

LUCAS DE LIMA CARVALHO

**As normas antielusivas definidas como padrão mínimo do Plano de Ação
BEPS nos Acordos contra a Dupla Tributação da Renda Pós-BEPS:
uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Heleno Taveira Torres

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo – SP

2021

LUCAS DE LIMA CARVALHO

**As normas antielusivas definidas como padrão mínimo do Plano de Ação
BEPS nos Acordos contra a Dupla Tributação da Renda Pós-BEPS:
uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Econômico e Financeiro, sob a orientação do Professor Titular Doutor Heleno Taveira Torres.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo – SP

2021

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

CARVALHO, Lucas de Lima.

As normas antielusivas definidas como Padrão Mínimo do Plano de Ação BEPS nos Acordos contra a Dupla Tributação da Renda pós-BEPS: uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional / Lucas de Lima Carvalho; orientador: Heleno Taveira Torres – São Paulo, 2021.

592 fls.

Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Elusão Tributária. 2. Norma Antielusiva. 3. Direito Tributário Internacional. 4. Política Fiscal Internacional. 5. Harmonização Fiscal Internacional. I. Torres, Heleno Taveira, orient.

CDU _____

LUCAS DE LIMA CARVALHO

**As normas antielusivas definidas como padrão mínimo do Plano de Ação BEPS
nos Acordos contra a Dupla Tributação da Renda Pós-BEPS:
uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Econômico e Financeiro.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professor Titular Dr. Heleno Taveira Torres
(Orientador – FDUSP)

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

A Deus, toda a glória pelas bênçãos sem fim.

AGRADECIMENTOS

Esta tese de Doutorado em Direito sela um período inestimável da minha própria história. Foi um período de aprendizado e de sacrifícios, de êxitos e de fracassos. Acima de tudo, foi um período que demonstrou que, sem o investimento de tantas pessoas, eu jamais teria as condições necessárias para estar aqui.

Agradeço em primeiro lugar a Deus, o Princípio e o Fim de todas as coisas. Se hoje eu concluo este Doutorado em Direito, foi graças à misericórdia desse Deus tremendo, do meu Senhor e Salvador Jesus Cristo, que eu o pude concluir. Sem Deus, eu nada seria e nada poderia conquistar.

Agradeço também a toda a minha família pelo seu amor e carinho, em especial aos de casa: meus pais, Marcelino e Elsa, e minhas irmãs, Amanda, Jéssica e Thiliê. Entre todos eles, registro o meu agradecimento profundo e especial a meu pai, Marcelino. A educação que me deu, os valores que inspirou em mim e o amor sacrificial com que me amou e me ama são as arestas que me formaram como homem.

Agradeço a amigos e amigas que, em diferentes momentos dessa minha jornada, me acompanharam e torceram pelo meu sucesso (até mesmo a distância, durante a pandemia do vírus Covid-19 em 2020). Destaco aqui os amigos Caio Giordano Barros, Wladson Sidney, Antônio Vitor Mello e Samuel Lima, assim como as amigas Anita do Vale Palmeira, Liliane Bertelli Imura Cisotto, Sabrina Garcia Sabaini e Lauren Thays Gonçalves de França.

Agradeço a colegas de academia e de profissão cujas contribuições foram decisivas para esta tese. São eles: Blazej Kuzniacki, Breno Vasconcelos, Diana Criclivaia, Fabiana Del Padre Tomé, Cathleen Phillips, Kashif Jahangiri, Jonathan Choi, Mónica Sada Garibay, Georg Kofler, Sriram Govind, Svitlana Buriak, Steve Towers e Sylvia Leite.

Agradeço também ao Professor Titular, Dr. Heleno Taveira Torres, por todas as suas contribuições para esta tese, tenham elas sido feitas em aulas ministradas no Doutorado ou na própria orientação. Obrigado pela oportunidade de ser seu orientando neste áureo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

“Et j'ai appliqué mon coeur à connaître la sagesse, et à connaître la sottise et la folie; mais j'ai connu que cela aussi était un tourment d'esprit. Car avec beaucoup de science, il y a beaucoup de chagrin; et celui qui accroît sa science, accroît sa douleur.”

Livro de Eclesiastes, Capítulo 1, Versículos 17 e 18.

Versão em francês (La Bible de l'Épée).

RESUMO

CARVALHO, Lucas de Lima. *As normas antielusivas definidas como padrão mínimo do Plano de Ação BEPS nos Acordos contra a Dupla Tributação da Renda Pós-BEPS: uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional*. 2021. 592 fls. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Esta tese analisa as normas antielusivas definidas como padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS e seu impacto em acordos contra a dupla tributação de renda pós-BEPS. A partir dessa análise, observamos que a OCDE presidiu um esforço cooperativo das jurisdições do *Inclusive Framework* para a coordenação de suas normas antielusivas nesses acordos, esforço esse destinado a promover Justiça Fiscal. Estabelece-se que, à luz da prática do *Inclusive Framework* no ambiente pós-BEPS, essa coordenação deu causa a assimetrias que podem criar novas oportunidades de elusão tributária internacional e suportar o objetivo coletivo de Concorrência Fiscal Internacional, o que acaba por ofender o fim último do Plano de Ação BEPS e da Política Fiscal Internacional desta primeira metade do século XXI. Com amparo nessas premissas, concluímos que a implementação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS em acordos contra a dupla tributação da renda pós-BEPS deverá ser conformada pela cooperação não em torno de um objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional, mas do objetivo coletivo de Harmonização Fiscal Internacional, candidato mais capaz de promover Justiça Fiscal. Sob esse prisma, a tese apresenta uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional destinada a suplementar o sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS: o sistema de seleção de precedentes. Esse sistema é dividido em quatro procedimentos distintos e assegura, por intermédio deles, a participação de jurisdições do *Inclusive Framework* na escolha de precedentes aprovados, aptos a compor um repositório de precedentes aprovados que poderá ser usado como um suporte interpretativo pelos seus tribunais locais na interpretação dos termos das normas antielusivas, que compõem o padrão mínimo antielusivo nos acordos contra a dupla tributação de renda. Conclui-se que o sistema proposto se destina a substituir os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE e também a curadoria do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS pelo Grupo de Trabalho nº 1: o sistema posiciona os tribunais locais como atores políticos indiretamente envolvidos na implementação global do padrão mínimo (propiciando progressiva convergência das suas decisões a respeito das normas antielusivas contidas nesse padrão mínimo) e, doutra parte, entrega às jurisdições do *Inclusive Framework* o controle direto sobre essa implementação no futuro.

Palavras-chave: Elusão tributária. Norma antielusiva. Direito Tributário Internacional. Política Fiscal Internacional. Harmonização Fiscal Internacional.

ABSTRACT

CARVALHO, Lucas de Lima. *Anti-avoidance rules defined as a minimum standard of the BEPS action plan for bilateral income tax treaties: a proposal of International Fiscal Harmonization*. 2021. 592 fls. Thesis (Ph.D.) – Faculty of Law, University of São Paulo.

This thesis analyzes the anti-avoidance rules defined as the minimum standard of Action 6 of the BEPS Action Plan and their impact on post-BEPS bilateral income tax treaties. Based on this analysis, we note that the OECD presided over a cooperative effort of the Inclusive Framework to coordinate their anti-avoidance rules in these agreements, an effort aimed at promoting Tax Justice. It is established that, considering the practice of the Inclusive Framework in the post-BEPS environment, this coordination caused asymmetries that can create new opportunities for international tax avoidance and support the collective objective of International Tax Competition, which ends up subverting the ultimate goal of the BEPS Action Plan and of the International Fiscal Policy of this first half of the 21st Century. Based on these assumptions, we conclude that the implementation of the minimum standard of Action 6 of the BEPS Action Plan in post-BEPS bilateral income tax treaties should be shaped by cooperation not surrounding a collective objective of International Tax Coordination, but one of International Tax Harmonization, a better alternative to promote Tax Justice. Following this conclusion, the Thesis presents a proposal for International Tax Harmonization aimed at supplementing the peer review system of Action 6 of the BEPS Action Plan: the precedent selection system. This system is divided into four distinct procedures and ensures through them the participation of Inclusive Framework jurisdictions in the choice of approved precedents. Those precedents will form a repository of approved precedents that can be used as an interpretive support by their local courts in applying the terms of the anti-avoidance rules that make up the minimum standard in bilateral income tax treaties. It is concluded that the proposed system is intended to replace the Comments to the OECD Model Convention and also the control of the minimum standard of Action 6 of the BEPS Action Plan by Working Group 1: the system positions local courts as political actors indirectly involved in the global implementation of the minimum standard (providing progressive convergence of their decisions regarding the anti-avoidance standards contained in that minimum standard) and, on the other hand, gives the Inclusive Framework jurisdictions direct control over this implementation in the future.

Keywords: Tax avoidance. Anti-avoidance rule. International tax law. International tax policy. International Tax Harmonization.

RÉSUMÉ

CARVALHO, Lucas de Lima. *Les règles anti-abus définies comme un standard minimum du plan d'action BEPS dans les conventions fiscales bilatérales: une proposition d'Harmonisation Fiscale Internationale*. 2021. 592 fls. Thèse (Doctorat) – Faculté de Droit, Université de São Paulo.

Cette thèse analyse les règles anti-évitement définies comme le standard minimum de l'Action 6 du Plan d'Action BEPS et leur impact sur les conventions fiscales bilatérales après-BEPS. Sur la base de cette analyse, nous notons que l'OCDE a présidé à un effort de coopération du Cadre Inclusif pour coordonner leurs règles anti-évitement dans ces accords, un effort visant à promouvoir la Justice Fiscale. Il est établi que, compte tenu de la pratique du Cadre Inclusif dans l'environnement post-BEPS, cette coordination a provoqué des asymétries qui peuvent créer de nouvelles opportunités d'évasion fiscale internationale et soutenir l'objectif collectif de la Concurrence Fiscale Internationale, qui finit par renverser l'objectif ultime du Plan d'Action BEPS et de la Politique Fiscale Internationale de cette première moitié du XXI^e siècle. Sur la base de ces hypothèses, nous concluons que la mise en œuvre du standard minimum de l'Action 6 du Plan d'Action BEPS dans les conventions fiscales bilatérales après-BEPS devrait être façonnée par une coopération non pas autour d'un objectif collectif de Coordination Fiscale Internationale, mais d'un objectif collectif d'Harmonisation Fiscale Internationale, ce qui est une meilleure alternative pour promouvoir la Justice Fiscale. Suite à cette conclusion, la thèse présente une proposition d'Harmonisation Fiscale Internationale visant à compléter le système d'examen par les pairs de l'Action 6 du Plan d'Action BEPS: le système de sélection des précédents. Ce système est divisé en quatre procédures distinctes et assure à travers elles la participation des juridictions du Cadre Inclusif au choix des précédents approuvés. Ces précédents constitueront un référentiel de précédents approuvés qui pourront être utilisés comme support d'interprétation par leurs tribunaux locaux pour appliquer les termes des règles anti-évitement qui constituent la norme minimale dans les conventions fiscales bilatérales. Il est conclu que le système proposé est destiné à remplacer les commentaires sur le modèle de convention de l'OCDE ainsi que le contrôle du standard minimum d'Action 6 du Plan d'Action BEPS par le Groupe de Travail 1: le système positionne les tribunaux locaux comme des acteurs politiques indirectement impliqués dans la mise en œuvre mondiale de la norme minimale (assurant une convergence progressive de leurs décisions concernant les normes anti-évitement contenues dans cette norme minimale) et, d'autre part, donne aux juridictions du Cadre Inclusif un contrôle direct sur cette mise en œuvre à l'avenir.

Mots-clés: Évitement fiscal. Règle anti-évitement. Droit fiscal international. Politique fiscale internationale. Harmonisation Fiscale Internationale.

LISTA DE DIAGRAMAS

| | |
|--|-----|
| Diagrama 1. Exemplo contido no item 4.1.2 | 323 |
| Diagrama 2. Exemplo contido no item 4.1.3 | 329 |
| Diagrama 3. Exemplo contido no item 4.1.4 | 334 |
| Diagrama 4. Exemplo contido no item 4.2.2 | 360 |
| Diagrama 5. Exemplo contido no item 4.2.3 | 364 |
| Diagrama 6. Exemplo contido no item 4.2.4 | 370 |
| Diagrama 7. Estrutura do Procedimento Ordinário (ORD) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.1 | 425 |
| Diagrama 8. Estrutura da Exclusão e Substituição de Precedentes por Solicitação Individual (ESPSI) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.2 | 458 |
| Diagrama 9. Estrutura da Revisão Quinquenal (RQ) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.3 | 466 |
| Diagrama 10. Estrutura do Procedimento Extraordinário (EXT) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.4 | 474 |

LISTA DE TABELAS

| | | |
|------------------|---|-----|
| Tabela 1. | Estados-membros do G20 e União Europeia e suas posições, formais ou inferidas, sobre o padrão mínimo do Plano de Ação BEPS no artigo 7º do MLI | 316 |
| Tabela 2. | Estados-membros da OCDE e suas posições, formais ou inferidas, sobre o padrão mínimo do Plano de Ação BEPS no artigo 7º do MLI | 319 |
| Tabela 3. | “Paraísos Fiscais” segundo o artigo 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010 e suas posições formais sobre o padrão mínimo do Plano de Ação BEPS no artigo 7º do MLI | 321 |
| Tabela 4. | Exemplos de ADTs pós-BEPS sujeitos a reservas sob o artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e/ou “c”, do MLI | 346 |
| Tabela 5. | Exemplos de ADTs pós-BEPS que contêm referências à legislação interna para combater situações de evasão e/ou de elusão tributárias | 348 |
| Tabela 6. | Exemplos de ADTs pós-BEPS que contêm textos “revisados” das normas antielusivas propostas como padrão mínimo pela Ação 6 do Plano de Ação BEPS | 352 |
| Tabela 7. | Exemplos de precedentes administrativos ou judiciais sobre situações de elusão tributária internacional ocorridas no ambiente de ADTs | 390 |
| Tabela 8. | Comparativo entre os ADTs pós-BEPS listados nas Tabelas 4, 5 e 6 e as informações prestadas pelas jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> no segundo relatório do sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 do Plano de Ação BEPS | 414 |
| Tabela 9. | Comparativo entre as alternativas comentadas para os métodos de votação do colégio de jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> na etapa (8) do ORD | 447 |

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|----------------|--|
| ADT | Acordo contra a Dupla Tributação da renda |
| ATAD | <i>Anti-Tax Avoidance Directive</i> (Diretiva Antielusão Tributária) |
| BEPS | <i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (Erosão da Base Tributável e Desvio de Lucros) |
| CARF | Conselho Administrativo de Recursos Fiscais |
| CARICOM | <i>Caribbean Community</i> (Comunidade do Caribe) |
| CbCR | <i>Country-by-Country Reporting</i> (Declaração País-a-País) |
| CC | Conselho de Contribuintes |
| CCA | <i>Capital Cost Allowance</i> (Custo de Provisão de Capital) |
| CCCTB | <i>Common Consolidated Corporate Tax Base</i> (Base Consolidada Singular para a Tributação de Sociedades Empresárias) |
| CEN | <i>Capital Export Neutrality</i> (Neutralidade de Exportação de Capital) |
| CFC | <i>Controlled Foreign Company</i> (Sociedade Empresária Controlada no Exterior) |
| CGT | Comentários do Grupo de Trabalho nº 1 |
| CIAT | Centro Interamericano de Administrações Tributárias |
| CIN | <i>Capital Import Neutrality</i> (Neutralidade de Importação de Capital) |
| CJUE | Corte de Justiça da União Europeia |
| CMT-SP | Conselho Municipal de Tributos de São Paulo |
| CON | <i>Capital Ownership Neutrality</i> (Neutralidade de Propriedade de Capital) |
| CRS | <i>Common Reporting Standard</i> (Padrão Comum de Reporte) |
| CSLL | Contribuição Social sobre o Lucro Líquido |
| CSRF | Câmara Superior de Recursos Fiscais |
| CTN | Código Tributário Nacional |
| CVDT | Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados |
| DST | <i>Digital Services Tax</i> (Tributo sobre Serviços Digitais) |
| EBITDA | <i>Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization</i> (Lucros antes de juros, tributos, depreciação e amortização) |
| ECOSOC | <i>Economic and Social Council</i> (Conselho Econômico e Social da ONU) |

| | |
|--------------------|---|
| EP | Estabelecimento Permanente |
| ESPSI | Exclusão e Substituição de Precedentes por Solicitação Individual |
| EXT | Procedimento Extraordinário |
| FATCA | <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> (Ato sobre Conformidade Fiscal de Contas Estrangeiras) |
| FfDO | <i>Financing for Development Office</i> (Departamento de Financiamento para o Desenvolvimento do ECOSOC da ONU) |
| FDI | <i>Foreign Direct Investment</i> (Investimento Estrangeiro Direto) |
| FIRPTA | <i>Foreign Investment in Real Property Tax Act</i> (Ato sobre a Tributação de Investimento Externo em Propriedade Imóvel) |
| FMI | Fundo Monetário Internacional |
| G20 | Grupo dos Vinte |
| GAAR | <i>General Anti-Avoidance Rule</i> (Regra Geral Antielusiva) |
| GATS | <i>General Agreement on Trade in Services</i> (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços) |
| GATT | <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) |
| ICIJ | <i>International Consortium of Investigative Journalists</i> (Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos) |
| ICMS | Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação |
| ICTD | <i>International Centre for Tax and Development</i> (Centro Internacional para Tributação e Desenvolvimento) |
| IFRS | <i>International Financial Reporting Standards</i> (Normas Internacionais de Informação Financeira) |
| IGV | <i>Impuesto General a las Ventas</i> (Imposto Geral sobre Vendas) |
| IOF-Crédito | Imposto sobre Operações de Crédito |
| IPI | Imposto sobre Produtos Industrializados |
| IRD | <i>Interest and Royalty Directive</i> (Diretiva sobre Juros e Royalties) |
| IRPF | Imposto sobre a Renda da Pessoa Física |
| IRPJ | Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica |
| IRRF | Imposto de Renda Retido na Fonte |

| | |
|------------------|---|
| ISSQN | Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza |
| ITBI | Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis |
| IVA | Imposto sobre o Valor Agregado |
| LDC | <i>Least-Developed Countries</i> (Países Menos Desenvolvidos) |
| LOB | <i>Limitation of Benefits</i> (Limitação de Benefícios) |
| MAATM | <i>Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters</i> (Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Tributária) |
| MLI | <i>Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS</i> (Instrumento Multilateral) |
| MNE | <i>Multinational Enterprise</i> (Empresa Multinacional) |
| NN | <i>National Neutrality</i> (Neutralidade Nacional) |
| NON | <i>National Ownership Neutrality</i> (Neutralidade de Propriedade Nacional) |
| OCDE | Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico |
| OCEE | Organização para a Cooperação Econômica Europeia |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| ONG | Organização Não Governamental |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| ORD | Procedimento Ordinário |
| PA ou P/A | Precedente Aprovado ou Precedente Desaprovado |
| PIDESC | Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais |
| POEM | <i>Place of Effective Management</i> (Sede de Direção Efetiva) |
| PPT | <i>Principal Purpose Test</i> (Teste do Propósito Principal) |
| PQ ou P/Q | Precedente Qualificado ou Precedente Desqualificado |
| PS | Precedente Substituto |
| PSD | <i>Parent-Subsidiary Directive</i> (Diretiva sobre Controladoras e Subsidiárias) |
| RFB | Receita Federal do Brasil |
| RPA | Repositório de Precedentes Aprovados |
| RQ | Revisão Quinquenal |
| SAAR | <i>Specific Anti-Avoidance Rule</i> (Regra Específica ou Especial Antielusiva) |
| SAT | <i>State Administration of Taxation</i> (Administração Fiscal Estatal) |

- STF** Supremo Tribunal Federal
- STJ** Superior Tribunal de Justiça
- TAAR** *Targeted Anti-Avoidance Rule* (Regra Delimitada Antielusiva)
- TRF** Tribunal Regional Federal
- TRIMS** *Agreement on Trade-Related Investment Measures* (Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio)

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 25 |
| (i) Contexto da tese..... | 25 |
| (ii) Problema, questões e hipóteses de pesquisa | 28 |
| (iii) Delimitação do objeto e metodologia | 32 |
| (iv) Justificativa da tese | 36 |
| (v) Notas explicativas | 38 |

PARTE I CONCEITOS FUNDAMENTAIS

| | |
|---|-----|
| 1. ELUSÃO TRIBUTÁRIA E NORMAS ANTIELUSIVAS..... | 43 |
| 1.1 Noções preliminares: “planejamento tributário” e sua imprecisão técnica | 43 |
| 1.2 A elusão tributária como objeto de estudo: conceito e distinção de evasão e elisão tributária | 49 |
| 1.2.1 Elusão tributária e “negócio jurídico atípico ou indireto” | 56 |
| 1.2.2 Elusão tributária e os conceitos de “simulação absoluta” e “simulação relativa” | 59 |
| 1.2.3 Elusão tributária e os conceitos de “abuso de direito” e “abuso de forma” ... | 61 |
| 1.2.4 Elusão tributária e o conceito de “fraude à lei” | 65 |
| 1.2.5 Elusão tributária e as figuras de “propósito negocial” e “substância econômica” | 68 |
| 1.2.6 O sincretismo terminológico no estudo da elusão tributária | 79 |
| 1.3 Elusão tributária interna e elusão tributária internacional | 80 |
| 1.4 Normas antielusivas | 84 |
| 1.4.1 O conceito de norma antielusiva | 84 |
| 1.4.1.1 A norma geral antielusiva | 92 |
| 1.4.1.1.1 A norma geral antielusiva no Canadá..... | 94 |
| 1.4.1.1.2 A norma geral antielusiva na China | 97 |
| 1.4.1.1.3 A norma geral antielusiva na Índia..... | 101 |
| 1.4.1.1.4 O art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional no Brasil | 104 |
| 1.4.1.2 A norma especial antielusiva | 108 |
| 1.4.1.2.1 Regras de tributação de lucros de controladas no exterior..... | 111 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 1.4.1.2.2 | Regras de subcapitalização | 114 |
| 1.4.1.2.3 | Regras de preços de transferência..... | 117 |
| 1.4.1.3 | A norma antielusiva interna..... | 123 |
| 1.4.1.4 | A norma antielusiva internacional..... | 125 |
| 1.4.1.4.1 | Cláusulas de “beneficiário efetivo” ou “pessoa qualificada” em ADTs | 128 |
| 1.4.1.4.2 | Cláusulas “antiabuso” em ADTs | 132 |
| 1.4.1.4.3 | A experiência brasileira em ADTs..... | 134 |
| 1.4.2 | As relações entre as espécies de normas antielusivas..... | 138 |
| 1.4.2.1 | Normas antielusivas gerais e especiais no direito interno | 138 |
| 1.4.2.2 | Normas antielusivas internas e normas antielusivas internacionais..... | 145 |
| 1.4.2.3 | Normas gerais antielusivas e normas especiais antielusivas em ADTs | 154 |
| 2. | POLÍTICA FISCAL INTERNACIONAL | 159 |
| 2.1 | Considerações preliminares..... | 160 |
| 2.1.1 | Política e sistema político | 160 |
| 2.1.2 | A relação entre o sistema político e o sistema jurídico | 164 |
| 2.1.3 | A política fiscal..... | 167 |
| 2.2 | Os conceitos de política fiscal internacional e de Política Fiscal Internacional..... | 170 |
| 2.3 | Objetivos de política fiscal internacional e de Política Fiscal Internacional..... | 179 |
| 2.3.1 | Objetivos individuais..... | 180 |
| 2.3.1.1 | Neutralidade de exportação de capital (CEN) | 180 |
| 2.3.1.2 | Neutralidade de importação de capital (CIN)..... | 183 |
| 2.3.1.3 | Neutralidade de propriedade de capital (CON) | 185 |
| 2.3.1.4 | Neutralidade de propriedade nacional (NON)..... | 187 |
| 2.3.1.5 | Neutralidade nacional (NN) | 188 |
| 2.3.1.6 | Conjugação de objetivos individuais e normas antielusivas internacionais..... | 190 |
| 2.3.2 | Objetivos coletivos | 193 |
| 2.3.2.1 | Tributação Única | 194 |
| 2.3.2.2 | Tributação segundo Benefícios ou Valor | 196 |
| 2.3.2.3 | Justiça Fiscal..... | 200 |
| 2.3.2.4 | Concorrência Fiscal Internacional | 204 |
| 2.3.2.5 | Cooperação Fiscal Internacional | 209 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 2.3.2.6 | Coordenação Fiscal Internacional..... | 213 |
| 2.3.2.7 | Harmonização Fiscal Internacional..... | 217 |
| 2.4 | A elusão tributária internacional e os rumos da Política Fiscal Internacional..... | 220 |
| 2.4.1 | Sob a perspectiva da OCDE..... | 220 |
| 2.4.2 | Sob a perspectiva da ONU | 226 |
| 2.4.3 | O posicionamento do Brasil | 229 |

Parte II

APLICAÇÃO DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

| | | |
|---------|---|-----|
| 3. | O PLANO DE AÇÃO BEPS E AS NORMAS ANTIELUSIVAS RECOMENDADAS PELA OCDE PARA ADTS | 233 |
| 3.1 | O Plano de Ação BEPS..... | 233 |
| 3.1.1 | O relatório “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” de fevereiro de 2013..... | 234 |
| 3.1.2 | O Plano de Ação BEPS de julho de 2013 | 238 |
| 3.1.2.1 | Ação 1 | 242 |
| 3.1.2.2 | Ações no grupo de coerência | 243 |
| 3.1.2.3 | Ações no grupo de substância..... | 245 |
| 3.1.2.4 | Ações no grupo de transparência | 250 |
| 3.1.2.5 | Ação 15 | 252 |
| 3.2 | A perspectiva geral da ONU sobre o Plano de Ação BEPS | 259 |
| 3.3 | A perspectiva geral do Brasil sobre o Plano de Ação BEPS | 266 |
| 3.4 | As normas antielusivas para ADTs definidas como padrão mínimo no Plano de Ação BEPS..... | 269 |
| 3.4.1 | Comentários preliminares sobre a exclusão do artigo 6º, parágrafo 1º, do MLI do escopo da nossa análise | 269 |
| 3.4.2 | Artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI: A Cláusula de PPT..... | 272 |
| 3.4.3 | Artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI: alívio discricionário sob pedido..... | 277 |
| 3.4.4 | Artigo 7º, parágrafos 8º a 14 do MLI: a Cláusula de LOB | 280 |
| 3.4.4.1 | Parágrafo 8º: disposições gerais sobre residência qualificada | 284 |
| 3.4.4.2 | Parágrafo 9º: residentes qualificados | 285 |
| 3.4.4.3 | Parágrafo 10: condução ativa de negócios..... | 289 |
| 3.4.4.4 | Parágrafo 11: beneficiários equivalentes | 293 |
| 3.4.4.5 | Parágrafo 12: alívio discricionário na Cláusula de LOB | 296 |
| 3.4.4.6 | Parágrafos 13 e 14: definições e incorporação a ADTs cobertos .. | 298 |

| | | |
|-------|--|------------|
| 3.4.5 | Artigo 7º, parágrafos 15 a 17: reservas e notificações..... | 300 |
| 3.5 | A regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo: um padrão mínimo ocasional em ADTs | 305 |
| 3.6 | As normas antielusivas para ADTs enquanto padrão mínimo e os objetivos coletivos de Coordenação Fiscal Internacional e Justiça Fiscal | 308 |
| 3.7 | As normas antielusivas para ADTs enquanto padrão mínimo e os objetivos coletivos de Harmonização Fiscal Internacional e Justiça Fiscal | 310 |
| 4. | A IMPLEMENTAÇÃO EM ADTS DE NORMAS ANTIELUSIVAS DEFINIDAS COMO PADRÃO MÍNIMO PELO PLANO DE AÇÃO BEPS | 313 |
| 4.1 | Possíveis incompatibilidades na aplicação de normas antielusivas do Plano de Ação BEPS propostas como padrão mínimo para ADTs | 314 |
| 4.1.1 | A opção pela implementação sem reservas ou revisões de normas antielusivas definidas como padrão mínimo pelo Plano de Ação BEPS em ADTs | 315 |
| 4.1.2 | Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT individual e sob a cláusula de PPT em conjunto com a cláusula de LOB em ADTs..... | 323 |
| 4.1.3 | Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT individual e sob a cláusula de PPT em conjunto com a cláusula de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI | 328 |
| 4.1.4 | Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT assimétrica em relação à posição da outra jurisdição signatária (artigo 7º, parágrafo 7º, alínea “b”, do MLI) | 333 |
| 4.1.5 | O apelo à flexibilidade e a crítica à implementação do padrão mínimo da Ação 6 conforme previsto no MLI | 337 |
| 4.2 | Possíveis assimetrias com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS causadas pela sua implementação reservada ou revisada em ADTs pós-BEPS..... | 340 |
| 4.2.1 | Exemplos de ADTs pós-BEPS que implementaram o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS de forma reservada ou revisada | 344 |
| 4.2.2 | Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de LOB com alívio discricionário e sob a cláusula de LOB com alívio discricionário diferenciado | 359 |
| 4.2.3 | Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT individual e sob a cláusula de PPT cumulada com o recurso a normas antielusivas internas..... | 362 |
| 4.2.4 | Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT em conjunto com a cláusula de LOB e sob cláusulas de PPT revisadas em ADTs..... | 369 |
| 4.2.5 | Implicações das reservas ou revisões em relação ao padrão mínimo da Ação 6 nos ADTs pós-BEPS para a Política Fiscal Internacional | 373 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 4.3 | Possíveis assimetrias na aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS causadas por fatores exógenos e compartilhados por jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> | 376 |
| 4.3.1 | Particularidades linguísticas, suas possíveis interpretações e repercussões para a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS | 377 |
| 4.3.2 | Normas antielusivas internas, normas antielusivas supranacionais e sua relação com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS..... | 384 |
| 4.3.3 | A jurisprudência pregressa sobre elusão tributária (doméstica ou internacional) nas jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> e sua relação com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS | 389 |
| 4.3.4 | Análise crítica sobre os fatores exógenos à luz das políticas fiscais internacionais das jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> e à luz da Política Fiscal Internacional | 398 |
| 4.3.4.1 | Diferenças linguísticas e normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 sob o manto das políticas fiscais internacionais e da Política Fiscal Internacional | 398 |
| 4.3.4.2 | Normas internas e supranacionais e normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 sob o manto das políticas fiscais internacionais e da Política Fiscal Internacional | 399 |
| 4.3.4.3 | A jurisprudência sobre elusão tributária e o padrão mínimo da Ação 6 sob o manto das políticas fiscais internacionais e da Política Fiscal Internacional..... | 401 |
| 4.4 | O sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 do Plano de Ação BEPS e suas limitações.... | 403 |
| 4.4.1 | A estrutura do sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 do Plano de Ação BEPS | 405 |
| 4.4.2 | O relatório do sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 publicado em fevereiro de 2019..... | 410 |
| 4.4.3 | O relatório do sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 publicado em março de 2020 | 412 |
| 4.4.4 | O relatório do sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 publicado em abril de 2021 | 419 |
| 4.4.5 | Análise crítica sobre o sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 | 420 |

