Direito Tributário - Uma Visão Sistemática**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

Importante mencionar que o princípio da legalidade não se encontra apenas no campo das limitações ao poder de tributar, mas também no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do artigo 5º, inciso II, da CF, que dispõe que “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, Luís Eduardo Schoueri aduz que o direito de não ser submetido à tributação, senão em virtude de lei, constitui garantia fundamental ao contribuinte que antecede o próprio Estado Democrático de Direito, como critério que legitima o poder de tributar³⁷⁶.

Assim, seria possível dizer que o princípio da legalidade tributária concretiza o princípio da segurança jurídica, tendo em vista que a exigência de lei para disciplinar a relação jurídico-tributária é um instrumento para a promoção da previsibilidade. Isso é assim porque, no âmbito tributário, o contribuinte apenas consegue antever os efeitos tributários dos seus atos ou negócios jurídicos se as leis tributárias forem editadas de forma clara e objetiva, preservando a segurança jurídica³⁷⁷.

Neste sentido, o princípio da segurança jurídica, fundado na concepção do Estado Democrático de Direito, concretiza a clareza e a determinação da lei tributária, ao consagrar valores como a previsibilidade, conforme aponta Douglas Yamashita³⁷⁸. Segundo Humberto Ávila, o termo “previsibilidade” denota a capacidade total de antecipar as consequências jurídicas da conduta. O autor aduz que o princípio da segurança jurídica confere ao cidadão a capacidade de prever os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, sabendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para as condutas estatais, o que denota “calculabilidade”³⁷⁹.

³⁷⁶ Nas palavras de Luís Eduardo Schoueri: “Com efeito, em matéria tributária o princípio da legalidade é anterior ao próprio Estado de Direito, constituindo corolário do direito de concordar com a tributação e controlar o modo como os recursos arrecadados são empregados” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *A Legalidade e o Poder Regulamentar do Estado: Atos da Administração como Condição para a Aplicação da Lei Tributária. Estudos de Direito Tributário – Em Homenagem a Roque Antonio Carrazza*, vol. 1. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, pp. 192-193).

³⁷⁷ FREGONESI JÚNIOR, Maucir. *Sistema Tributário Nacional – Doutrina, Prática e Reforma*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 50-53.

³⁷⁸ YAMASHITA, Douglas. *Direito Tributário – Uma Visão Sistemática*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

³⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, pp. 125-126.

Dessa forma, a clareza da lei tributária é exigência do princípio da segurança jurídica, que emana do Estado Democrático de Direito, pois quanto maior o grau de indeterminação de uma lei, mais excessiva será a margem de discricionariedade conferida à Administração Tributária³⁸⁰. Isso não significa que os princípios da legalidade e da segurança jurídica exigem a determinação absoluta e a certeza prévia quanto ao conteúdo dos textos legais, mas, sim, que o cidadão possa compreender os sentidos possíveis do texto normativo, conforme dispõe Humberto Ávila³⁸¹.

Partindo dos pressupostos acima, Gerd Willi Rothmann aponta que a cláusula de PPT seria incompatível com os princípios da legalidade, da certeza e da previsibilidade, inerentes ao Estado Democrático de Direito, em razão de sua indeterminação e subjetividade. Além disso, o autor aduz que a cláusula de PPT dispensa prova cabal por parte das autoridades fiscais, o que abre margem para elevada discricionariedade na sua aplicação e, conseqüentemente, potenciais arbitrariedades³⁸².

Nessa mesma linha, Karem Jureidini Dias e Raphael Assef Lavez afirmam que a vagueza da cláusula de PPT acaba por atribuir ampla margem de discricionariedade para as autoridades fiscais, o que pode causar violação ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista não haver previsibilidade das conseqüências jurídicas dos comportamentos dos contribuintes³⁸³. Carlos Renato Vieira e Flavio Carvalho também comentam sobre a vagueza da cláusula de PPT, bem como dos termos indeterminados utilizados em sua redação, como, por exemplo, a expressão “razoável concluir”. Para esses autores, esse baixo padrão de prova exigido para a aplicação da cláusula de PPT não se compagina com a necessidade de busca da verdade material pelas autoridades fiscais³⁸⁴.

³⁸⁰ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito Tributário (Steuerrecht)**, vol. 1. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 245.

³⁸¹ Nas palavras de Humberto Ávila: “os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis. É neste sentido que se fala em determinabilidade e certeza (relativa) do Direito” (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 123).

³⁸² ROTHMANN, Gerd Willi. O *Principal Purpose Test* Previsto na Ação 6 do BEPS. **Anais – VII Congresso Brasileiro De Direito Tributário Internacional**. São Paulo: IBDT, 2019, pp. 47-54. Disponível em: <https://ibdt.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/LivroAnais_VIICongresso_001-454_27Set2019.pdf>. Acessado em 06/01/2020.

³⁸³ DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. Influências do Projeto BEPS nos Novos Acordos para Evitar a Dupla Tributação Firmados pelo Brasil. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (coord). **Plano BEPS**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 430-431.

³⁸⁴ VIEIRA, Carlos Renato; CARVALHO, Flavio. A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e**

Assim, em razão da falta da previsibilidade da cláusula de PPT, decorrente do alto grau de discricionariedade concedido para as autoridades fiscais, que poderão negar os benefícios de um acordo de bitributação para os contribuintes caso seja “razoável concluir” que a obtenção desses benefícios foi um dos principais propósitos de uma transação ou arranjo, seria possível afirmar que, em princípio, esta cláusula não seria compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica.

Vale esclarecer que o termo “discricionariedade”, tal como utilizado neste contexto, se refere à margem de liberdade inerente ao processo de construção da norma jurídica pelo intérprete. Partindo-se da premissa de que norma jurídica é construída ou reconstruída pelo intérprete a partir da interpretação dos textos normativos³⁸⁵, é forçoso reconhecer que poderá haver um espaço para discricionariedade no processo de adjudicação de sentido, não apenas em virtude de eventual carga valorativa, mas também porque os termos utilizados na cláusula de PPT podem ser ambíguos e os seus significados vagos. Assim, a discricionariedade ora examinada não possui relação com o conceito de “discricionariedade administrativa”, no qual o administrador pode exercer um juízo de conveniência e oportunidade em relação ao mérito do ato administrativo³⁸⁶.

De fato, o problema da “discricionariedade” na cláusula de PPT reside na faculdade conferida à autoridade fiscal para criar, nos limites estabelecidos pela interpretação (ou seja, na área da “moldura” ou do “quadro normativo”), a norma jurídica que, em última análise, negará o acesso aos benefícios do acordo de bitributação. A vagueza e ambiguidade dos termos utilizados na redação da cláusula de PPT amplia a margem de discricionariedade do intérprete-aplicador, que fica livre para escolher o sentido que lhe convier, dando azo a um possível “decisionismo” fiscalista. Assim, ainda que a ideia de discricionariedade seja inerente à interpretação jurídica, o cenário se agrava na cláusula de PPT, cuja redação oferece poucas amarras para o necessário controle intersubjetivo da sua aplicação, no plano da teoria da argumentação jurídica.

Peculiaridades de Países em Desenvolvimento. Vol. II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-10.

³⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Competências Tributárias – um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito.** São Paulo: Malheiros, 2018, p. 42; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 759.

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 69-76.

Note-se que a ambiguidade constitui um problema essencialmente designativo, pois está relacionada à dificuldade de acesso a uma definição precisa e exata do termo, ao passo que a vagueza está relacionada à dificuldade de enquadramento de determinadas situações, objetos ou subclasses em determinada significação³⁸⁷.

No caso da cláusula de PPT, pode haver problemas de ambiguidade, pois determinados termos utilizados em sua redação podem dificultar o acesso a uma significação plena, tais como “benefício”, “fatos e circunstâncias relevantes”, “um dos objetivos principais de um arranjo ou transação” e “objeto de propósito das disposições relevantes”. Não obstante, a maior dificuldade na aplicação da cláusula de PPT está relacionada à vagueza, em virtude da complexidade para a definição das condições necessárias e suficientes para o enquadramento de casos concretos em seu âmbito normativo. Isso faz com que seja difícil definir as transações que ficarão sujeitas à aplicação da cláusula de PPT, sobretudo em situações fáticas consideradas limítrofes³⁸⁸.

Embora certa margem de “discricionariedade” seja inerente ao processo de construção da norma jurídica, o problema da cláusula de PPT, principalmente em face do princípio da segurança jurídica, está justamente no grau de abertura que concede para uma postura voluntarista por parte das autoridades fiscais, que podem aplicar essa disposição para negar o acesso a benefícios do acordo de bitributação a partir de sua subjetividade individual, sem critérios rigorosos de coerência e inteligibilidade.

A cláusula de PPT permite que as autoridades fiscais ajam de forma particularista e relativista, sem base em critérios objetivos para constranger as suas interpretações. Daí a importância da hermenêutica jurídica e da teoria da argumentação jurídica para controle do ato de aplicação da cláusula de PPT e de sua fundamentação, a fim de que a “discricionariedade” inerente à interpretação da referida cláusula (e a própria interpretação jurídica) não se transforme em “arbitrariedade”.

³⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a sua Linguagem**. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, pp. 76-77. A respeito de ambiguidade e vagueza, conferir também: ÁVILA, Humberto. **Competências Tributárias – um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 42.

³⁸⁸ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2nd Edition. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 128-129.

Como a cláusula de PPT foi incluída em diversos acordos de bitributação brasileiros, parece haver concordância com sua redação pelo Poder Executivo, responsável pela negociação dos tratados internacionais, bem como pelo Poder Legislativo (nos casos ratificados até o presente momento), que deve aprovar tais tratados. Por essa razão, deve-se buscar uma interpretação que torne a cláusula de PPT conciliável com o princípio da segurança jurídica, de modo que possa ser aplicada no Brasil.

Conforme mencionado anteriormente, Humberto Ávila classifica as provas conforme grau de convencimento: (i) prova irrefutável; (ii) prova acima de qualquer dúvida razoável; (iii) prova clara e convincente; e (iv) prova verossimilhante³⁸⁹. Em rigor, para que a cláusula de PPT se compatibilize com o princípio da segurança jurídica, seria necessário exigir a apresentação de prova clara e convincente por parte das autoridades fiscais brasileiras, justamente por se tratar de situação em que se nega a aplicação de um direito (benefício) outorgado ao contribuinte pelo acordo de bitributação.

O raciocínio a partir das provas é necessariamente indutivo³⁹⁰, mas é preciso que o grau de probabilidade exigido da Administração Tributária, que pretende negar a aplicação de um direito garantido pelo acordo de bitributação, seja mais elevado, pois cabe a ela o ônus de demonstrar que o contribuinte, inicialmente coberto pelo âmbito subjetivo de aplicação do tratado internacional (artigos 1 e 4), deixou de ser digno de proteção. Isso é assim em razão da relação assimétrica entre o Estado e o contribuinte, da restrição aos direitos de liberdade, propriedade e auto-organização do contribuinte e dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Trata-se, portanto, de mera decorrência dos parâmetros constitucionais que orientam a relação jurídico-tributária.

Assim, a apresentação de prova clara e convincente pelas autoridades fiscais brasileiras, apta a demonstrar que determinada transação foi realizada com o principal propósito (ou um dos principais propósitos) de obter um benefício do acordo de bitributação, é o primeiro passo para a compatibilização da cláusula de PPT com o princípio da segurança jurídica.

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: Standards de Prova e os Critérios de Solidez da Inferência Probatória. **Revista de Processo n 282**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 117-118.

³⁹⁰ COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e sua Prova**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 153-199.

Cumprе ressaltar que os fatos e circunstâncias relevantes devem ser levados em consideração pelas autoridades fiscais na análise da transação, conforme exige a redação da cláusula de PPT. Isso significa que indícios de “artificialidade” deverão ser verificados para que se justifique a negativa dos benefícios do acordo de bitributação, na linha das diretrizes apresentadas para a correta aplicação da cláusula de PPT.

Isso é assim porque, conforme defendido anteriormente, o elemento subjetivo da cláusula de PPT, qual seja, a intenção do contribuinte de realizar a transação com o propósito (ou um dos principais propósitos) de obter o benefício do acordo de bitributação, deve ser analisado objetivamente, por meio dos fatos e circunstâncias relevantes. Daí decorre que, se os fatos e circunstâncias relevantes revelarem indícios de artificialidade de uma transação, que foi realizada com o intuito de obter um benefício do acordo de bitributação, o elemento subjetivo estará justificado. A prova clara e convincente a ser apresentada pelas autoridades fiscais brasileiras demonstrará justamente os indícios de artificialidade que justificarão a aplicação da cláusula de PPT.

Caso contrário, se não houver indício de artificialidade, mas, sim, uma transação ou arranjo genuíno, com propósitos extra tributários, ainda que a obtenção do benefício do acordo de bitributação tenha sido levada em consideração pelo contribuinte, isto não será suficiente para que este benefício seja negado, o que é confirmado, inclusive, pelos exemplos trazidos pelo Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS da OCDE, responsável pela elaboração da redação da cláusula de PPT repetida nos tratados internacionais brasileiros. Afinal, aplicar a cláusula de PPT para transações genuínas iria contra o objetivo e finalidade primordiais do acordo de bitributação, qual seja, o desenvolvimento das relações transnacionais, conforme mencionado no Capítulo II do presente trabalho.

Partindo da premissa de que a cláusula de PPT poderia ser compatível com a Constituição Federal, caso sua aplicação ficasse condicionada à apresentação de prova clara e convincente por parte das autoridades fiscais, demonstrando que determinada transação ou arranjo foi conduzida com o principal propósito (ou um dos principais propósitos) de obter um benefício do acordo de bitributação, passa-se a analisar de que forma essa cláusula seria aplicada para negar os benefícios dos acordos de bitributação para os contribuintes e quais seriam as possíveis consequências de sua aplicação concreta, com base no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, é preciso iniciar com a análise dos mecanismos previstos no direito brasileiro para o combate ao abuso.

4.4 A REGRA GERAL ANTIABUSO EXISTENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em primeiro lugar, é importante mencionar que, no âmbito tributário, o artigo 149, inciso VII, do CTN aduz que as autoridades fiscais poderão revisar de ofício o lançamento tributário nos casos em que o sujeito passivo agir com dolo, fraude ou simulação. Leia-se o referido dispositivo legal:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
(...) VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.”

Diante disso, passa-se a examinar esses vícios de existência e de validade dos atos ou negócios jurídicos, que autorizam a sua desconsideração ou requalificação por parte das autoridades fiscais no direito tributário brasileiro.

4.4.1 Simulação

Atualmente, a alegação de simulação é a forma mais utilizada pelas autoridades fiscais brasileiras para desconsiderar os efeitos das operações praticadas por contribuintes que geram economia tributária. O referido instituto está definido no artigo 167 do Código Civil (Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – “CC”), que dispõe o seguinte:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

Nos termos do artigo 167 do CC, a primeira modalidade de simulação trata da hipótese de interposição de pessoa que, na realidade, não participa do negócio jurídico. A segunda modalidade alcança os negócios jurídicos praticados com declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira. Já a terceira modalidade trata dos instrumentos particulares antedatados ou pós-datados, que podem ser utilizados, no âmbito do direito tributário, para diferir ou postergar a ocorrência do fato gerador.

Silvio de Salvo Venosa dispõe que é necessário diferenciar simulação absoluta e simulação relativa. A simulação absoluta é aquela em que o negócio jurídico é inteiramente simulado. Ou seja, as partes não pretendem praticar qualquer negócio jurídico e criam uma realidade artificial. Já a simulação relativa é aquela em que as partes pretendem realizar um negócio, mas diferente daquele que se apresenta, havendo uma relação jurídica encoberta pelo negócio jurídico simulado. Nesta última, o negócio jurídico dissimulado subsistirá se válido for na substância e na forma³⁹¹.

Contudo, no âmbito tributário, as estruturas de planejamento fiscal elaboradas pelos contribuintes não contemplam negócios jurídicos facilmente identificáveis como simulados, razão pela qual a causa do negócio jurídico também deve ser analisada. Dessa forma, haverá simulação quando houver incompatibilidade entre a causa do negócio jurídico e o escopo prático almejado pelas partes, o que se percebe através da análise dos efeitos emitidos pelo negócio jurídico praticado no caso concreto³⁹².

Sobre o assunto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior dispõe que a legitimidade ou não de um ato ou negócio jurídico não depende da análise da intenção do contribuinte, mas, sim, da realização, ou não, de atos reais que produzam efeitos compatíveis com a causa dos negócios jurídicos praticados³⁹³.

³⁹¹ Nas palavras do autor: “Há simulação absoluta quando o negócio é inteiramente simulado, quando as partes, na verdade, não desejam praticar ato algum. Não existe negócio encoberto porque realmente nada existe. (...) Na simulação relativa, pelo contrário, as partes pretendem realizar um negócio, mas de forma diferente daquele que se apresenta. Há divergência, no todo ou em parte, no negócio efetivamente efetuado. Aqui existe ato ou negócio dissimulado, oculto, que forma um complexo negocial único. Desmascarado o ato simulado pela ação de simulação, aflora e prevalece o ato dissimulado, se não for contrário à lei nem prejudicar terceiros.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 526-527).

³⁹² FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. Planejamento tributário- entre o Positivismo Formalista e o Pós-positivismo Valorativo: a Nova Fase da Jurisprudência Administrativa e os Limites para a Desconsideração dos Negócios Jurídicos. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 223**. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 41-42.

³⁹³ Nas palavras do autor: “Não se tratando de vício de vontade, mas de invalidade, ou o ato é inválido ou é válido. Se é inválido, nada subsiste. Mas se, sob a máscara da simulação, está um ato válido, este haverá de subsistir. Mas o negócio dissimulado subsiste não porque as partes, embora ocultando-o, verdadeiramente o queriam, mas porque o negócio dissimulado preenche os requisitos de validade. É a validade na substância e na forma que dá ao negócio dissimulado a sua subsistência jurídica. Ou seja, o problema não está na vontade séria, mas na causa, substancial e formal, do negócio: o ‘vício’ não está na vontade, mas na causa do negócio. Por consequência, a subsistência do negócio dissimulado também não está na vontade real (séria) das partes, mas na causa que motivou o negócio e que, nessa condição, obedece aos requisitos de validade. (...) Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a ‘real’ intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio de. Simulação e negócio jurídico indireto. **Revista Fórum de Direito Tributário n. 48**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, pp. 13 e 22).

Nessa linha, Bruno Fajersztajn e Ramon Tomazela Santos pontuam que a teoria causalista é aquela que considera como simulação a prática de negócio jurídico que não condiz com a respectiva causa, assim entendida a sua atribuição econômica e social, o que demonstra que a essência do negócio exteriorizado não se materializou na realidade fática. Porém, os autores aduzem que, apesar de a teoria causalista, em sua acepção clássica, desprezar a vontade subjetiva das partes, prevalece na doutrina nacional o entendimento de que a referida teoria é complementada pela teoria voluntarista, que leva em consideração a intenção do contribuinte^{394_395}.

Ricardo Mariz de Oliveira aduz que o comportamento real e o comportamento simulado são produtos da vontade das partes, que escolhem não se comportar conforme a causa do negócio jurídico exteriorizado. O comportamento que não esteja de acordo com a causa do negócio jurídico demonstra a realidade desejada pelas partes. Dessa forma, a desconformidade entre a vontade interior e o ato ostensivo (teoria voluntarista) e a confrontação entre o ato externo e a respectiva causa (teoria causalista) constituem apenas maneiras distintas para revelar a simulação³⁹⁶.

Não se pretende, no presente estudo, aprofundar a análise a respeito das divergências doutrinárias existentes acerca do tema mencionado acima, tampouco acerca dos institutos de direito privado tratados a seguir. Porém, é importante contextualizar os diferentes institutos e as diversas posições teóricas sobre o assunto, porque refletem a razão pela qual inúmeros julgados proferidos pelo CARF trazem soluções diferentes para casos de planejamento tributário com estruturas semelhantes, como bem observam Bruno Fajersztajn e Ramon Tomazela Santos³⁹⁷.

³⁹⁴ FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. Planejamento tributário- entre o Positivismo Formalista e o Pós-positivismo Valorativo: a Nova Fase da Jurisprudência Administrativa e os Limites para a Desconsideração dos Negócios Jurídicos. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 223**. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 41-42.

³⁹⁵ Sobre o tema, conferir: ALVEZ, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário n. 1**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, pp. 11-20.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A simulação no Código Tributário Nacional e na prática. **Revista Direito Tributário Atual n. 27**. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 565.

³⁹⁷ FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. Planejamento tributário- entre o Positivismo Formalista e o Pós-positivismo Valorativo: a Nova Fase da Jurisprudência Administrativa e os Limites para a Desconsideração dos Negócios Jurídicos. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 223**. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 41-42.

Essa análise da jurisprudência é importante para entender como as estruturas de planejamento tributário são combatidas no direito brasileiro, seja porque o conceito de simulação vem sendo utilizado de forma ampla pelas autoridades fiscais, seja porque, apesar da ausência de uma regra geral antiabuso regulamentada no ordenamento jurídico, como se verá adiante, o CARF, ainda assim, utiliza a teoria do propósito negocial para desconsiderar negócios jurídicos praticados pelo contribuinte³⁹⁸. Essa análise da jurisprudência será relevante para a compreensão da cláusula de PPT e sua aplicação ao direito brasileiro. Em razão da escassez de precedentes em casos envolvendo o uso de acordos de bitributação, é importante analisar casos domésticos de planejamento tributário, para que fique clara a posição do CARF sobre o tema.

Inúmeros casos de planejamento tributário têm sido questionados pelas autoridades fiscais, sob o argumento de que se tratam de simulação, hipótese em que há base legal no ordenamento jurídico brasileiro para que os negócios jurídicos praticados pelos contribuintes sejam requalificados. Em alguns desses casos, o CARF manifestou entendimento no sentido de que não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as consequências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia fiscal³⁹⁹.

Como exemplo, ao tratar de reorganização societária envolvendo a concentração de atividades em uma única entidade, o CARF decidiu que não se pode desconsiderar o caminho adotado pelo contribuinte apenas por ser o menos oneroso sob o ponto de vista tributário, pois se a operação efetivamente ocorreu na forma como exteriorizada, não há que se falar em simulação. O referido caso analisava a possibilidade de compensação de prejuízo fiscal após a reorganização societária⁴⁰⁰.

³⁹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Desafio do Planejamento Tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). **Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho dos Contribuintes de 2002 a 2008**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 15-16.

³⁹⁹ Em caso envolvendo ágio na aquisição de participação societária, restou consignado que: “Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as consequências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1402-001.954, de 25/03/2015).

⁴⁰⁰ Restou consignado no voto do relator que o planejamento tributário legítimo é parte das obrigações do administrador, que deve buscar a maximização dos lucros da companhia. Leia-se trecho do voto do relator: “Nessa linha de raciocínio, constato que havia múltiplos caminhos que poderiam conduzir ao objetivo

No mesmo sentido, o CARF decidiu que não é simulação o desmembramento de atividades por empresas do mesmo grupo econômico, objetivando racionalizar as operações e diminuir a carga tributária. Na decisão, restou consignado que “simular é o ato de fingir, mascarar, esconder a realidade, camuflar o objetivo de um negócio jurídico valendo-se de outro, eis que o objetivo intentado seria alcançado por negócio diverso (...) Não é simulação o desmembramento”⁴⁰¹.

Em um caso envolvendo a transferência de um imóvel de uma pessoa jurídica para outra via cisão parcial, com a subsequente venda do bem por esta última para terceiros, o CARF entendeu não se tratar de simulação, mas, sim, de negócio jurídico indireto, pois os resultados buscados pelo contribuinte eram lícitos, não sendo necessário optar pelo caminho mais oneroso do ponto de vista fiscal. Além disso, embora a finalidade da operação tenha sido a redução da base tributável antes da ocorrência do fato gerador do imposto de renda sobre o ganho de capital, a nova sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhe são próprios, e não para dissimular outros negócios jurídicos⁴⁰².

Sobre o instituto do negócio jurídico indireto, Bruno Fajersztajn e Ramon Tomazela Santos comentam que não há definição autônoma no Direito Privado. Para os autores, no negócio jurídico indireto, as partes observam a estrutura, a disciplina e as consequências jurídicas do negócio jurídico adotado, mas alcançam efeito que não é seu escopo imediato. Porém, não há simulação na medida em que as partes se submetem ao regime jurídico do negócio jurídico e aos seus efeitos e consequências⁴⁰³.

almejado. O grupo empresarial adotou uma alternativa que lhe permitiria, para além da pretendida concentração de atividades, obter também benefícios tributários. E não vislumbro nisso qualquer irregularidade. O planejamento tributário, dentro da lei e livre de atos simulados ou de outra forma viciados, é mesmo parte das obrigações do administrador responsável, o qual deve buscar a maximização dos lucros da companhia. Se vários caminhos conduziam ao mesmo resultado (a concentração das atividades), não vejo como se poderia obrigar o grupo empresarial a adotar o caminho mais oneroso em termos tributários.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1302-001.610, de 03/02/2015).

⁴⁰¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 3302-003.138, de 17/03/2016.

⁴⁰² Leia-se trecho da ementa: “Nem toda ação ou omissão do contribuinte com o fito de reduzir sua base tributável antes da ocorrência do fato gerador pode ser enquadrada como fraudulenta, pois somente aquelas que sejam ilícitas poderiam levar a tal conclusão. Não se pode enquadrar como simulação a cisão realizada para constituir uma outra sociedade, com o fim de que esta viesse a alienar o bem recebido em integralização, pois se trata apenas de um negócio jurídico indireto, pelo qual a nova sociedade é constituída para surtir os efeitos que lhes são próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1302-002.062, proferido em 21/03/2017).

⁴⁰³ FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. Planejamento tributário- entre o Positivismo Formalista e o Pós-positivismo Valorativo: a Nova Fase da Jurisprudência Administrativa e os Limites para a Desconsideração dos Negócios Jurídicos. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 223**. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 41-42.

Em sentido semelhante, Tércio Sampaio Ferraz Junior aponta que o negócio jurídico indireto envolve a utilização de negócio jurídico típico, mas para atingir uma finalidade distinta daquela inicialmente prevista no ordenamento jurídico e que constitui a real motivação das pessoas envolvidas. Não se trata, portanto, de uma categoria específica de negócio jurídico, mas do modo de utilização, por via oblíqua, de um negócio jurídico típico para obter um efeito prático distinto visado pelas partes⁴⁰⁴.