PARTE III
PROPOSTA

| | | |
|-------|---|-----|
| 5. | A HARMONIZAÇÃO FISCAL INTERNACIONAL SOBRE AS NORMAS ANTELUSIVAS DO PADRÃO MÍNIMO DA AÇÃO 6 ATRAVÉS DO SISTEMA DE SELEÇÃO DE PRECEDENTES | 423 |
| 5.1 | O sistema de seleção de precedentes como suplemento ao sistema de <i>peer review</i> da Ação 6 do Plano de Ação BEPS..... | 424 |
| 5.1.1 | O Procedimento Ordinário (ORD) | 425 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 5.1.1.1 | Etapa (1): submissão do Precedente Qualificado (PQ) | 426 |
| 5.1.1.2 | Etapa (2): avaliação formal do PQ pela Secretaria da OCDE | 429 |
| 5.1.1.3 | Etapa (3): submissão do PQ para o Grupo de Trabalho nº 1 | 431 |
| 5.1.1.4 | Etapa (4): discussão sobre o PQ aberta pelo Grupo de Trabalho nº 1 | 433 |
| 5.1.1.5 | Etapa (5): submissão de PQ e CGT pelo Grupo de Trabalho nº 1 para a Secretaria | 433 |
| 5.1.1.6 | Etapa (6): submissão de PQ e CGT pela Secretaria para o <i>Inclusive Framework</i> | 435 |
| 5.1.1.7 | Etapa (7): discussão sobre o PQ interna para os membros do <i>Inclusive Framework</i> | 439 |
| 5.1.1.8 | Etapa (8): votação do PQ pelo colégio de jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> | 441 |
| 5.1.1.8.1 | Os possíveis resultados da votação na etapa (8) | 441 |
| 5.1.1.8.2 | Alternativas de métodos de votação para se chegar aos resultados | 442 |
| 5.1.1.8.3 | Oposição às alternativas de maioria absoluta, maioria qualificada, maioria consociacional e consenso (ou consenso menos um) | 449 |
| 5.1.1.9 | Etapa (9): incorporação do PQ aprovado como PA ao RPA | 453 |
| 5.1.2 | A Exclusão e a Substituição de Precedentes por Solicitação Individual (ESPSI) | 457 |
| 5.1.2.1 | Etapa (1): submissão do P/Q e do Precedente Substituto (PS), se houver | 458 |
| 5.1.2.2 | Etapa (2): remoção do P/Q enquanto PA do RPA e notificações para o Grupo de Trabalho nº 1 para o colégio de jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> | 461 |
| 5.1.2.3 | Etapa (3): submissão do PS, se houver, ao ORD | 463 |
| 5.1.3 | Revisão Quinquenal (RQ) | 463 |
| 5.1.3.1 | Etapa (1): submissão do RPA da Secretaria para o Grupo de Trabalho nº 1 | 466 |
| 5.1.3.2 | Etapa (2): discussão sobre o RPA aberta pelo Grupo de Trabalho nº 1 | 467 |
| 5.1.3.3 | Etapa (3): submissão do RPA e CGT pelo Grupo de Trabalho nº 1 para a Secretaria | 468 |
| 5.1.3.4 | Etapa (4): submissão de PQ e CGT pela Secretaria para o <i>Inclusive Framework</i> | 468 |
| 5.1.3.5 | Etapa (5): discussão sobre o RPA interna para os membros do <i>Inclusive Framework</i> | 470 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 5.1.3.6 | Etapa (6): votação do RPA pelo colégio de jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> | 470 |
| 5.1.3.7 | Etapa (7): formação do RPA pós-RQ | 471 |
| 5.1.4 | Procedimento Extraordinário (EXT)..... | 473 |
| 5.1.4.1 | Etapa (1): decisão de maioria qualificada para discutir internamente o PA..... | 475 |
| 5.1.4.1.1 | Quem inicia o procedimento | 475 |
| 5.1.4.1.2 | Como se formará a maioria qualificada..... | 477 |
| 5.1.4.1.3 | Em que consistirá a discussão | 479 |
| 5.1.4.2 | Etapa (2): submissão do PA para a Secretaria da OCDE..... | 480 |
| 5.1.4.3 | Etapa (3): submissão do PA para o Grupo de Trabalho nº 1 | 481 |
| 5.1.4.4 | Etapa (4): discussão sobre o PA aberta pelo Grupo de Trabalho nº 1 | 481 |
| 5.1.4.5 | Etapa (5): submissão de PA e CGT pelo Grupo de Trabalho nº 1 para a Secretaria | 481 |
| 5.1.4.6 | Etapa (6): submissão de PA e CGT pela Secretaria para o <i>Inclusive Framework</i> | 482 |
| 5.1.4.7 | Etapa (7): rediscussão do PA pelos membros do <i>Inclusive Framework</i> | 482 |
| 5.1.4.8 | Etapa (8): votação final do <i>Inclusive Framework</i> sobre o PA | 482 |
| 5.1.4.9 | Etapa (9): remoção do PA do RPA..... | 483 |
| 5.2 | Discussão de alternativas para o sistema de seleção de precedentes | 484 |
| 5.2.1 | Instituição do sistema de seleção de precedentes junto à ONU | 485 |
| 5.2.2 | Composição paritária dos representantes da jurisdição do <i>Inclusive Framework</i> entre o Poder Executivo e o setor privado..... | 488 |
| 5.2.3 | Composição dos representantes da jurisdição do <i>Inclusive Framework</i> entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário | 490 |
| 5.2.4 | Harmonização do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS através de um Tribunal Fiscal Internacional | 492 |
| 5.3 | Expectativas da implementação do sistema de seleção de precedentes para o futuro do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS..... | 495 |
| 5.3.1 | Ameaça à segurança jurídica promovida pela cláusula de LOB em ADTs pós-BEPS em virtude de PAs sobre a cláusula de PPT ou sobre as cláusulas de LOB e PPT | 496 |
| 5.3.2 | A universalização do sentido de termos usados na cláusula de PPT | 497 |
| 5.3.3 | A possível ampliação do poder do Fisco de conceder ou denegar benefícios de ADTs na cláusula de alívio discricionário sob pedido..... | 497 |

| | | |
|------------------|--|-----|
| 5.3.4 | Tensão entre normas internas, doutrinas judiciais e normas supranacionais em PQs e PAs sobre a elusão tributária em ADTs pós-BEPS..... | 498 |
| 5.3.5 | Proliferação de iniciativas de Harmonização Fiscal Internacional sobre normas contidas em ADTs | 501 |
| 5.3.6 | A demanda política pela criação de um Tribunal Fiscal Internacional | 502 |
| CONCLUSÕES | | 504 |
| REFERÊNCIAS..... | | 514 |

INTRODUÇÃO

Esta tese apresenta uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional para a interpretação das normas antielusivas que foram definidas como padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação contra a Erosão da Base Tributável e o Desvio de Lucros (no inglês, *Base Erosion and Profit Shifting*, ou “BEPS”) da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Para fins didáticos e de sistematização deste estudo, dividimos a Introdução nas seguintes seções: (i) contexto da tese; (ii) problema, questões e hipóteses de pesquisa; (iii) delimitação do objeto e metodologia da tese; (iv) justificativa da tese; e (v) notas explicativas.

(i) Contexto da tese

O Plano de Ação BEPS foi uma iniciativa pioneira e revolucionária da OCDE. Como é sabido, esse Plano de Ação não apenas enumerou ineficiências operativas do Direito Tributário Interno e Internacional, mas serviu para congrega jurisdições distintas em torno de um mesmo objetivo de Política Fiscal Internacional: *cooperar* para enfrentar de forma *coordenada* determinadas práticas públicas e privadas ofensivas à Justiça Fiscal. O Plano de Ação BEPS foi dividido em 15 (quinze) ações referentes a temas como a tributação da economia digital, as regras de tributação de lucros de sociedades controladas no exterior (no inglês, *Controlled Foreign Company Rules*, ou regras de CFC) e as regras de preços de transferência, entre outros. Essas ações foram discutidas pelas autoridades fiscais de jurisdições integrantes e não integrantes da OCDE, naquele grupo que ficou conhecido como o *Inclusive Framework*,¹ a partir do ano de 2013, quando o Plano de Ação foi formalmente apresentado à comunidade internacional.²

¹ Vide: OCDE. *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020*. Paris: OCDE, 2020. p. 2. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-progress-report-july-2019-july-2020.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020. A lista das jurisdições que integram o *Inclusive Framework* também está disponível no sítio eletrônico da OCDE. Vide: OCDE. *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

² Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

Ciente de que jurisdições tão diferentes entre si dificilmente concordariam em implementar soluções unívocas para os problemas identificados dentro de cada ação do mencionado Plano, a OCDE se empenhou em graduar as suas recomendações de acordo com o nível de necessidade de sua implementação. Foi assim que a Organização dividiu as suas recomendações em três categorias: “melhores práticas”, que são as propostas em relação às quais houve o menor nível de consenso por parte do *Inclusive Framework*; “padrões reforçados”, que são as propostas que se limitam a reforçar outras já abordadas pela OCDE nos Comentários à sua Convenção-Modelo; e os “padrões mínimos”, que são aqueles aplicáveis naquelas circunstâncias em que a inação das jurisdições do *Inclusive Framework* daria ensejo a externalidades negativas, incluindo impactos adversos de competitividade.³ Um desses padrões mínimos, especificamente aquele contido na Ação 6 do Plano de Ação BEPS, foi escolhido como objeto desta pesquisa.

A Ação 6 tratou da concessão de benefícios de acordos internacionais sobre matéria tributária (entre os quais selecionamos os Acordos contra a Dupla Tributação da Renda, ou “ADTs”, conforme explicado na seção (v) desta Introdução) em situações ditas “inapropriadas”. Uma das demandas políticas que motivou a OCDE a escolher a Ação 6 como componente do seu Plano de Ação BEPS foi a percepção de que jurisdições signatárias de ADTs estavam sendo levadas a conceder benefícios desses ADTs a sujeitos passivos, entre eles as empresas multinacionais (no inglês, *Multinational Enterprises*, ou MNEs), devido ao sucesso de estratégias percebidas como abusivas. Dito de outra forma, e aqui usamos a expressão que se repetirá ao longo do nosso estudo nesta tese, reconheceu-se que esses sujeitos passivos adotavam práticas de *elusão tributária internacional* para obter benefícios de ADTs indevidamente ou para explorar assimetrias constatadas em ADTs por todo o mundo, numa prática conhecida pela expressão em inglês *treaty shopping*. O objetivo principal da Ação 6, portanto, foi trazer propostas de *normas antielusivas* para enfrentar a elusão tributária internacional de maneira mais abrangente. Essas propostas foram

³ A OCDE cita essas categorias na Declaração Explanatória dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, embora a divisão tenha sido mais bem esclarecida em documentos posteriores. Vide: OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020. Vide ainda: OCDE. *Live Webcast: The BEPS Package*. Paris: OCDE, 2015. p. 7. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/OECDtax/beps-webcast-8-launch-of-the-2015-final-reports>. Acesso em: 6 out. 2020. Por último, vide também: SCHIPPERS, Martijn. BEPS and Transfer Pricing but What about VAT and Customs? *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, n° 3, p. 175, 2016.

originalmente publicadas pela OCDE no Relatório Final da Ação 6, em 5 de outubro de 2015.⁴

Como foram integrantes de um padrão mínimo do Plano de Ação BEPS, as propostas da Ação 6 deveriam, de alguma forma, ser adotadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework*. Sendo essas propostas dirigidas prioritariamente a ADTs, seria necessário que seu texto pudesse ser implementado nesses ADTs de forma a não transformar cada emenda em um processo longo e sensível de renegociação bilateral. Foi por esse motivo que a OCDE incluiu no Plano de Ação BEPS a Ação 15, cujo resultado foi o lançamento da Convenção Multilateral para Implementar Medidas em Tratados em Matéria Tributária para Prevenir a Erosão das Bases Fiscais (no inglês, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*, ou ainda “Instrumento Multilateral”, ou *BEPS Multilateral Instrument*, ou MLI).⁵ O MLI foi estruturado pela OCDE como uma espécie de “acordo sobre acordos”: um instrumento destinado a modificar outros acordos, entre eles os ADTs, inicialmente assinado em 7 de junho de 2017 e que hoje conta com mais de 90 jurisdições signatárias, entre as quais mais de 50 que o têm em vigor em seus ordenamentos. Apesar de o MLI apresentar dois artigos que incorporam o padrão mínimo da Ação 6, a saber, os artigos 6º e 7º, apenas o artigo 7º do MLI contém *normas antielusivas internacionais* (o artigo 6º contém a regra de inserção de um novo preâmbulo em ADTs). Por esse motivo, é no artigo 7º do MLI que encontraremos a proposta concreta da OCDE de implementação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs.

Esse contexto ilumina bem o espaço em que optamos por desenvolver a nossa tese. A OCDE buscou em sua Ação 6 lançar um padrão mínimo para enfrentar a elusão tributária internacional e esse padrão mínimo foi veiculado por meio do MLI para jurisdições que compõem o *Inclusive Framework*. Muitas delas assinaram o MLI, outras não o assinaram (entre elas os Estados Unidos e o Brasil) e, em relação a ADTs posteriores, jurisdições signatárias do MLI e não signatárias se posicionaram como iguais na adoção bilateral dessas normas antielusivas. Mais do que simplesmente inserir normas antielusivas em ADTs, o propósito de uma iniciativa como a Ação 6 do Plano de Ação BEPS foi maior: foi o propósito

⁴ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

⁵ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>. Acesso em: 5 out. 2019.

de inserir essas normas antielusivas em ADTs de forma coordenada, tudo no intuito de dificultar a exploração de assimetrias entre essas normas por parte de sujeitos passivos interessados. Foi como a Organização decidiu tratar um vício concreto do Direito Tributário Internacional – submetendo-o a um remédio coordenado (e coordenado para ser eficaz).

(ii) Problema, questões e hipóteses de pesquisa

O problema que originou esta tese reside precisamente na adoção do remédio a que aludimos na seção anterior. De forma sucinta, e trataremos com mais detalhes desses exemplos no Capítulo 4, o cenário existente após o lançamento do MLI em relação ao padrão mínimo da Ação 6 é o seguinte:

- Há jurisdições que assinaram o MLI e que, de forma coordenada, adotaram o padrão mínimo da Ação 6 em seus ADTs. A interpretação do padrão mínimo nesses ADTs, contudo, poderá ser diferente da interpretação dada ao mesmo padrão mínimo por outras jurisdições que o tenham adotado, *ainda que o padrão mínimo seja exatamente o mesmo* (mesma cláusula e mesmo texto). Essas diferenças interpretativas podem gerar assimetrias que o Plano de Ação BEPS buscou minimizar, e mesmo a atuação da OCDE no seu sistema de *peer review* (no português, revisão por pares) é limitada para resolver essas diferenças.
- Como visto nas posições oficiais das jurisdições que assinaram o MLI, fica evidente que essas jurisdições fizeram diferentes escolhas dentro do artigo 7º do MLI – ou seja, escolheram cláusulas diferentes com textos diferentes, embora sejam todas componentes do mesmo padrão mínimo. Não é autoevidente que os ADTs pós-BEPS que contêm essas cláusulas diferentes deverão ser interpretados da mesma maneira, levando o intérprete à mesma conclusão quanto a como enfrentar práticas elusivas.
- Nota-se ainda que existem, entre os ADTs pós-BEPS de jurisdições que assinaram e de jurisdições que não assinaram o MLI (mas que fazem parte do *Inclusive Framework*), alguns ADTs que ou não contemplam qualquer norma antielusiva, ou contemplam uma norma antielusiva, mas essa norma não está textualmente prevista no MLI.

- Por último, identificamos que essas assimetrias entre normas antielusivas persistem mesmo quanto a ADTs pós-BEPS que foram celebrados após 7 de junho de 2017, tenham eles sido celebrados por jurisdições que assinaram o MLI ou ainda por jurisdições que não o assinaram (ou por jurisdições signatárias e não signatárias).

Não sugerimos que o problema apontado é verificável em cada um dos ADTs pós-BEPS pelo mundo. É desnecessário identificá-los individualmente como assimétricos (em seu texto ou na interpretação de normas antielusivas em ADTs segundo a jurisprudência interna de seus Estados Contratantes), como condição para afirmar que o problema apontado nos retorna ao estado preexistente à Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Saímos de um estado no qual jurisdições possuíam diferentes padrões de enfrentamento à elusão tributária internacional em seus ADTs e, ao que parece, chegamos a um estado no qual esses padrões mudaram, mas permanecem diferentes entre si. Essas assimetrias, quer por meio da geração de novas hipóteses de elusão tributária internacional, quer mediante licença à Concorrência Fiscal Internacional, dão causa à erosão da base tributável e ao desvio de lucros que formam o próprio título do Plano de Ação BEPS da OCDE.

A discussão desse problema na nossa tese nos levará a refletir sobre quatro questões principais, reflexão essa que nos conduzirá à propositura de uma solução própria. Apresentamos essas questões (Q), bem como as suas hipóteses de resposta (H), a seguir:

- Q1:** As variadas espécies de normas antielusivas conduzem o intérprete à mesma solução para as situações de elusão tributária, incluindo as situações de elusão tributária internacional?
- H1:** Mesmo diferentes entre si, as espécies de normas antielusivas conduzem o intérprete à mesma solução para as situações de elusão tributária. É dizer: é suficiente que as normas antielusivas possuam o mesmo desiderato de enfrentar a elusão tributária, o que, por si só, garantirá que a sua aplicação convirja para o mesmo resultado.
- H2:** Não há garantia de que a aplicação de diferentes espécies de normas antielusivas redunde no mesmo resultado para situações de elusão tributária, incluindo as situações de elusão tributária internacional.
- Q2:** Como produto do sistema jurídico, as normas antielusivas internacionais se inserem no Direito Tributário Internacional. No entanto, o contributo

político ao sistema jurídico para que ele por sua vez produza essas normas antielusivas se insere no âmbito da Política Fiscal Internacional (bem como das políticas fiscais internacionais de cada jurisdição). É possível afirmar, portanto, que há uma relação entre as decisões de Política Fiscal Internacional e a edição de normas antielusivas internacionais. Partindo dessa premissa, se constatarmos alguma possível ineficiência na aplicação das normas antielusivas em ADTs, a solução para essa ineficiência deverá ser encontrada estritamente no âmbito do Direito Tributário Internacional ou poderá ser encontrada no âmbito da Política Fiscal Internacional?

H1: A solução deverá ser encontrada no âmbito do Direito Tributário Internacional. Decisões advindas da Política Fiscal Internacional são exógenas ao sistema jurídico e não devem ser perseguidas para solucionar problemas de aplicação das normas antielusivas internacionais.

H2: A solução poderá ser encontrada no âmbito da Política Fiscal Internacional. Decisões políticas em prol do objetivo coletivo de Justiça Fiscal podem orientar o sistema jurídico a corrigir ineficiências na aplicação das normas antielusivas internacionais.

Q3: Concluída a Ação 6 do Plano de Ação BEPS, é correto dizer que o seu padrão mínimo estabeleceu uma forma unívoca de enfrentamento de práticas elusivas ocorridas no contexto de ADTs?

H1: Sim. Para concluir que surgiu uma “forma unívoca” de enfrentar práticas elusivas em ADTs após a Ação 6 do Plano de Ação BEPS, basta que o intérprete identifique que os novos exemplos de normas antielusivas adotadas pelas jurisdições que integram o *Inclusive Framework* seguem o mesmo princípio de “vedação de práticas antielusivas”.

H2: Não. Para concluir que surgiu uma “forma unívoca” de enfrentar práticas elusivas em ADTs após a Ação 6 do Plano de Ação BEPS, é necessário que o intérprete identifique que as normas antielusivas adotadas como padrões mínimos pós-BEPS trazem para os ordenamentos jurídicos das jurisdições que integram o *Inclusive*

Framework soluções harmonizadas para o tratamento das mesmas práticas de elusão tributária internacional.

Q4: Diante da implementação heterogênea de normas antielusivas em ADTs pós-BEPS, que é a princípio o resultado de um esforço de Coordenação Fiscal Internacional promovido pela OCDE, qual é a solução mais adequada para garantir que essa “implementação heterogênea” não produza ela mesma novas oportunidades de elusão tributária internacional: a aceitação de que essa Coordenação Fiscal Internacional deve conviver com o produto de uma Concorrência Fiscal Internacional, mesmo no âmbito da adoção de normas antielusivas internacionais, ou a busca de um caminho alternativo por meio da Harmonização Fiscal Internacional?

H1: Devemos aceitar que, mesmo no âmbito da adoção de normas antielusivas internacionais, a Coordenação Fiscal Internacional deve conviver com a Concorrência Fiscal Internacional. O Plano de Ação BEPS e seus resultados demonstram que os esforços de coordenar jurisdições diferentes em prol do objetivo de Justiça Fiscal se inserem em um contexto de concorrência contínua por capital e trabalho.

H2: Devemos buscar uma solução mais eficaz para o combate às práticas elusivas na Harmonização Fiscal Internacional, a qual deve considerar as diferenças entre as jurisdições do *Inclusive Framework*, mas deve também promover a convergência dessas jurisdições para a implementação do padrão mínimo da Ação 6 para ADTs segundo um sistema de seleção de precedentes. Esse sistema aprovará precedentes de tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework* (i) que possuem como “razões de decidir” as normas antielusivas internacionais chanceladas pelo padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS; e (ii) que se aplicam a casos de elusão tributária internacional.

É certo que o enfrentamento de cada uma dessas questões exigirá que tratemos de outras questões menores, as quais serão apresentadas e discutidas no curso dos Capítulos 1 a 5 deste estudo. Em relação às quatro questões principais, trataremos das hipóteses mais adequadas para respondê-las (H1 ou H2, em cada caso) no espaço dedicado às nossas Conclusões.

(iii) Delimitação do objeto e metodologia

O objeto deste estudo é claro. Trataremos aqui das normas antielusivas em ADTs pós-BEPS, especificamente aquelas estabelecidas como padrão mínimo pela Ação 6 do Plano de Ação BEPS. A expressão “ADTs pós-BEPS” se refere a um grupo bastante abrangente de acordos internacionais que compreende os ADTs preexistentes de jurisdições signatárias do MLI (cobertos e alterados e ainda os não cobertos, desde que tenham sido alterados bilateralmente), os ADTs de jurisdições signatárias do MLI celebrados após 7 de junho de 2017 e ainda os ADTs de jurisdições não signatárias do MLI, mas integrantes do *Inclusive Framework*, desde que emendados ou celebrados após 7 de junho de 2017.

Este tema, ainda, é delimitado pela sua abordagem. A elusão tributária (fenômeno dentro do qual isolamos a elusão tributária internacional) é relevante tanto para o Direito Tributário Internacional quanto para a Política Fiscal Internacional. Podemos dizer o mesmo do remédio que iremos examinar nesta tese, remédio este que foi encontrado pela Política Fiscal Internacional para combater práticas elusivas dentro do Direito Tributário Internacional: as normas antielusivas, especialmente aquelas inseridas em ADTs. Por isso, a abordagem aqui proposta é a sua análise em um constante diálogo entre a Política Fiscal Internacional, de um lado, e o Direito Tributário Internacional, de outro. Para melhor explicar essa abordagem, o trabalho foi dividido em três partes, dispostas da seguinte forma:

- Na sua Parte I, “Conceitos Fundamentais”, serão definidos os conceitos de “elusão tributária” e de “norma antielusiva internacional” (Capítulo 1). A tese apresenta a seguir o conceito de “Política Fiscal Internacional”, posicionando a norma antielusiva internacional não só como parte do sistema jurídico do Direito Tributário Internacional, mas também como um resultado de decisões políticas havidas no âmbito da Política Fiscal Internacional (Capítulo 2).

A Parte I da tese serve para identificar o problema que será discutido (as práticas elusivas no âmbito internacional), para tratar do remédio que lhe é cabível (a norma antielusiva internacional) e para nos apontar para a “fonte decisória” (i) apta a inspirar no sistema jurídico a criação desse remédio e (ii) apta para o aprimorar no futuro (a Política Fiscal Internacional).

- Na sua Parte II, “Aplicação dos Conceitos Fundamentais”, a tese explora uma iniciativa de Política Fiscal Internacional que, entre outros temas, dedicou-se a discutir normas antielusivas capazes de enfrentar as práticas elusivas no

âmbito internacional: o Plano de Ação BEPS (Capítulo 3), com destaque para a sua Ação 6. A análise ainda trata daquilo que efetivamente ocorreu, mais de cinco anos após a conclusão da Ação 6 do Plano de Ação BEPS e mais de três anos depois da assinatura do MLI, com os chamados “ADTs pós-BEPS”, demonstrando que o problema apresentado na Parte I não foi inteiramente resolvido, mas sim modificado (Capítulo 4).

A Parte II novamente relaciona a Política Fiscal Internacional com o Direito Tributário Internacional. Analisaremos a Ação 6 do Plano de Ação BEPS como fruto de decisões havidas sobre um problema (práticas elusivas) no âmbito da Política Fiscal Internacional. Essas decisões trouxeram consigo mudanças para o Direito Tributário Internacional (normas antielusivas em ADTs), mudanças essas que nos apresentaram uma nova versão do problema que fez nascer a decisão política de lançar o Plano de Ação BEPS (normas antielusivas divergentes entre si, quer em seu texto, quer em suas possíveis interpretações, sob a ótica das jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*).

- A Parte III, “Proposta”, recomenda uma solução para aquilo que foi identificado no Capítulo 4. É a Harmonização Fiscal Internacional da interpretação das normas antielusivas em ADTs, partindo da plataforma criada pelo sistema de *peer review* da OCDE para gerar um novo sistema de seleção de precedentes, emanados de tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework* (Capítulo 5).