Apesar de terem sido proferidos alguns acórdãos em favor dos contribuintes pelo CARF, conforme exemplificado acima, a maior parte dos precedentes administrativos é desfavorável, sendo as operações caracterizadas como simuladas nos casos em que foi verificada a presença de indícios que demonstraram o caráter artificioso ou não-verdadeiro da operação. Alguns exemplos envolvem a compensação de prejuízos fiscais no contexto de incorporação de empresa, tendo sido alegado pelo CARF que a definição jurídica do papel desempenhado pelas partes na operação de incorporação não correspondia aos fatos praticados pelo contribuinte, pois a sociedade incorporadora era quem perdia sua identidade, assumindo as características da sociedade incorporada^{405_406}.

Em casos envolvendo a segregação de atividades em duas sociedades com a finalidade de poder optar por sistemática de tributação mais favorável para fins de imposto de renda da pessoa jurídica, o CARF manifestou entendimento no sentido de que estará caracterizada a simulação se inexistir a separação efetiva e material entre as atividades, mas apenas formal^{407_408_409}.

⁴⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio de. Simulação e negócio jurídico indireto. **Revista Fórum de Direito Tributário n. 48**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 19.

⁴⁰⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdãos n. 1301-002.157, de 05/10/2016; n. 1102-001.252, de 26/11/2014; e n. 1102-001.239, de 25/11/2014.

⁴⁰⁶ Neste sentido, leia-se ementa de caso julgado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF: “A solução de questões relativas à compensação de prejuízos fiscais cujo aproveitamento se dá no contexto de incorporação de empresa não está em critérios jurídicos abstratos que tratam desse tipo de evento societário, mas sim na análise concreta dos fatos de cada caso. Restando evidenciado que a holding incorporadora deixou de existir e que toda a atividade após o evento da incorporação derivava da empresa operacional incorporada, com o nome desta e no seu endereço, não pode ser admitido que os lucros da empresa operacional (que continuou existindo) sejam compensados com os prejuízos da holding (que deixou de existir)” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 9101-002.341, de 05/05/2016).

⁴⁰⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 3402-003.043, de 27/04/2016.

⁴⁰⁸ No mesmo sentido, vide: BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 9101-002.397, de 14/07/2016.

⁴⁰⁹ Leia-se trecho da ementa de acórdão neste sentido: “A ausência de efetiva segregação entre as entidades e a consequente constatação de que as pessoas jurídicas realizam uma única atividade permite a reunião e a tributação conjunta, como uma única empresa” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1401-001.819, de 21/03/2017).

É importante mencionar que, na análise de casos de planejamento tributário pelo CARF, há uma certa confusão na investigação da existência de simulação, pois, em diversos julgados, se afirma que a economia tributária apenas pode ser alcançada de forma legítima se o contribuinte tiver outras razões empresariais e econômicas para adotar determinada estrutura, sob pena de ser alegada a falta de propósito negocial, conforme mencionado a seguir. Dito de outra forma, mesmo nos casos em que não há patologia no negócio jurídico praticado pelo contribuinte, alega-se a existência de simulação com base na mera falta de propósito negocial, o que demonstra certo equívoco entre os institutos.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”) decidiu desfavoravelmente ao contribuinte ao analisar caso que envolveu a criação de sociedade com integralização de capital social subscrito com bem do ativo não circulante, alienado posteriormente, reduzindo a base tributável relativa ao ganho de capital, por entender que a transação era simulada, o que era reforçado pela falta de propósito negocial, o que demonstra confusão entre os institutos⁴¹⁰. Luís Flávio Neto, conselheiro do CARF à época do julgamento, registrou voto divergente no julgamento do caso mencionado, deixando claro que “para se verificar a ocorrência de simulação não se teria relevância o efetivo propósito de uma operação, como a economia de tributos. Interessaria demonstrar que, por meio dos negócios jurídicos apresentados pelo contribuinte, foram ocultadas do Fisco a verdadeira configuração dos atos praticados pelo contribuinte”. E continuou dizendo que:

“a fiscalização, no presente caso, não se desincumbiu do ônus de provar a simulação, a fraude ou o dolo da evasão de tributos. Partiu-se, na verdade, de concepções de propósito negocial e da intervenção apriorística na liberdade de organização patrimonial. Os negócios jurídicos realizados (...) não se desviaram da causa típica atinente à espécie, à ‘função prática que caracteriza o negócio jurídico, em garantia da qual o direito concede a sua tutela’. Diante dos fatos ventilados (...) não há elementos suficientes para aferir se foram praticados ou não atos simulados, fraudulentos ou dolosos.”

⁴¹⁰ Leia-se trecho da ementa: “GANHO DE CAPITAL. CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. O sólido e convergente acervo probatório produzido nos autos demonstra que o contribuinte valeu-se da criação de uma sociedade, para a alienação de bens classificados em seu ativo permanente, evadindo-se da devida apuração do respectivo ganho de capital, por meio de simulação, que é reforçada pela ausência propósito negocial para sua realização (...)” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 9101-002.429, de 18/08/2016).

Ou seja, verifica-se que, nos casos em que as autoridades fiscais não conseguem comprovar que houve simulação, a desconsideração de atos e negócios jurídicos ocorre em razão da falta de propósito negocial, o que não tem base legal no ordenamento jurídico brasileiro.

4.4.2 *Abuso de direito*

A falta de propósito negocial também é tratada, em determinados julgados do CARF, como se abuso de direito fosse. Porém, o abuso de direito somente será caracterizado quando o seu titular exerce o seu direito com o objetivo de causar dano a terceiro, cometendo ato ilícito, nos termos do artigo 187 do CC, abaixo transcrito:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

A esse respeito, é importante pontuar que não se verifica abuso de direito na prática de negócios jurídicos visando a evitar a incidência tributária, tendo em vista que não há qualquer norma que impeça o contribuinte de estruturar suas atividades dentro dos ditames legais, da forma que lhe pareça mais conveniente, ainda que a escolha seja menos onerosa sob o enfoque do direito tributário⁴¹¹⁻⁴¹².

Nessa linha, a prática de negócio jurídico com o objetivo de obter economia tributária não pode ser vista como ato ilícito, pois se trata de exercício regular de um direito reconhecido, nos termos do artigo 188, inciso I, do CC⁴¹³. Além disso, o livre exercício de atividade econômica é protegido pela Constituição Federal do Brasil, o que garante a possibilidade de busca por economia tributária, nos termos de seu artigo 170, parágrafo único⁴¹⁴.

⁴¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. **Revista Direito Tributário Atual n. 24**. São Paulo: Dialética e IBDT, 2010, pp. 348-349.

⁴¹² OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Planejamento Tributário – Teoria e Prática perante o Imposto de Renda. **Planejamento Fiscal – Teoria e Prática**. 2º Volume. São Paulo: Dialética, p. 113.

⁴¹³ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;”

⁴¹⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Ademais, para a caracterização do abuso de direito, deve haver a violação a direito alheio. Porém, ainda que a arrecadação de tributos seja um direito da coletividade, respaldado pela supremacia do interesse público, este apenas se materializa com a ocorrência do fato gerador. Dessa forma, se no planejamento tributário o contribuinte não concretiza o fato gerador, não há abuso de direito, conforme aduz Luís Eduardo Schoueri⁴¹⁵.

Assim, as autoridades fiscais não podem querer reprimir a liberdade do contribuinte de se auto organizar, dado que operações praticadas com substância econômica e sem simulação, ainda que motivadas por economia tributária, são lícitas e aptas a produzir os efeitos fiscais delas decorrentes. Nesta linha, Alberto Xavier defende que o princípio da legalidade constitui uma garantia individual que tem por finalidade a proteção dos direitos do contribuinte, como, por exemplo, o direito de liberdade econômica, no qual se inclui a liberdade de contratar, sendo que os atos sujeitos à tributação são aqueles constantes “de um catálogo taxativo de tributos”. O autor prossegue dizendo que o princípio da liberdade de contratar não está sujeito a qualquer restrição infraconstitucional fundamentada em razões de ordem tributária, pois a liberdade econômica é um direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal, que considera “a livre iniciativa fundamento da República Federativa do Brasil”⁴¹⁶.

Isto posto, restando afastada a possibilidade de caracterização do abuso de direito na busca do caminho menos oneroso sob o ponto de vista tributário, conclui-se que a falta de propósito negocial não poderia ser utilizada pelo CARF como justificativa para desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelos contribuintes. Isso porque, como a busca por economia tributária é assegurada pela própria Constituição Federal do Brasil, é certo que a falta de propósito fiscal não constitui motivo ilícito, apto a ensejar a nulidade do negócio jurídico, na forma do artigo 166, inciso III, do CC⁴¹⁷.

⁴¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. **Revista Direito Tributário Atual n. 24**. São Paulo: Dialética e IBDT, 2010, pp. 348-349.

⁴¹⁶ XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**, São Paulo: Dialética, 2001, pp. 111 e 119.

⁴¹⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
(...) III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;”

4.4.3 Artigo 116, parágrafo único, do CTN

Para justificar autuações fiscais baseadas na falta de propósito negocial, muitas vezes as autoridades fiscais invocam o parágrafo único do artigo 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar n. 104/2001, que dispõe que poderão ser desconsiderados atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. Veja-se:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
(...) Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp n° 104, de 2001)”

Ocorre que a referida norma não pode ser utilizada pelas autoridades fiscais, uma vez que depende de regulamentação de procedimentos a serem estabelecidos por meio de lei ordinária. Algumas tentativas de regulamentação foram rejeitadas pelo Congresso Nacional, como o artigo 14, parágrafo 1º, inciso I, da Medida Provisória n. 66/2002, que permitia a desconsideração de ato ou negócio jurídico sob a alegação de falta de propósito negocial⁴¹⁸, bem como a Medida Provisória n. 685/2015, que pretendeu inserir no ordenamento jurídico a chamada “Declaração de Planejamento Tributário”, utilizando conceitos como “razões extra tributárias” e “forma jurídica não usual”^{419_420}.

⁴¹⁸ “Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de: I - falta de propósito negocial;”

⁴¹⁹ “Art. 7º O conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo deverá ser declarado pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal do Brasil, até 30 de setembro de cada ano, quando:

I - os atos ou negócios jurídicos praticados não possuem razões extratributárias relevantes;

II - a forma adotada não for usual, utilizar-se de negócio jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou

III - tratar de atos ou negócios jurídicos específicos previstos em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará uma declaração para cada conjunto de operações executadas de forma interligada, nos termos da regulamentação.”

⁴²⁰ Sobre o tema, conferir: SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Chapter 6: Brazil. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffrey; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the post-BEPS World*. Online

Ainda que assim não fosse, discute-se na doutrina brasileira se o parágrafo único do artigo 116 do CTN poderia ser considerado uma regra geral antiabuso. Paulo Ayres Barreto entende que, por se referir a negócios jurídicos praticados com a finalidade de “dissimular” a ocorrência do fato gerador do tributo, o referido artigo apenas abarcaria negócios jurídicos dissimulados⁴²¹. Nesta linha, Ricardo Mariz de Oliveira aduz que o termo “dissimulação” alcança apenas negócios jurídicos eivados de simulação relativa⁴²².

Neste mesmo sentido, Luís Eduardo Schoueri defende que o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente se aplica para atos ou negócios jurídicos dissimulados, conforme disposto na sua própria redação, não podendo ser invocado para justificar a teoria do propósito negocial no direito tributário brasileiro⁴²³. Em outro estudo, Luís Eduardo Schoueri e Mateus Calicchio Barbosa, acrescentam que a única interpretação razoável para o parágrafo único do artigo 116 do CTN seria considerar que este dispositivo autoriza a desconsideração de negócios jurídicos eivados de simulação relativa. Os autores apontam que, ainda que a intenção do legislador tenha sido a introdução de uma regra geral antiabuso no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode extrair tal conclusão da redação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, cuja regulamentação, inclusive, foi rejeitada pelo Congresso Nacional, conforme mencionado acima⁴²⁴.

Books. Amsterdam: IBFD, 2016.; BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Limites Normativos**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 228; ROSENBLATT, Paulo. Norma Geral Antielisiva e o Principle Purpose Test (Ação 6 do Projeto BEPS) na Política Internacional Tributária do Brasil. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (coord). **Plano BEPS**. Belo Horizonte: Forum, 2019, pp. 401-406.

⁴²¹ BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Limites Normativos**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 228.

⁴²² OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Norma Geral Antielusão. **Revista Direito Tributário Atual n. 25**. São Paulo: IBDT/Dialética, 2011, p. 137.

⁴²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire (*et al*). **Garantias dos Contribuintes no Sistema Tributário: Homenagem a Diogo Leite de Campos**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 400-402.

⁴²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Chapter 6: Brazil. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffrey; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **GAARs – A Key Element of Tax Systems in the post-BEPS World**. Online Books. Amsterdam: IBFD, 2016.

Por outro lado, Marco Aurélio Greco entende que o parágrafo único do artigo 116 do CTN pode, sim, ser considerado como uma regra geral antiabuso no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por permitir a requalificação de atos ou negócios jurídicos desprovidos de qualquer patologia. Isso porque, as autoridades fiscais já teriam autorização legal para requalificar negócios jurídicos eivados de simulação absoluta ou relativa, bem como de fraude à lei, com base no artigo 149 do CTN. Assim, não faria sentido incluir uma nova regra jurídica no sistema tributário brasileiro apenas para alcançar atos dissimulados, cuja desconsideração já está autorizada por lei⁴²⁵.