A nossa proposta se lança para além dos exemplos práticos citados nos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE e também para além da Coordenação Fiscal Internacional esperada do sistema de *peer review*: seu escopo é a conversão dos precedentes de tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework* em *precedentes aprovados* por um colégio dessas jurisdições (mediante votação). O repositório desses precedentes poderá ser utilizado como suporte interpretativo pelos tribunais locais na análise de casos de elusão tributária internacional sob o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

Dizer que a abordagem do objeto desta tese será feita a partir da Política Fiscal Internacional pode fazer pressupor que analisaremos o *problema* (práticas elusivas), o *remédio ao problema* (normas antielusivas), o *problema com esse remédio* (normas antielusivas divergentes, capazes de criar oportunidades para a sobrevivência do problema original) e a *solução proposta* (o sistema de seleção de precedentes, a formação do repositório de precedentes aprovados) sob todas as facetas de uma análise de Política Fiscal enquanto área de estudo, universo integrado pelas facetas econômica e financeira, por exemplo.

Não é esta a nossa pretensão. Ao se debruçar sobre a Política Fiscal e dela retirar o conceito de Política Fiscal Internacional, este estudo tratará do seu aspecto *estritamente político* (i.e., as demandas políticas e as decisões movidas por essas demandas), ou seja, da Política Fiscal sob a lente da Ciência Política. Essa escolha se deve ao enfoque desta análise: apresentaremos o conceito de Política Fiscal Internacional para, ao fim, identificar nele o objetivo coletivo de Harmonização Fiscal Internacional, condutor necessário para a consecução de um outro objetivo coletivo, que é o de Justiça Fiscal (fim último do Plano de Ação BEPS e também desta tese). Todo esse percurso será para nós mais direto e didático se analisarmos a Política Fiscal e a Política Fiscal Internacional sob o olhar da Ciência Política.

Por último, ainda sobre a delimitação do objeto desta tese, devemos esclarecer algo a respeito do impacto da Política Fiscal Internacional, bem como da discussão sobre normas antielusivas em ADTs pós-BEPS, para a área de estudo do Direito Financeiro. Sim, o conceito de Política Fiscal abrange os conceitos de Política Tributária e Política Financeira, e as normas antielusivas internacionais trazem consequências indiretas para o Direito Financeiro das jurisdições que participam do *Inclusive Framework*, mas o âmbito prioritário da sua influência é, para nós, o Direito Tributário Internacional.

No Capítulo 2, embora seja oferecido para a Política Fiscal Internacional um conceito que abrange decisões políticas sobre as atividades de arrecadação e de emprego de receitas públicas (porque entendemos que não é possível oferecer um conceito menor para essa área de estudo), cremos que é na arrecadação de receitas públicas de tributos, ou seja, no âmbito da atividade tributante, que a divergência percebida entre as normas antielusivas em ADTs pós-BEPS causa o impacto mais direto. Por isso mesmo que a decisão política em prol da Harmonização Fiscal Internacional, a nosso ver, contribui para a mudança imediata não do Direito Financeiro, mas sim do Direito Tributário Internacional.

Sobre a metodologia de pesquisa utilizada para esta tese, voltemos à divisão das Partes I, II e III e de seus Capítulos 1 a 5:

- Quanto aos Capítulos 1 e 2, componentes de sua Parte I, a metodologia escolhida para a pesquisa foi a seguinte:

No Capítulo 1, a pesquisa se concentrou no estudo dogmático do Direito Tributário e do Direito Tributário Internacional, incluindo, ainda, o estudo de Direito Comparado quanto ao tratamento do fenômeno da elusão tributária em diferentes jurisdições além do Brasil (Canadá, China e Índia, em três seções dedicadas, e Estados Unidos, em diferentes seções). A escolha que fizemos por essa metodologia reflete o intuito do Capítulo 1: tratar de conceitos fundamentais para melhor compreensão dos Capítulos posteriores.

No Capítulo 2, a metodologia também se centrou em um estudo dogmático, porém voltado às áreas de Ciência Política, Política Fiscal e Direito Tributário Internacional. Nossa pesquisa envolve ainda materiais que analisam o papel histórico de duas organizações internacionais, a OCDE e a Organização das Nações Unidas (ONU), na construção de objetivos coletivos que hoje definem a Política Fiscal Internacional. Novamente, como a Parte I explora conceitos relevantes para os Capítulos posteriores, entendemos que essa metodologia de pesquisa se mostra mais adequada para a nossa abordagem do tema do Capítulo 2.

- Quanto aos Capítulos 3 e 4, componentes de sua Parte II, a metodologia escolhida para a pesquisa foi a seguinte:

No Capítulo 3, fez-se a revisão de materiais da OCDE e da literatura nacional e estrangeira sobre o Plano de Ação BEPS, com foco especial nos documentos pertinentes à Ação 6 deste Plano de Ação. A escolha por essa metodologia foi baseada na necessidade de apresentar neste estudo o padrão mínimo que a OCDE acordou com as diferentes jurisdições do seu *Inclusive Framework*, padrão esse que é em tudo relevante para a análise dos ADTs pós-BEPS no Capítulo 4.

No Capítulo 4, procedeu-se à revisão de ADTs pós-BEPS, especialmente das suas cláusulas de LOB, PPT ou outras antielusivas, com o intuito de contrastar o padrão mínimo exposto no Capítulo 3 com aquilo que foi identificado em ADTs pós-BEPS até hoje. Essa revisão textual de ADTs pós-BEPS é acompanhada, quando possível, de comentários de autores de Direito

Tributário das jurisdições envolvidas, tudo no intuito de apresentar, da forma mais fidedigna possível, o cenário da adoção do padrão mínimo da Ação 6 após a conclusão do Plano de Ação BEPS e após a publicação do MLI. Por último, também incluímos nesta revisão bibliográfica os documentos que já foram publicados sobre o sistema de *peer review* da Ação 6.

- Para o Capítulo 5, componente da Parte III, a nossa metodologia de pesquisa envolveu a revisão bibliográfica de contribuições sobre métodos de votação e representação política em fóruns internacionais. Como esse capítulo é centrado na apresentação de uma proposta autoral, o número de referências bibliográficas que usamos para a sua confecção foi mais limitado que nos capítulos anteriores.

Entendemos que essa metodologia seja adequada ao tratamento do objeto da tese. Com essa afirmação, no entanto, não ignoramos que o objeto poderá ser analisado por diferentes autores sob outras metodologias, que poderão conduzir suas pesquisas a diferentes soluções (por exemplo, seria possível estudar o fenômeno da Política Fiscal Internacional sob o seu prisma econômico, financeiro, e não apenas de Ciência Política, ou do seu vínculo natural com o Direito Tributário Internacional). Nossa visão é de que os métodos aqui utilizados para a análise das normas antielusivas em ADTs pós-BEPS serão capazes de nos conduzir, de forma direta e didática, à solução proposta, que é a Harmonização Fiscal Internacional apresentada no Capítulo 5.

(iv) Justificativa da tese

A luta contra a elusão tributária internacional é a pedra angular da Política Fiscal Internacional deste início de século. A frase é contundente, mas não surpreende. Governantes em todo o mundo têm lidado dia após dia com a crise de seus Estados Fiscais, uma crise que mais parece um incêndio implacável após a pandemia do vírus Covid-19: é uma crise que consome a legitimidade dos sistemas tributário e financeiro de cada nação, destrói a confiança do povo na capacidade das instituições públicas de atender às suas demandas e fomenta as chamadas da polarização política que é símbolo dos nossos tempos.

Sem condições de fazer frente às suas crescentes responsabilidades perante os eleitores, resta a esses governantes a captura por parte de grandes MNEs, empresas cujo poder político cresce à medida que subvertem a legislação tributária (e como parte dela os ADTs)

para subtrair dos cofres públicos a força para suportar o orçamento público. É no desejo de financiar políticas públicas, de erradicar a fome e a miséria, de tratar os enfermos com dignidade e de contribuir para o bem-estar social que reside a demanda por instrumentos capazes de combater adequadamente essa subversão.

Esse desejo por um sistema tributário internacional mais alinhado com o objetivo coletivo de Justiça Fiscal é que está na gênese do Plano de Ação BEPS da OCDE. Suas Ações, cada uma ao seu modo, querem garantir que o poder de tributar seja alocado àquelas jurisdições em que se gerou valor, jurisdições nas quais, efetivamente, ocorreu a atividade econômica apta a fazer nascer a renda, a capacidade de contribuir para o erário. De todas as Ações, é a Ação 6 que se preocupa de modo mais dedicado com a luta contra a elusão tributária internacional, propondo cláusulas abrangentes para enfrentar práticas elusivas em acordos internacionais (e entre eles os ADTs).

Se desmistificarmos a figura da OCDE como uma espécie de oráculo de onde partem essas propostas e passarmos a nela identificar o “agregador” de jurisdições diversas em torno de um objetivo em comum, ficará mais clara a conclusão de que as propostas da Ação 6 foram aquelas acordadas pelas jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* como capazes de enfrentar práticas elusivas. Vamos mais além: esse acordo foi estabelecido como um padrão mínimo do Plano de Ação BEPS, o que demanda – politicamente, enfatize-se – que seus termos sejam adotados de maneira ao menos coordenada por essas jurisdições. Esse padrão mínimo exige que seus governantes alinhem as normas antielusivas de seus ADTs para minimizar assimetrias, e, assim fazendo, reduzam as oportunidades para a sua exploração por parte de sujeitos passivos em todo o mundo.

À margem desse imperativo político, como já explicado nas seções (i) e (ii) desta Introdução, constata-se que há diferenças concretas entre as normas que a Ação 6 do Plano de Ação BEPS recomendou e as normas que as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* adotaram em seus ADTs pós-BEPS.

Existe, ainda, a possibilidade de que a interpretação dessas normas, mesmo daquelas propostas pela Ação 6, varie à luz da jurisprudência e da tradição jurídica dessas jurisdições, o que acrescenta um elemento imponderável à análise da sua efetividade como padrão mínimo contra a elusão tributária internacional. É essa inquietação que justifica este nosso trabalho. É a percepção de que, sem uma solução para o *problema com o remédio ao problema*, retomando a expressão que utilizamos na seção (iii), permaneceremos numa situação similar à que existia antes do Plano de Ação BEPS e que motivou os esforços do G20

(“Grupo dos Vinte”) e da OCDE para reformar o Direito Tributário Internacional como o conhecíamos.

Daí o intuito de propor uma solução que transborda os limites da Coordenação Fiscal Internacional pertinente ao Plano de Ação BEPS e se dirige à Harmonização Fiscal Internacional. É o intuito de imprimir maior convergência para a adoção do padrão mínimo da Ação 6, procurando dar a esse padrão mínimo a efetividade necessária para cumprir o objetivo coletivo de Justiça Fiscal, que está na gênese do projeto lançado pela OCDE em 2013.

Por último, a par de todos esses comentários, devemos ressaltar a singularidade da nossa contribuição para a ciência jurídica brasileira, o que justifica não apenas o trabalho, mas o porquê de o trabalho se caracterizar como tese de doutorado em Direito. Em nossa pesquisa sobre o tema, não identificamos na doutrina, nacional ou estrangeira, um estudo que relacione as normas antielusivas existentes em ADTs aos objetivos coletivos de Política Fiscal Internacional e que se dedique a propor, conjugando a Política Fiscal Internacional ao Direito Tributário Internacional, uma solução para a assimetria notada entre o que foi proposto pela OCDE no seu Plano de Ação BEPS e o que foi implementado pelas jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*.

Há, sem dúvida, relevantes trabalhos de autores brasileiros e de outras jurisdições sobre os resultados práticos do Plano de Ação BEPS, incluindo os resultados de sua Ação 6 – alguns desses trabalhos compõem a base bibliográfica desta tese. No entanto, percebemos que há uma carência de um estudo que trate dos problemas que notamos na seção (ii) desta Introdução, e que, além disso, se proponha a construir uma solução de Harmonização Fiscal Internacional que reputamos competente para resolver esses problemas. É precisamente essa carência, conjugada com a inquietação que supramencionamos, que justifica a nossa tese e a sua contribuição para a ciência jurídica brasileira.

(v) Notas explicativas

No curso deste estudo, fizemos alguns cortes metodológicos que, dada a sua especificidade temática e a sua complexidade, devem ser tratados nesta seção (e não na seção (iii) desta Introdução, que cuidou da delimitação do objeto e da metodologia). Esses cortes metodológicos, todos relevantes para esta análise, não serão explicados com mais detalhes nos Capítulos 1 a 5, o que demanda serem comentados desde já. Portanto:

N1: Entre todas as Ações do Plano de Ação BEPS que trouxeram propostas de normas antielusivas para ADTs, elegemos apenas as propostas da Ação 6, e destas, apenas aquelas conceituadas como padrão mínimo do Plano de Ação BEPS, como objeto deste estudo.

Embora outras Ações do Plano de Ação BEPS tenham trazido propostas para a luta contra a elusão tributária internacional no âmbito de ADTs, somente a Ação 6 se destinou a tratar de forma universal de práticas elusivas em ADTs. A Ação 2 se concentrou em entidades e instrumentos híbridos e a Ação 7 se concentrou em Estabelecimentos Permanentes (EPs). Sim, a inquietação de que tratamos na seção (iv) desta Introdução deveria também compreender os temas dessas duas Ações, e compreende. No entanto, por entendermos que as normas propostas pela OCDE na Ação 6 cuidam de maneira mais abrangente de hipóteses de elusão tributária internacional, disso concluímos que a tese se servirá melhor do enfoque na Ação 6, e não nas demais Ações do Plano de Ação BEPS, para buscar uma solução para eventuais assimetrias notadas nos ADTs pós-BEPS. Uma abordagem detida das normas propostas no âmbito dessas outras Ações exigiria de uma tese de doutorado um caminho mais tortuoso para a propositura de uma solução dos problemas identificados na seção (ii) desta Introdução, e não é esse o intuito deste trabalho.

Ressalte-se, ainda, que esta tese se concentra nas normas antielusivas que compõem o *padrão mínimo do Plano de Ação BEPS para o enfrentamento da elusão tributária no âmbito de ADTs*. Esse padrão mínimo em particular está inserido na Ação 6 (registre-se, não em todas as propostas da Ação 6, mas apenas naquelas que foram veiculadas pela OCDE no artigo 7º do MLI), o que uma vez mais explica a nossa preferência nesta análise por essa parcela do projeto lançado pela OCDE. Aqui entendemos que a explicação para o corte metodológico já se encontra presente em seções anteriores desta Introdução, mas o motivo é o acordo, o acerto, o verdadeiro compromisso entre jurisdições do *Inclusive Framework* sobre as normas que deveriam ser implementadas em ADTs para impedir o surgimento (ou a continuidade) de externalidades negativas.

N2: Para os fins aqui propostos, as normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS da OCDE serão consideradas aquelas que foram *apresentadas e explicadas* pelo Relatório Final da Ação 6, publicado em 5 de outubro de 2015, e *formalizadas* pelo artigo 7º do MLI em 7 de junho de 2017, mesmo em relação às jurisdições que não assinaram o MLI.

Um dos desafios da formulação da nossa tese foi definir o valor a ser dado aos dispositivos do MLI que corporificam o padrão mínimo da Ação 6. Por um lado, o padrão mínimo da Ação 6 está no Relatório Final da Ação 6, mas esse Relatório contém em si mesmo uma série de textos alternativos e de comentários que explicam o padrão mínimo, mas que, segundo reconhece a própria OCDE, não contaram com o consenso das jurisdições que integram o *Inclusive Framework* (disso tratamos em comentários feitos ao Relatório Final da Ação 6 no Capítulo 3). Por outro lado, o MLI, mais que um instrumento multilateral em si, é o veículo concreto do padrão mínimo da OCDE na Ação 6. Sim, seria possível ignorar o texto do MLI e concentrar a nossa análise apenas no texto do Relatório Final da Ação 6, uma vez que nem todas as jurisdições que participam do *Inclusive Framework* o assinaram (entre elas o Brasil), mas nós rejeitamos essa opção. O MLI é o resultado da Ação 15 do Plano de Ação BEPS e é um instrumento que verbaliza, que articula em termos práticos quais foram as recomendações da OCDE para ADTs. Ainda que o conteúdo do que a OCDE propôs no MLI seja explicado pelos Relatórios Finais, é no MLI que estão as cláusulas que a OCDE propôs para efetiva inserção em ADTs pós-BEPS. Por esse motivo, reconhecendo a relevância do MLI como esse parâmetro, como esse guia a ser seguido pelas jurisdições do *Inclusive Framework*, tomamos a decisão de considerar padrão mínimo aquilo que a OCDE lá formalizou.

N3: Entre os acordos internacionais modificáveis pelo padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, elegemos apenas os ADTs como parte do nosso objeto de estudo.

No nosso sentir, e isso é corroborado pela OCDE no lançamento do seu Plano de Ação BEPS em 2013,⁶ o enfoque preferencial de Ações como a Ação 6 foi a rede de ADTs das jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*. Sim, é verdade que acordos multilaterais também estão sujeitos a emendas advindas do Plano de Ação BEPS – um exemplo é o Acordo Nórdico (no inglês, *Nordic Tax Treaty*), emendado por um Protocolo em 2018 que incorpora algumas das propostas feitas pela OCDE.⁷ Mas, seja pelo nosso corte metodológico, seja pelo número considerável de ADTs em vigor pelo mundo (bastante superior ao número de acordos multilaterais), preferimos na nossa tese tratar do impacto da Ação 6 especificamente sobre ADTs, e, em particular, sobre os chamados “ADTs pós-BEPS”.

- N4:** Entre todos os ADTs, elegemos apenas os ADTs pós-BEPS como parte do nosso objeto de estudo, excluindo da nossa análise (i) os ADTs que possuíam em seu conteúdo normas antielusivas iguais às normas da Ação 6 antes da conclusão do Plano de Ação BEPS; e (ii) os ADTs celebrados mesmo após a conclusão do Plano de Ação BEPS, ainda que possuam normas antielusivas ao modo da Ação 6, mas exclusivamente por jurisdições que não participem do *Inclusive Framework*.

A proposta veiculada por este estudo é ancorada nas diferenças percebidas entre (i) o que foi proposto para ADTs como um padrão mínimo na Ação 6 do Plano de Ação BEPS; e (ii) o que foi adotado pelas jurisdições que participaram do projeto da OCDE, ou seja, das jurisdições do *Inclusive Framework*, para que, a partir dessas diferenças, possamos formular uma proposta de Harmonização Fiscal Internacional própria. Por essa razão, julgamos ser crucial conformar como parte do nosso objeto tão somente os ADTs que são “pós-BEPS”, já definidos na seção (iii) desta Introdução. Outros ADTs podem guardar diferenças em relação às propostas

⁶ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 23-24.

⁷ Vide: TAX NOTES. *2018 Protocol to the 1996 Nordic Countries Convention* (English Translation). Assinado em 29 de agosto de 2018. Em vigor desde 28 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/base-erosion-and-profit-shifting-beps/2018-protocol-nordic-convention-available/2020/05/05/2ch6k>. Acesso em: 8 nov. 2020.

formuladas pela OCDE, mas não serão tratados com destaque neste trabalho.

Dito isso, devemos pontuar que em algumas partes desta análise, poderemos citar exemplos de ADTs “pré-BEPS” que já possuíam em seu conteúdo algum exemplo de norma antielusiva. Esses exemplos, quando empregados, servirão para contextualizar as propostas da OCDE, ou ainda os tipos de normas gerais e especiais antielusivas previstas em ADTs em diferentes partes do mundo.

Outras explicações, apresentadas no curso deste estudo, serão úteis para a boa compreensão de termos e expressões que empregamos nos Capítulos 1 a 5. Há, ainda, a possibilidade de a explicação para alguns conceitos ser alheia ao tratamento do objeto desta pesquisa; sendo este o caso, faremos a ressalva e citaremos as referências doutrinárias que os explicam.

PARTE I

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

1 ELUSÃO TRIBUTÁRIA E NORMAS ANTIELUSIVAS

As investigações sobre o MLI e sobre as iniciativas bilaterais de implementação das recomendações da OCDE em seu Plano de Ação BEPS, particularmente no âmbito do padrão mínimo da sua Ação 6, estão inseridas no contexto maior do emprego de *normas antielusivas* no Direito Tributário Internacional, ciência jurídica com a qual se relaciona a Política Fiscal Internacional. Antes de tratar das normas antielusivas em si, todavia, devemos individualizar a *elusão tributária* como objeto de estudo. Apenas então poderemos tratar das normas dedicadas ao seu enfrentamento no Brasil e em outras jurisdições.

1.1 Noções preliminares: “planejamento tributário” e sua imprecisão técnica

Os avanços tecnológicos no setor de telecomunicações⁸ e o crescente engajamento da sociedade civil na formação de políticas públicas de níveis local e nacional fomentaram a rediscussão de causas como o desenvolvimento sustentável, o emprego de recursos públicos para o financiamento de conflitos armados, a legitimidade da concessão de regalias e de privilégios a governantes ou outras autoridades, entre outras.⁹ Foi, no entanto, a união desses

⁸ Na segunda metade do período pós-Segunda Guerra Mundial, “uma onda mundial de desregulação, privatização e liberalização trouxe competidores para a indústria de telecomunicações. Isso resultou em uma reestruturação de operadoras no setor, e o número total de assinantes de telefonia, que em cem anos havia chegado a 350 milhões, atingiu o patamar de quase um bilhão ao final do século” (HUURDEMAN, Anton A. *The Worldwide History of Telecommunications*. Tradução livre. Nova Jersey: Wiley, 2003. p. 363-364). A progressiva disseminação da Internet a partir da década de 1990, que trouxe profundas modificações para o panorama das relações sociais intraculturais e interculturais, segue conhecendo novos desdobramentos, entre eles a tecnologia de *blockchain* (que permite a realização de transações entre sujeitos privados em um ambiente seguro, controlado conjuntamente por seus usuários, e sem a necessidade de intermediários). É com o advento de tecnologias que tornam mais e mais autônoma a interação entre sujeitos privados, destacados da própria regulação do poder público, que os limites da comunicação em sociedade ultrapassam as fronteiras de controle e se lançam ao plano do desconhecido. Vide: LOIGNON, Stéphane. *Big Bang Blockchain: La Seconde Révolution d’Internet*. Paris: Tallandier, 2017. p. 4.

⁹ Sobre o “déficit democrático” verificado na falta de participação popular na discussão de políticas públicas, e as iniciativas adotadas para reparar esse problema, vide: BISHOP, Patrick; DAVIS, Glyn. Mapping Public Participation in Policy Choices. *Australian Journal of Public Administration*, Sydney: IPAA, p. 14-29, 2002. “A importância central desses movimentos para nosso objeto de investigação é, no entanto, a ampla atuação *em rede*. [...] Os meios de comunicação em rede se misturam com movimentos sociais de tal forma que é praticamente impossível, na maior parte dos casos, diferenciar o que é ação midiática e o que é ação social.”

fatores à crise que continua a atingir o Estado Fiscal no século XXI¹⁰ que trouxe a lume as discussões sobre quem suporta a carga tributária de cada Estado soberano, e em que medida, e segundo que parâmetros legais ou mesmo morais.¹¹ Foi a escassez de recursos para fazer frente às despesas públicas, em princípio em nações europeias, que trouxe para o debate público os conceitos de *planejamento tributário* e de *planejamento tributário internacional*, conceitos mais populares e de mais fácil apreensão do que o conceito doutrinário de *elusão tributária*, do qual trataremos em detalhes no item 1.2.

Como atualmente conhecida, a expressão “planejamento tributário” é imprecisa para o estudo do Direito Tributário e do Direito Tributário Internacional.¹² Quando a utilizamos, parece que queremos expressar a ideia de pagar tributos de forma otimizada, ou criar estratégias para pagar menos tributos, ou não os pagar de todo. Nada há na palavra “planejamento”, contudo, que exclua de sua definição o ato daquele sujeito passivo que, antevendo a imposição de determinados tributos no decorrer do ano calendário, contrata profissionais capacitados para apurar sua receita e lucro, solicita e recebe soluções de consulta

Vide: BARRETO, Gustavo. *Cidadania e internet: entre a representação midiática e a representatividade política*. Curitiba: Appris, 2017. p. 195.

¹⁰ Discussões sobre a crise do Estado Fiscal já perpassam a doutrina de Direito Tributário e de Direito Financeiro há muitos anos, destacando-se nesse aspecto o trabalho seminal de Schumpeter, que trouxe à tona debates sobre as pressões sofridas pelo Estado Fiscal no início do século XX (graças à expansão de suas responsabilidades orçamentárias, resultado das demandas por políticas públicas de bem-estar social). Vide: SCHUMPETER, Joseph. *The Crisis of the Tax State*. In: SWEDBERG, Richard. *The Economics and Sociology of Capitalism*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1991. p. 116-133. “La crise fiscale suppose un dysfonctionnement structurel du système financier par rapport à son cadre socioéconomique, [...]” Vide ainda: LEROY, Marc. *Crise des Financements, Crise des Systèmes Fiscaux: Une Analyse de Sociologie Financière*. *Revue Française d’Administration Publique*, Paris: ENA, v. 4, nº 144, p. 1031, 2012. Com a escalada da globalização e os avanços tecnológicos na área de comunicações, a mobilidade de indivíduos e empresas trouxe ainda maiores desafios para o Estado Fiscal no século XXI, o qual se vê compelido a competir de maneira cada vez mais franca pelo aporte de investimentos estrangeiros através de subsídios fiscais. Vide: AVI-YONAH, Reuven S. *Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State*. *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard University, v. 113, nº 7, p. 1575-1676, 2000.

¹¹ Sobre os argumentos em prol da “moralidade tributária” como forma de pressão política para desestimular a adoção de planejamentos tributários ditos “agressivos”, vide: CHRISTIANS, Allison. *Avoidance, Evasion and Taxpayer Morality*. *Washington University Journal of Law and Policy*, Saint Louis: Washington University, v. 44, p. 39-59, 2014.

¹² Sabemos que a expressão “planejamento tributário” ou mesmo “planejamento fiscal” é empregada por diferentes autores de Direito Tributário e Direito Tributário Internacional. Vide, por todos: ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 45-118. Também na literatura de Economia Aplicada há referências a essa terminologia, comumente usada para aproximar a conduta de diretores e gerentes de empresas ao “*compliance* criativo” com as normas tributárias em vigor. Vide: SLEMROD, Joel. *The Economics of Corporate Tax Selfishness*. *National Tax Journal*, Washington D.C.: NTA, v. 57, nº 4, p. 877-899, 2004. Vide ainda: CHAVY, Pierre. *La Planification Fiscale Est-Elle Encouragée par les Actionnaires?* *Revue Française de Gestion*, Paris: Lavoisier, v. 7, nº 260, p. 112-126, 2016. Nossa observação – que não é objeto central de discussão neste estudo – é de cunho estritamente terminológico, no sentido de não reconhecer na palavra “planejamento” algo que a segregue de ações tendentes a cumprir com a norma tributária posta (e seguindo a mesma intenção do legislador) ou de ações tendentes à sua violação.

junto às autoridades fiscais, obtém as guias para pagamento de cada imposto, taxa ou contribuição, e paga até o último centavo de cada exação.¹³

Ainda, “planejamento tributário” também deveria contemplar a conduta daquele que, ciente da legislação tributária e dos poderes de fiscalização dos agentes públicos, opta por receber as receitas da licença de seu *software* em criptoativos não declarados e não rastreáveis.¹⁴ Com isso queremos dizer que a primeira leitura da expressão “planejamento tributário”, seja na seara interna ou internacional, deveria abranger uma longa lista de condutas adotadas pelo sujeito passivo para “lidar” com a carga tributária a si imposta, e é forçoso reconhecer que essas condutas diferem umas das outras em aspectos importantes (temporalidade, presença ou ausência de dolo, segurança jurídica na interpretação e aplicação de dispositivos da lei, entre outros).

O uso da expressão “planejamento tributário” nas últimas décadas, seja por parte da doutrina¹⁵ ou da mídia especializada,¹⁶ quis indicar uma espécie de conduta que busca a redução ou a eliminação de uma suposta carga tributária mediante ações que não são *proibidas* pela legislação tributária, mas que ofenderiam o seu “espírito” ou o seu propósito maior.¹⁷ Sob essa ótica, “planejamento tributário” deixa de ser o mero cumprimento das normas tributárias aplicáveis ao sujeito passivo e não chega, doutra parte, a ser a série de

¹³ Em sentido contrário, entendendo que o exercício das chamadas “opções fiscais” por parte do sujeito passivo não se qualificaria como “planejamento tributário”, vide: GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 104.

¹⁴ A hipótese seria de clara sonegação fiscal perante a legislação brasileira. Vide: BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Art. 1º, inciso I. Brasília: Imprensa Nacional, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 19 dez. 2019. Há similaridade entre a nossa visão do sentido do termo “planejamento” e as figuras da “cogitação” e da “preparação” como elementos integrantes do *iter criminis* no Direito Penal. Vide, por exemplo: JESUS, Damásio de. *Direito penal*: v. I – *Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 371-372. “Preparation consists [of] procurement of means and measures necessary for the commission of a crime, [...]”. Vide: SINGH, Mool. *Law Relating to Attempts: Need for a Fresh Look*. *Journal of the Indian Law Institute*, Nova Délhi: Indian Law Institute, v. 33, nº 3, p. 397, 1991. A referência ao Direito Penal aqui é meramente lateral ao argumento de que, por si só, o termo “planejamento” não exclui o planejamento tendente ao ilícito tributário.