Nessa linha, Ricardo Lobo Torres aduz que o termo “dissimulação” não foi utilizado no parágrafo único do artigo 116 do CTN em seu sentido tradicional de simulação relativa, mas, sim, como ingrediente da elisão fiscal. Isso porque, a expressão “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo” não se refere, na visão do autor, à dissimulação do fato gerador concreto, mas, sim, do fato gerador em abstrato, que é distorcido pelo contribuinte com a prática de certos atos ou negócios jurídicos⁴²⁶.

De forma diversa, Paulo Rosenblat entende que dissimular tem o sentido de desconsiderar o ato ou negócio jurídico para encontrar a conduta subjacente, que seguiria a finalidade legal. Assim, não seria hipótese de dolo, fraude ou simulação, cujas consequências já estão dispostas na legislação tributária, mas, sim, hipótese de conduta abusiva, contrária à finalidade da norma⁴²⁷. O autor ainda aponta que a exposição de motivos da Lei Complementar n. 104/2011 demonstra a intenção do legislador de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro uma norma geral antiabuso, ainda que a redação final do parágrafo único do artigo 116 do CTN não tenha traduzido de forma explícita a referência ao abuso de direito ou ao abuso de formas⁴²⁸⁻⁴²⁹.

⁴²⁵ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª Edição. São Paulo: Dialética, 2011, p. 557.

⁴²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 49-51.

⁴²⁷ ROSENBLAT, Paulo. Normas Gerais Antielisivas como Princípio de Direito Internacional: os Desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual 02**. São Paulo, IBDT, 2017, pp. 227-228. Disponível em <<https://www.ibdt.org.br/RDTIA/edicoes/2/>>.

⁴²⁸ Exposição de Motivos do Projeto de Lei Complementar n. 77/1999.

⁴²⁹ ROSENBLAT, Paulo. O alcance da Ação 6 do BEPS nos Tratados para evitar a Bitributação do Brasil: um Cenário Incerto. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual 04**. São Paulo, IBDT, 2018, p. 257. Disponível em <<https://www.ibdt.org.br/RDTIA/edicoes/n-4-2018/>>.

Seja como for, ainda que se considere o parágrafo único do artigo 116 do CTN como uma regra geral antiabuso no ordenamento jurídico brasileiro, fato é que, na ausência de sua regulamentação específica, por lei ordinária, as autoridades fiscais não podem invocar a falta de propósito negocial via interpretação para desconsiderar ou requalificar atos ou negócios jurídicos⁴³⁰, uma vez que o Poder Legislativo repudiou a sua validade no ordenamento jurídico⁴³¹.

Esse entendimento foi manifestado em algumas decisões proferidas pelo CARF, nas quais se entendeu que o parágrafo único do artigo 116 do CTN apenas será aplicável após regulamentação⁴³². O órgão administrativo entendeu que apenas as operações ilícitas poderiam ser desconsideradas pelas autoridades fiscais, o que não abarca toda e qualquer ação ou omissão realizada pelo contribuinte para reduzir sua base tributável antes da ocorrência do fato gerador. Além disso, entendeu-se que a descaracterização do negócio jurídico somente poderá ocorrer nas situações previstas em lei, estando as outras situações fora do alcance das autoridades fiscais. Ora, se a Lei Complementar n. 104/01 exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, não há como se entender que tal condição seria dispensável⁴³³.

Porém, recentemente, a CSRF se posicionou no sentido de que o artigo 116, parágrafo único, do CTN seria válido e eficaz, pois o Decreto n. 70.235/1972, recepcionado pela CF com força hierárquica de lei ordinária, regulamentaria o procedimento fiscal em caráter geral, o que seria suficiente para a sua aplicação no direito brasileiro^{434_435}.

⁴³⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A Elisão Fiscal ante a Lei Complementar n° 104. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 261-263.

⁴³¹ Nas palavras de Luís Eduardo Schoueri: “Não se tendo obtido a aprovação legislativa, mediante a conversão da Medida Provisória n° 66, o propósito negocial ingressou por via oblíqua no ordenamento, passando a ser critério de validade nos temas que envolvem planejamento tributário”. (SCHOUERI, Luís Eduardo. O Refis e a Desjudicialização do Planejamento Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 232**. São Paulo: Dialética, 2015, pp. 110-111).

⁴³² BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1302-001.977, de 14/09/2016.

⁴³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1302-001.980, de 14/09/2016.

⁴³⁴ Para a CSRF, a interpretação que “afirma a eficácia imediata da norma geral antielisiva (...) é a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a práticas abusivas” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 9101-003.447, de 03/03/2018).

⁴³⁵ Em sentido semelhante, vide: BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 9101-002.953, de 03/07/2017.

Ocorre que o Decreto n. 70.235/1972 regulamenta o processo administrativo fiscal federal em caráter geral, sem estabelecer critérios para a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados pelos contribuintes pelas autoridades fiscais. Assim, não se pode afirmar que o Decreto n. 70.235/1972 cumpre a função de regulamentar o artigo 116, parágrafo único, do CTN, pois as suas disposições estão voltada precipuamente para o contencioso administrativo decorrente do lançamento tributário, ao passo que a regulamentação exigida pelo legislador complementar deve estabelecer os critérios para a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados pelos contribuintes.

4.4.4 Doutrina do propósito negocial (“*business purpose doctrine*”)

De qualquer forma, a maior parte da jurisprudência administrativa é no sentido de que os atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes podem ser desconsiderados em razão da falta de propósito negocial, com base na conhecida doutrina do propósito negocial (“*business purpose doctrine*”), desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos, sem considerar a falta de eficácia do artigo 116, parágrafo único, do CTN^{436_437}.

O CARF proferiu diversas decisões no sentido de que operações de reorganização societária sem propósito negocial (i.e., propósito extra tributário) são inadmissíveis⁴³⁸. Ao analisar incorporação às avessas, o órgão administrativo determinou que inexistente propósito negocial apto a justificar a incorporação de uma controladora superavitária por uma controlada deficitária, quando o único efeito prático verificado com a incorporação reversa foi o aproveitamento imediato do prejuízo fiscal acumulado⁴³⁹.

⁴³⁶ A Corte de Apelação dos Estados Unidos desenvolveu a doutrina do “*business purpose*” inicialmente no julgamento do caso Gregory vs. Helvering (US: USCA, 19 de março de 1934, *Gregory v. Helvering*, 69 F2d 809; US Supreme Court USSC, 7 de janeiro de 1935, *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465).

⁴³⁷ Sobre o tema, conferir: SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory vs. Helvering até sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 243**. São Paulo: Dialética, 2015, pp. 126-145.

⁴³⁸ Leia-se trecho da ementa: “A emissão de debêntures, com o único propósito de reduzir a carga tributária, implica em planejamento tributário abusivo, mais especificamente, elisão abusiva. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores e de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial. É necessário que haja um propósito negocial, de modo que o exercício do direito seja regular.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1402-002.513, de 17/05/2017).

⁴³⁹ Veja-se trecho da ementa: “As operações estruturadas entre partes relacionadas, visando um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicam também uma causa jurídica única e devem ser examinadas em conjunto. Para se aferir o limite às operações de planejamento tributário, é preciso indagar se existe motivo para a realização do ato ou negócio jurídico, se o motivo é extratributário e se o

Por outro lado, o CARF decidiu que a presença de outros propósitos negociais, que vão além da vantagem fiscal, ratifica a validade e eficácia das operações, pois “a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese que invalide as operações perpetradas pelo contribuinte e os respectivos efeitos fiscais”. Consequentemente, na visão do tribunal, “a existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal (...) ratifica a validade e eficácia da operação”⁴⁴⁰.

4.4.5 *Abuso do acordo de bitributação*

Conforme mencionado, há poucos precedentes na jurisprudência administrativa sobre a aplicação da falta de propósito negocial no contexto dos acordos de bitributação. As raras decisões proferidas pelo CARF analisam, em sua maioria, a tributação dos lucros auferidos no exterior, nas hipóteses em que controladas (e coligadas) são domiciliadas em países com os quais o Brasil firmou acordos de bitributação, como se verifica adiante.

Nesse contexto, foi proferida decisão pelo CARF sobre o planejamento tributário realizado pela JBS S.A., que interpôs uma sociedade holding na Dinamarca, país com o qual o Brasil possui acordo de bitributação, para deter as ações de subsidiárias em outros países. As autoridades fiscais desconsideraram a personalidade jurídica da sociedade holding na Dinamarca, sob a alegação de que a sua interposição ocorreu apenas para fins de aproveitamento abusivo do acordo de bitributação, na medida em que tal sociedade não tomava decisões sobre suas subsidiárias, nem possuía capacidade operacional. Porém, restou consignado no voto vencedor que o acordo de bitributação firmado entre o Brasil e a Dinamarca não possui cláusula antiabuso, não sendo possível a aplicação unilateral de legislação doméstica antiabusiva para desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade holding constituída no outro Estado signatário⁴⁴¹.

motivo seria suficiente para a realização do negócio nos moldes que foi feito. Na incorporação reversa, se a mudança no ramo de atividade da empresa evidencia que o objeto social predominante após a incorporação é o da empresa incorporada e não o da incorporadora, devem ser afastadas as razões negociais alegadas como suporte à incorporação da controladora pela controlada. Inexiste propósito negocial apto a justificar a incorporação de uma controladora superavitária por uma controlada deficitária, quando o único efeito prático verificado com a incorporação reversa foi o aproveitamento imediato do prejuízo fiscal acumulado, o qual deve ser glosado.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1202-001.060, de 06/11/2013).

⁴⁴⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1201-001.484, de 13/09/2016.

⁴⁴¹ Leia-se trecho da ementa: “ABUSO DO TRATADO. TRATADO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO - ADT. O efeito de uma norma anti-abuso, em regra, é apenas de negar a aplicação de qualquer norma do ADT, para quem dele estiver abusando. Não é cabível que um signatário aplique

Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino comentam a decisão acima, afirmando que o “*treaty shopping*” deve ser endereçado por cláusula do acordo de bitributação, e não por legislação doméstica, uma vez que a aplicação unilateral de lei interna por um Estado contratante violaria a jurisdição do outro Estado contratante. Os autores comentam que, caso a decisão tivesse sido desfavorável ao contribuinte, não seria cabível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade estrangeira, mas apenas a negativa do acesso aos benefícios do acordo de bitributação, desde que estivessem presentes os requisitos necessários para tanto^{442_443}.

Posteriormente, foi proferida decisão pelo CARF também sobre o planejamento tributário realizado pela JBS S.A., em relação a outro ano-calendário, na qual restou consignado que a interposição de uma sociedade holding na Dinamarca para a concentração de subsidiárias no exterior, para fins de consolidação dos lucros a serem tributados no Brasil por controladora final, não caracterizaria a prática de “*treaty shopping*”, tendo em vista que, como regra geral, a tributação dos referidos lucros não é incompatível com o acordo de bitributação firmado entre os países. Porém, no caso específico do acordo de bitributação celebrado entre Brasil e Dinamarca, há a chamada “cláusula de incompatibilidade” no tratado internacional que determina que os lucros não distribuídos não pode ser objeto de tributação, razão pela qual a decisão foi favorável ao contribuinte⁴⁴⁴.

unilateralmente uma norma anti-abuso de lege ferenda, para desconsiderar a personalidade jurídica de uma holding constituída no outro país signatário.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1302-002.014, de 25/01/2017).

⁴⁴² SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Part One: Scope, Interpretation, Tax Treaty Abuse and Residence/ Chapter 3: Brazil: Personal Scope in Brazilian. **Tax Treaties: Tax Treaty Case Law around the Globe 2018**. Online Books. Amsterdam: IBFD, 2019.

⁴⁴³ A necessidade de cláusula específica nos acordos de bitributação para a negativa dos benefícios convencionais também foi tratada por Edemir Oliveira, vide: OLIVEIRA, Edemir Marques de. 6. Caso Mil Investments: Possibilidade de Aplicação da Norma Geral Antielisão Canadense nas Relações em que haja Tratado contra Bitributação. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). **Tributação Internacional - Análise de Casos**. São Paulo: MP Editora, 2010, pp. 143-159.

⁴⁴⁴ Leia-se trecho do voto da relatora: “No presente caso, o auditor fiscal entende que o Treaty Shopping restaria caracterizado pelo fato de a JBS Global A/S (Dinamarca) ser uma holding, figurando apenas como um mero condutor entre a recorrente e as controladas (...) por razões exclusivamente elisivas, aplicando o Tratado Brasil-Dinamarca. Ocorre que, s.m.j., eu não vislumbro que essa estrutura - concentrar participações societárias (controladas indiretas) em controlada direta com sede em país que possui convenção para evitar a dupla tributação - poderia oportunizar o planejamento tributário conhecido como “Treaty Shopping”. Isto porque entendo que o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 não é incompatível com as convenções para evitar a dupla tributação.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1302-003.030, de 16/08/2018).

Por fim, a CSRF analisou estrutura de planejamento tributário envolvendo a mudança de residência de uma subsidiária da Ambev S.A. no Uruguai para a Argentina, pouco antes do final do ano-calendário, para se beneficiar do acordo de bitributação firmado entre este último país e o Brasil em relação à tributação dos lucros auferidos no exterior pela controladora brasileira. Restou consignado no voto do relator que “surgiria a absurda (mas, possível, juridicamente falando) hipótese de uma sociedade, depois de apurar enorme lucro em determinado Estado, mudar-se para outro albergado por tratado no final do exercício (como ocorreu no caso concreto), sob o argumento de que o importante seria a residência na data de apuração do balanço. (...) É cediço que quando países soberanos celebram tratados os objetivos almejados são atrair investimentos e incentivar a efetiva produção de riqueza em seus respectivos territórios, o que não se observa no caso dos autos”. Assim, a CSRF considerou que o acordo de bitributação não seria aplicável, com base na necessidade de vínculo efetivo entre o contribuinte e a jurisdição e no objetivo de promoção de investimentos^{445_446}.

4.4.6 Críticas à jurisprudência administrativa “antiabuso” firmada no CARF

A jurisprudência que se formou no CARF foi sensivelmente influenciada pela obra de Marco Aurélio Greco, para quem o contribuinte tem o direito de se auto organizar e de estruturar a sua vida como melhor lhe aprouver, não estando obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa. Porém, essa reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. De todo modo, se determinada operação ou negócio jurídico tiver por efeito reduzir a carga tributária, mas se apoia num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado, não havendo abuso⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 9101-003.650, de 04/07/2018.

⁴⁴⁶ A CSRF analisou outro caso de planejamento tributário internacional envolvendo o Brasil e a Argentina. O relator se posicionou no sentido de que as normas do acordo de bitributação se sobrepõem total ou parcialmente às normas brasileiras de incidência tributária, ou seja, as leis internas que permanecerem “iluminadas” serão aplicadas normalmente. Como o tratado internacional dispõe que os dividendos pagos serão tributados, não há que se falar em tributação dos lucros auferidos por controladas no exterior antes de sua disponibilização. O relator menciona que os Comentários ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE de 2003 trazem certas diretrizes para o combate ao abuso, mas que tal discussão não é aplicável ao caso em questão, pois não se trata de transação abusiva. (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 9101-003.664, de 04/07/2018).

⁴⁴⁷ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª Edição. São Paulo: Dialética, 2011, p. 213.

Porém, as decisões proferidas pelo CARF demonstram, muitas vezes, um entendimento equivocado em relação aos ensinamentos de Marcos Aurélio Greco. O referido autor aduz que o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado caso o ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte tenha uma causa real, ainda que acarrete a redução da carga tributária. Marco Aurélio Greco explica que não precisa haver “*business purpose*” (conceito que advém da experiência americana e que se vincula à ideia de empreendimento), pois o motivo que afasta o abuso não precisa ser ligado à atividade econômica desenvolvida ou à sua repercussão no mercado. Na verdade, o motivo que afasta o abuso é o extra tributário, vale dizer, pode ser uma razão familiar, política, de mudança do regime jurídico das importações, de alteração do quadro referencial em que se posicionava a atividade da empresa, entre outros⁴⁴⁸.

O autor também dispõe que a âncora fundamental para a análise do tema é a da ponderação dos diversos valores individuais e sociais que cercam o caso, à luz das características dos atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte. Para o autor, a liberdade individual é inafastável, mas deve ser conjugada com a capacidade contributiva e a solidariedade social. A existência de menor carga tributária como resultante de certa operação não é, em si mesma, elemento decisivo para a sua consideração pelo Fisco⁴⁴⁹.

Dessa forma, é possível verificar que o maior influenciador da jurisprudência atual do CARF defende que a razão extra tributária não pode ser confundida com propósito negocial, o que reforça, pelo menos em parte, os argumentos no sentido de que a mera falta de propósito negocial não pode ser utilizada para descaracterizar atos ou negócios jurídicos, sem a análise de todos os fatos e circunstâncias envolvidos na operação.

Com base no ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que os atos ou negócios jurídicos simulados podem ser descaracterizados pelas autoridades fiscais, nos termos do artigo 167 do Código Civil, combinado com o artigo 149, inciso VII, do CTN. Neste caso, as autoridades fiscais poderão requalificar os fatos para que subsista o negócio jurídico dissimulado, se válido for na substância e na forma, com a sua respectiva consequência tributária.

⁴⁴⁸ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª Edição. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 235-236.

⁴⁴⁹ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário: nem tanto ao Mar, nem tanto à Terra. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, vol. 10. São Paulo: Dialética: 2006, p. 325.

Por outro lado, a requalificação de um negócio jurídico pelas autoridades fiscais com base na falta de propósito negocial não possui base legal no ordenamento jurídico brasileiro, conforme mencionado acima, seja em razão da falta de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, seja em razão da ausência de uma regra geral antiabuso no direito brasileiro (caso se considere que a Lei Complementar n. 104/2011 trata de simulação relativa). Porém, fato é que a jurisprudência administrativa aplica a teoria da falta de propósito negocial para a desconsideração de estruturas de planejamento tributário realizadas pelos contribuintes, seja de forma velada, seja de forma expressa.

Neste sentido, poderia ser argumentado que a falta de propósito negocial seria uma espécie de “doutrina antiabuso”, criada pela jurisprudência administrativa, por meio da qual seria possível a requalificação de atos ou negócios jurídicos pelas autoridades fiscais, tal como ocorre atualmente. Porém, o CARF é o órgão administrativo revisor de lançamento tributário efetuado pelas autoridades fiscais, integrando o Poder Executivo, e não do Poder Judiciário, razão pela qual este argumento deve ser visto com cautela.

O tema em questão ainda é incerto no âmbito do Poder Judiciário, que pode tanto validar a requalificação de negócios jurídicos com base na falta de propósito negocial, como ocorre no CARF, hipótese em que poderia se dizer que há uma espécie de “doutrina antiabuso” no ordenamento jurídico do Brasil, assim como pode invalidar a requalificação de negócios jurídicos com base na falta de propósito negocial, em virtude da ausência de uma regra geral antiabuso no direito brasileiro.

Seja como for, a requalificação de negócios jurídicos com base na falta de propósito negocial, como se fosse uma “doutrina antiabuso” é questionável, na medida em que o Brasil não é um país de *common law*, motivo pelo qual deve haver base legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro para a requalificação de atos ou negócios praticados pelos contribuintes.

4.5 A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE PPT PELAS AUTORIDADES FISCAIS BRASILEIRAS

Conforme mencionado anteriormente, a cláusula de PPT inserida nos acordos de bitributação brasileiros aduz que um benefício do referido acordo não será concedido se for razoável concluir, com base em todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício constituiu um dos objetivos principais de uma transação, a menos que seja demonstrado que a concessão de tal benefício nessas circunstâncias estaria em conformidade com o objetivo e propósito das disposições relevantes do tratado internacional.

Como visto no Capítulo II do presente trabalho, a aplicação da cláusula de PPT envolve uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes da transação (e não da intenção do contribuinte, isoladamente considerada), devendo as autoridades fiscais demonstrar o propósito abusivo de obter os benefícios do acordo de bitributação, por meio de indícios de artificialidade. Assim, a cláusula de PPT não pode ser aplicada para transações genuínas, pois a negativa de benefícios do acordo de bitributação nessa circunstância seria contrária aos propósitos primordiais do referido tratado internacional. Daí decorre que, mesmo que sejam verificados propósitos tributários na transação realizada pelo contribuinte, o benefício deve ser concedido se a sua fruição estiver em conformidade com o objetivo e propósito das disposições relevantes do tratado internacional.

Para compatibilizar a cláusula de PPT com a Constituição Federal do Brasil, as autoridades fiscais deverão apresentar prova clara e convincente de que a transação ocorreu com o principal propósito (ou um dos principais propósitos) de obter o benefício do acordo de bitributação, o que deve ser demonstrado com base nos fatos e circunstâncias relevantes, que devem conter indícios de artificialidade, conforme mencionado acima.

Após a aplicação da cláusula de PPT, é importante verificar quais seriam as suas consequências para o contribuinte. Conforme visto no Capítulo III do presente trabalho, a cláusula de PPT poderá ser aplicada para negar um benefício do acordo de bitributação, sendo que, mesmo na ausência de cláusula de alívio discricionário, poderá ser concedido benefício alternativo do referido tratado internacional para o contribuinte com base no contexto fático anterior (*status quo ante*), verificado antes da transação ou arranjo desconsiderado pelas autoridades fiscais.

Para os casos em que a qualificação do rendimento em uma diferente cláusula distributiva do acordo de bitributação não dependa da requalificação dos fatos pela legislação doméstica dos Estados contratantes, as autoridades fiscais brasileiras poderão conceder um benefício distinto do tratado internacional, como consequência da aplicação da cláusula de PPT. Isso é assim porque os acordos de bitributação possuem um sistema próprio de referência para a determinação das categorias dos rendimentos, inclusive com definições próprias, que não necessariamente coincide com a natureza jurídica dos rendimentos e das respectivas operações no âmbito do direito interno dos Estados. Dessa forma, mesmo na ausência de requalificação dos fatos pela lei interna, seria possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, a concessão de benefício alternativo ao contribuinte, no lugar do benefício negado pela cláusula de PPT.

Por outro lado, há situações em que um benefício alternativo apenas pode ser concedido caso haja a requalificação dos fatos por GAAR doméstica do Estado contratante, para que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável ao contribuinte. Nessa hipótese, se for necessária a requalificação dos fatos pela legislação doméstica, para que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável no caso concreto, por não haver regra geral antiabuso regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, as autoridades fiscais brasileiras não encontrarão meios pela legislação doméstica para tanto. Nesse caso, o acordo de bitributação como um todo deverá ser afastado pela cláusula de PPT, a não ser que se trate de simulação, situação em que os fatos poderão ser requalificados de modo a subsistir o negócio jurídico dissimulado, se válido for na substância e na forma, conforme mencionado acima⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto defende que a cláusula de PPT poderia ser considerada como uma lei ordinária regulamentadora do parágrafo único do artigo 116 do CTN, especificamente para os casos relativos aos acordos de bitributação que possuem a referida cláusula convencional. Dessa forma, as autoridades fiscais poderiam aplicar a cláusula de PPT através do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Porém, essa posição é criticável, na medida em que a cláusula de PPT tem por objetivo a negativa de um benefício do acordo de bitributação ou, em última análise, o afastamento do tratado internacional como um todo, restando aplicáveis eventuais regras tributárias da legislação brasileira. Ou seja, não há necessidade de legislação doméstica para tornar aplicável a cláusula de PPT, na medida em que a referida cláusula somente trata dos benefícios concedidos pelos acordos de bitributação, que, conforme mencionado acima, possuem um sistema próprio de linguagem que é compartilhado por ambos os países envolvidos. Por outro lado, para a concessão de benefício alternativo do acordo de bitributação, se for necessária a requalificação dos fatos pela lei interna, seria necessária regra geral antiabuso no ordenamento jurídico brasileiro. Caso se entenda que o parágrafo único do artigo 116 do CTN se trata de regra geral antiabuso, a falta de regulamentação impede a sua aplicação para a requalificação dos fatos no direito brasileiro (Conferir: PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. Aplicação das Regras Antiabusivas em Tratados contra Bitributação e Evasão Fiscal Firmados pelo Brasil após o Projeto BEPS e a MLI. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 223).

De todo modo, caso se mantenha o atual cenário da jurisprudência do CARF, no qual fatos são requalificados com base na falta de propósito negocial, como se fosse uma doutrina antiabuso, as autoridades fiscais poderiam aplicar a cláusula de PPT sobre os fatos requalificados, concedendo um benefício distinto do acordo de bitributação. Neste ponto, cabe mencionar que a cláusula de PPT e a teoria da falta de propósito negocial que vem sendo adotada pelo CARF não seguem parâmetros necessariamente coincidentes de combate ao abuso nas operações praticadas pelos contribuintes, tendo em vista que, para que tenha acesso aos benefícios do acordo de bitributação, o contribuinte pode demonstrar que o ato ou negócio jurídico foi praticado principalmente por “motivo extra tributário”, ao passo que, em determinados julgados do CARF, se exigiu um efetivo propósito negocial vinculado à atividade econômica do contribuinte, como, por exemplo, nos acórdãos n. 1302-002.014 e n. 1201-001.484, acima mencionados.

Porém, conforme aduzido anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro não há GAAR doméstica e, em rigor, não seria possível requalificar fatos com base em doutrina antiabuso, ainda que o posicionamento do CARF fosse confirmado pelo Poder Judiciário, por não ser o Brasil um país de “*common law*”. Dessa forma, na ausência de regra geral antiabuso no ordenamento jurídico brasileiro, as autoridades fiscais brasileiras deveriam afastar a aplicação do acordo de bitributação como um todo, se for necessária a requalificação dos fatos para a concessão de um benefício alternativo ao contribuinte.