¹⁵ Vide nota 12, *supra*.

¹⁶ A expressão “planejamento tributário”, quando aliada ao tom de denúncia usado por alguns veículos de comunicação, parece ter sido compreendida pela sociedade (em diferentes países) como “estratégias para reduzir ou não pagar tributos devidos”. Nesse contexto, o apelo público da expressão não surpreende. Vide, por exemplo: LE SOIR. *Entre payer ses impôts dus ou investir, il faut choisir*. Publicado em 9 de julho de 2019. Disponível em: <https://plus.lesoir.be/235633/article/2019-07-09/entre-payer-ses-imp-ots-dus-ou-investir-il-faut-choisir>. Acesso em: 14 dez. 2019. Vide ainda: LA NACIÓN. *La Argentina encara su lucha contra las prácticas fiscales nocivas*. Publicado em 18 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/economia/la-argentina-encara-su-lucha-contral-as-practicas-fiscales-nocivas-nid1837273>. Acesso em: 14 dez. 2019.

¹⁷ Vide: ROSSIGNOL, Jean-Luc. *La gouvernance juridique et fiscale des organisations*. Paris: Lavoisier, 2010. p. 170.

condutas que as violam – a expressão parece indicar condutas que deveriam ser crimes, porque deslegitimam o Direito Tributário ou o Direito Tributário Internacional, mas não o são por diferentes razões, desde a inércia do legislador até a sua incapacidade de prever e contornar as estratégias empregadas por sujeitos passivos para pagar menos tributos. Poderíamos dizer, ainda, que o emprego da expressão “planejamento tributário”, com o sentido que lhe foi impresso no jargão popular, parece trazer consigo algum alerta sobre lacunas de legislações tributárias que permitem o não pagamento de tributos, ou o seu pagamento a menor, mediante ações lícitas, porém “questionáveis”.¹⁸

Dois exemplos preliminares nos ajudam a entender a associação possível entre o uso da expressão “planejamento tributário” e a noção de “alerta” que comentamos no parágrafo *supra*. Em 2012, veículos de imprensa noticiaram práticas adotadas pela empresa Starbucks para reduzir seu lucro tributável no Reino Unido. Uma dessas estratégias era o pagamento de *royalties* de 6% sobre licenças de propriedade intelectual titularizadas por uma empresa do mesmo grupo em Amsterdã.¹⁹ Naquela altura, as notícias publicadas chamavam essas práticas de *tax planning* (“planejamento tributário”) ou de *tax avoidance* (usada nessas matérias com o sentido de “elisão tributária”, que comentaremos no item 1.2),²⁰ e mesmo aquelas que defendiam a empresa Starbucks no seu direito de se planejar para pagar menos tributos chamavam de *tax planning* exatamente aquilo que indicamos anteriormente: são condutas que exploram oportunidades de eficiência fiscal, e, portanto, reduzem a receita tributária a ser recolhida pelo Estado, graças a falhas, lacunas, debilidades ou mesmo *escolhas*

¹⁸ Sobre o “risco reputacional” atrelado à cobertura midiática de exemplos de planejamento tributário, vide: CHEN, Shannon; POWERS, Kathleen; STOMBERG, Bridget. *Media Coverage of Corporate Taxes*. SSRN. Publicado em junho de 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2686333. Acesso em: 14 dez. 2019. “The media agenda-setting theory [...] and previous studies of organizational impression management [...] suggest that public perception shaped by news media plays a significant role in threatening overall corporate reputation and image”. Vide: LEE, Soojin. *News Media Coverage of Corporate Tax Avoidance and Corporate Tax Reporting*. *WU International Taxation Research Paper Series*, n° 2015/2016. Disponível em: <https://epub.wu.ac.at/4541/1/SSRN-id2603344.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

¹⁹ Vide: REUTERS. *Special Report: How Starbucks Avoids UK Taxes*. Publicado em 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015>. Acesso em: 14 dez. 2019.

²⁰ Vide: THE GUARDIAN. *Starbucks Row Exposes Timidity of the Taxman*. Publicado em 6 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2012/dec/06/starbucks-taxman>. Acesso em: 14 dez. 2019. As consequências da exposição midiática dada à empresa Starbucks após as denúncias de seu planejamento tributário foram manifestas – a empresa passou a adotar uma política interna de pagamento de tributos segundo a sua percepção de “risco reputacional”. Vide, por exemplo: FINANCIAL TIMES. *US Upends Global Digital Tax Plans after Pulling Out of Talks with Europe*. Publicado em 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/1ac26225-c5dc-48fa-84bd-b61e1f4a3d94>. Acesso em: 25 jun. 2020.

*políticas*²¹ contidas no texto das normas de Direito Tributário e de Direito Tributário Internacional.

Outro exemplo do uso da expressão “planejamento tributário” se deu em 2016, com a divulgação de documentos confidenciais da sociedade de advogados Mossack Fonseca no incidente conhecido como *Panama Papers*.²² Os documentos obtidos em primeira mão pelo Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos (no inglês, *International Consortium of Investigative Journalists*, ou ICIJ) davam conta de centenas de milhares de empresas criadas em chamados “paraísos fiscais”, empresas essas que geriam o patrimônio de chefes de Estado, autoridades políticas e multimilionários em todo o mundo.²³

A notícia chegou aos veículos de comunicação brasileiros, e as matérias que eles publicaram denunciando a presença de brasileiros na longa lista apresentada pelo ICIJ também utilizaram a expressão “planejamento tributário”, dessa vez com o intuito de indicar a conduta de pessoas que acumulam recursos financeiros em jurisdições de baixa pressão fiscal com o objetivo de evitar o pagamento de tributos sobre esses recursos no Brasil.²⁴ Tanto quanto as matérias que noticiaram o caso da empresa Starbucks, as matérias aqui também carregam consigo algum alerta sobre imperfeições no Direito Tributário e no Direito Tributário Internacional, sobre seus impactos na arrecadação tributária e sobre suas implicações para a legitimidade de um sistema tributário que parece ser austero com os menos

²¹ Durante anos, o governo indiano permitiu a exploração por parte de investidores e de multinacionais de cláusulas dos ADTs da Índia com as Ilhas Maurício e com Singapura que reduziam ou eliminavam a tributação sobre a renda proveniente do ganho de capital na alienação de ações. O risco de dupla não tributação era conhecido do governo indiano, que manteve as cláusulas nos respectivos ADTs até sua renegociação em 2016 e 2017. Vide: SHARMA, P. The Intentional Use of the India–Mauritius (1982) and India–Singapore (1994) Tax Treaties to Promote Foreign Direct Investment in India. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 66, n° 12, p. 632-636, 2012. Sob o prisma do desenho de Política Fiscal, VANN afirma: “While, however, there is general agreement among taxpayers and governments on the undesirability of double taxation, double non-taxation is obviously desired by taxpayers and to some extent tolerated or even encouraged by governments. [...] The desired result of developing countries is generally achieved by tax sparing provisions in bilateral tax treaties, which effectively sanction double non-taxation and hence create a bias in favor of international investment in developing countries” (VANN, Richard J. International Aspects of Income Tax. In: THURONYI, Victor (Ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Washington D.C.: FMI, 1998. v. 2, p. 721).

²² “The Panama Papers is an unprecedented investigation that reveals the offshore links of some of the globe’s most prominent figures” (ICIJ. *Panama Papers: The Power Players*. Publicado em 3 de abril de 2016. Disponível em: <https://projects.icij.org/panama-papers/power-players/>. Acesso em: 14 dez. 2019).

²³ Vide: ICIJ. *Panama Papers: The Power Players* cit.

²⁴ Vide, por exemplo: OPERA MUNDI. *Anualmente, paraísos fiscais recebem bilhões que deixam de entrar nos cofres públicos de países em desenvolvimento*. Publicado em 1º de maio de 2016. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/samuel/43997/anualmente-paraissos-fiscais-recebem-bilhoes-que-deixam-de-entrar-nos-cofres-publicos-de-paises-em-desenvolvimento>. Acesso em: 14 dez. 2019. Vide ainda, fazendo referência ao Panama Papers um ano depois: EXAME. *O Brasil nos Paradise Papers*. Publicado em 11 de novembro de 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-brasil-nos-paradise-papers/>. Acesso em: 14 dez. 2019.

favorecidos e leniente com os mais abastados, já que estes podem pagar por assessores técnicos capazes de subverter suas regras.²⁵

Com essas reflexões, queremos mostrar que as referências ao “planejamento tributário” atingem, ou deveriam atingir, diferentes condutas, algumas lícitas e outras não. As referências ainda carregam consigo a tonalidade política de enfrentamento a essas condutas, de “reforma” de um sistema tributário que as permite, e que, em última análise, transfere a pressão fiscal daqueles que têm mais, e protegem com mais sofisticação o próprio patrimônio, para aqueles que têm menos, e que com este “menos” devem financiar obras e serviços públicos de primeira necessidade, como aqueles nas áreas de educação, segurança pública e saúde.²⁶ Nem discutimos aqui a relevância dessas preocupações de cunho político e social, mas é preciso destacar que a expressão “planejamento tributário” é para elas um alvo imperfeito. É bastante ampla, uma vez que abriga sob seu guarda-chuva os cumpridores da lei, os criminosos e os que exploram, em diferentes “graus”, oportunidades oferecidas pelas normas tributárias, mas é ainda perniciosa, porque altera o curso dos estudos daqueles que a pretendem compreender e tratar.

Evidência disso é a proliferação de complementos à noção de “planejamento tributário” na doutrina e na imprensa, como o são as expressões “planejamento tributário agressivo”²⁷ e “planejamento tributário abusivo”.²⁸ Quem cita essas expressões derivadas parece

²⁵ As discussões de Direito Tributário referentes ao enfrentamento do “planejamento tributário” têm corrido em paralelo com as discussões sobre a legitimidade de sistemas tributários que permitem o êxito de estratégias de redução ou eliminação da carga tributária por parte dos mais abastados. Vide: MCBARNET, Doreen. Legitimate Rackets: Tax Evasion, Tax Avoidance, and the Boundaries of Legality. *The Journal of Human Justice*, Nova York: Springer, v. 3, p. 56-74, 1992. “Rethinking tax evasion can change the incidence of avoidance in our society because some avoiders clearly cross the line. [...] Exposing this ideology to the forces of democracy is the first step to dealing with tax avoidance” (BARKER, William B. The Ideology of Tax Avoidance. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago: Loyola University, v. 40, n° 2, p. 251, 2009). A reflexão é ubíqua, perpassando o estudo de Política Fiscal em diferentes países. Vide ainda: MUET, Pierre-Alain. Rapport d’Information. *Rapport sur l’Optimisation Fiscale des Entreprises dans un Contexte International*, Paris: Assemblée Nationale, n° 1243, p. 129, 2013.

²⁶ “In the modern fiscal state, total tax payments are often close to proportional to individual income, especially in countries where the total is large. This is not surprising: it is impossible to tax half of national income to finance an ambitious program of social entitlements without asking everyone to make a substantial contribution” (PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Tradução Arthur Goldhammer. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 630-662). Em complemento, vide também: RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro: UERJ, v. 3, n° 3, p. 5, 2015. Em sentido contrário, com amparo na análise de dados do Fisco norte-americano sobre diferentes categorias de contribuintes e a incidência do imposto de renda entre 1980 e 2014, vide: MCGEE, Robert W. *Do the Rich Pay Their Fair Share of Taxes? An Empirical Study of United States Data*. SSRN. Publicado em março de 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931527. Acesso em: 14 dez. 2019.

²⁷ Referindo-se às publicações recentes da OCDE e da União Europeia sobre “planejamento tributário agressivo”, Dourado leciona: “Aggressive tax planning is generally described as the behaviour adopted by

querer criar alguma diferenciação entre planejamentos tributários permitidos e proibidos, aceitáveis e repreensíveis, sem se dar conta de que o seu esforço é prejudicado pela própria referência à expressão “planejamento tributário” para cuidar de tantos e tão distintos fenômenos.

À luz dessas considerações, abordaremos no item a seguir alguns conceitos mais específicos e pertinentes que aquele pretendido pela expressão “planejamento tributário”, tudo com o intuito de individualizar a noção de elusão tributária como objeto do nosso estudo em capítulos seguintes desta tese.

1.2 A elusão tributária como objeto de estudo: conceito e distinção de evasão e elisão tributária

Eleger definições individuais para “elusão tributária”, “elisão tributária” e “evasão tributária” poderia soar como uma tentativa de tripartir a noção de “planejamento tributário”

multinationals to explore the existing opportunities to decrease the tax burden granted by globalization and the interaction of tax rules in different jurisdictions. The indeterminacy in the meaning of aggressive tax planning induces us to conclude that it may cover both tax planning and tax avoidance or merely tax planning, depending on the context” (DOURADO, Ana Paula. *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 43, n° 1, p. 44, 2015). Referências à expressão “planejamento tributário agressivo” têm sido utilizadas pela OCDE em relatórios oficiais há vários anos. Vide: OCDE. *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*. Paris: OCDE, 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019. Vide ainda: OCDE. *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. Paris: OCDE, 2012. p. 5-6. Disponível em: https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_Oct_2012.pdf. Acesso em: 14 dez. 2019. O uso dessa terminologia é verificado também nas publicações sobre “planejamento tributário” de diferentes veículos de imprensa. Vide, com a expressão “otimização fiscal”: LE FIGARO. *Optimisation fiscale agressive: six pays de l’UE dans le viseur de Bruxelles*. Publicado em 5 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/opt- imisation-fiscale-agressive-six-pays-de-l-ue-dans-le-viseur-de-bruxelles-20190605>. Acesso em: 14 dez. 2019. Vide ainda: ESTADÃO. *Receita Federal promete mais rigor ao fiscalizar empresas*. Publicado em 31 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,receita-federal-promete-mais-rigor-ao-fiscalizar-empresas-imp-,1113816>. Acesso em: 14 dez. 2019.

²⁸ Vide: GODOI, Marciano Seabra de. Estudo comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 49, n° 194, p. 117-146, 2012. Vide ainda: PISTONE, Pasquale. The Meaning of Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning in European Union Tax Law: Some Thoughts in Connection with the Reaction to Such Practices by the European Union. In: DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. EATLP Annual Congress Munich, 2 a 4 de junho de 2016. Amsterdã: IBFD, 2017. p. 73-100. Criticando o uso dos termos “agressivo” e “abusivo”, vide: PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 9, n° 1, p. 64, 2017. Na imprensa: VALOR. *Receita mira “planejamento abusivo”*. Publicado em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2018/08/15/receita-mira-planejamento-abusivo.ghtml>. Acesso em: 15 dez. 2019. Vide ainda: LE DEVOIR. *Lutte contre la planification fiscale abusive*. Publicado em 13 de março de 2010. Disponível em: <https://www.ledevoir.com/economie/284905/lutte-contre-la-planification-fiscale-abusive-moderez-vos-attentes-disent-des-experts>. Acesso em: 15 dez. 2019.

que foi comentada no tópico anterior. Desde já assinalamos que, justamente por defender que a expressão “planejamento tributário” é imprecisa, não a reputamos como o exato conjunto dos significados dados às três expressões que compõem o título deste item. Pretendemos tratar aqui, isso sim, do fenômeno da elusão tributária como objeto mais apropriado para os nossos estudos, e nesse tratamento faremos a segregação entre as suas características e as características de outros fenômenos a si relacionados.²⁹

De partida, elusão tributária não se confunde com evasão tributária. Definiremos a primeira expressão mais adiante, mas a evasão tributária é, para nós, a conduta pela qual o sujeito passivo se furta de pagar tributo devido mediante ofensa direta à norma tributária. Nela incorre aquele que vende ações em sociedade anônima fechada, apura ganho de capital não declarado e se *evade* do recolhimento do tributo correspondente, que no Brasil seria o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF), sendo o alienante uma pessoa física,³⁰ ou o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), sendo o alienante uma pessoa jurídica.³¹ Aliás, no Brasil, incorre em evasão tributária também aquele que falsifica notas fiscais com o intuito de reduzir o valor a ser pago a título do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)³² ou a título do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).³³

²⁹ É forçoso reconhecer que a “opção fiscal”, ainda que para nós seja uma forma de planejamento tributário, é de difícil subsunção às categorias de “evasão tributária”, “elisão tributária” ou “elusão tributária”, conforme veremos neste subcapítulo 1.2. Citando um exemplo, a escolha oferecida a pessoas jurídicas coligadas no Brasil de tributar os lucros de suas coligadas estrangeiras como se controladas fossem (para que, com isso, possam fruir dos créditos referentes aos tributos sobre a renda exigidos na modalidade de residência pelo Estado de residência dessas coligadas) é uma “opção fiscal” e é, para nós, planejamento tributário, mas não é propriamente nem evasão, nem elisão, nem elusão tributária. Vide: BRASIL. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Art. 82-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112973.htm. Acesso em: 14 dez. 2019. Diferencie-se desde já a “opção fiscal” que citamos da chamada “*economia de opción*” citada por Rosembuj, uma “opção estrutural” para os negócios do sujeito passivo que mais a aproxima da figura da elisão tributária discutida a seguir. Vide: ROSEMBUJ, Túlio. *El Fraude de Ley, la Simulación y el Abuso de las Normas en el Derecho Tributario*. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 1999. p. 68-72.

³⁰ Vide: BRASIL. Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. Art. 21, incisos I a IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13259.htm. Acesso em: 19 dez. 2019. Vide ainda BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Art. 1º, inciso I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

³¹ Vide: Lei nº 8.981 cit., arts. 32 e 57; BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Arts. 2º e 25, inciso II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

³² Vide Lei nº 8.137 cit., art. 1º, inciso III; BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Art. 7º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

³³ Vide nota anterior. Vide ainda: BRASIL. Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Art. 2º, inciso I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

Embora a definição que elegemos para a expressão “evasão tributária” não seja aceita de forma universal pela doutrina de Direito Tributário,³⁴ entendemos que é a mais consentânea com o sentido léxico do termo “evasão”.³⁵ “Evadir-se da obrigação tributária” é para nós o mesmo que falhar de maneira intencional com o dever já estabelecido de arcar com essa obrigação, falha esta que é criminalizada pelo Brasil e por diferentes Estados soberanos em todo o mundo.

Elusão tributária também não se confunde com elisão tributária, embora a linha entre ambas nos pareça mais tênue que a linha entre elusão e evasão. Vinda do verbo “elidir”, que quer dizer “eliminar ou suprimir”,³⁶ a elisão tributária é para nós a conduta permitida por lei que atrai para o sujeito passivo a eliminação ou a redução de tributo a si aplicável.³⁷ Cite-se, por exemplo, a hipótese de um sócio individual de uma sociedade limitada ABC que deseja vender cotas detidas por esta sociedade noutra sociedade limitada DEF a um terceiro, sendo todas as partes da operação residentes no Brasil. Sabedor da diferença a maior entre o IRPJ e a CSLL a recolher sobre o ganho de capital no nível da sociedade ABC e o IRPF que

³⁴ Em linha com a nossa definição, vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 190. Vide ainda: CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 238-239. Em sentido contrário, ou empregando definição que é composta por elementos estranhos à nossa definição, vide: QUEIROZ, Luís Cesar de Souza. Limites do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 740-741. Vide ainda: CANTO, Gilberto de Ulhôa. Elisão e evasão fiscal. *Cadernos de Pesquisa Tributária*, São Paulo: Resenha Tributária, nº 13, p. 191, 1988. A falta de unanimidade ainda se explica pelas distintas apreensões dos equivalentes da expressão “evasão fiscal” em outros idiomas. Vide, por exemplo, a definição na doutrina francesa em: BOUTHINON-DUMAS, Hughes; JENY, Anne; LECA, Bernard. L’Adaptation des Fiscalistes aux Nouvelles Conditions de L’Optimisation Fiscale – Une Approche Par Les Capacités Dynamiques. *Revue Internationale de Droit Économique*, Dijon: De Boeck Supérieur, nº 4, Edição XXXII, p. 399-429, 2018. Seguindo a nossa definição, mesmo em outros idiomas, vide a doutrina anglo-saxã sobre o tema em: PYLE, David J. *Tax Evasion and the Black Economy*. Nova York: Palgrave Macmillan, 1989. p. 4. Vide ainda: ANGELL, Montgomery B. Tax Evasion and Tax Avoidance. *Columbia Law Review*, Nova York: Columbia University Press, v. 38, p. 80-97, 1938; p. 80-97. Vide ainda, na doutrina italiana: D’AMBROSIO, Andrea; INCARNATO, Giuseppe. *Evasione Fiscale – Parola alla Difesa*. Vignate: Lampi di Stampa, 2012. p. 100.

³⁵ Vide: HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1277.

³⁶ Idem, p. 1112-1113.

³⁷ Vide: MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Planejamento tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 259. Vide ainda: ABRAHAM, Marcus. O planejamento tributário. In: ANTONELLI, Leonardo Pietro; GOMES, Marcus Lívio. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. 3, p. 504. “Elisão tributária é a atividade lícita de busca e identificação de alternativas que, observados os marcos da ordem jurídica, levem a uma menor carga tributária” (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 9). No mesmo sentido: YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos: planejamento tributário: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex, 2005. p. 21.

seria aplicável ao mesmo ganho de capital se as cotas fossem alienadas ao terceiro por si,³⁸ o sócio reduz o capital social de ABC e nesta redução recebe as cotas de DEF, passando a gerir seu investimento em DEF sem qualquer influência de ABC ou de seus gestores e o alienando a um terceiro após um ano, em uma negociação iniciada meses depois da citada redução de capital.

O exemplo é qualificado por variáveis que trazem consigo signos de *propósito negocial* e de *substância econômica*, ambos conceitos que serão explorados mais adiante, mas nele é possível identificar aquilo de que tratamos quando fazemos referência à expressão “elisão tributária”. Uma vez que, na alternativa da venda das cotas de DEF por ABC, o IRPJ e a CSLL incidentes consumiriam maior porcentagem do eventual ganho de capital verificado, o sócio individual adotou a alternativa de vender as mesmas cotas de DEF ele próprio, o que atraiu para si a imposição de IRPF numa porcentagem menor.³⁹

Além de não ser qualificável como elusão, a conduta adotada pelo sócio não é evasão, dado que ele não se esquivou do pagamento de tributo mediante ofensa direta a qualquer norma jurídica tributária. O que ele realizou é uma espécie de “opção fiscal”, mas, ao contrário da “opção fiscal” citada na doutrina de GRECO,⁴⁰ esta é uma *opção que o sujeito passivo criou para si*, não propriamente antevista pelo legislador, mas também não textualmente impedida ou sancionada por ele.⁴¹

³⁸ Vide notas 30 e 31, *supra*.

³⁹ Idem. Justamente a diferença entre o IRPF de 15% a 22,5%, de um lado, e o IRPJ e a CSLL que podem chegar a 34%, segundo as alíquotas gerais, do outro.

⁴⁰ “[A]s opções fiscais são alternativas que o próprio ordenamento oferece; ele quer o poder de escolha e, por vezes, até induz a seguir um dos caminhos como no *software* que orienta o preenchimento da declaração de rendimentos da pessoa física. Assim, quando a opção é exercida diante de situação concreta que atende a seus requisitos de cabimento, não se está fazendo planejamento. Porém, quando o contribuinte ‘constrói’, através de uma montagem ou substituição jurídica, o pressuposto de fato da opção, estamos perante um caso de planejamento que poderá ser ou não eficaz perante o Fisco, [...]” (GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário* cit., p. 105). A posição do autor é útil para traçar a distinção entre umas e outras opções fiscais, ou entre as “opções fiscais” e a “*economía de opción*”, fruto da eleição por parte do sujeito passivo de condutas permitidas pela lei, mesmo que a permissão seja em si uma deficiência no texto legal. Vide FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Economía de Opción, Fraude de Ley, Sanciones y Delito Fiscal*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Tratado de derecho tributario*. Lima: Palestra, 2003. p. 527.

⁴¹ A liberdade conferida ao particular de fazer aquilo que a lei não proíbe encontra amparo no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No original em francês: “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi” (FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Conseil Constitutionnel, com data de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 29 dez. 2019).

Definidas as noções de evasão e de elisão tributárias nos parágrafos anteriores, podemos agora tratar daquilo que, para nós, significa a chamada “elusão tributária”. Partindo da premissa de que o substantivo “elusão” se relaciona ao verbo “eludir”, do latim *eludere*, o qual traz consigo a ideia de “evitar de modo astucioso, com destreza ou com artifício”,⁴² aderimos à lição de TORRES, que define “elusão tributária” da seguinte forma:

[É] o fenômeno pelo qual o contribuinte, mediante a organização planejada de atos lícitos, mas desprovidos de causa (simulados ou com fraude à lei), tenta evitar a subsunção de ato ou negócio jurídico ao conceito normativo do fato típico e da respectiva imputação da obrigação tributária. Em modo mais amplo, elusão tributária consiste em usar de negócios jurídicos atípicos ou indiretos desprovidos de “causa” ou organizados com simulação ou fraude à lei, com a finalidade de evitar a incidência de norma tributária impositiva, enquadrar-se em regime fiscalmente mais favorável ou obter alguma vantagem fiscal específica.⁴³

Perceba-se nesta definição aquilo que separa a elusão tributária das figuras vistas anteriormente. Individualmente considerados, os atos praticados pelo sujeito passivo em uma elusão tributária são *lícitos*, e não *ilícitos*, como o seriam na situação de evasão tributária.⁴⁴ No entanto, a despeito de serem os atos da elusão *individualmente lícitos*, sua execução pelo

⁴² Vide: HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* cit., p. 1113-1114. Vide ainda: REAL Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madri: RAE, 2019. Disponível em: <https://dle.rae.es/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁴³ Vide TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária* cit., p. 189. A expressão em português se aproxima daquela empregada na doutrina espanhola, “*elusión fiscal*”, embora o histórico da expressão na Espanha seja distinto daquele que gerou a sua adoção no Brasil. Vide, por exemplo: PALOMAR, Antonio Pastor. La Solución de Controversias de Doble Imposición en España: Una Práctica Convencional Peculiar Encaminada al Arbitraje. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madri: AEPDIRI, v. 70, n° 1, p. 261-284, 2018. Vide também o uso da expressão “*elusión fiscal*” pela doutrina argentina: “La anomalía se presenta cuando, sin renunciar a los beneficios del régimen jurídico de una determinada tipología contractual o situación jurídica, los contrayentes se prevalecen del régimen fiscal de otra, de suyo, no alcanzada, o en menor medida por el gravamen” (BRACCIA, Mariano F. *Elusión Tributaria: Aplicación de la Teoría de la Causa al Principio de la Realidad Económica. Cuadernos del Instituto AFIP*. Buenos Aires: AFIP, C11, 2010. p. 11). No mesmo sentido, com a ressalva de que para a doutrina chilena o instituto da elusão tributária não nasceu como uma conduta ilícita, vide: GILLET, Cristián B. *La norma general anti elusión: análisis desde la perspectiva del derecho privado*. Santiago: UC, 2016. p. 7.

⁴⁴ Vide CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito* cit., p. 241. Nessa obra, o autor lista algumas das diferenças entre elusão e evasão, incluindo entre elas a diferença do “momento da conduta”, segundo a qual a evasão necessariamente ocorre após ocorrido o fato gerador, enquanto a elusão ocorre em qualquer momento. Vide também: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1977. p. 58. Há, no entanto, hipóteses nas quais a evasão tributária ocorre antes mesmo da ocorrência do fato gerador do tributo, e a observação encontra amparo na Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Um exemplo é o caso do comerciante que emite notas fiscais adulteradas, incorrendo na conduta prevista no art. 1º, inciso III, da norma em questão, para apenas em seguida promover a saída da mercadoria do seu estabelecimento (evento bem ou mal-entendido como o “fato gerador” do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, o ICMS, segundo o art. 12, inciso I, da Lei Complementar n° 87, de 13 de setembro de 1996). Vide comentários em: MOREIRA, André Mendes. *Elisão e evasão fiscal: limites ao planejamento tributário*. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Abradt, v. 21, p. 11-17, 2003.

sujeito passivo atrai para si um resultado que não é nem antecipado, nem expressamente sancionado pelo Ordenamento Jurídico vigente.⁴⁵ Aqui mora a diferença entre a elisão tributária, que como vimos posiciona o sujeito passivo licitamente fora do alcance da obrigação de pagar o tributo relevante, e a elusão tributária, através da qual o sujeito passivo “dobra” ou “contorce” o sentido de normas jurídicas para se apresentar às autoridades fiscais como alguém sujeito a um regime tributário que lhe seja mais favorável.

Modifiquemos o exemplo citado no contexto da figura da elisão tributária para esclarecer ainda melhor o significado da expressão “elusão tributária”. É o exemplo do sócio individual de uma sociedade limitada ABC que deseja vender cotas detidas por esta sociedade noutra sociedade limitada DEF a um terceiro, sendo todas as partes da operação residentes no Brasil. Ao contrário do que fez o sócio no exemplo em que ilustrávamos a expressão “elisão tributária”, suponha-se que neste caso as negociações para a alienação da participação societária de ABC em DEF tenham tido início antes da redução de capital (que terminaria por transferir ao sócio individual as cotas de DEF a serem vendidas). Suponha-se ainda que pouco menos de um mês tenha transcorrido entre a data da redução de capital e a data da venda, e que durante esse período o investimento na sociedade DEF tenha sido exclusivamente gerido pelos administradores da sociedade ABC, como se ABC ainda fosse a titular da participação em DEF. Ocorrida a venda, em vez de a sociedade ABC pagar IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital auferido, o sócio individual pagará o IRPF sobre este ganho, mas em percentual consideravelmente menor.⁴⁶ Perceba-se: nada há de ilícito na redução de capital promovida pelo sócio em ABC, desde que atestado o excesso que a justifique.⁴⁷ Em princípio,⁴⁸ também

⁴⁵ Na doutrina americana, a figura da elusão tributária se aproxima da expressão *tax avoidance*. Vide, com um histórico sobre práticas de *tax avoidance* nos Estados Unidos entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundiais: PAUL, Randolph E. *Taxation for Prosperity*. Nova York: Bobbs-Merrill, 1947. p. 277-284. Destaque-se que a expressão não é usada de forma unívoca por aqueles doutrinadores, nem o foi durante a evolução dos estudos de Direito Tributário nos Estados Unidos. “The distinction between avoidance and evasion is quite clear in principle, though not always in fact: one ‘evades’ taxes by avoiding payment without avoiding liability, while one who avoids liability ‘avoids’ the tax” (GUNN, Alan. *Tax Avoidance*. *Michigan Law Review*, Ann Arbor: University of Michigan, v. 76, nº 5, p. 733, 1978). Vide ainda, estabelecendo uma ligação entre propósito negocial e a qualificação de *tax avoidance*: SCHNEIDER, Daniel M. *Internal Revenue Code Section 306 and Tax Avoidance*. *Virginia Tax Review*, Charlottesville: University of Virginia, v. 4, nº 2, p. 287-330, 1985. “Tax competition is competition among governments, while tax avoidance consists of efforts by taxpayers to avoid the taxes imposed by governments” (FAULHABER, Lilian V. *The Trouble with Tax Competition: From Practice to Theory*. *Tax Law Review*, Nova York: New York University, v. 71, nº 2, p. 313, 2018).

⁴⁶ Vide nota 39, *supra*.

⁴⁷ Além da possibilidade de reduzir o capital social pela absorção de prejuízos acumulados, a sociedade limitada pode também ter o seu capital reduzido se for excessivo em relação ao seu objeto social. Vide: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.082, inciso II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

não há ilicitude em negociar e vender a participação societária em DEF para um terceiro disposto a comprá-la. No entanto, é a ausência de causa *alheia* à economia tributária para esses atos isoladamente lícitos, aliada à finalidade *afeita* à economia tributária que o sujeito passivo perseguiu, que a qualifica como hipótese de elusão, e não elisão ou evasão tributária.⁴⁹

A definição dada para a figura da elusão tributária se aproxima daquela noção de “planejamento tributário” ou de “planejamento tributário agressivo”⁵⁰ de que tratamos no tópico anterior, ao menos no seu sentido mais popular: é a noção de uma conduta que almeja algum benefício tributário mediante o emprego de artifícios não proibidos pela legislação tributária, mas que seriam ofensivos ao seu “espírito” ou ao seu propósito maior. Mais adiante refinaremos o teor dessas ofensas, principalmente com a análise das figuras de “simulação”, de “abuso de direito” e de “fraude à lei”, porém é desde já importante assinalar essa característica relevante da elusão tributária, a saber, a sua reputação como uma estratégia para tirar vantagens, para “se aproveitar” do sistema tributário vigente. A doutrina italiana de Valente vai ainda mais além, quando assevera que “l’elusione è il ‘lato oscuro’ dell’ordinamento, con il quale stabilisce rapporti di coesistenza di tipo simbiotico o parasitario.”⁵¹ Esse parasitismo pode à primeira vista evocar a noção de “malícia” usada por BUJANDA para se referir ao instituto espanhol da *defraudación tributaria*,⁵² mas preferimos

⁴⁸ Para citar um exemplo de obstáculo à livre alienação de participações societárias no Brasil, resgate-se a vedação que constava do Código Brasileiro de Aeronáutica (referente ao capital estrangeiro, o qual poderia se referir a controle direto ou indireto) antes da edição da Lei nº 13.842, de 17 de junho de 2019. Vide: BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Art. 181. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm. Acesso em: 20 mar. 2020. Diga-se o mesmo das limitações estabelecidas para a aquisição de imóvel rural por parte de estrangeiros e de pessoas jurídicas sob seu controle, imóvel que poderia ser titularizado pela pessoa jurídica DEF do nosso exemplo. Vide: BRASIL. Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Art. 1º, § 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5709.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁹ O exemplo foi inspirado na “operação separa-sem-separar” analisada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Vide: BRASIL. Acórdão nº 9101-004.506. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. Edeli Pereira Bessa. Sessão de 6 de novembro de 2019. Publicado em 10 de janeiro de 2020.

⁵⁰ Vide nota 27, *supra*.

⁵¹ Vide: VALENTE, Piergiorgio. *Elusione Fiscale Internazionale*. Milão: Ipsa, 2014. p. 5. “To put it shortly: the legal concept of avoidance refers to arrangements that seek to manipulate the tax base or other constituent factors of the tax liability, [...]” Discutindo o conceito de *tax avoidance*, aproximado sob essa ótica ao conceito de “elusão tributária”, vide: ENGLISCH, Joachim. *Curbing ‘Abusive’ International Tax Planning Under EU Law: The Case of the Merger Directive*. Publicado em 1º de março de 2017. p. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2924519>.

⁵² Vide: BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho* – Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962. v. 2, p. 214. Noutra de suas obras, o autor já na década de 1960 observava que a percepção da administração tributária sobre a conduta dos contribuintes era afetada pela identificação de casos de *defraudación tributaria*, o que os levava a pautar sua fiscalização por aquilo que ele identificou na doutrina espanhola como o *principio de la incredulidad sistemática*. A lição do autor é

associar a elusão tributária e seu parasitismo em relação ao ordenamento jurídico tributário à noção de manipulação das normas vigentes, como destacado no exemplo que trouxemos *supra*. De acordo com estudos recentes sobre práticas de elusão tributária e a sua percepção entre diferentes sujeitos passivos (particularmente entre administradores de pequenas e médias empresas), percebe-se que, antes de ser considerada por eles uma prática maliciosa, a elusão tributária é vista ou empreendida como resultado de um juízo subjetivo sobre as deficiências e as injustiças do sistema tributário vigente.⁵³

Tendo traçado as diferenças principais entre a evasão, a elisão e a elusão tributárias, resta-nos ainda explorar algumas figuras que possuem relações mais ou menos próximas com a elusão tributária. Tais figuras serão abordadas individualmente nos itens a seguir.

1.2.1 Elusão tributária e “negócio jurídico atípico ou indireto”

Na definição de TORRES,⁵⁴ o sujeito passivo se vale do chamado “negócio jurídico atípico ou indireto” para praticar a elusão tributária e obter acesso aos seus benefícios. Numa primeira apreensão, “negócio jurídico atípico ou indireto” é aquele que não é previsto de forma expressa pelo ordenamento jurídico (particularmente pelas normas de Direito Privado), ou seja, aquele que não é típico, ou aquele que se pauta por uma figura expressamente prevista, mas que se destina a um propósito peculiar em relação ao seu uso comum. Conforme OLIVEIRA:

igualmente relevante para os nossos apontamentos sobre a elusão tributária, mesmo nos dias de hoje: “El mencionado principio se convierte en uno de los más vigorosos factores de destrucción de la educación tributaria cuando la Administración inspira en él toda su actuación gestora y, sobre todo, cuando también le sirve de punto de apoyo para la redacción de disposiciones de carácter general” (BUJANDA, Fernando Sainz de. Teoría de la educación tributaria. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid: Universidad de Madrid, nº 24, v. IX, p. 49, 1967).

⁵³ Analisando as respostas de uma amostra de trezentos e trinta donos de microempresas no Reino Unido, pesquisadores das Universidades de Exeter (Reino Unido) e Viena (Áustria) concluíram que tanto aquilo que eles chamam de *tax planning*, quanto o que eles chamam de *tax avoidance*, são ancorados na crença de que a legislação tributária é flexível e pode ser usada para a identificação de economias tributárias. A ideia de injustiça do sistema tributário vigente, no entanto, foi especificamente atrelada à percepção dos microempresários sobre as práticas de *tax avoidance*. Vide: HARTMANN, Andre Julian; KIRCHLER, Erich; OATS, Lynne; ONU, Diana. Gaming the System: An Investigation of Small Business Owners' Attitudes to Tax Avoidance, Tax Planning, and Tax Evasion. *Games*, Basileia: MDPI, v. 10, nº 4, p. 12, 2019. Por outro lado, sobre a perspectiva negativa de consumidores nos Estados Unidos e na Alemanha quanto a diferentes níveis de *tax avoidance* envolvendo tributos corporativos, vide: HARDECK, Inga; HARDEN, J. William; UPTON, David R. Consumer Reactions to Tax Avoidance: Evidence from the United States and Germany. *Journal of Business Ethics*, Dordrecht: Springer, v. 158, nº 3, p. 15, 2019.

⁵⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária cit.*, p. 190.

Em termos simples e sintéticos, pratica negócio jurídico indireto quem realiza um ato ou negócio jurídico típico (embora também possa se tratar de negócio não tipificado por lei) para obtenção de um resultado que decorra desse negócio (por ser compatível com a sua causa), mas com finalidade ulterior não correspondente à finalidade usual do mesmo. [...] Em suma: no negócio jurídico indireto as partes se utilizam da causa de um outro ato ou negócio jurídico para obter um resultado que se amolda ao seu desejo (motivo). Portanto, a causa do negócio não é excluída ou alterada; pelo contrário, é adotada na sua feição própria, sendo peculiar a ele apenas o escopo da pessoa, ou seja, sua vontade e sua intenção.⁵⁵

Naquilo que importa para a figura da elusão tributária, negócio jurídico indireto é aquele que se destina a um propósito X (e.g., o contrato de compra e venda) e que é empregado para obter um resultado Y, não usual para si (e.g., a cláusula de retrovenda usada em um contrato de compra e venda para “disfarçar” um empréstimo com garantia), e tendo em conta o intuito de obter alguma economia tributária (e.g., evitar a incidência do Imposto de Renda sobre eventuais juros e do Imposto sobre Operações de Crédito, o IOF-Crédito).⁵⁶

A discussão é alheia ao tema central desta tese, mas o negócio jurídico indireto – ao contrário da simulação, de que trataremos mais adiante – é um negócio que efetivamente ocorre entre as partes,⁵⁷ produzindo, no entanto, o “fato gerador” de um tributo que não o captura (se fato gerador fosse, ocorreria a subsunção à norma tributária). Dizer, portanto, que

⁵⁵ Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reflexões sobre a vontade, a intenção e o motivo. In: MELO, José Eduardo Soares de; PARISI, Fernanda Drummond; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Roque Antonio Carrazza*. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 3, p. 149-150. Vide também: ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 30. Ainda, na doutrina espanhola, vide: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madri: Civitas, 1985. p. 447. Na doutrina italiana, aplicando a figura do negócio jurídico indireto à *donazioni indirette*, vide: D’ETTORE, Felice Maurizio; ERMINI, Mario. *Donazioni Indirette*. In: ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Diritto Civile: Successioni, Donazioni, Beni (Le Successioni e Le Donazioni)*. Tomo I. Milão: Giuffrè, 2009. v. II, p. 467.

⁵⁶ Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reflexões sobre a vontade, a intenção e o motivo cit., p. 149-150. Há diversos exemplos de “negócios jurídicos indiretos” tratados como tais pela jurisprudência do CARF, embora a expressão seja frequentemente utilizada em conjunção com a figura da “simulação” (sobre a qual trataremos no subitem 1.2.2). Vide, por exemplo: BRASIL. Acórdão nº 1401-001.899. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Sessão de 20 de junho de 2017. Publicado em 8 de novembro de 2017. Vide ainda: BRASIL. Acórdão nº 3302-004.618. CARF, Terceira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Maria do Socorro Ferreira Aguiar. Sessão de 26 de julho de 2017. Publicado em 16 de agosto de 2017.

⁵⁷ “A primeira observação a fazer é a de que no negócio jurídico indireto há apenas um negócio e, portanto, fica afastada a hipótese de simulação que supõe a existência de dois negócios (o real e o aparente, seja qual for a perspectiva a partir da qual sejam vistos: causa ou vontade)” (GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário* cit., p. 290). Em sentido diverso, afirmando que o negócio jurídico indireto não é necessariamente um único negócio, e que a análise finalística de uma “pluralidade de negócios jurídicos” pode se subsumir à figura do “negócio jurídico indireto”, vide: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário e à luz do novo Código Civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, nº 48, p. 19, 2010.

o negócio jurídico indireto se relaciona à figura da elusão tributária é partir de uma de duas premissas teóricas: ou bem o negócio jurídico indireto é em si mesmo uma ofensa ao espírito da lei que instituiu a obrigação tributária,⁵⁸ ou devemos em cada caso investigar se o negócio jurídico foi concluído com o objetivo principal de propiciar para o sujeito passivo alguma economia tributária. Precedentes do CARF⁵⁹ e do Poder Judiciário no Brasil⁶⁰ atestam o quão desafiadora é a tarefa que a segunda premissa nos exige.

Em complemento às observações *supra*, é importante pontuar que negócio jurídico atípico não é para nós o mesmo que negócio jurídico indireto, embora o segundo nos pareça mais propriamente relacionado à figura da elusão tributária do que o primeiro (e embora o negócio jurídico indireto seja também “atípico”, lido o termo em seu sentido comum). Negócio jurídico atípico é aquele que não possui um tipo previsto em lei, como o teriam na legislação civil brasileira tanto a compra e venda, quanto a locação ou mesmo a fiança.⁶¹ Um exemplo comumente citado de negócio jurídico atípico seria o *trust* nos países de tradição romano-germânica.⁶² Para os fins da nossa análise, não exploraremos aqui quais

⁵⁸ Admitir que o recurso ao negócio jurídico indireto represente por si só uma “ofensa” ao espírito das normas tributárias vigentes seria um ataque à liberdade de iniciativa, fundamento da ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso IV, e em seu art. 170, *caput*. É dizer: o sujeito passivo não deve ser constrangido pelo ordenamento jurídico a realizar apenas “negócios jurídicos diretos” no curso de suas atividades econômicas. Vide, tratando do princípio da forma livre no Direito Civil brasileiro: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 460. “Afirmar a livre iniciativa como base normativa da ordem econômica é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturantes da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do ser humano na conformação da atividade econômica, aceitando sua intrínseca contingência e fragilidade, preferindo uma ordem aberta ao fracasso a uma ordem imune à incerteza e à ineficiência, conjugada, na CF, com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*)” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário e à luz do novo Código Civil cit.*, p. 18). A “ordem aberta ao fracasso” a que se refere o autor, sob outra ótica, é o complexo de normas jurídicas tributárias incapazes de disciplinar *in totum* as atividades econômicas do sujeito passivo em sociedade.

⁵⁹ Vide, em discussão envolvendo negócio jurídico indireto e simulação na alienação de participações societárias: BRASIL. Acórdão nº 1301-002.156. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Milene de Araújo Macedo. Sessão de 5 de outubro de 2016. Publicado em 31 de outubro de 2016. Vide ainda: BRASIL. Acórdão nº 2202-002.732. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Antonio Lopo Martinez. Sessão de 12 de agosto de 2014. Publicado em 9 de janeiro de 2015.

⁶⁰ Vide, tratando do contrato de *leasing*: BRASIL. STJ, REsp nº 57.967/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira. Sessão de 20 de maio de 2004. Publicado em 16 de agosto de 2004.

⁶¹ Vide TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária cit.*, p. 162. Vide ainda, referindo-se à distinção entre contratos típicos e contratos atípicos: (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev., atual e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 97).

⁶² Vide: MARTINS, Raphael Manhães. Análise da “aclimatação” do *trust* ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. In: ESTEVEZ, André Fernandes; FRADERA, Vera Maria Jacob de; RAMOS, Ricardo Ehrensperger. *Contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 466. “A more technical potential obstacle [to the trust in civil law] is the fact that the common law trust does not work entirely as a separate patrimony; there is no complete separation on the liabilities side. A trustee assumes liability

funcionalidades dos diferentes tipos de *trust* pelo mundo⁶³ (quer como negócio jurídico atípico, quer como negócio fiduciário,⁶⁴ na categorização de diferentes autores) são mais naturalmente emprestáveis aos propósitos da elusão tributária. Basta para nós a compreensão de que são um exemplo de negócio jurídico atípico perante ordenamentos jurídicos como o brasileiro⁶⁵ e que podem ser empregados com o intuito de obter economias tributárias não alcançáveis mediante o emprego de negócios jurídicos típicos.

1.2.2 Elusão tributária e os conceitos de “simulação absoluta” e “simulação relativa”

No seu sentido mais abrangente, o termo “simulação” representa para nós o ato de fazer algo irreal parecer real. Poderíamos dizer que o negócio será simulado se aquilo lhe der causa for o intuito de ocultar quer certo estado de coisas, quer outro negócio qualquer.⁶⁶ Desde já, portanto, nota-se que a simulação traz consigo uma característica que para as figuras dos negócios jurídicos atípicos ou indiretos é dispensável, a saber, um *vício de causa* que lhe é intrínseco.⁶⁷

personally, even when acting qua trustee, and is answerable with all assets he owns beneficially” (VALSAN, Remus. *Trusts and Patrimonies*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2015. p. 9). Sobre o histórico de *trusts* e de institutos similares em países de tradição romano-germânica, vide também: LUPOI, Maurizio. *Trusts: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 267-326.

⁶³ Para uma classificação de *trusts* em diferentes jurisdições e através dos tempos, vide SIANCALEPORE, Giovanni. *L'Italia Sì Conferma Ordinamento No Trust. Comparazione e Diritto Civile*, Salerno: CDC, v. 3, p. 20-27, 2015. Vide LUPOI, Maurizio. *Trusts: A Comparative Study* cit., p. 223-266.

⁶⁴ Referindo-se a Orlando Gomes e a José Carlos Moreira Alves: “O negócio fiduciário é figura antiga na História do Direito. Conhecido dos romanos, permanece até os dias de hoje na experiência jurídica de inúmeros países, inclusive o Brasil, e caracteriza-se ‘pela transcendência do meio sobre o fim. Entre o fim visado pelas partes e o meio utilizado para alcançá-lo não há congruência” (GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário* cit., p. 292). Sobre o histórico de conceituações da figura do “negócio fiduciário” em diferentes jurisdições, vide: ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia* cit., p. 21-40. Na doutrina italiana, traçando uma relação próxima entre as figuras do “negócio fiduciário” e do “negócio indireto”, vide: NARDI, Sandro. *Frode alla Legge e Collegamento Negoziale*. Milão: Giuffrè, 2006. p. 33-35.

⁶⁵ Vide MARTINS, Raphael Manhães. Análise da “aclimatação” do *trust* ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária cit., p. 466.

⁶⁶ Tomando como base a definição prevista no Código Civil Brasileiro de 2002, Paulo de Barros Carvalho afirma: “Os atos tendentes a ocultar a ocorrência de fato jurídico tributário configuram operações simuladas, pois, não obstante a intenção consista na prática do fato que acarretará o nascimento da obrigação de pagar tributo, este, ao ser concretizado, é mascarado, para que aparente algo diverso do negócio praticado pelas partes” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Planejamento tributário e a doutrina da prevalência da substância sobre a forma na definição dos efeitos tributários em um negócio jurídico*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 591). Vide ainda: GODOI, Marciano Seabra de. Dois conceitos de simulação e suas consequências para os limites da elisão fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. 11º v., p. 280-285.

⁶⁷ Vide GODOI, Marciano Seabra de. Dois conceitos de simulação e suas consequências para os limites da elisão fiscal cit., p. 272-298.

Para os civilistas, “simulação absoluta” será aquela em que as partes se utilizam do negócio simulado para encobrir ato ou negócio nenhum (é o negócio que cria a falsa impressão de que o estado de coisas entre as partes, ou para qualquer delas individualmente, mudou). Já a “simulação relativa” ocorre quando as partes realizam entre si um negócio que *dissimula* a celebração de um negócio jurídico real e oculto.⁶⁸ Essa distinção também é conhecida como a aquela que existe entre a figura da “simulação” *stricto sensu* e a figura da “dissimulação”:⁶⁹ na simulação *stricto sensu*, haveria um negócio jurídico considerado nulo para fins civis no Brasil (e nenhum outro negócio jurídico capaz de subsistir), enquanto na dissimulação haveria ainda um negócio jurídico capaz de subsistir (o negócio dissimulado).⁷⁰

No Direito Tributário, a simulação (aqui entendida como a simulação *stricto sensu*) é vista como aquela ação empreendida pelo sujeito passivo para iludir as autoridades fiscais e obter alguma economia tributária que doutra forma não lhe seria acessível sob o pretexto de “mudança de sua situação pessoal”.⁷¹ Um exemplo desta simulação trazido por REIG na doutrina espanhola é a “prestação de serviços” instrumentalizada por notas fiscais falsas e cujo custo é utilizado para reduzir a base tributável do tributo sobre a renda das empresas.⁷² Na dissimulação, aquilo que se busca ocultar das autoridades fiscais mediante o uso do negócio simulado é um outro negócio, o dissimulado, comumente gerador de maior ônus tributário para o sujeito passivo. Entre nós, COELHO traz como exemplo de dissimulação

⁶⁸ “La simulación negocial existe cuando sé oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea este contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico* cit., p. 334). “Há simulação absoluta quando o negócio é inteiramente simulado, quando as partes, na verdade, não desejam praticar ato algum. [...] Existe mero simulacro do negócio: *colorem habet, substantiam mero nullam* – possui cor, mas a substância não existe. [...] Na simulação relativa, pelo contrário, as partes pretendem realizar um negócio, mas de forma diferente daquela que se apresenta (*colorem habet substantiam vera alteram* – possui cor mas a substância é outra)” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013). p. 534. Vide ainda: WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 288.

⁶⁹ Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 524.

⁷⁰ Vide: BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 167, *caput*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 19 mar. 2020. Compare-se com os conceitos de *simulación lícita* e de *simulación ilícita* no Código Civil Argentino de 2014. Vide: ARGENTINA. Ley 26.994, de 7 de octubre de 2014. Arts. 333 e 334. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

⁷¹ Vide, na doutrina argentina: BRACCIA, Mariano F. Elusión Tributaria: Aplicación de la Teoría de la Causa al Principio de la Realidad Económica cit., p. 69. Na doutrina mexicana, analisando provas e instrumentos utilizados para a simulação absoluta no âmbito tributário, vide: COTERO, José de Jesús Gómez. La Simulación Tributaria en el Régimen Mexicano. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Bogotá: ICDT, ano 53, v. 75, p. 28, 2016.

⁷² Vide: REIG, José Luís de Acuña. Simulación (Art. 16 LGT). In: BOADILLA, Ricardo Huesca (Coord.). *Procedimientos Tributarios: Comentarios a la Ley General Tributaria y Reglamentos de Desarrollo con Jurisprudencia*. Madri: Wolters Kluwer, 2007. t. I, p. 68.

a situação na qual um sujeito quer comprar de outro uma fazenda qualquer, porém com o intuito de não arcar com o custo do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) aplicável à compra. Sabedores disso, os sujeitos que desejam efetivar a compra e venda constituem uma sociedade empresária, um deles contribuindo ao seu capital a fazenda e o outro o preço em dinheiro. Feita a sociedade, ela se desfaz com a liquidação dos ativos de forma trocada, sem a incidência do ITBI,⁷³ naquilo que ficou conhecido para a doutrina tributarista no Brasil como uma operação de “casa-e-separa”.⁷⁴

Desde já fica claro que elusão tributária e simulação absoluta não se confundem: na simulação absoluta há um intuito deliberado de *esconder determinada realidade* e com isso obter alguma economia tributária, o que para nós é hipótese de evasão, não de elusão. Já no tocante à simulação relativa, é possível que atos simulados conduzam a uma hipótese de elusão tributária, mas a análise dessa relação entre as duas figuras deve ser feita caso-a-caso.⁷⁵ Para nós, a marca distintiva da elusão tributária é o emprego de ato ou de negócio jurídico sem causa que, por si só ou em conexão com outros atos ou negócios jurídicos, traz para o sujeito passivo economia tributária não prevista pela legislação vigente, economia tributária essa cuja adoção subverte os fins do sistema jurídico tributário no qual a tal legislação se insere.

1.2.3 Elusão tributária e os conceitos de “abuso de direito” e “abuso de forma”

O conceito de “abuso de direito” deve partir da premissa de que o sujeito que o abusa foi, num momento anterior, galardoado pelo ordenamento jurídico com esse direito. A consideração parece óbvia, mas já apresenta uma diferença em relação a outros conceitos discutidos anteriormente, entre eles a simulação: não há para o sujeito passivo um direito

⁷³ Vide COELHO, Sacha Calmon Navarro. A impossibilidade de existência de norma geral antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, p. 274, 2006.

⁷⁴ Oferecendo uma definição mais abrangente para a operação “casa-e-separa”, vide: FARIA, Renato Vilela. Caso RBS: análise da operação casa-e-separa. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento tributário: análise de casos*. São Paulo: MP Ed., 2010. p. 63. Operações rotuladas como “casa-e-separa” já foram analisadas em diferentes precedentes do CARF no Brasil. Vide, por exemplo: BRASIL. Acórdão nº 1302-001.710. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Waldir Veiga Rocha. Sessão de 25 de março de 2015. Publicado em 28 de abril de 2015. Vide ainda: BRASIL. Acórdão nº 1302-001.465. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Guilherme Pollastri Gomes da Silva. Sessão de 30 de julho de 2014. Publicado em 29 de outubro de 2014.

⁷⁵ A multiplicidade das abordagens doutrinárias sobre “simulação” acaba por complicar essa análise. Com comentários sobre as diferentes “simulações” encontradas na doutrina tributarista brasileira, bem como sobre a discussão doutrinária acerca de outras figuras comentadas neste capítulo, vide: ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco* cit., p. 50-57.

preexistente de simular suas atividades perante a fiscalização, para que apenas nos casos em que a tal simulação tenha sido “abusiva” possamos dizer que houve um “abuso de direito”, possivelmente conducente a um ilícito para fins fiscais. É preciso que o sujeito passivo antes possa exercer o direito sob enfoque para que, diante do exercício, seja possível ao intérprete avaliar se esse exercício foi “abusivo”.

Entre os civilistas, RODRIGUES pontua que a figura do abuso de direito ocorre quando o agente atua dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, mas deixa de considerar o fim social do seu direito subjetivo, causando com essa atuação um dano a outrem.⁷⁶ Refletindo sobre a adoção do conceito pelo Direito Civil brasileiro, DINIZ pontua que essa atuação deve representar “excesso manifesto”, ou seja, de forma “ostensivamente ofensiva à justiça”.⁷⁷ O mesmo conceito pode ser encontrado no Direito Civil de outras jurisdições, a exemplo da húngara,⁷⁸ da sul-africana⁷⁹ e da suíça.⁸⁰ Um exemplo antigo da figura do abuso do direito pode também ser encontrado na jurisprudência francesa, em especial no célebre caso Clément-Bayard, de 1913.⁸¹ O caso envolve um sujeito que, tendo comprado um terreno ao lado do hangar da empresa de aviões e dirigíveis Clément-Bayard, ergueu altos muros de madeira na sua propriedade, muros estes que eram “equipados” com espinhos de ferro que tornavam difícil a decolagem e a aterrissagem de aviões e dirigíveis. Os julgadores determinaram ao proprietário do terreno que pagasse à empresa Clément-Bayard uma indenização e que removesse de seus muros os ditos espinhos de ferro, tudo decorrente da noção de abuso do direito de propriedade naquela jurisdição.⁸²

⁷⁶ Vide: RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – v. 4: Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 46. “O direito subjetivo é exercido pelo seu titular, de acordo com seus interesses, embora certos autores modernos, elaborando a teoria do abuso de direito, entendam que só se admite um direito no interesse do seu titular quando coincide com o interesse social” (WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral cit.*, p. 161-162).