Como exemplo, imagine-se que, em uma reorganização societária, os acionistas norte-americanos de uma pessoa jurídica residente no Brasil decidam constituir usufruto dos direitos econômicos das ações em favor de uma sociedade holding constituída no Japão. Em razão do usufruto, os valores pagos a título de juros sobre o capital próprio passam a ser qualificados como juros no acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e o Japão, sujeitando-se à alíquota de 12,5%, em vez da alíquota doméstica de 15%. Com base na cláusula de PPT, as autoridades fiscais poderão alegar que o usufruto das ações foi realizado com o principal objetivo de obter a alíquota reduzida de 12,5% prevista no acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e o Japão. Assim, a alíquota interna de 15% voltaria a ser aplicável ao caso hipotético acima.

Vale enfatizar que a investigação dos propósitos que nortearam os atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, para fins de acesso aos benefícios convencionais, somente pode ocorrer em relação aos acordos de bitributação que contenham a cláusula de PPT. O fato de determinados julgados do CARF aplicarem a teoria do propósito negocial e o próprio artigo 116, parágrafo único, do CTN sem base legal não autoriza que esse mesmo expediente seja utilizado no âmbito dos acordos de bitributação, em virtude da presença de outro Estado contratante. A aplicação de critérios unilaterais de combate ao abuso dos acordos de bitributação pode configurar, em última análise, uma espécie de “*hermeneutic override*”, em violação ao “*pacta sunt servanda*”⁴⁵¹.

Por fim, como mencionado acima, em caso de aplicação da cláusula de PPT, as autoridades competentes no Brasil podem conceder benefício diverso com base na estrutura anterior mantida pelo contribuinte ou mediante a qualificação do rendimento em outra cláusula convencional do acordo de bitributação, se não for necessário requalificar os fatos com base na legislação doméstica. Porém, caso a aplicação de um benefício diverso dependa da requalificação dos fatos por GAAR doméstica, não seria possível, em rigor, aplicar tal expediente, em virtude da ausência de regra geral antiabuso no ordenamento jurídico brasileiro.

4.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Os novos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil no atual cenário pós-Projeto BEPS com a Suíça, com Cingapura, Emirados Árabes e Uruguai (ainda não ratificados neste País), bem como os tratados internacionais brasileiros recentemente renegociados, como, por exemplo, com a Argentina e a Suécia, já incluem cláusulas de PPT, nos mesmos moldes da redação proposta pela OCDE na Ação 6 do referido projeto, o que demonstra certa concordância deste País com a regra formulada pela referida Organização, tratada no Capítulo II do presente estudo.

⁴⁵¹ ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda**. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 38.

De acordo com a redação das cláusulas de PPT incluídas nos acordos de bitributação brasileiros, um benefício do tratado internacional não será concedido se for razoável concluir, com base nos fatos e circunstâncias relevantes, que obter esse benefício constituiu um dos objetivos principais de uma operação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício, a menos que seja demonstrado que a concessão de tal benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objetivo e propósito das disposições pertinentes.

No passado, o Brasil já havia incluído cláusulas antiabusivas em seus acordos de bitributação com Israel, México, Turquia, Venezuela e Rússia, que preveem que um benefício do referido acordo poderá ser negado, caso, na opinião das autoridades fiscais, tenha havido abuso. Assim, mesmo antes do Projeto BEPS, o Brasil parecia concordar com um padrão antiabuso reduzido. Porém, não há definição de abuso nos acordos de bitributação, nem qualquer exigência de apresentação de prova clara e convincente por parte das autoridades fiscais para que sejam negados os benefícios do tratado internacional, o que representa certa aproximação com a cláusula de PPT, ainda que as diferenças de redação possam levar a resultados distintos em casos concretos, a depender das circunstâncias envolvidas e da autoridade responsável pela interpretação.

Em razão da falta de previsibilidade da cláusula de PPT, decorrente do alto grau de discricionariedade concedido para as autoridades fiscais, que poderão negar os benefícios de um acordo de bitributação para os contribuintes caso seja “razoável concluir” que a obtenção destes benefícios foi um dos principais propósitos de uma transação ou arranjo, seria possível afirmar que, em princípio, esta cláusula não seria compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica.

Para a compatibilização da cláusula de PPT com o princípio da segurança jurídica seria necessária a apresentação de prova clara e convincente pelas autoridades fiscais brasileiras, apta a demonstrar que determinada transação foi realizada com o principal propósito (ou um dos principais propósitos) de obter um benefício do acordo de bitributação.

Ademais, os fatos e circunstâncias relevantes devem ser levados em consideração pelas autoridades fiscais brasileiras na análise da transação, conforme exige a redação da cláusula de PPT, o que significa que deverão ser verificados indícios de “artificialidade” que justifiquem a negativa dos benefícios do acordo de bitributação. Até porque, a aplicação da cláusula de PPT para transações genuínas seria contrária ao objetivo primordial do tratado internacional que consiste na promoção das relações transnacionais.

Após a aplicação da cláusula de PPT para negar um benefício do acordo de bitributação, as autoridades fiscais devem conceder um benefício alternativo do referido tratado internacional para o contribuinte com base no contexto fático anterior (*status quo ante*), verificado antes da transação ou arranjo considerado abusivo.

Para os casos em que a qualificação do rendimento em uma diferente cláusula distributiva do acordo de bitributação não dependa da requalificação dos fatos pela legislação doméstica dos Estados contratantes, as autoridades fiscais brasileiras poderão conceder um benefício distinto do tratado internacional, como consequência da aplicação da cláusula de PPT. Isso é assim porque os acordos de bitributação possuem um sistema próprio de referência para o contorno das categorias dos rendimentos, inclusive com definições próprias, que não necessariamente coincide com a natureza jurídica dos rendimentos e das respectivas operações no âmbito do direito interno dos Estados. Dessa forma, mesmo na ausência de requalificação dos fatos pela lei interna, seria possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, a concessão de benefício alternativo ao contribuinte, no lugar do benefício negado pela cláusula de PPT.

Por outro lado, há situações em que um benefício alternativo apenas poderá ser concedido caso haja a requalificação dos fatos por GAAR doméstica do Estado contratante, para que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável ao contribuinte. Nesse caso, se for necessária a requalificação dos fatos para que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável ao caso concreto, em virtude da ausência de regra geral antiabuso regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, as autoridades fiscais brasileiras não encontrarão meios para tanto na legislação doméstica, hipótese em que o acordo de bitributação como um todo deverá ser afastado pela cláusula de PPT, a não ser que se trate de simulação, situação em que os fatos poderão ser requalificados de modo a subsistir o negócio jurídico dissimulado, se válido for na substância e na forma.

CONCLUSÕES

A OCDE, por meio da Ação 6 do Projeto BEPS, identificou o abuso de acordos de bitributação e, em particular, o “*treaty shopping*”, como uma das mais importantes preocupações para o combate à erosão das bases tributáveis e à transferência artificial de lucros. Os países decidiram incluir cláusulas antiabuso nos acordos de bitributação como resposta às estratégias de planejamento tributário internacional utilizadas pelos contribuintes para a obtenção de benefícios convencionais em situações inapropriadas.

Dentre as propostas da OCDE está a cláusula de PPT, segundo a qual um benefício do referido acordo não deve ser concedido se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção daquele benefício foi um dos principais propósitos de um arranjo ou transação que resultou naquele benefício, a não ser que a concessão do benefício naquelas circunstâncias esteja em conformidade com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do referido acordo.

O Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS foi inserido, *ipsis litteris*, nos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE de 2017, nos quais constam diversos exemplos acerca da aplicação da cláusula de PPT. Tais exemplos, apesar de simplificados e utópicos, trazem diretrizes para a interpretação da cláusula de PPT. A principal diretriz da OCDE diz respeito à não aplicação da referida cláusula para transações genuínas, ainda que a obtenção do benefício do acordo de bitributação tenha sido levada em consideração pelo contribuinte para a prática da respectiva transação.

A OCDE, por meio da Ação 15, desenvolveu o MLI que modificou os acordos de bitributação existentes. Sabe-se que a maioria dos Estados signatários do MLI incluiu a cláusula de PPT em seus acordos de bitributação existentes, razão pela qual o Relatório Final da Ação 6 terá relevância para a sua interpretação. Isso porque a Declaração Explicativa, que acompanhou o MLI, atribuiu relevância aos Relatórios Finais do Projeto BEPS para a interpretação dos acordos de bitributação existentes. Como a finalidade do MLI é implementar as propostas do Projeto BEPS, a interpretação da cláusula de PPT à luz do Relatório da Ação 6 estaria em conformidade com o objetivo e a finalidade do próprio tratado multilateral, que é autônomo e que coexiste em conjunto com todos os acordos de bitributação alterados, nos termos do artigo 31, parágrafo 1, da CVDT.

Para os demais acordos de bitributação, cuja cláusula de PPT tenha sido incluída por meio de negociações bilaterais, a relevância do Relatório Final da Ação 6 deve ser verificada em cada caso concreto, à luz das regras de interpretação e da teoria da argumentação. De qualquer forma, caso a cláusula de PPT seja mera tradução da redação proposta pela OCDE, será forçoso reconhecer que o Relatório Final da Ação 6 pode auxiliar na atividade de interpretação do referido acordo de bitributação.

Foi visto no presente trabalho que a cláusula de PPT é amplamente criticada pela doutrina. Em primeiro lugar, a doutrina aponta para o fato de que a expressão “um dos principais propósitos” utilizada na redação da cláusula de PPT parece permitir a sua aplicação para transações realizadas por razões extra tributárias, cuja a obtenção de benefícios de um acordo de bitributação também tenha sido levada em consideração pelo contribuinte. Porém, é importante considerar que a cláusula de PPT exige uma análise objetiva dos fatos e das circunstâncias relevantes pelas autoridades fiscais, de modo que “elemento subjetivo” foi “objetivizado”, na medida em devem ser verificadas as características da transação, tais como artificialidade ou falta substância econômica.

Tanto é assim que a OCDE, por meio dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo, se posicionou no sentido de que a cláusula de PPT não deve ser aplicada para operações genuínas, mas, sim, para transações em que há indícios de artificialidade ou falta de substância econômica. Nos exemplos C e G, a OCDE deixa claro que, ainda que os benefícios do acordo de bitributação tenham sido levados em consideração para a realização da transação, o fato de as operações serem genuínas é suficiente para afastar a aplicação da cláusula de PPT.

Esta interpretação está em linha com o objetivo e finalidade dos acordos de bitributação, que é a promoção das relações econômicas transnacionais por meio de operações genuínas. Caso contrário, a cláusula de PPT poderia alcançar toda e qualquer transação, pois é pouco provável que a obtenção dos benefícios do acordo de bitributação não seja considerada pelo contribuinte, dentre as inúmeras outras possíveis razões que orientam um negócio jurídico com substância econômica. Até porque, não seria razoável conceder acesso aos tratados internacionais apenas em caráter acidental ou secundário.

Em segundo lugar, a doutrina também critica o desequilíbrio no ônus da prova na aplicação da cláusula de PPT, pois as autoridades fiscais devem demonstrar que é “razoável concluir” que a transação foi realizada para a obtenção do benefício do acordo de bitributação, mas os contribuintes devem comprovar que a obtenção do referido benefício está em conformidade com o objetivo e finalidade das cláusulas relevantes.

Entretanto, como cláusula de PPT envolve uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes da transação (e não da intenção do contribuinte, isoladamente considerada) a sua correta interpretação indica que as autoridades fiscais devem demonstrar o propósito abusivo da transação, por meio de indícios de artificialidade, sem os quais os benefícios do acordo de bitributação não podem ser negados. Assim, o papel das autoridades fiscais não está limitado a indicar que, em sua opinião, a transação teve como um dos principais propósitos a obtenção do benefício do acordo de bitributação. Diversamente, as autoridades fiscais devem demonstrar, com base nos fatos e circunstâncias analisados, que a transação possui indícios de artificialidade, ainda que não seja necessária a apresentação de prova clara e conclusiva, para a aplicação da cláusula de PPT.

Ademais, as autoridades fiscais devem considerar o objetivo e a finalidade da cláusula convencional à luz do objetivo e propósito do acordo de bitributação no momento da aplicação da cláusula de PPT. Isso porque, não seria razoável que, mesmo nos casos em que a própria autoridade fiscal constata que a transação praticada pelo contribuinte cumpre o objetivo e finalidade da cláusula relevante, ainda assim se negue o benefício do acordo de bitributação mediante a aplicação da cláusula de PPT, forçando o contribuinte a exercer seu direito de defesa e de apresentação de contraprova.

Nessa linha, o desequilíbrio no ônus da prova apenas ocorrerá caso a autoridade fiscal e o contribuinte diverjam em relação à possibilidade de aplicação da salvaguarda prevista na parte final da cláusula de PPT. A própria redação da cláusula de PPT, ao prever que pode ser demonstrado que a concessão do benefício está em conformidade com o objetivo e finalidade das cláusulas relevantes do acordo de bitributação, não restringe essa comprovação apenas ao contribuinte.

Em terceiro lugar, a doutrina dispõe que a cláusula de PPT pode ser incompatível com Constituição de determinados países, sendo necessário exigir que as autoridades fiscais apresentem prova clara e convincente, ainda que isto não esteja expressamente indicado na redação da referida cláusula, justamente por se tratar de situação em que se nega a aplicação de um direito (benefício) outorgado ao contribuinte pelo acordo de bitributação.