⁷⁷ Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil cit.*, p. 605.

⁷⁸ Vide: JUHASZ, Agnes. Abuse of Right within the Civil Law and Beyond. *Law Series Annals of the West University of Timisoara*, Timisoara: West University of Timisoara, nº 1, p. 5-26, 2016.

⁷⁹ Vide, estabelecendo um diálogo entre os conceitos no Direito Civil e no Direito Penal: NEETHLING, Johann. Arrest without a Warrant and Abuse of Right. *Journal of South African Law*, Cidade do Cabo: Juta, nº 4, p. 821-826, 2010.

⁸⁰ Vide ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L'abus de droit: comparaisons franco-suissees*. Atas do Seminário de Genebra de 1998. Saint-Étienne: Université de Saint-Étienne, 2001. p. 15.

⁸¹ Vide, com uma narrativa detalhada do caso: HERMAN, Shael. Classical Social Theories and the Doctrine of Abuse of Right. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge: Louisiana State University, v. 37, nº 3, p. 747-760, 1977.

⁸² Vide: LÉONARD, Amandine. “Abuse of Rights” in Belgian and French Patent Law: A Case Law Analysis. *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, v. 7, nº 1, p. 32, 2016. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-1-2016/4398>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Aplicada ao Direito Tributário, a figura do abuso de direito é tipicamente associada a atos do sujeito passivo que excedem o seu direito de organizar seus próprios negócios, e o excesso é reputado como tal devido aos fins socioeconômicos⁸³ do dever de pagar tributos.⁸⁴ Isso posto, nada há na expressão “abuso de direito” que seja capaz de afastar do seu escopo o abuso do direito público subjetivo de exigir o tributo devido após a ocorrência do fato gerador.⁸⁵ O abuso é rigorosamente o mesmo, embora a figura do abuso do direito seja associada à elusão tributária quando a sua execução é titularizada pelo sujeito passivo. Visto assim, o abuso do direito seria uma “patologia”⁸⁶ que acomete o negócio jurídico e que o torna inoponível à fiscalização, algo bastante próximo da definição que trouxemos no item anterior para a elusão tributária: a busca de uma economia tributária cuja obtenção ofende ou subverte os fins do sistema jurídico tributário relevante.

Enquanto a acepção preliminar do abuso de direito se relaciona aos excessos do sujeito passivo no exercício de suas atividades lícitas, excesso este que contraria o fim ou o interesse socioeconômico das normas tributárias relevantes, a acepção preliminar da figura do “abuso de forma” parece ter conexão maior com o conceito de “negócio jurídico indireto” de que tratamos anteriormente. Como diz CALIENDO, o abuso de forma é “a manipulação de uma forma jurídica, com o objetivo de se afastar a regra que normalmente seria aplicada ao caso”.⁸⁷ ROCHA, que nos alerta sobre o “sincretismo de conceitos” nas discussões práticas sobre o planejamento tributário⁸⁸ (para nós, a elusão tributária e figuras a ela relacionadas), pontua que o abuso de forma deve ser entendido como

⁸³ Vide: CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito* cit., p. 259.

⁸⁴ Vide: NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 413. Vide ainda, esclarecendo o alcance do dever fundamental para a categoria de impostos na obra do doutrinador português e, doutra parte, entendendo coerente a noção de um dever fundamental de pagar tributos: ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Org.). *O dever fundamental de pagar impostos: o que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 15-40.

⁸⁵ A noção de abuso de direito aplicada à atividade de fiscalização se aproxima da noção de abuso de poder e se distancia das origens do abuso de direito na doutrina francesa, com obras de autores como Planiol, Porcherot e Saleilles. Vide: ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L'abus de droit: comparaisons franco-suisse* cit., p. 60-62. A despeito disso, o uso do termo “direito” para nomear a capacidade dos sujeitos de Direito Público de exigir tributos (em substituição à palavra “poder”) é reconhecido pela doutrina. Vide, por exemplo: BIRD-POLLAN, Jennifer. The Sovereign Right to Tax: How Bilateral Investment Treaties Threaten Sovereignty. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Notre Dame: University of Notre Dame, v. 32, nº 1, p. 107-134, 2018.

⁸⁶ Vide: GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário* cit., p. 194-204.

⁸⁷ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito* cit., p. 260.

⁸⁸ ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco* cit., p. 76.

“praticamente equivalente ao conceito amplo de simulação”.⁸⁹ Evidência desse sincretismo pode ser encontrada na definição dada à figura pelo artigo 19, § 4º, da Lei nº 14.133, de 24 de janeiro de 2006, do Município de São Paulo. Diz lá o legislador que abuso de forma é “a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.”⁹⁰

Se é que podemos contribuir com alguma individualização para a figura do abuso de forma nos estudos sobre elusão tributária e outras práticas estudadas pela doutrina como “planejamento tributário”, diríamos que na expressão “abuso de forma” há um atributo peculiar que falta ao negócio jurídico indireto e também ao conceito amplo de simulação. Não nos referimos aqui ao intuito malicioso, que a nosso ver pode ou não estar presente no abuso de forma (o termo “abuso” indica “excesso” ou possivelmente “perversão” da forma empregada, mas dispensa a efetiva comprovação do dolo do agente), mas sim ao emprego da forma para produzir uma relação jurídica que é estranha ao ordenamento jurídico relevante, algo que vai além da noção de um “outro negócio jurídico” (como seria a situação do negócio jurídico indireto) ou da noção de ocultar do Fisco a manutenção do *status quo* do sujeito passivo. Nossa visão se afasta da noção de “abuso de forma” empregada pela lei paulistana e, à primeira vista, parece mais próxima do conceito de “negócio jurídico atípico”, com a ressalva de que ali não há um abuso de forma praticado pelo sujeito passivo, mas sim a adoção de um negócio jurídico direto e não submetido a um “tipo” previsto nas normas jurídicas locais. Portanto, especialmente em relação às nossas observações sobre a elusão tributária, o abuso de forma deve manipular uma forma jurídica (“visto o negócio jurídico da perspectiva da forma”, na observação de GRECO)⁹¹ presente no ordenamento jurídico relevante, criar com essa manipulação uma relação jurídica qualquer que não se adequa a nenhuma forma prevista neste ordenamento, e com essa conduta obter uma economia tributária que subverte os fins do seu sistema jurídico tributário.

⁸⁹ Vide, também com a discussão de um conceito amplo de simulação em diálogo com as obras de Marco Aurélio Greco e de Marciano Seabra de Godoi: ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco* cit., p. 95-100.

⁹⁰ SÃO PAULO. Lei nº 14.133, de 24 de janeiro de 2006. Art. 29. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2006/1413/14133/lei-ordinaria-n-14133-2006-cria-o-programa-de-modernizacao-da-administracao-tributaria>. Acesso em: 18 abr. 2020.

⁹¹ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário* cit., p. 285.

1.2.4 Elusão tributária e o conceito de “fraude à lei”

Numa primeira aceção, a fraude é um ato intencional cometido por alguém para, através de manobras ou manipulações, obter uma vantagem indevida às custas de outrem.⁹² Tomado o termo em seu sentido comum, comete fraude a pessoa que usa um truque, um artifício, uma distração qualquer para enganar um terceiro e dele retirar algo de valor – daí o dolo associado à palavra.⁹³ É assim que enunciou o legislador brasileiro no art. 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.⁹⁴

A despeito de o dispositivo legal supramencionado ser relevante para o Direito Tributário no Brasil e a despeito de utilizar especificamente o termo “fraude”, parece-nos claro que a “fraude” de que o dispositivo trata é uma conduta direcionada apenas mediatamente à lei tributária – seu objeto primário é a própria fiscalização.⁹⁵ Em matéria tributária, a fraude à lei (*fraus legis*) é definida por ALMENDRAL e SEITZ como a conduta de realizar formalmente o fato gerador da norma tributária, “si bien materialmente el hecho realizado (*Sachverhalt*) no se corresponde con la razón del gravamen (*Entlastungsgrund*) de acuerdo con la ratio de la norma”.⁹⁶ É aparentar cumprir com a norma jurídica tributária e ao

⁹² Vide, para fins contábeis: IFAC. *Handbook of International Quality Control, Auditing, Review, Other Assurance, and Related Services Pronouncements*. International Auditing and Assurance Standards Board (IASB). Nova York: IFAC, 2014. v. 1, p. 21. Disponível em: https://www.ifac.org/system/files/publications/files/2014-IAASB-HANDBOOK-VOLUME-1_0.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

⁹³ Vide, por exemplo: HUNEBERG, Samantha. Insurance Fraud and Forfeiture Cases: Reaching a Middle Ground. *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, Durban: Butterworth, v. 82, nº 1, p. 104, 2019. “Pour qu’il y ait fraude, il est donc nécessaire que trois éléments existent cumulativement: la commission d’un acte [...]; la manoeuvre dolosive intentionelle [...]; [et] l’avantage retiré doit être indu ou illegal” (VERNIER, Eric. *Fraude Fiscale et Paradis Fiscaux*. Paris: Dunod, 2014. p. 15). Vide ainda, para um histórico com a evolução de diferentes tipos de fraude registrados no Reino Unido e nos Estados Unidos entre os séculos XIX e XX: BALLEISEN, Edward J. *Fraud: An American History from Barnum to Madoff*. Princeton: Princeton University Press, 2017. p. 14-15.

⁹⁴ Vide: BRASIL. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Art. 72. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm. Acesso em: 21 abr. 2020. Compare-se com o conceito de *fraude fiscale* na legislação francesa. Vide: FRANÇA. *Code Général des Impôts*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>. Acesso em: 21 abr. 2020.

⁹⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário* cit., p. 249.

⁹⁶ ALMENDRAL, Violeta Ruiz; SEITZ, Georg. El fraude a la Ley Tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana). Estudios Financieros. *Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios*, Madri: Centro de Estudios Financieros, ns. 257-258, p. 18, 2004.

mesmo tempo subverter o seu propósito, de modo que a norma acabe por “respaldar” uma conduta subversiva do sujeito perante o Estado.⁹⁷

Há mais a refletir sobre os contornos da figura da “fraude à lei”, porque o parágrafo anterior nos remete à diferença entre a *fraude vista como ato malicioso*, ao modo da fraude descrita no art. 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, e a *fraude vista como resultado ilícito*, que é a fraude presente no art. 166, inciso VI, do Código Civil brasileiro.⁹⁸ Se a fraude à lei fosse tomada como ocorrida apenas diante do intuito malicioso do agente (como aliás indicaria a apreensão preliminar do termo, apresentada por nós anteriormente), a mera interpretação equivocada do espírito, do propósito último da lei vulnerada, não seria o suficiente para constituir fraude à lei. Por outro lado, se a fraude à lei fosse considerada ocorrida diante do simples uso da norma para produzir resultado ilícito, seria irrelevante comprovar se o sujeito agiu com malícia ou não. Transposto o debate para a seara do Direito Tributário, se procedente a visão de que a fraude se reputa como ocorrida diante do resultado ilícito da aplicação da norma jurídica tributária, quer tenha o sujeito passivo buscado reduzir a carga tributária a si aplicável com intuito malicioso, quer tenha agido sob a convicção de o resultado afinal ilícito ser na verdade almejado pela lei, estaríamos diante de uma fraude à lei para fins tributários.

Essa discussão remete à dicotomia entre a teoria subjetiva ou subjetivista e a teoria objetiva ou objetivista da fraude à lei. Na primeira, importa o elemento subjetivo de querer buscar uma vantagem não permitida pelo *telos* da lei,⁹⁹ e suas origens remontam ao conceito de *fraus legis* no Direito Romano.¹⁰⁰ Na segunda, o elemento subjetivo é dispensado

⁹⁷ Paulo Caliendo traça distinções entre as figuras da fraude à lei e da simulação. Para o autor, tomando por base decisões judiciais e administrativas sobre o tema no Brasil, enquanto “a simulação prejudica alguém”, a “fraude à lei viola a própria norma”. Da mesma forma, enquanto “a simulação possui falsa causa”, “a fraude à lei possui uma causa ilícita”. O exemplo dado pelo autor elucida a diferença: “Assim, quando alguém, por exemplo, realiza interposição fictícia, mesmo sabendo que o alienante não pode dispor do bem, teremos fraude à lei e não simulação, dada a vedação do ordenamento” (CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito* cit., p. 258).

⁹⁸ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; [...]” (BRASIL, *Código Civil* cit.).

⁹⁹ Vide: ROSEMBUJ, Túlio. *El Fraude de Ley, la Simulación y el Abuso de las Normas en el Derecho Tributario* cit., p. 39. Na Venezuela, vide: MENNA, César Augusto Carballo. *Derecho Laboral Venezolano: Ensayos*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008. p. 175. Também discutindo a origem do conceito no direito holandês, vide: DERKSEN, Anton. Did a Fraus Legis Rule Exist in Roman Law? *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, Durban: Butterworth, v. 53, nº 4, p. 505, 1990.

¹⁰⁰ Cf. SAYDÉ, Alexandre. *Abuse of Law and Regulation of the Internal Market*. Oxford: Hart, 2014. p. 34. O autor traz a narrativa de Tito Lívio sobre Licínio Estolão, o qual, interessado em contornar a proibição de uma lei que havia criado e que impunha restrições quantitativas sobre a propriedade agrícola (no máximo de 500 *iugera* ou *ager publicus* por pessoa), emancipou o próprio filho, para que ambos juntos pudessem deter a propriedade de um terreno de até 1000 *iugera*.

e a fraude resta caracterizada pelo seu resultado contrário à lei relevante.¹⁰¹ Traçando um paralelo com a elusão tributária (e aqui não equiparamos uma figura à outra; no máximo, entendemos que o sujeito passivo pode se valer da fraude à lei como instrumento para propiciar a elusão), seria como exigir que a fraude à lei tributária fosse amparada pelo intuito de “burlar” o sistema tributário ao qual a lei pertence, por um lado, ou dispensasse esse intuito, e fosse reputada como ocorrida no caso de pensar o sujeito passivo estar planejando suas operações de forma legítima e se submetendo ao texto legal em conformidade com o seu *telos*. Entendemos aqui que a malícia, existente ou não no íntimo do sujeito passivo engajado na elusão tributária, pode ser presumida, e por isso reputada como existente diante da conduta destinada a subverter os fins do sistema tributário sob análise. Presume-se o intento malicioso, portanto, se uma empresa A, (i) ciente de que o artigo 5º, parágrafo 4º, do ADT celebrado entre o Estado de sua residência e o Estado da fonte do rendimento define como EP um agente que exerça habitualmente a “autoridade para concluir contratos” em seu nome¹⁰² e (ii) ciente de que, segundo o artigo 7º, parágrafo 2º do mesmo ADT, o EP atrai para o Estado da fonte o poder de tributar o rendimento lá auferido na modalidade de “tributação de residente” (suponha-se, neste exemplo, mais gravosa do que a simples aplicação do seu artigo 7º, parágrafo 1º, mesmo se levarmos em consideração o eventual método de crédito),¹⁰³ demanda desse agente que desempenhe o principal papel nas negociações que por fim levam à conclusão de contratos, mas sonegue a ele o poder de apor uma assinatura a esses documentos.

Por último, como já tratamos da figura do abuso de direito anteriormente, cabe aqui trazer algumas considerações da doutrina sobre a comparação entre o abuso de direito e a fraude à lei. GRECO pontua que enquanto no abuso de direito o problema é o excesso do seu exercício, na fraude à lei o sujeito passivo busca “contornar determinada norma imperativa mediante a utilização de outra norma (ou ausência de previsão expressa)”.¹⁰⁴ Já ATIENZA e

¹⁰¹ Vide, em estudo que considera ambas as modalidades de “fraude à lei” à luz do ordenamento jurídico sul-africano: HUTCHISON, Andrew; HUTCHISON, Dale. Simulated Transactions and the Fraus Legis Doctrine. *South African Law Journal*, Cidade do Cabo: Juta, v. 131, nº 1, p. 69-87, 2014.

¹⁰² Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto nº 241, de 25 de fevereiro de 1991. Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República das Filipinas. Art. 5º, § 4º. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/filipinas/decreto-ndeg-241-de-25-de-fevereiro-de-1991>. Acesso em: 2 mar. 2020.

¹⁰³ Idem, arts. 7º, §§ 1º e 2º, e 23, § 1º.

¹⁰⁴ Vide: GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário* cit., p. 286. Confira-se também a posição de Sérgio André Rocha sobre o tema, em reflexão sobre a obra de Marco Aurélio Greco: “O que procuramos afirmar foi que, no campo do controle do planejamento tributário considerado ilegítimo, onde for identificado abuso

MANERO dizem que “la figura del fraude à ley guarda analogías evidentes con la del abuso de derecho”, sustentando que os atos em fraude de lei “están permitidos prima facie por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión”.¹⁰⁵ Quanto ao abuso de direito, cuja origem os autores atrelam à queda do formalismo jurídico pertinente à Revolução Francesa e ao Código Civil Napoleônico, sua descrição aponta para ações que sejam valoradas como manifestamente excedentes ao direito subjetivo do agente.¹⁰⁶ Para nós, citadas essas lições, o que releva para as discussões posteriores desta tese é que as duas figuras podem ser empregadas pelo sujeito passivo para a consecução do objetivo de elusão tributária.

1.2.5 Elusão tributária e as figuras de “propósito negocial” e “substância econômica”

As figuras de “propósito negocial” (no inglês, *business purpose*) e “substância econômica” (no inglês, *economic substance*) são duas das mais etéreas expressões já aportadas ao estudo do Direito Tributário e, em específico para os nossos fins nesta tese, da elusão tributária. “Propósito negocial” parece à primeira vista ser um rótulo que diz respeito a variados objetivos que “dão continuidade” às atividades econômicas, empresariais de quem seja, o que de plano incluiria para nós o objetivo de obter alguma economia tributária. “Substância econômica” aparenta ter o mesmo conteúdo, embora a expressão nos pareça ainda mais ampla, porque prescinde do vínculo com qualquer “negócio” – dito de outra forma, poderíamos supor que o ato tem “substância econômica” se puder ser justificado, explicado, entendido sob o prisma econômico, sem que essa “explicação” precise encontrar amparo na análise de qualquer negócio jurídico em particular. “Propósito negocial” parece dizer respeito à *intenção* do agente¹⁰⁷ e “substância econômica”, doutra parte, parece prescindir dessa ponderação.

O exercício que fizemos *supra* nada deve às análises das duas figuras pela doutrina brasileira ou de outras jurisdições, as quais, forçadas a atribuir a elas algum sentido,

de direito, igualmente será encontrada a fraude à lei” (ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco* cit., p. 90).

¹⁰⁵ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 67.

¹⁰⁶ Idem ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* cit., p. 41.

¹⁰⁷ Vide: BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 207.

tateiam nos seus limites léxicos aquilo que podem emprestar para o estudo do Direito Tributário. Isso acaba conferindo às figuras de “propósito negocial” e “substância econômica”, bem como a figuras e doutrinas a elas correlatas, uma invejável elasticidade. São figuras cuja ausência, quando esta for reputada como contrária ao ordenamento jurídico, parece tornar dispensáveis as comprovações de que houve algum direito pontual que o sujeito passivo abusou, marca distintiva do abuso de direito, ou de que o sujeito passivo se engajou em um negócio real e em outro irreal, marca distintiva da simulação relativa ou da dissimulação, entre outras. Como veremos com mais detalhes neste subitem e no item 1.4, a implementação destas figuras ou doutrinas na seara do Direito Tributário por parte de diferentes jurisdições ora resultou na eventual confecção de normas antielusivas com força de lei, ora resultou num refinamento de seus contornos semânticos pelo Poder Judiciário, e, no Brasil, parece ter resultado em maior insegurança jurídica para as posições tributárias de seus sujeitos passivos.

A origem da figura ou doutrina¹⁰⁸ do “propósito negocial” no Direito Tributário¹⁰⁹ pode ser atribuída a um célebre caso norte-americano julgado pela Suprema Corte daquele país em 1935, a saber, o caso *Gregory v. Helvering*.¹¹⁰ De acordo com o relatório daquela decisão da Suprema Corte, a empresa United Mortgage Corporation, inteiramente de propriedade de um único sujeito passivo, a Sra. Evelyn Gregory, era por sua vez proprietária de mil ações de uma outra empresa, a empresa Monitor Securities Corporation. Desejosa de vender essas mil ações para um terceiro e auferir para si o resultado da venda, a Sra. Evelyn Gregory constituiu uma terceira empresa em 18 de setembro de 1928, chamada Averill Corporation. Depois de três dias, em 21 de setembro de 1928, fez com que a sua empresa United Mortgage Corporation transferisse para a empresa Averill Corporation as mil ações na

¹⁰⁸ Por uma questão de coerência com a terminologia usada por nós nos outros itens deste subcapítulo, optamos pelo uso da expressão “figura ou doutrina”. As figuras de “propósito negocial” e “substância econômica” são comumente referidas como *doctrines* na literatura estrangeira de Direito Tributário, termo que representa *teses judiciais* encampadas pelas cortes de países de *common law*.

¹⁰⁹ A doutrina do “propósito negocial” (tradução do inglês *business purpose*) é uma criação do *common law* exportada para diferentes jurisdições pelo mundo, inclusive aquelas da tradição do *civil law*, como a brasileira. Sobre a origem do “propósito negocial” e a sua aplicação no Brasil, vide: SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso *Gregory v. Helvering* até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 243, p. 126-145, 2015. Sobre a mesma doutrina e sua aplicação na forma da figura de “motivos econômicos válidos” no direito espanhol, vide: EZCURRA, Marta Villar. Los Efectos en el Derecho Español de la Doctrina del Business Purpose y de la Noción Comunitaria de Motivo Económico Válido. *Noticias de la Unión Europea*, Madri: Kluwer, nº 239, p. 109-119, 2004.

¹¹⁰ Vide: ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465. Opinião da Corte: Justice Sutherland. Arguido em 5 de dezembro de 1934. Decidido em 7 de janeiro de 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

empresa Monitor Securities Corporation e, três dias mais tarde, em 24 de setembro de 1928, dissolveu a empresa Averill Corporation e liquidou para si todos os seus ativos – a saber, as mil ações na empresa Monitor Securities Corporation. Segundo o relatório do caso, “[n]o other business was ever transacted, or intended to be transacted, by that company.”¹¹¹ Por fim, a Suprema Corte estabeleceu: “It is not disputed that, if the interposition of the so-called reorganization was ineffective, petitioner became liable for a much larger tax as a result of the transaction”.¹¹²

Para os fins daquele caso, era relevante o § 112(g) do *Revenue Act* norte-americano de 1928, segundo o qual uma operação de “reorganização” permitia que um acionista de uma empresa pudesse receber ações de outra empresa sem com isso gerar para si qualquer ganho de capital tributável.¹¹³ Em sua defesa, a Sra. Evelyn Gregory afirmou o óbvio: os procedimentos que adotou para reorganizar a estrutura societária de suas empresas seguiram os termos da lei, e, portanto, o seu resultado (não gerar ganho de capital tributável) deveria ser reconhecido pela Suprema Corte.¹¹⁴ A decisão da Suprema Corte reconheceu que a lei tinha um intento, que era o de isentar o recebimento de ações em uma reorganização, basicamente preservando para fins tributários o seu *status quo ante*.¹¹⁵ Por fim, para negar o pleito da Sra. Evelyn Gregory e favorecer o Fisco norte-americano, a Suprema Corte norte-americana afirmou:

The whole undertaking, though conducted according to the terms of [...], was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction, upon its face, lies outside the plain intent of the

¹¹¹ ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 cit., p. 467.

¹¹² *Idem*, *ibidem*.

¹¹³ *Idem*, p. 468. A exigência da lei americana é alinhada a uma outra figura elaborada pela Suprema Corte um ano antes do caso *Gregory v. Helvering*, a saber, a figura conhecida como “continuidade do interesse negocial” (no inglês, *continuity of interest*). “Certainly, we think that, to be within the exemption, the seller must acquire an interest in the affairs of the purchasing company more definite than that incident to ownership of its short-term purchase-money notes” (ESTADOS UNIDOS, *Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner*, 287 U.S. 462 (1933). Opinião da Corte: Justice McReynolds. Arguido em 12-13 de dezembro de 1932. Decidido em 9 de janeiro de 1933. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/462/>. Acesso em: 24 abr. 2020).

¹¹⁴ ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 cit.

¹¹⁵ ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 cit. Vide, discutindo o intento da lei americana no caso *Gregory v. Helvering*: MICHAELSON, Arthur M. Business Purpose and Tax-Free Reorganization. *The Yale Law Journal*, New Haven: Yale Law School, v. 61, n° 1, p. 20-22, 1952.

statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose.¹¹⁶

Ainda que se reconheça que a Suprema Corte dos Estados Unidos empregou termos contundentes para condenar a operação usada pela petionante (*devious, masquerading e artifice*) para tentar se submeter ao § 112(g) do *Revenue Act* de 1928, há duas afirmações que seus julgadores não subscreveram naquela decisão. Uma, nada há na decisão que se oponha a que uma reorganização revestida de finalidade dual, tributária e “não tributária” (ainda que seja a porção tributária das duas a preponderante), proporcione o benefício tributário pretendido pelo sujeito passivo. Duas, como bem registrou WAIZER,¹¹⁷ a Suprema Corte considerou o propósito negocial apenas como evidência de que, para os fins do § 112(g) do *Revenue Act* de 1928, o *resultado* das condutas da Sra. Evelyn Gregory não deveria ser o mesmo de uma reorganização qualquer, dada a falha no atendimento do *intento* daquele dispositivo. Evidência de que a Suprema Corte não decidiu a partir de 1928 “abraçar” a doutrina do propósito negocial como uma figura indiscriminadamente aplicada às decisões sobre matéria tributária veio no julgado de *United States v. Cumberland Public Services Co.*, de 1950. Ali, sem nos determos no mérito do caso, a Suprema Corte esclareceu o seguinte:

While the distinction [...] may be particularly shadowy and artificial when the corporation is closely held, Congress has chosen to recognize such a distinction for tax purposes. [...] But Congress has imposed no tax on liquidating distributions in kind or on dissolution, whatever may be the motive for such liquidation. Consequently, a corporation may liquidate or dissolve without subjecting itself to the corporate gains tax, even though a primary motive is to avoid the burden of corporate taxation.¹¹⁸

A experiência norte-americana com a figura ou doutrina do “propósito negocial” não se encerra com os casos discutidos perante a Suprema Corte; há outros mais recentes, arguidos perante outros tribunais daquele país, nos quais a posição de não conceder benefícios tributários para uma operação qualquer dada a alegada falta de “propósito negocial” é tipicamente pontual e restritiva.¹¹⁹ É também relevante notar que o histórico da jurisprudência

¹¹⁶ ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 cit., p. 469.

¹¹⁷ Vide: WAIZER, Harry. Business Purpose Doctrine: The Effect of Motive on Federal Income Tax Liability. *Fordham Law Review*, Nova York: Fordham Law School, v. 49, p. 1083, 1981.

¹¹⁸ Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States v. Cumberland Public Service Co.*, 338 U.S. 451. Opinião da Corte: Justice Black. Arguido em 12 de dezembro de 1949. Decidido em 9 de janeiro de 1950. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/338/451>. Acesso em: 23 abr. 2020.

¹¹⁹ Vide, ainda na Suprema Corte: ESTADOS UNIDOS. *Moline Properties, Inc. v. Commissioner*, 319 U.S. 436 (1943). Opinião da Corte: Justice Reed. Arguido em 16-19 de abril de 1943. Decidido em 1º de junho de 1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/436/>. Acesso em: 25 abr. 2020. Em

americana sobre “propósito negocial” foi e é escrito em paralelo ao histórico de outras jurisdições de *common law*, como são o Canadá¹²⁰ e o Reino Unido.¹²¹ Em linhas gerais, o que une essas experiências é a cautela com a adoção de uma figura ou doutrina judicial que, apoiada na carência de um propósito negocial em dadas operações, seria capaz de delas retirar consequências tributárias previstas em lei.

Como bem relata SANTOS, o uso da figura ou doutrina do propósito negocial no Direito Tributário brasileiro não acompanhou a evolução percebida na jurisprudência norte-americana.¹²² Em tudo a adoção da figura por nós é estranha, porque não partiu do Supremo Tribunal Federal, que a poderia ter consagrado como “teste” da validade ou da oponibilidade de operações dos sujeitos passivos à fiscalização (ao modo do precedente norte-americano no caso *Gregory v. Helvering*), nem partiu da Constituição Federal de 1988 ou de qualquer lei de alcance nacional.¹²³ No âmbito das decisões administrativas, algumas decisões do Conselho

outros tribunais, vide: ESTADOS UNIDOS. *Aiken Industries, Inc. v. Commissioner*, 56 T.C. 925 (1971). Opinião da Corte: Judge Quealy. Decidido em 5 de agosto de 1971. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/197198156brtc9251912>. Acesso em: 25 abr. 2020. Vide ainda: ESTADOS UNIDOS. *Caruth v. United States*, 688 F. Supp. 1129, (N.D. Tex. 1987). Opinião da Corte: District Judge Buchmeyer. Decidido em 20 de outubro de 1987. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/688/1129/2134229/>. Acesso em: 25 abr. 2020. No mais, restringindo o escopo dos parâmetros definidos no caso *Aiken Industries, Inc. v. Commissioner*, vide: ESTADOS UNIDOS. *Northern Indiana Public Service Company v. Commissioner*, 105 T.C. 22 (1995). Opinião da Corte: Judge Ruwe. Decidido em 6 de novembro de 1995. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/4552969/northern-indiana-public-service-company-v-commissioner/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

¹²⁰ Tratando do caso *Stuart Investments Limited v. The Queen*, arguido perante a Suprema Corte do Canadá, que nas instâncias anteriores foi vencido pela Coroa (e após dezenove anos foi revertido a favor do sujeito passivo), bem como de casos subsequentes, vide: BOYLE, Patrick J.; INNES, William I.; NITIKMAN, Joel A. *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*. Toronto: CCH, 2006. p. 1-6.

¹²¹ Tratando dos casos *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, de 1981, e *Furniss v. Dawson*, de 1984, que trouxeram para o Direito Tributário do Reino Unido as figuras ou doutrinas de *step transaction* e *business purpose*, vide: VANISTENDAEL, Frans. Legal Framework for Taxation. In: THURONYI, Victor (Ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Washington D.C.: FMI, 1996. v. 1, p. 39-41. *Step transaction* é a figura que procura apagar formalidades que existem entre os “passos” de determinada operação, de modo a que seja vista e compreendida na sua inteireza pelas autoridades fiscais. Vide comentários em: OSTWAL, T. P.; VIJAYARAGHAVAN, Vikram. Anti-Avoidance Measures. *National Law School of India Review*, Bengaluru: National Law School of India University, v. 22, n° 2, p. 68-69, 2010.

¹²² Vide: SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso *Gregory v. Helvering* até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro cit., p. 135.

¹²³ Devemos destacar, entretanto, que o artigo 19, § 3º, da Lei nº 14.133, de 24 de janeiro de 2006, do Município de São Paulo, traz expressamente a permissão para que o Auditor-Fiscal Tributário Municipal (art. 19, *caput*), diante do abuso de forma ou da “falta de propósito negocial”, desconsidere ato ou negócio jurídico *simulado* que vise a reduzir o valor do tributo, “a evitar ou postergar seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária” (art. 19, § 2º). O texto da norma diz que é “indicativo [*sic*] de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato”. Destaque-se, por óbvio, que a dicção da norma não tem nenhuma relação com o raciocínio desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Gregory v. Helvering*. O texto da lei incorpora o mesmo texto da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, rejeitada pelo Congresso

de Contribuintes (CC) e do CARF, a exemplo dos Acórdãos nº 103-23.290, de 2008,¹²⁴ nº 107-09.423, também de 2008,¹²⁵ e nº 1401-000.582, de 2011,¹²⁶ se referiram à expressão “propósito negocial” naquilo que pareceu um intuito de adjetivar as figuras de simulação e de dissimulação advindas do Direito Civil. Tomando como exemplo o primeiro acórdão, nele o Conselheiro Relator afirma que a descrição dos fatos e elementos de prova constantes dos autos demonstra a “ausência de qualquer propósito negocial ou societário na incorporação realizada”, para em seguida dizer que “o caso concreto deveria ser enquadrado como simulação”.¹²⁷ SANTOS destaca ainda um caso mais recente, a saber, o Acórdão nº 1402-001.404, de 2013,¹²⁸ em que os Conselheiros reputaram a falta de propósito negocial como o fundamento jurídico principal para a sua decisão de desconsiderar uma operação que gerou a amortização do ágio para fins tributários, “mesmo sem a caracterização de simulação ou outra patologia”.¹²⁹ Julgados mais recentes ora aplicam a figura com objetivo similar, ora a aplicam para reconhecer que a operação empreendida pelo sujeito passivo foi legítima (e portanto não deve ser objeto de desconsideração por parte das autoridades fiscais), ora a rechaçam por incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.¹³⁰

Nacional. Sobre o tema, vide: MOREIRA, André Mendes. Elisão e evasão fiscal: limites ao planejamento tributário cit., p. 11-17.

¹²⁴ Vide, tratando da amortização de ágio mediante utilização de “empresa-veículo”: BRASIL. Acórdão nº 103-23.290. Primeiro Conselho de Contribuintes, Terceira Câmara. Rel. Cons. Aloysio José Percínio da Silva. Sessão de 5 de dezembro de 2007. Publicado em 5 de julho de 2008.

¹²⁵ Vide, tratando da glosa de despesas dedutíveis sob o argumento de mera liberalidade: BRASIL. Acórdão nº 107-09.423. Primeiro Conselho de Contribuintes, Sétima Câmara. Rel. Cons. Jayme Juarez Grotto. Sessão de 25 de junho de 2008. Publicado em 04 de novembro de 2008.

¹²⁶ Vide, tratando da utilização da venda indireta de participação societária na operação conhecida como “casa-e-separa”: BRASIL. Acórdão nº 1401-000.582. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Antônio Bezerra Neto. Sessão de 29 de junho de 2011. Publicado em 7 de setembro de 2011.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Vide: BRASIL. Acórdão nº 1402-001.404. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Frederico Augusto Gomes de Alencar. Sessão de 9 de julho de 2013. Publicado em 23 de janeiro de 2014.

¹²⁹ Vide: SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso *Gregory v. Helvering* até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro cit., p. 134.

¹³⁰ Vide, referindo-se ao propósito negocial para rechaçar a pretensão do sujeito passivo: BRASIL. Acórdão nº 9101-004.637. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. Lívia de Carli Germano. Sessão de 15 de janeiro de 2020. Publicado em 09 de março de 2020. Utilizando o propósito negocial para reconhecer legitimidade à operação realizada pelo sujeito passivo, vide: BRASIL. Acórdão nº 1401.004.192. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020. Publicado em 17 de março de 2020. Por último, esclarecendo que a figura do propósito negocial não tem amparo no Direito Tributário brasileiro, vide: BRASIL. Acórdão nº 1201-003.561. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Gisele Barra Bossa. Sessão de 22 de janeiro de 2020. Publicado em 26 de fevereiro de 2020.

A doutrina brasileira tem buscado acompanhar e tratar esse fenômeno com o passar dos anos, e aqui traçaremos um paralelo com a elusão tributária. Para BARRETO, o que se percebe é a “obscuridade inerente ao tratamento do tema pelo Direito brasileiro.”¹³¹ O autor afirma que essa obscuridade é fruto da falta de um tipo legal para o propósito negocial a nível nacional no Brasil, o que gera “[a] busca desorganizada por fundamentos para além do direito positivo a embasar autuações, ou, ainda, [um] embasamento carente de demonstração efetiva dos dispositivos legais violados.”¹³² ROCHA sustenta que “a falta de propósito negocial indica que o ato atípico não tem nenhuma justificativa que não a economia tributária,”¹³³ mas pontua também que essa expressão e outras tratadas em itens anteriores deste item são usadas “ora como sinônimas, ora com sentidos diversos” pelo CARF.¹³⁴ Nosso sentimento é exatamente o mesmo, com a ponderação de que nada há na expressão “propósito negocial”, se admitíssemos a sua recepção enquanto figura ou doutrina pelo Direito Tributário brasileiro, que exclua de seu escopo o propósito de economia tributária. Além disso, tomando emprestada a observação de GRECO sobre a figura do abuso de direito,¹³⁵ é possível cogitar de operações motivadas por razões de cunho político ou familiar (portanto “não negociais”) que seriam de difícil qualificação como exemplos de elusão tributária. Uma hipótese seria a de qualquer cisão de uma sociedade empresária que tivesse por motivo uma genuína discordância familiar entre seus sócios, tornando a empresa lucrativa de outrora em duas empresas que operam no mesmo ramo de negócios e passam a acumular prejuízos fiscais. O oposto (uma situação em que a operação seja revestida de propósito negocial e, ao mesmo tempo, seja qualificável como elusão tributária) poderia ocorrer diante de uma análise limitada a cada jurisdição, supondo o cenário de uma reorganização societária envolvendo ativos e repercussões tributárias em diferentes países (daí a possibilidade de haver propósito negocial sob uma perspectiva multinacional, mas não sob a perspectiva dos “passos” da reorganização que geraram economias em relação aos tributos de uma jurisdição em particular).

Como apontamos no início deste item, há uma diferença intuitiva entre “propósito negocial” e “substância econômica”, que é o descarte por esta última de qualquer avaliação sobre o motivo – mesmo inferido a partir dos fatos do caso – que levou

¹³¹ Vide: BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos cit.*, p. 213.

¹³² Idem, *ibidem*.

¹³³ Vide: ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco cit.*, p. 101.

¹³⁴ Idem, *ibidem*.

¹³⁵ Vide GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário cit.*, p. 235-236.

o sujeito passivo a realizar as operações que realizou. Nosso uso do termo “descarte” é adequado à luz da evolução das doutrinas judiciais elaboradas por cortes norte-americanas para discutir a validade de dadas operações de sujeitos passivos para fins tributários. Para compreender essa evolução, veja-se primeiramente o que fez a Corte de Apelações do 3º Circuito dos Estados Unidos no caso *ACM Partnership v. Commissioner*, de 1998.¹³⁶ A decisão do caso, que inclusive cita o precedente da Suprema Corte em *Gregory v. Helvering* como ponto de partida para a sua análise sobre a “substância econômica” da operação do sujeito passivo, diz o seguinte:

[W]e find that both the objective analysis of the actual economic consequences of ACM's transactions and the subjective analysis of their intended purposes support the Tax Court's conclusion that ACM's transactions did not have sufficient economic substance to be respected for tax purposes.¹³⁷

A decisão da corte não foi unânime, mas consignou que a doutrina da substância econômica no Direito Tributário norte-americano deveria ser ancorada em dois testes, um objetivo (a análise das “consequências econômicas” das operações do sujeito passivo) e um subjetivo (a análise dos motivos do sujeito passivo para realizar suas operações). Uma vez aprovada em ambos os testes, a operação seria reputada como possuidora de real “substância econômica” e poderia surtir os efeitos tributários que lhe eram reconhecidos pela letra da lei vigente.¹³⁸ A posição da corte parece mesclar as duas figuras (e causa alguma perplexidade pelo rótulo dos dois testes como uma figura de “substância econômica”), mas guarda relação com uma norma jurídica que seria adotada por aquele país anos mais tarde, em 2010 – a saber, o § 7701(o), e em particular o § 7701(o)(5)(A), do *Internal Revenue Code*, que legislou a doutrina da substância econômica nos Estados Unidos a partir de então.¹³⁹

¹³⁶ Vide: ESTADOS UNIDOS. *ACM Partnership v. Commissioner*, 157 F.3d 231 (1998). Opinião da Corte: Circuit Judge Greenberg. Decidido em 13 de outubro de 1998. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1281553.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

¹³⁷ Idem, p. 11.

¹³⁸ Vide: MCGINTY, David B. Economic Substance, Business Purpose and Tax Avoidance in Section 351 Contingent Liability Transactions after Black & Decker, Coltec and Hercules. *Cumberland Law Review*, Birmingham: Cumberland School of Law, v. 36, nº 1, p. 29, 2006. “The law is full of nostrums that a taxpayer is free to structure his affairs as he sees it, even when motivated by a desire to minimize tax. But various overlapping judicial doctrines [...] encroach on this freedom where tax minimization is unacceptably offensive to what courts infer would have been Congress’s stance on the issue had it squarely considered the transaction in question” (STEINES, John P. Subsidized Foreign Tax Credits and the Economic Substance Doctrine. *Tax Lawyer*, Washington D.C.: ABA, v. 70, nº 2, p. 447, 2017).

¹³⁹ Vide: ESTADOS UNIDOS. 26 U.S. Code (*Internal Revenue Code*). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7701>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Citar a decisão no caso *ACM Partnership v. Commissioner*, de 1998, é relevante para entender o que a mesma Corte de Apelações do 3º Circuito dos Estados Unidos fez em um outro caso mais recente, a saber, o caso *Coltec Industries, Inc. v. United States*, de 2006.¹⁴⁰ Neste caso, concordamos com a observação de SANTOS¹⁴¹ sobre a mudança de visão da corte, que passou a *dar preferência* ao teste objetivo para concluir se uma operação teria “substância econômica” ou não. O teste subjetivo não foi rechaçado pela corte, que reconhece que o intuito do sujeito passivo “pode ser pertinente para [aferir] a existência de um propósito elusivo,”¹⁴² mas sua mudança de ênfase pode ser sintetizada no parágrafo a seguir:

While the doctrine may well also apply if the taxpayer's sole subjective motivation is tax avoidance even if the transaction has economic substance, a lack of economic substance is sufficient to disqualify the transaction without proof that the taxpayer's sole motive is tax avoidance.¹⁴³

Em meio a essas decisões, nota-se ainda que a experiência norte-americana com a aplicação de figuras ou doutrinas como o propósito negocial e a substância econômica ao Direito Tributário é mesclada com a aplicação de outras, entre as quais se destacam as de substância sobre a forma, *step transaction* e *sham* (ou ainda *sham transaction*, *sham entity*). Apesar do uso do termo “forma”, a figura ou doutrina de substância sobre a forma busca a própria “substância econômica” do ato ou negócio jurídico realizado pelas partes, considerando-a mais relevante para a análise de seus efeitos tributários que a letra da lei (nesse sentido, a substância sobre a forma e a substância econômica cumprem o mesmo papel).¹⁴⁴ Quando os norte-americanos se referem à figura ou doutrina de *step transaction*, querem indicar uma necessidade de que operações complexas, desenvolvidas em diferentes “passos”, sejam vistas pelo intérprete e aplicador da lei tributária como um conjunto, já que é a partir deste conjunto que será possível aferir se a operação deve ser desconsiderada pela

¹⁴⁰ Vide: ESTADOS UNIDOS. *Coltec Industries, Inc. v. United States*, 454 F.3d 1340 (2006). Opinião da Corte: Circuit Judge Dyk. Decidido em 12 de julho de 2006. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1226340.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

¹⁴¹ Vide: SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso *Gregory v. Helvering* até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro cit., p. 132.

¹⁴² Vide ESTADOS UNIDOS. *Coltec Industries, Inc. v. United States*, 454 F.3d 1340 (2006) cit., p. 8-9.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Citando o mesmo caso *Gregory v. Helvering* como ponto de partida para o desenvolvimento da figura ou doutrina da “substância sobre a forma”, vide: MADISON, Allen D. The Tension between Textualism and Substance-over-Form Doctrines in Tax Law. *Santa Clara Law Review*, Santa Clara: Santa Clara University School of Law, v. 43, nº 3, p. 716-717, 2003. No mesmo sentido: KNIGHT, Ray A.; KNIGHT, Lee G. Substance Over Form: The Cornerstone of our Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS’s Arsenal. *Akron Tax Journal*, Akron: University of Akron, v. 8, p. 92, 1991.

fiscalização ou não.¹⁴⁵ Quanto à figura ou doutrina de *sham*, ela diz respeito à desconsideração para fins tributários de operações ou entidades que foram realizadas/criadas sem qualquer propósito negocial.¹⁴⁶ Como afirma STEINES, todas essas expressões são usadas alternativamente pelas cortes julgadoras nos Estados Unidos para o mesmo propósito de testar operações dos sujeitos passivos (e se devem ser consideradas para fins tributários) à luz dos objetivos da lei vigente, e não meramente à luz do seu texto.¹⁴⁷

A experiência de outros países com a figura ou doutrina da substância econômica tem contornos diferentes da experiência observada nos Estados Unidos.¹⁴⁸ No Direito brasileiro a diferença também existe: precedentes tributários que se referem à substância econômica das operações do sujeito passivo, proferidos principalmente pelo CARF,¹⁴⁹ parecem tratar a expressão como um sinônimo de “propósito negocial” ou de outras figuras já tratadas neste item. Cite-se como exemplo o Acórdão nº 3201-005.575, de 2019, que trata do tema de ocultação do real adquirente e, em seus votos vencedor e declarados, cita as duas figuras sem conferir a elas qualquer distinção significativa.¹⁵⁰ O mesmo ocorre no Acórdão nº 9101-003.885, de 2018, que trata do tema de amortização de ágio para fins tributários e reputa que a operação não teve nem propósito negocial e nem substância econômica, embora no voto vencedor conste a referência à última figura como decorrência de “o ágio engendrado [ter

¹⁴⁵ Vide: GROSSBERG, Jonathan D. *Attacking Tax Shelters: Galloping Towards a Better Step Transaction Doctrine*. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge: Louisiana State University, v. 15, nº 1, p. 382, 2018.

¹⁴⁶ Vide: MADISON, Allen D. *Rationalizing Tax Law by Breaking the Addiction to Economic Substance*. *Idaho Law Review*, Moscow: University of Idaho, v. 47, nº 3, p. 445, 2011.

¹⁴⁷ Vide: STEINES, John P. *Subsidized Foreign Tax Credits and the Economic Substance Doctrine* cit., p. 447-449. Vide ainda: KORB, Donald L. *The Economic Substance Doctrine in the Current Tax Shelter Environment Partnership and Real Estate Tax Planning*. In: *USC. Major Tax Planning*. Los Angeles: USC, 2005. v. 1, p. 10-06.

¹⁴⁸ Sobre a experiência canadense, incluindo o precedente do caso *Evans v. The Queen* (no qual a Suprema Corte daquele país afastou o propósito negocial da análise de substância econômica), vide: LI, Jinyan. *Economic Substance: Drawing the Line between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance*. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 54, nº 1, p. 23-56, 2006. Sobre o “propósito comercial razoável” na China, embaçado na figura ou doutrina da substância econômica, vide: XU, Yan. *China’s General Antiavoidance Rule and Its Commitment to the Exchange of Information*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 91, p. 345-358.

¹⁴⁹ Há também julgados de outros tribunais administrativos no Brasil que se referem à expressão “substância econômica”. Vide, por exemplo: SÃO PAULO. Processo Administrativo nº 6017.2019/0018420-5. Conselho Municipal de Tributos de São Paulo (CMT-SP), Quarta Câmara Julgadora Efetiva. Rel. Cons. Biana Zlocowick Borner de Oliveira. Decidido em 31 de julho de 2019. Diga-se o mesmo do Poder Judiciário, que vem proferindo decisões esporádicas sobre temas tributários nas quais usa a expressão “substância econômica”, embora sem conferir-lhe ainda o sentido discutido neste item. Vide, por exemplo: BRASIL. AgRg no AI nº 32.391/PE. Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, Segunda Turma. Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira. Sessão de 25 de março de 2003. Publicado em 3 de maio de 2004.

¹⁵⁰ Vide: BRASIL. Acórdão nº 3201-005.575. CARF, Terceira Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Primeira Turma Extraordinária. Rel. Cons. Paulo Roberto Duarte Moreira. Sessão de 21 de agosto de 2019. Publicado em 20 de setembro de 2019.

resultado] do único propósito de excluir ou modificar a base tributável do IRPJ e da CSLL”.¹⁵¹ Nesse sentido, mesmo sem amparo legal de uma figura ou de outra, o que se pode extrair desses casos é que os julgadores do CARF no Brasil parecem interpretar as normas tributárias sob o império de alguma norma como o § 7701(o) do *Internal Revenue Code* norte-americano, que traz para as cortes daquele país um teste dual de propósito negocial e de substância econômica que, como bem relembra SANTOS, *pode* (e não deve necessariamente) ser aplicado para avaliar se determinadas operações devem ser desconsideradas pela fiscalização.¹⁵²

Por último, cabe considerar a relação entre a elusão tributária e a figura ou doutrina da substância econômica aplicada às operações dos sujeitos passivos. À primeira vista, traçar uma distinção entre ambas pode parecer difícil, porque partimos da premissa de que, para o Estado Democrático de Direito, a precisa correlação entre substância econômica e tributação é mais do que uma tese fiscalista; é verdadeiro fator de legitimação social do sistema tributário vigente.¹⁵³ Velar por essa correlação é garantir que as normas tributárias surtirão na sociedade os efeitos que lhes são próprios e que lhes eram previstos desde a sua concepção (e.g., efeitos como a tributação do ganho de capital auferido na venda de uma participação societária, tenha sido a venda realizada da maneira “esperada” pelo legislador ou mediante o uso de operações e estruturas que empregam a lei para gerar um benefício tributário que não lhe é próprio). Por isso a proximidade natural entre a elusão tributária e a realização de atos ou negócios jurídicos sem substância econômica.

Para resolver o dilema de como separar uma denominação da outra, é necessário que reconheçamos na *elusão tributária* uma descrição holística da conduta do sujeito passivo e na “falta de substância econômica” uma qualificação dessa conduta. Elusão tributária, para reiterar uma definição dada por nós anteriormente, é o emprego de ato ou de negócio jurídico sem causa que, por si só ou em conexão com outros atos ou negócios jurídicos, traz para o sujeito passivo economia tributária não prevista pela legislação vigente, economia tributária esta cuja adoção subverte os fins do sistema jurídico tributário no qual a tal legislação se

¹⁵¹ Vide: BRASIL. Acórdão nº 9101-003.885. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. Flávio Franco Corrêa. Sessão de 7 de novembro de 2018. Publicado em 7 de janeiro de 2019.

¹⁵² Vide: SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso *Gregory v. Helvering* até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro cit., p. 126-145.

¹⁵³ Nossa observação tem clara conexão com a ideia de um “dever fundamental de pagar tributos”, cujo maior expoente (referindo-se a impostos) é José Casalta Nabais. Sobre a rejeição de extremos do liberalismo e do comunitarismo na compreensão deste dever, vide: NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 673.

insere. Como para nós a avaliação de se a economia tributária foi prevista pela legislação vigente é, entre outras avaliações já discutidas neste item, também uma análise de se esta economia tributária foi obtida mediante o emprego de estruturas e operações imbuídas de substância econômica, permanece esta análise como um fator de qualificação da conduta elusiva.

1.2.6 *O sincretismo terminológico no estudo da elusão tributária*

Considerando em sua obra de algumas das figuras analisadas anteriormente, TORRES afirma que embora à distância deem a impressão de representar coisas distintas, vê-se numa melhor aproximação que há nelas o mesmo intuito: *conter a elusão tributária*.¹⁵⁴ Diferentes são apenas os seus pressupostos, “segundo a estrutura do sistema, os recursos de direito privado e processual, seus conceitos jurídicos e a experiência e os valores de cada povo”,¹⁵⁵ aqui fazendo referência ao emprego dessas terminologias por doutrinadores e intérpretes de outras jurisdições. Já citamos anteriormente o que disse ROCHA sobre o “sincretismo de conceitos” que parece intrínseco a este estudo,¹⁵⁶ e testemunho disso é o nosso exercício nestes itens, ora aproximando, ora buscando diferenciar as figuras comumente utilizadas para enfrentar o chamado “planejamento tributário agressivo ou abusivo” (e sobre ele já tratamos no item 1.1).

As observações dos dois autores merecem alguma reflexão neste subitem 1.2.6. É verdade que as figuras ou doutrinas citadas anteriormente se confundem e se aplicam umas em meio às outras no intuito de conter a elusão tributária. Diante de certos casos concretos, nos seria possível afirmar que o sujeito passivo realizou um negócio jurídico indireto, que a sua conduta não teve propósito negocial, que ele abusou um direito que era conferido a si pelo ordenamento jurídico, e que, com tudo isso, realizou uma prática elusiva. São casos nos quais o sujeito passivo se aproveitou das normas de referência para reduzir ou até eliminar a carga tributária a si imposta, deixando ao intérprete a dura e ingrata tarefa de rotular suas condutas com as descrições que trouxemos neste item 1.2. Isso posto, não é adequado afirmar que *todos os casos de elusão tributária* apresentarão para o intérprete manifestações de cada uma das figuras discutidas anteriormente, e isso é especialmente relevante quando a legislação

¹⁵⁴ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária* cit., p. 193.

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁶ Vide ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco* cit., p. 76.

tributária em questão só elegeu *uma dessas figuras* como equivalente à elusão. Se para a jurisdição X a elusão tributária equivale especificamente ao abuso de direito, o Fisco da jurisdição X pode em seu íntimo sentir que o sujeito passivo está pleiteando um benefício tributário injusto, mas se não comprovar perante os tribunais locais que esse sujeito passivo cometeu *abuso de direito*, sua pretensão deverá restar vencida.

A reflexão *supra* é importante para nos ajudar a esclarecer a eleição da elusão tributária como objeto de estudo. Já separamos a elusão das práticas de evasão e elisão, mas seria possível questionar se a nossa referência à elusão tributária exclui figuras ou doutrinas que citamos neste item 1.2. A resposta é negativa: desde que se subsumam à definição de elusão tributária que trouxemos anteriormente, essas figuras compõem o universo a ser estudado nesta tese. Por isso mesmo é que, no item 1.4, trataremos não das normas antiabuso, ou antifraude, ou qualquer outra denominação, mas sim das normas *antielusivas*, distinguindo os seus conteúdos e as suas características conforme identifiquemos quais das figuras descritas neste item 1.2 essas normas antielusivas mais parecem destinadas a atacar.

1.3 Elusão tributária interna e elusão tributária internacional

Procurando segregar o objeto de estudo do Direito Tributário Internacional daquele pertinente ao Direito Tributário em geral, a doutrina de XAVIER nos leciona que o primeiro tem por objeto *situações internacionais*. Diz o autor que essas são “situações da vida que têm contato, por qualquer dos seus elementos, com mais de uma ordem jurídica dotada do poder de tributar”.¹⁵⁷ Poderíamos, portanto, seguir essa orientação para dizer que, se tivéssemos que distinguir entre o Direito Tributário Internacional e o pretense “Direito Tributário Interno”, este último trataria das situações da vida que têm contato com apenas uma única ordem jurídica dotada do poder de tributar.¹⁵⁸ Essa definição “por exclusão”

¹⁵⁷ Vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 3. Vide ainda: MALHERBE, Jacques. *Droit Fiscal International: Impôt sur les Revenus, Théorie Générale, Droit Belge, Éléments de Droit Comparé*. Bruxelas: Larcier, 1994. p. 11. Para além dessa definição, Torres distingue entre o Direito Internacional Tributário (cujas normas são “dirigidas precipuamente a regular a atuação dos vários Estados (em matéria tributária) no âmbito da comunidade internacional”) e o Direito Tributário Internacional (cujas normas se destinam “à qualificação e localização dos elementos de estraneidade dos fatos descritos (normas de comportamento) e a definir as conexões com o próprio sistema, para ulterior incidência de tais normas impositivas específicas”). Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 57-60.

¹⁵⁸ Vide, por exemplo: CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 619. Para Richard Vann, a principal demarcação entre o “Direito Tributário Internacional sobre a renda” e o restante do Direito Tributário é a importância dos tratados (ADTs) para o primeiro em detrimento do segundo. Vide: VANN, Richard J. *International Aspects of Income Tax* cit., p. 719. Rejeitamos a ideia de

encontra amparo também no que nos diz ROSEMBUJ, para quem o estudo do Direito Tributário Internacional começa a partir da crescente internacionalização do exercício do poder de tributar,¹⁵⁹ o que esclarece que essa percebida dicotomia entre “internacional” e “interno” se iniciou por um afloramento do “internacional” em relação não unicamente ao “interno”, mas em relação a toda a ciência jurídica do próprio Direito Tributário.