Em suma, essas são as diretrizes que devem nortear a interpretação e aplicação da cláusula de PPT. Porém, como a redação da cláusula de PPT abre espaço para interpretações divergentes por parte das autoridades fiscais no momento de sua aplicação, o que pode acarretar conflitos entre o Fisco e os contribuinte, bem como divergências entre os próprios Estados contratantes, o ideal seria que, para conferir maior segurança jurídica aos contribuintes, a OCDE reformulasse a redação da referida cláusula, de modo a refletir as diretrizes examinadas no Capítulo II do presente trabalho, que devem orientar a sua aplicação prática. Até porque, a redação da cláusula de PPT e os parâmetros indicados pela OCDE nos Comentários à Convenção Modelo para a sua aplicação podem ser considerados, muitas vezes, contraditórios. Por tais razões, no curso do presente trabalho, propôs-se a seguinte redação para a cláusula de PPT:

Artigo 1(1). Não obstante as outras cláusulas do acordo de bitributação, um benefício do referido acordo não deve ser concedido em relação a um item da renda ou capital se o principal propósito de uma transação ou arranjo tiver sido a obtenção daquele benefício de forma contrária ao objetivo e propósito das cláusulas relevantes, que de outro modo justificariam a concessão destes benefícios.

Artigo 1(2). Para negar um benefício do acordo de bitributação, as autoridades fiscais dos Estados contratantes devem comprovar, de forma clara e convincente, após uma análise objetiva dos fatos e circunstâncias relevantes, os indícios de artificialidade ou falta de substância econômica de uma transação ou arranjo, considerados abusivos.

Artigo 1(3). Se um benefício do acordo de bitributação for negado, as consequências tributárias serão aquelas que ocorreriam na ausência da transação ou arranjo considerados abusivos, podendo ser concedido um benefício diverso do acordo de bitributação pelos Estados contratantes para o conjunto fático anterior em que estava inserido o contribuinte.

Como consequência da aplicação da cláusula de PPT, as autoridades fiscais poderão conceder um benefício diverso do acordo de bitributação para o contexto fático anterior (*status quo ante*), verificado antes da transação ou arranjo desconsiderado pela autoridade fiscal.

De um lado, há situações em que um benefício alternativo apenas poderá ser concedido caso haja a requalificação dos fatos por GAAR doméstica do Estado contratante, a fim de que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável ao contribuinte. De outro lado, há casos em que será possível a qualificação do rendimento em uma diferente cláusula distributiva do acordo de bitributação, ainda que os fatos não sejam requalificados pela legislação doméstica dos Estados contratantes. Isso é assim porque os acordos de bitributação possuem um sistema próprio de referência para a definição das categorias dos rendimentos, inclusive com definições próprias, que não necessariamente coincide com a natureza jurídica dos rendimentos e das respectivas operações no âmbito do direito interno dos Estados. Dessa forma, mesmo na ausência de requalificação dos fatos pela lei interna, seria possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, aplicar um benefício distinto do tratado internacional.

A aplicação da cláusula de PPT pode suscitar conflitos de qualificação tanto em relação ao benefício alternativo a ser eventualmente concedido ao contribuinte, quanto em relação à requalificação dos atos ou negócios jurídicos praticados, se for este o caso. Há autores que defendem que o Estado de residência deve seguir o Estado da fonte na qualificação do rendimento em determinada cláusula distributiva do acordo de bitributação. Porém, como não há previsão sobre o assunto no próprio acordo de bitributação, eventuais conflitos de qualificação causados pela aplicação da cláusula de PPT devem ser resolvidos via procedimento amigável, pois não há base legal para obrigar o Estado da residência a seguir a qualificação proposta pelo Estado na fonte.

Os novos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil no atual cenário pós-Projeto BEPS com a Suíça, Cingapura, Emirados Árabes e Uruguai (ainda não ratificados neste País), bem como os tratados internacionais brasileiros recentemente renegociados, com a Argentina e Suécia, já incluem cláusulas de PPT, nos mesmos moldes da redação proposta pela OCDE na Ação 6 do referido projeto, o que demonstra certa concordância deste País com a regra formulada pela referida Organização.

Em razão da falta de previsibilidade da cláusula de PPT, decorrente do alto grau de discricionariedade concedido para as autoridades fiscais, que poderão negar os benefícios de um acordo de bitributação para os contribuintes caso seja “razoável concluir” que a obtenção destes benefícios foi um dos principais propósitos de uma transação ou arranjo, seria possível afirmar que, em princípio, esta cláusula não seria compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica.

Para a compatibilização da cláusula de PPT com o princípio da segurança jurídica, consagrado na Constituição Federal do Brasil, seria necessária a apresentação de prova clara e convincente pelas autoridades fiscais brasileiras, apta a demonstrar que determinada transação foi realizada com o principal propósito (ou um dos principais propósitos) de obter um benefício do acordo de bitributação. Ademais, os fatos e circunstâncias relevantes devem ser levados em consideração na análise da transação, conforme exige a redação da cláusula de PPT, o que significa que deverão ser devidamente demonstrados os indícios de “artificialidade” que justificam a negativa dos benefícios do acordo de bitributação. Até porque, a aplicação da cláusula de PPT para transações genuínas seria contrária ao objetivo e finalidade dos acordos de bitributação, que visam promover as relações comerciais e econômicas entre os Estados contratantes.

Conforme mencionado acima, após a aplicação da cláusula de PPT para negar um benefício do acordo de bitributação, as autoridades fiscais brasileiras devem conceder um benefício alternativo do referido tratado internacional para o contribuinte com base no contexto fático anterior, verificado antes da transação considerado abusiva.

Para os casos em que a qualificação do rendimento em uma diferente cláusula distributiva do acordo de bitributação não dependa da requalificação dos fatos pela legislação doméstica dos Estados contratantes, as autoridades fiscais brasileiras poderão conceder um benefício distinto do tratado internacional, como consequência da aplicação da cláusula de PPT. Isso é assim porque os acordos de bitributação possuem um sistema próprio de referência para o contorno das categorias dos rendimentos, inclusive com definições próprias, que não necessariamente coincide com a natureza jurídica dos rendimentos e das respectivas operações no âmbito do direito interno dos Estados. Dessa forma, mesmo na ausência de requalificação dos fatos pela lei interna, seria possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, a concessão de benefício alternativo ao contribuinte, no lugar do benefício negado pela cláusula de PPT.

Por outro lado, na hipótese em que um benefício alternativo apenas possa ser concedido caso haja a requalificação dos fatos por meio de GAAR doméstica do Estado contratante, a fim de que outra cláusula distributiva do tratado internacional seja aplicável ao contribuinte, por não haver regra geral antiabuso regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, as autoridades fiscais brasileiras não encontrarão meios pela legislação doméstica para tanto, hipótese em que o acordo de bitributação como um todo deverá ser afastado pela cláusula de PPT, a não ser que se trate de simulação, hipótese em que poderá subsistir o negócio jurídico dissimulado, se válido for na substância e na forma.

BILIOGRAFIA

ALVEZ, José Carlos Moreira. As figuras correlatas da elisão fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário n. 1**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Argumentação Jurídica e Teoria das Provas no Direito da Concorrência. **Direito Econômico Atual**. São Paulo: Método, 2015.

ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. Ação 6 do BEPS e a Prevenção de “Abusos”: Análise Crítica. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos: sobre abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AULT, Hugh J.; SCHÖN, Wolfgang; SHAY, Stephen E. Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform. **Bulletin for International Taxation**, vol. 68, n. 6/7. Amsterdam: IBFD, 2014.

AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan. Chapter 5: Evaluating BEPS. In: ROCHA, Sergio André; CHRISTIANS, Allison (eds). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation, vol. 60. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017.

AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. Double or Nothing: A Tax Treaty for the 21st Century. **Law and Economics Research Paper Series**. Paper n. 12-009. Michigan: University of Michigan, 2012.

AVI-YONAH, Reuven S. International Tax as International Law – An Analysis of the International Tax Regime. **Cambridge Tax Law Series**. New York, Cambridge, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Competências Tributárias – um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito**. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: Standards de Prova e os Critérios de Solidez da Inferência Probatória. **Revista de Processo n 282**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Competências Tributárias – um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito**. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. Prefácio. FOLLONI, André. **Ciência do Direito Tributário no Brasil – Crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAKER, Philip. The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. **Intertax**, vol. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

BAKER, Philip. **Double Taxation Conventions – A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital**. London: Sweet & Maxwell, 2007.

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Limites Normativos**. São Paulo: Noeses, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. A Prevenção de Abusos dos Tratados Internacionais que Visam Evitar a Dupla Tributação no Plano de Ação do Projeto BEPS: Perspectiva Brasileira. In: ROCHA, Sergio Andre; TÔRRES, Heleno Taveira (coords.). **Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective. **Intertax**, vol. 43, n. 12. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

BECERRA, Juan Angel. The Interpretation and Application of the Preamble and Article 6(1)1 of the OECD Multilateral Instrument in the Context of North American Tax Treaty Networks. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018.

BETTEN, Rijkele. Tax Treaty Interpretation: Income from the Purchase of Shares by the Issuing Company: Dividend and Capital Gain? **European Taxation**, vol. 33. Amsterdam: Bureau, 1993.

BHARGAVA, Ansh. The Principal Purpose Test: Functioning, Elements and Legal Relevance. In: BLUM, Daniel W.; SEILER, Markus (eds.). **Preventing Treaty Abuse**. Wien: Linde, 2016.

BIANCO, João Francisco. **Transparência Fiscal Internacional**. São Paulo: Dialética, 2007.

BONSCHAK, Gabriele. Rule shopping and international tax planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária (Uma Introdução Metodológica)**. 3^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

BOZZA, Fábio Piovesan. **Planejamento Tributário e Autonomia Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, André Sergio; CHRISTIANS, Allison (eds). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation, vol. 60. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017.

BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation. **World Tax Journal**. Amsterdam: IBFD, 2014.

BRAUNER, Yariv. What the BEPS? **Florida Tax Review**, vol. 16, N. 2. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014.

BRIGNOLI, Andrea. Treaty shopping and International Tax Planning. In: SIMADER, Karin; TITZ, Elisabeth (eds). **Limits to Tax Planning**. Wien: Linde, 2013.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. **Planejamento Tributário Internacional – Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos contra a Bitributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CHAND, Vikram. The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules. **Intertax**, vol. 46, n. 2. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018.

CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018.

CHAND, Vikram. **The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)**. Tax Policy Series. Zurich: Schulthess, 2018.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e sua Prova**. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule. **Global Taxation**, vol. 1, 2016, pp. 186-190 (disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796565>>).

DAGAN, Tsilly. **International Tax Policy Between Competition and Cooperation**. Cambridge Tax Law Series. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

DANON, Robert J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE Groups. **Bulletin for International Taxation**, vol. 72, n. 1. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2018.

DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, vol. 43, n. 2. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2015.

DE BROE, Luc. **International Tax Planning and Prevention of Abuse**. Doctoral Series. Volume 14. Amsterdam: IBFD, 2008.

DEUTSCH, Robert; ARKWRIGHT, Róisín M; CHIEW, Daniela. **Principles and Practice of Double Taxation Agreements – A Question-and-Answer Approach**. London: BNA International, 2008.

DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. Influências do Projeto BEPS nos Novos Acordos para Evitar a Dupla Tributação Firmados pelo Brasil. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (coord). **Plano BEPS**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DORIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977.

DÖRR, Oliver. Article 31 – General Rule of Interpretation. In: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (eds.). **Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary**. Berlin/Heidelberg: Springer/Verlag, 2012.

DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 1. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018.

DUFF, David J. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. **Canadian Tax Journal**, vol. 66, n. 4, 2018.

ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019.

FAJERSZTAJN, Bruno; SANTOS, Ramon Tomazela. Planejamento tributário- entre o Positivismo Formalista e o Pós-positivismo Valorativo: a Nova Fase da Jurisprudência Administrativa e os Limites para a Desconsideração dos Negócios Jurídicos. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 223**. São Paulo: Dialética, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio de. Simulação e negócio jurídico indireto. **Revista Fórum de Direito Tributário n. 48**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

FONSECA, Fernando Daniel de Moura; ALMEIDA, Felipe Toledo Soares de Almeida. A Ação Nº 6 do BEPS e os Limites Impostos ao Planejamento Tributário Internacional pelos Acordos contra a Bitributação Celebrados pelo Brasil. In: SAUNDERS, Ana Paula; GOMES, Edgar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; MURAYAMA, Janssen (coords.). **Estudos de Tributação Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FREGONESI JÚNIOR, Maucir. **Sistema Tributário Nacional – Doutrina, Prática e Reforma**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARBARINO, Carlo. A Multi-Level Approach to “Treaty Entitlement” under the BEPS Project. **European Taxation**, vol. 58, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2018.

GOMES, Marcus Livio. Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention. **Intertax**, vol. 46, n. 1, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízos – A Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª Edição. São Paulo: Dialética, 2011.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário: nem tanto ao Mar, nem tanto à Terra. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, vol. 10. São Paulo: Dialética: 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e Argumentar**. Tradução de Adrian Sgarbi *et. al.* Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Planejamento Tributário – Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HATTINGH, Johann. The Multilateral Instrument from a Legal Perspective: What May Be the Challenges? **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2nd Edition. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais de Planejamento Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997.

JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín. The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries? **Bulletin – Tax Treat Monitor**. Amsterdam: IBFD, 2004.

JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín. Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective – Part I. **Bulletin for International Taxation**, vol. 56, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2002.

JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín. Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective – Part II. **Bulletin for International Taxation**, vol. 56, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2002.

KARADKAR, Radhika. Action 6 of the OCDE/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

KAZACOS, Amanda. BEPS Action 6: The Principle purpose teste revisited – Part I. **International Tax Report**, 2016, pp. 1-8 (disponível em <<http://www.internationaltaxreport.com/double-taxation/beps-action-6-the-principle-purpose-test-revisited-part-i-1.htm>>).

KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. **Intertax**, vol. 44, n. 5, 2016.

KOLOSOV, Valentyn Kolosov. Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 3/4. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2017.

KUZNIACKI, Blazej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018.

LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – The Proposals to Revise the OECD Model Convention**. Series on International Tax Law. Wien: Linde, 2016.

LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, n. 7. Washington DC: Tax Analysts, 2014.

LANG, Michael. General Report. Double Non-Taxation. Volume 89a. **Cahiers de Droit Fiscal International. International Fiscal**. International Fiscal Association. 2004 Wien Congress. Rotterdam: IFA, 2004.

LANG, Michael. **The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships – A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs**. Wien: Linde, 2000.

MAISTO, Guglielmo. Part Four: International Developments/ Chapter 7: Royalties in the Context of the Multilateral Instrument, the Principal Purpose Test and the Limitation on Benefits Provision. **Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties**. Online Books. Amsterdam: IBFD, 2018.

MAISTO, Guglielmo. Domestic Anti-Abuse Rules and Bilateral Tax Conventions. **Essays on Tax Treaties A Tribute to David A. Ward**. Amsterdam: IBFD, 2012.

MATTEOTTI, René. Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules. **Intertax**, vol. 33. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2005.

MICHEL, Bob. Internacional – Anti-Avoidance and Tax Treaty Override: Pacta Sunt Servata? **European Taxation**, vol. 53, n. 9. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2013.

MORENO, Andrés Baéz. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? **Intertax**, vol. 45, n. 6/7, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017.

NETO, Luís Flávio. **Teorias do Abuso no Planejamento Tributário**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011.

NIKOLAKAKIS, Angelo. Historical Perspectives on Abuse of Tax Treaties. In: MAISTO, Guglielmo; NIKOLAKAKIS, Angelo; ULMER, John (eds.). **Essays on Tax Treaties – A Tribute to David A. Ward**. Amsterdam/Toronto: IBFD/CTF, 2012.

NOVOA, César García. Forma y Sustancia en Los Convenios de Doble Imposicion Internacional. In: PISTONE, Pasquale; TÔRRES, Heleno Taveira (eds). **Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional – Homenaje Latinoamericano a Victor Uckmar**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005.

OCDE. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE Publishing, 2018.

OCDE. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2018.

OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE Publishing, 2017.

OCDE. **Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS**. Paris: OCDE Publishing, 2016.

OCDE. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2015 Final Report OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OCDE Publishing, 2015.

OCDE. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OCDE, 2013.

OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 2003.

OCDE. **Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue**. Paris: OCDE, 1998.

OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version**. Paris: OCDE, 1992.

OLIVEIRA, Edemir Marques de. 6. Caso Mil Investments: Possibilidade de Aplicação da Norma Geral Antielisão Canadense nas Relações em que haja Tratado contra Bitributação. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). **Tributação Internacional - Análise de Casos**. São Paulo: MP Editora, 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A simulação no Código Tributário Nacional e na prática. **Revista Direito Tributário Atual n. 27**. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Norma Geral Antielisão. **Revista Direito Tributário Atual n. 25**. São Paulo: IBDT/Dialética, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Planejamento Tributário – Teoria e Prática perante o Imposto de Renda. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Planejamento Fiscal – Teoria e Prática**. 2º Volume. São Paulo: Dialética, 1998.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A Elisão Fiscal ante a Lei Complementar nº 104. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2002.

PALMITESSA, Elio Andrea. Interplay Between the Principle Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures. **Intertax**, vol. 46, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2018.

PEGORARO, Andressa. O combate ao treaty shopping nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil e a influência do Projeto Beps (base erosion and profit shifting) - o futuro das cláusulas de limitação de benefícios (LOB). **Revista Dialética de Direito Tributário n. 237**. São Paulo: Dialética, 2015.

PIANTAVIGNA, Paolo. The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Agressive Tax Planning. **World Tax Journal**, vol. 10, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2018.

PINETZ, Erik. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) The Proposals to Revise the OECD Model Convention**. Series on International Tax Law, vol. 95. Wien: Linde, 2016.

PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. Aplicação das Regras Antiabusivas em Tratados contra Bitributação e Evasão Fiscal Firmados pelo Brasil após o Projeto BEPS e a MLI. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PISTONE, Pasquale. **Diritto Tributario Internazionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

PISTONE, Pasquale. Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law. **World Tax Journal**, vol. 6, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2014.

PISTONE, Pasquale. **Abuso del diritto ed elusione fiscale**. Padova: CEDAM, 1996.

PIZZONI, Barbara Emma. Conflicts of Qualification of Share Buy-backs. **Intertax**, vol. 34, n. 1. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2006.

PRATS, Francisco Alfredo García. The ‘Abuse of Tax Law’: Prospects and Analysis. **Essays in International and European Tax Law**. Ed. G. Bizioli. Jovene editore: Napoli, 2010.

PROVODOVÁ, Kateřina. The Relevance of the OECD Report for the Interpretation of Tax Treaties. In: SCHILCHER, Michael; WENINGER, Patrick (eds.). **Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation**. Wien: Linde, 2008.

RAAD, Kees van. Cinco Regras Fundamentais para a Aplicação de Tratados para Evitar a Dupla-Tributação. **Revista de Direito Tributário Internacional n. 1**. Quartier Latin: São Paulo, 2005.

Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU. 18ª Sessão. **Yearbook of the International Law Commission**. Volume II. New York: United Nations, 1966.

ROCHA, Sergio André; SANTOS, Ramon Tomazela. A Convenção Multilateral da OCDE e a Ação 15 do Projeto BEPS. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROCHA, Sergio André. Chapter 9: The Other Side of BEPS: “Imperial Taxation” and “International Tax Imperialism”. In: ROCHA, André Sergio; CHRISTIANS, Allison (eds). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation, vol. 60. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017.

ROCHA, Sergio André. **Brazil’s International Tax Policy**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROCHA, Sergio André. **Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ROCHA, Sergio André. Treaty Shopping e a Cláusula de Beneficiário Efetivo nas Convenções sobre a Tributação da Renda e do Capital Celebrados pelo Brasil. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROLIM, João Dácio. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. **Intertax**, vol. 44, n. 11. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

ROSENBLATT, Paulo. Norma Geral Antielisiva e o Principle Purpose Test (Ação 6 do Projeto BEPS) na Política Internacional Tributária do Brasil. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (coord). **Plano BEPS**. Belo Horizonte: Forum, 2019.

ROSENBLAT, Paulo. Normas Gerais Antielisivas como Princípio de Direito Internacional: os Desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual 02**. São Paulo, IBDT, 2017, pp. 227-228. Disponível em <<https://www.ibdt.org.br/RDTIA/edicoes/2>>.

ROSENBLAT, Paulo. O alcance da Ação 6 do BEPS nos Tratados para evitar a Bitributação do Brasil: um Cenário Incerto. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual 04**. São Paulo, IBDT, 2018, p. 257. Disponível em <<https://www.ibdt.org.br/RDTIA/edicoes/n-4-2018/>>.

ROSENBLOOM, David. Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy. **Intertax**, vol. 22, 1994.

ROTHMANN, Gerd Willi. O Principal Purpose Test Previsto na Ação 6 do BEPS. **Anais – VII Congresso Brasileiro De Direito Tributário Internacional**. Instituto Brasileiro De Direito Tributário. São Paulo: IBDT, 2019, pp. 47-54. Disponível em: <https://ibdt.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/LivroAnais_VIICongresso_001-454_27Set2019.pdf>.

ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas de Qualificação na Aplicação das Convenções contra a Bitributação Internacional. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 76**. São Paulo: Dialética, 2002.

ROTHMANN, Gerd. **Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1978.

RUST, Alexander. Article 1. Persons Covered. In: RUST, Alexander; REIMER, Ekkehart (eds.). **Klaus Vogel on Double Taxation Convention**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

SANTOS, Ramon Tomazela. Os acordos de bitributação e a interpretação jurídica não representacionalista. **Revista Fórum de Direito Tributário n. 97**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory vs. Helvering até sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 243**. São Paulo: Dialética, 2015.

SASSEVILLE, Jacques. The Role of Tax Treaties in the 21st Century. **Bulletin For International Taxation**. Volume 56. No. 6. Amsterdam: IBFD, 2002.

SCHMITT, Marcus. The relevance of amendments to the OECD Commentary for the interpretation of tax treaties (static or dynamic approach). In: SCHILCHER, Michael; WENINGER, Patrick (eds.). **Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation**. Wien: Linde, 2008.

SCHÖN, Wolfgang. International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I). **World Tax Journal**. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2009.

SCHÖN, Wolfgang. International Tax Coordination for a Second-Best World (Part II). **World Tax Journal**. IFA Congress Issue. Amsterdam: IBFD, 2010.

SCHÖN, Wolfgang. International Tax Coordination for a Second-Best World (Part III). **World Tax Journal**. IFA Congress Issue. Amsterdam: IBFD, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Part One: Scope, Interpretation, Tax Treaty Abuse and Residence/ Chapter 3: Brazil: Personal Scope in Brazilian. **Tax Treaties: Tax Treaty Case Law around the Globe 2018**. Online Books. Amsterdam: IBFD, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal Repensando o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio F. (coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal – Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Interpretative and Policy Challenges Following the OCDE Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. **Bulletin for International Taxation**, vol. 71, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Chapter 3: Justification and Implementation of the International Allocation of Taxing Rights: Can We Take One Thing at a Time? In: ROCHA, André Sergio; CHRISTIANS, Allison (eds). **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Series on International Taxation, vol. 60. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar. In: GOMES, Marcos Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. I – Relatório Geral e Coerência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Chapter 6: Brazil. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffrey; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds). **GAARs – A Key Element of Tax Systems in the post-BEPS World**. Online Books. Amsterdam: IBFD, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. A Legalidade e o Poder Regulamentar do Estado: Atos da Administração como Condição para a Aplicação da Lei Tributária. **Estudos de Direito Tributário – Em Homenagem a Roque Antonio Carrazza**, vol. 1. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire (coord) (*et al*). **Garantias dos Contribuintes no Sistema Tributário: Homenagem a Diogo Leite de Campos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. **Revista Direito Tributário Atual n. 24**. São Paulo: Dialética e IBDT, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O Desafio do Planejamento Tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). **Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho dos Contribuintes de 2002 a 2008**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação. **Revista Direito Tributário Atual n. 17**. São Paulo: IBDT/Dialética, 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário – elisão e evasão fiscal – simulação – abuso de forma – interpretação econômica – negócio jurídico indireto – norma antielisiva. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Distribuição Disfarçada de Lucros**. São Paulo: Dialética, 1996.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SCHWARZ, Jonathan. **Schwarz on Tax Treaties**. 3ª Edição. Surrey: Wolters Kluwer (UK) Limited, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SULLIVAN, Ruth. **Statutory Interpretation**. 3rd Edition. Toronto: Irwin Law, 2016.

TABOADA, Carlos Palao. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. **Bulletin for International Taxation**, vol. 69, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2015.

TAKANO, Caio Augusto. Erosão da Base Tributável e a Transferência de Resultados: o Caminho para o Multilateralismo e Novas Perspectivas à Soberania Fiscal. **Revista Direito Tributário Atual n. 32**. São Paulo: Dialética/IBDT, 2014.

TARIGO, Paola. **Diritto Internazionale Tributario**, vol. I. Torino: G. Giappichelli, 2018.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito Tributário (Steuerrecht)**, vol. 1. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação e Elusão Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, Carlos Renato; CARVALHO, Flavio. A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VOGUEL, Klaus; RUST, Alexander. Introduction. In: RUST, Alexander; REIMER, Ekkehart (eds.). **Klaus Vogel on Double Taxation Convention**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. 3rd Edition. London: Kluwer Law International, 1997.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**, São Paulo: Dialética, 2001.

YAMASHITA, Douglas. **Direito Tributário - Uma Visão Sistemática**. São Paulo: Atlas, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a sua Linguagem**. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARD, David A. Abuse of Tax Treaties. **Intertax**. No. 4. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 1995.

WEBER, Dennis. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Case Law. **Erasmus Law Review**, n. 1, Online Journal, 2017.

WEEGHEL, Stef van. A Deconstruction of the Principal Purposes Test. **World Tax Journal**, vol. 11, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2019.

WEEGHEL, Stef van. **The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States**. Series on International Taxation. London: Kluwer Law International, 1998.

WILKIE, Scott; RAIZENNE Robert. Are (These) Tax Treaties Necessary? In: MAISTO, Guglielmo; NIKOLAKAKIS, Angelo; ULMER, John (eds.). **Essays on Tax Treaties – A Tribute to David A. Ward**. Amsterdam/Toronto: IBFD/CTF, 2012.

ZAHRA, Ian. The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1. **Bulletin for International Taxation**, vol. 73, no. 11. Online Journals. Amsterdam: IBFD, 2019.