Trazendo a distinção supramencionada para o âmbito do estudo da elusão tributária, fica claro que deve haver também uma distinção entre uma alegada *elusão tributária interna* e uma outra *elusão tributária internacional*. Essa elusão tributária interna é a própria elusão tributária que apresentamos no item anterior, com a qualificação de que nela o tributo indevidamente “reduzido” ou “evitado” guarda pertinência com o poder de tributar de um único ordenamento jurídico (o ordenamento jurídico relevante, uma vez que se a hipótese tratar da elusão tributária em outro ordenamento jurídico, será um caso de *elusão tributária externa*). Resgatando um exemplo que citamos anteriormente, se um sujeito A quiser comprar um imóvel situado no Brasil de um sujeito B sem que a transação seja submetida ao ITBI, e se ambos forem residentes no Brasil, a estratégia por eles engendrada de constituir uma sociedade empresária para em seguida a dissolver, com a liquidação do valor do imóvel para o sujeito B e do próprio imóvel para o sujeito A (na popular operação de “casa-e-separa”), será espécie de elusão tributária interna. O exemplo é didático, mas pode dar a impressão de que todas as partes envolvidas e também todos os seus ativos precisam estar situados ou residentes num mesmo Estado soberano para que a elusão tributária seja reputada como interna. Contudo, se neste caso o tributo que as partes pretendem “reduzir” ou “evitar” é apenas o ITBI, basta que o imóvel esteja situado em um município brasileiro (podendo os sujeitos A e B serem não residentes no Brasil) para que a eventual elusão tributária seja reputada como interna e não internacional.¹⁶⁰

que os ADTs seriam relevantes apenas para o Direito Tributário Internacional (a assertiva do autor dá a impressão de que ele estabelece uma relação de “pertinência temática” maior dos ADTs em relação ao Direito Tributário Internacional do que em relação ao chamado “Direito Tributário Interno”, mas a dedução não é clara), e como exemplo poderíamos citar a cláusula de não discriminação tipicamente encontrada no art. 24 dos ADTs modernos, que seguem a estrutura geral da Convenção-Modelo da OCDE. Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version*. Paris: OCDE, 2017. p. 94-95. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁵⁹ Vide: ROSEMBUJ, Túlio. *Derecho Fiscal Internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001. p. 15-16. Para um histórico do desenvolvimento do Direito Tributário Internacional enquanto ramo de estudo da ciência jurídica nas Américas, vide: CARROLL, Mitchell B. Development of International Tax Law in the Americas. *Law and Contemporary Problems*, Durham: Duke Law School, v. 8, nº 4, p. 793-801, 1941.

¹⁶⁰ O ITBI é incidente sobre a transmissão *inter vivos* dos bens imóveis situados no território do município. Vide, por exemplo: SÃO PAULO. Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991. Art. 1º, parágrafo único.

Em contraposição ao exemplo de uma elusão tributária interna, a elusão tributária internacional guarda pertinência com o poder de tributar de mais de um ordenamento jurídico. Poderíamos considerar que essa elusão tributária internacional ocorreu numa situação em que uma sociedade empresária A, residente em Luxemburgo, prevê executar um projeto de construção em um canteiro localizado num município brasileiro por oito meses. Sabedora de que esse período transforma o canteiro em um EP seu no Brasil (por ser superior a seis meses), o que importa numa tributação da sua renda pelo Fisco local, a sociedade empresária A solicita a uma sociedade empresária B, também residente em Luxemburgo e sob controle comum,¹⁶¹ que divida com ela o projeto brasileiro, de modo que a sociedade A execute o projeto por quatro meses e que a sociedade B execute o mesmo projeto pelos quatro meses restantes. Procedendo dessa forma, a sociedade A evita para si própria e para a sociedade B qualquer caracterização de EP no Brasil, ainda que mediante o artifício de dividir um projeto que é essencialmente o mesmo e permanecerá sob controle comum até a sua conclusão.

Sobre o exemplo dado no parágrafo anterior, seria possível questionar se o caso não é ele também de elusão tributária interna, já que os tributos eludidos seriam de um único Estado, que é o Brasil. Na visão que inspira um questionamento como esse, elusão tributária internacional seria apenas aquela que produz algo como o chamado *stateless income* (no português, “renda sem Estado” ou “renda apátrida”). De acordo com KLEINBARD, esse conceito é definido como “the movement of taxable income within a multinational group from high-tax to low-tax source countries without shifting the location of externally-supplied capital or activities involving third parties”,¹⁶² sendo um exemplo popular na doutrina de Direito Tributário Internacional o *Double Irish Dutch Sandwich*, pelo qual uma grande multinacional, a despeito de ter auferido bilhões de dólares no Oriente Médio, na Europa e na África com a venda de publicidade através da Internet, transferiu a titularidade desses recursos de uma subsidiária na Irlanda para outra nos Países Baixos, e depois para uma filial

Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-11154-de-30-de-dezembro-de-1991>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁶¹ Vide: BRASIL. Decreto nº 85.081, de 18 de agosto de 1980. Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Grão-Ducado de Luxemburgo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital. Artigo 5º, parágrafo 2º, item “g” e artigo 7º, parágrafos 1º e 2º. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/luxemburgo/Decreto-no-85-051-de-18-de-agosto-de-1980>. Acesso em: 29 abr. 2020.

¹⁶² Vide: KLEINBARD, Edward D. *Stateless Income*. *Florida Tax Review*, Gainesville: University of Florida, v. 11, nº 9, p. 701, 2011. A visão de que a elusão tributária internacional teria conexão com a existência de uma suposta *stateless income*, embora não considerada expressamente pela obra de Jacques Malherbe, parece ser uma decorrência lógica da sua definição para a chamada *évasion fiscale internationale* (próxima ao nosso conceito de elusão tributária). Vide: MALHERBE, Jacques. *Droit Fiscal International: Impôt sur les Revenus, Théorie Générale, Droit Belge, Éléments de Droit Comparé* cit., p. 16.

nas Ilhas Bermudas de uma outra subsidiária na Irlanda, no intuito de submeter a renda correspondente a uma tributação de zero.¹⁶³ Ou seja, poderíamos aqui conceituar essa visão como uma que defende que a elusão tributária internacional só ocorre quando o sujeito passivo trafega naquilo que GARCÍA NOVOA chama de “asimetrías [...] que son resultado del ejercicio independiente de las respectivas soberanías fiscales” dos Estados relevantes.¹⁶⁴ Daí seria necessário que os atos do sujeito passivo não apenas *guardassem pertinência* com o poder de tributar de mais de um ordenamento jurídico, mas que *vulnerassem* esse poder em mais de um Estado soberano.

Não é essa a nossa visão sobre o conceito de elusão tributária internacional. Para nós, elusão tributária internacional é apenas a elusão tributária que guarda pertinência com o poder de tributar de mais de um ordenamento jurídico, sem que os atos do sujeito passivo precisem vulnerar as receitas tributárias de mais de um Estado soberano. Regressando ao exemplo citado, parece evidente que as sociedades residentes em Luxemburgo, para dar concretude ao plano de evitar a caracterização de um EP no Brasil, tomaram por base um instrumento de excelência para o Direito Tributário Internacional, que é o ADT celebrado entre os dois Estados em 1980 (em especial o seu artigo 5º, parágrafo 2º, item “g” e o seu artigo 7º, parágrafos 1º e 2º). Também é evidente que o fato gerador do tributo sobre a renda para as duas sociedades, partindo da premissa de que auferirão a renda no Brasil, diz respeito (pelo menos) ao poder de tributar do Brasil, na condição de Estado de fonte, e de Luxemburgo, na condição de Estado de residência,¹⁶⁵ o que já posiciona a operação no âmbito do estudo do Direito Tributário Internacional, e não apenas no âmbito do “Direito Tributário Interno”. Que as autoridades fiscais de Luxemburgo possivelmente não se importem com a elusão tributária internacional das sociedades A e B no Brasil (porque, ao descaracterizarem artificialmente o canteiro de obras como um EP, deixam de pagar os tributos sobre a renda no Brasil e não em Luxemburgo, presumida a exclusiva subsunção da renda auferida ao artigo 7º

¹⁶³ Vide: KLEINBARD, Edward D. *Stateless Income* cit., p. 707-714. Vide ainda: BLANK, Joshua D. *Reconsidering Corporate Tax Privacy*. *New York University Journal of Law & Business*, Nova York: New York University, v. 11, nº 1, p. 33, 2014. No Brasil, analisando o caso em confronto com as observações da OCDE na Ação 1 do seu Plano de Ação BEPS, vide: SILVEIRA, Ricardo Maitto da. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do BEPS e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 929-932.

¹⁶⁴ Vide: GARCÍA NOVOA, César. *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Madri: Marcial Pons, 2016. p. 31.

¹⁶⁵ Vide, para definições sobre os conceitos de “fonte” e “residência” no Direito Tributário Internacional, na experiência de outros países e no Brasil: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 218-233.

e não a demais dispositivos do ADT), essa percepção será de relevância para os nossos apontamentos sobre Política Fiscal Internacional e sobre o Plano de Ação BEPS nos Capítulos 2 e 3 desta tese, respectivamente, mas em nada “desnatura” a operação engendrada pelas sociedades A e B como caso de elusão tributária internacional.¹⁶⁶

Bem demarcados, portanto, os conceitos essenciais de elusão tributária interna e elusão tributária internacional, podemos avançar com a nossa análise de espécies de normas antielusivas, objeto deste próximo item.

1.4 Normas antielusivas

A análise que faremos a seguir apresenta o tema de normas antielusivas segundo a doutrina de Direito Tributário do Brasil e de outros países. Desde já se diga que é possível que, sob o prisma terminológico, autores no Brasil e em outros países se refiram àquilo que conceituaremos como normas antielusivas de maneira diferente daquela que adotamos neste item.¹⁶⁷ Sendo este o caso, faremos a ressalva dos termos empregados e apontaremos a proximidade conceitual identificada entre o nosso texto e o texto dos autores relevantes.

1.4.1 O conceito de norma antielusiva

Norma antielusiva, aqui entendida a *norma jurídica antielusiva*, é a norma jurídica destinada a coibir atos, operações e estratégias destinados à elusão tributária. É uma norma cujo objetivo primordial não é estabelecer o tributo em si, nem ele, nem nenhum de seus elementos típicos. Tem por objetivo, isso sim, resguardar a higidez do ordenamento jurídico a que pertence e, em última análise, a legitimação social do tributo enquanto

¹⁶⁶ O risco da posição que adotamos nesta tese é que seja incorretamente percebida como favorável a que qualquer operação envolvendo pessoas ou ativos residentes ou localizados em mais de um Estado soberano seja considerada uma forma de “elusão tributária internacional”. Aludindo à lição de Heleno Taveira Torres, é necessário identificar “elementos de estraneidade” do fato gerador e do sujeito passivo que remetam a mais de um Estado tributante. Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 47-48. Especialmente no primeiro exemplo que trouxemos, referente ao ITBI, parece-nos claro que ali a elusão tributária é interna, ainda que, por exemplo, o vendedor do imóvel (o sujeito B do exemplo) seja um residente no exterior. Sua residência no exterior o “conecta” àquela jurisdição para fins de possíveis elusões tributárias pertinentes a outros tributos, mas não ao ITBI brasileiro.

¹⁶⁷ As divergências quanto à terminologia adotada para descrever o fenômeno da elusão tributária, referidas por autores já citados nesta Tese, já indicam que também as normas antielusivas não encontrarão melhor harmonia. Vide, por exemplo: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 182-191. Vide também, citando a polissemia no “batismo” das figuras relativas ao planejamento tributário, ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco* cit., p. 52.

instrumento de geração de receitas públicas para suportar o Estado Democrático de Direito. Em suma, a norma antielusiva ocupa no ordenamento jurídico relevante um papel de destaque. Diante de princípios como a livre iniciativa e a livre concorrência, diante de legisladores incapazes de se antecipar à inventividade empreendedora do mercado e diante de despesas públicas que devem ser custeadas mediante receitas públicas obtidas, entre outras fontes, também pela instituição e recolhimento de tributos, a norma antielusiva traz a promessa de uma tributação inspirada pela isonomia entre os sujeitos passivos, pela solidariedade civil e pela justiça fiscal.

Esmiuçando o conceito trazido por nós no parágrafo anterior, passemos à análise junto à doutrina de Direito Tributário. XAVIER, descrevendo em sua obra o conceito e as espécies do que ele define como “normas antielisivias”, diz:

As cláusulas gerais antielisivias são normas que têm por objetivo comum a tributação, por analogia, de atos ou negócios jurídicos *extratípicos*, isto é, não subsumíveis ao tipo legal tributário, mas que produzem efeitos econômicos equivalentes aos dos atos ou negócios jurídicos típicos sem, no entanto, produzirem as respectivas consequências tributárias.¹⁶⁸

XAVIER trata ainda das normas jurídicas “antielisivias” *especiais* e daquilo que ele chama de normas jurídicas “antielisivias” *setoriais* (que, como se verá mais adiante, nós qualificamos como *normas especiais antielisivias*), mas ele não as coloca no mesmo plano¹⁶⁹ das normas gerais, aparentando dar a estas o *status* daquilo que nós chamaríamos de normas antielisivias. TORRES, ao tratar das normas gerais antielisivias e especiais antielisivias em sua obra, caracteriza aquelas como “regras gerais antielisivias” e estas como “regras de prevenção”.¹⁷⁰ Para o autor, as normas especiais antielisivias seriam preventivas porque teriam se utilizado de “uma prévia tipificação das hipóteses mais frequentes de atos elusivos”.¹⁷¹

¹⁶⁸ Vide: XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielusiva*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 85. O autor é partidário da expressão “elisão tributária” ou “elisão fiscal” para tratar do fenômeno que nós definimos como “elusão tributária”, embora a sua obra não reconheça ao termo os foros de incompatibilidade com o ordenamento jurídico que nós reconhecemos. “A expressão *elisão fiscal internacional (tax avoidance)* não pode ser assimilada ao conceito de *evasão fiscal (tax evasion)*, pois não está em causa, necessariamente, um ato ilícito pelo qual o contribuinte viola a sua obrigação tributária (conexa com mais do que uma ordem jurídica), prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento, mas sim a prática de atos (em princípio) *lícitos*, praticados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, em face de uma pluralidade de regimes fiscais de ordenamentos distintos” (XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 235).

¹⁶⁹ Vide: XAVIER, Alberto. *Ibidem*.

¹⁷⁰ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária* cit., p. 235-236.

¹⁷¹ *Idem*, p. 235.

Desde já afirmamos a nossa posição a favor de um conceito de norma antielusiva que seja, em suas espécies, dividido entre *normas gerais antielativas*, de um lado, e *normas especiais antielativas*, do outro. Também dividiremos as normas antielativas nos subitens a seguir entre normas antielativas internas e normas antielativas internacionais, mas essa distinção já se explicaria pelo nossos comentários sobre a elusão tributária interna e a elusão tributária internacional no item 1.3. A afirmação de um conceito de norma antielusiva que se sobreponha às suas espécies “geral” e “especial” é ancorada na nossa percepção de que a norma antielusiva é, adaptando a lição de DANIEL NETO e LAURENTIIS para o que chamam de “regras antielativas”, uma norma que fecha espaços de liberdade do sujeito passivo existentes nas “dobras” da legislação vigente (o que os norte-americanos chamam de *loopholes*).¹⁷² Ou seja, o traço distintivo da norma antielusiva para nós é esta finalidade e não o seu caráter geral, se o seu “caráter geral” for entendido como um escopo apto a alcançar qualquer obrigação tributária abrangida pelo sistema tributário relevante, como será explicado no subitem 1.4.1.2, referente às normas especiais antielativas. Sim, a norma antielusiva é geral sob o prisma da generalidade e da abstração que são pertinentes às normas jurídicas de um Estado Democrático de Direito, as quais do povo emanam e, mediata ou imediatamente, ao povo se aplicam.¹⁷³ Contudo, como veremos nos subitens adiante, embora as *normas gerais antielativas* sejam aquelas tipicamente citadas como “antielativas” pela doutrina, dada a sua ubiquidade (desenhada com o intuito de “capturar” as estratégias cada vez mais inovadoras de elusão tributária operadas pelos sujeitos passivos), também as *normas especiais antielativas* merecem este título, dada a sua finalidade de, como dissemos antes, coibir atos, operações e estratégias destinados à elusão tributária (ainda que sob o enfoque de tributos ou setores específicos, e ainda que o seu objetivo primordial de resguardar a higidez do ordenamento jurídico relevante conviva com outros objetivos traçados pelo legislador tributário).

Ainda esmiuçando o conceito trazido no primeiro parágrafo deste item, percebe-se na norma jurídica antielusiva o objetivo de resguardar a higidez do ordenamento jurídico a que pertence, objetivo esse que diz respeito à legitimação social

¹⁷² Vide DANIEL NETO, Carlos Augusto; LAURENTIIS, Thaís de. Normas antielativas e segurança jurídica: análise da jurisprudência do CARF sobre a tributação na segregação de atividades empresariais. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, nº 42, ano 37, p. 195, 2019.

¹⁷³ Vide TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária* cit., p. 237. Vide também, sobre os conceitos de generalidade e de abstração no plano normativo, ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 188-191.

do tributo no Estado Democrático de Direito. A título de considerações iniciais sobre esta porção do nosso conceito, é interessante citar estudo recente de CHOI no qual o autor descreve o que chama de *substantive tax canons* no ordenamento jurídico norte-americano – esses *canons* seriam para ele as doutrinas contrárias ao tal “abuso” (no inglês, *anti-abuse doctrines*) das previsões legais em matéria tributária, principalmente construídas pelas cortes daquele país,¹⁷⁴ algumas das quais foram tratadas por nós no subitem 1.2.5, *supra*. Tendo em mente que CHOI se refere a doutrinas judiciais que, a despeito do papel que cumprem na tradição americana de *common law*, não emanam do Poder Legislativo daquele país, veja-se o que ele pondera sobre o papel que cumprem:

Moreover, the substantive tax canons can be narrowly justified on the ground that they reflect shared understandings and therefore serve as background norms undergirding statutes. That is, the substantive tax canons reflect common understandings implicit in legislation even when not expressed in the text of the statute, the legislative history, or the statute’s apparent purpose. [...] Canons that serve as background norms are simply tools of faithful agency, which facilitate an interpretation of text as such text is conventionally understood.¹⁷⁵

Vamos além do comentário feito pelo autor sobre as doutrinas judiciais contra o “abuso” das normas tributárias nos Estados Unidos, porque para nós as normas antielusivas têm por objetivo mais do que apenas conformar a aplicação daquelas “ao texto como ele é entendido convencionalmente”. Diante da reconhecida complexidade das normas jurídicas em matéria tributária de diferentes países,¹⁷⁶ apontar nessas normas um sentido convencional e com amparo na busca dele defender a existência de normas antielusivas é entregar o Direito Tributário ao imponderável do raciocínio de cada intérprete. A busca do legislador ao editar normas jurídicas destinadas a coibir atos de elusão tributária deve ser pela aplicação das normas tributárias perante a sociedade em consonância com os fins do ordenamento jurídico a que pertencem, sejam esses fins conformes com o entendimento convencional das normas em

¹⁷⁴ Vide: CHOI, Jonathan H. The Substantive Canons of Tax Law. *Stanford Law Review*, Stanford: Stanford Law School, v. 72, p. 195-260, 2020.

¹⁷⁵ Idem, p. 230-232.

¹⁷⁶ Vide, refletindo sobre a complexidade inerente aos sistemas tributários: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 42-48. “Une certaine complexité du système fiscal est justifiée au regard de la complexité de la vie actuelle, qu’il s’agisse de la vie privée ou de la vie des affaires. [...] Cette complexité est également justifiée par la quête de la justice fiscale. [...] La simplicité n’est donc pas un objectif à poursuivre en matière fiscale. Cependant, l’excès de la complexité porte atteinte aux droits des contribuables qu’elle était précisément destinée à garantir” (KOURALEVA-CAZALS, Polina. La Simplification de l’Action Publique en Matière Fiscale. *Revue Française d’Administration Publique*, Paris: ENA, n° 157, p. 84-85, 2016).

questão ou não.¹⁷⁷ Sobre esse *telos* das normas antielusivas, e tratando aqui em particular das normas gerais antielusivas (no inglês, *general anti-avoidance rules*, ou GAAR), diz HARRIS que “the purpose of a GAAR is to promote taxation in accordance with the purpose of a tax law and, in order to do so, facilitate for tax law purposes the reconstruction of dealings as characterized under general law”.¹⁷⁸ Dessa posição são partidários também WAERZEGGERS e HILLER, para os quais, também se referindo ao popular GAAR:

The ultimate purpose of a GAAR is to stamp out unacceptable tax avoidance practices. A GAAR is a provision of last resort that is capable of being invoked by a tax authority to strike down unacceptable tax avoidance practices that would otherwise comply with the terms and statutory interpretation of the ordinary tax law. A GAAR is typically designed to strike down those otherwise lawful practices that are found to be carried out in a manner which undermines the intention of the tax law such as where a taxpayer has misused or abused that law.¹⁷⁹

Por último, ainda sobre o conceito que trouxemos no primeiro parágrafo deste item, devemos comentar a relação da norma antielusiva com o que chamamos de “legitimação social do tributo” no Estado Democrático de Direito. Parece evidente que, ao tratarmos da noção de “legitimação social” de qualquer obrigação estabelecida por lei (e o tributo, na esteira do princípio da legalidade, deve ser estabelecido por lei),¹⁸⁰ estamos nos referindo a algo distinto do simples

¹⁷⁷ A assertiva nos coloca no terreno pantanoso da distinção entre buscar o propósito da norma tributária, o que para nós é consentâneo com a proteção ou o resguardo da “higidez do ordenamento jurídico”, e extrair da norma tributária interpretações sobre seu conteúdo e alcance que sejam estranhas ao seu propósito. Manifestações doutrinárias sobre o eventual papel “contramajoritário” do Poder Judiciário na formação de jurisprudência sobre temas sensíveis no debate público vêm explorando esse limite nas tratativas sobre o controle judicial de políticas públicas, o que poderia nos ser útil para contrapor o “entendimento convencional” das normas tributárias a um entendimento segundo o seu propósito. Vide: BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 270-280. O debate, conquanto próximo, é alheio a esta tese. A sua proximidade, esclareça-se, deve-se à constatação de que a interpretação do aplicador do Direito Tributário para a norma tributária pode destoar daquela que seria mais imediatamente associada ao seu texto se esta, diante do caso concreto, resultar na corrupção do seu propósito e, por conseguinte, do ordenamento jurídico de que faz parte – desde logo se vê, portanto, que a consideração dessa “interpretação imediata” como representativa da decisão democrática sobre a instituição de tributos é problemática. Referindo-se a essa necessidade de “interpretação coerente”, vide, por exemplo: KUTYAN, Justin; SAMTANI, Pooja. GAAR Revisited: From Instinctive Reaction to Intellectual Rigour. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 62, n° 2, p. 401-428, 2014.

¹⁷⁸ Vide: HARRIS, Peter A. The CCCTB GAAR: A Toothless Tiger or a Russian Roulette? In: WEBER, Dennis (Ed.). *CCCTB: Selected Issues*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 271.

¹⁷⁹ Vide: WAERZEGGERS, Christophe; HILLER, Cory. *Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*. Tax Law IMF Technical Note. Washington D.C.: FMI, 2016. v. 1, p. 1.

¹⁸⁰ O primado do princípio da legalidade em matéria tributária não é exclusividade do Brasil; o princípio tem seu papel reconhecido por diferentes ordenamentos jurídicos no mundo, especialmente de Estados Democráticos de Direito. Sobre o princípio da legalidade no Direito Tributário brasileiro, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Curso de direito tributário* cit., p. 305-311. Vide ainda, sobre o princípio da legalidade no Direito Tributário mexicano: LOBATO, Raúl Rodríguez. *Derecho fiscal*. 3. ed. Cidade do México: OUP, 2014. p. 7-8. No Direito belga, tratando do princípio da legalidade em contraposição às discussões sobre

processo legislativo de elaboração da norma jurídica relevante; fosse o processo legislativo suficiente para legitimar socialmente a obrigação trazida pela norma, nem haveria justificativa para discutirmos nesta tese o tema de normas antielusivas. Não, a legitimação social a que nos referimos é posterior à formação da norma jurídica a ser legitimada, o que implica que o exercício democrático responsável pela edição dessa norma é mera premissa, mero ponto inicial para que a sua aplicação seja testada como legítima perante a sociedade.¹⁸¹ Esse teste, a verdadeira legitimação em si, exige que o intérprete avalie a norma perante os fins do ordenamento jurídico a que pertence, dando-lhe uma interpretação conforme esses fins, se o seu *texto* for incapaz de proteger seu *conteúdo* contra abusos de partes interessadas.¹⁸²

Tragamos o tema para a seara tributária, usando o ordenamento jurídico brasileiro como referencial. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, inciso I, afirma ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”,¹⁸³ enquanto o seu inciso III acrescenta ainda o objetivo de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.¹⁸⁴ Para além disso, o art. 170

simulação em matéria tributária, vide: VANISTENDAEL, Frans. *Legal Framework for Taxation* cit., p. 36-37. Por último, tratando do mesmo princípio no Direito Tributário dinamarquês, vide: ORBERG, Mark; SCHMIDT, Peter Koerver. *The Principle of Legality in the Context of Danish Tax Law. Copenhagen Business School Law Research Paper*, Copenhagen: CBS, Série nº 19-18, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3389155. Acesso em: 2 maio 2020.

¹⁸¹ Philip Corrigan e Derek Sayer, ao tratarem da formação do Estado inglês, descrevem a tensão existente entre o Estado formado e as camadas sociais que impõem resistência, oculta ou aparente, às suas normas. Vide: CORRIGAN, Philip; SAYER, Derek. *The Great Arch: English State Formation as Cultural Revolution*. Oxford: Basil Blackwell, 1985. p. 182-208. Reconhecemos essa tensão como parte integrante da dinâmica de poderes no Estado Democrático de Direito, sendo um caminho para a sua “pacificação” contínua a conformação do próprio ordenamento jurídico à “garantia do conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, prevista no artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental alemã. Vide: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 264-268. É perante essa garantia, corporificada como estiver na letra de textos constitucionais (na forma do reconhecimento da igualdade de todos perante a lei, da dignidade da pessoa humana, da proteção do bem comum), que os sujeitos em sociedade testam a legitimidade das normas jurídicas conforme sejam aplicadas entre si e, também, conforme sejam reconhecidas pelo Estado. “Social legitimacy is empirical—assessed or measured with the tools of social science. It is a subjective measure, reflecting social attitudes. It is not a measurement of popularity, but of a deeper form of acceptance of the political regime.” Vide, ressalvada a divergência entre a nossa posição e a visão do autor sobre o papel da “legitimação social” das normas jurídicas: WEILER, Joseph Halevi Horowitz. *Europe in Crisis – On ‘Political Messianism’, ‘Legitimacy’ and the ‘Rule of Law’*. *Singapore Journal of Legal Studies*. Dezembro de 2012, p. 248. Disponível em: <https://law.nus.edu.sg/sjls/articles/SJLS-Dec-12-248.pdf>.

¹⁸² “Legality of legal processes in the broad sense of the dynamic theory of law is interpreted as a sign of legitimacy, but in fact the judgment about legitimacy is distinct from the proof of legality” (WEINBERGER, Ota. *Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals. Ratio Juris*, Nova Jersey: Wiley, v. 12, nº 4, p. 347, 1999).

¹⁸³ Vide: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 3º, inciso I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

¹⁸⁴ Idem, art. 3º, inciso III.

do Texto Maior, que em seu *caput* relaciona a proteção da ordem econômica à noção de justiça social, afirma em seu inciso III que essa mesma ordem econômica será regida pelo princípio da “função social da propriedade”.¹⁸⁵ Esse dispositivo é complementado pelo art. 173, § 4º, que espelha o art. 157, inciso VI, da Constituição de 1967,¹⁸⁶ e o art. 148 da Constituição de 1946,¹⁸⁷ e que diz que é papel da lei reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.¹⁸⁸ Por fim, no art. 150, que trata das alegadas “limitações ao poder de tributar”,¹⁸⁹ o constituinte diz na primeira parte de seu inciso II que uma delas é “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”.¹⁹⁰ A determinação constitucional alcança não apenas o Poder Executivo (por exemplo, na figura das autoridades fiscais), mas as três esferas de Poder no nível da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Vista sob outro prisma, essa determinação, que é comumente vista como o lastro do princípio da isonomia tributária, também demanda dos poderes constituídos que *velem pela aplicação da lei tributária como instrumento de igualdade*, dever este que exige não uma obrigação de meio, mas uma obrigação de resultado.¹⁹¹

À luz desses dispositivos, parece-nos claro que a Constituição Federal de 1988 quer dos poderes constituídos uma ação contínua na proteção à igualdade entre os sujeitos passivos, proteção essa que coopera inclusive para a repressão ao abuso do poder econômico,

¹⁸⁵ Vide: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit., art. 170, *caput* e inciso III.

¹⁸⁶ Vide: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Art. 157, inciso VI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

¹⁸⁷ Vide: BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Art. 148. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

¹⁸⁸ Vide: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit., art. 173, § 4º.

¹⁸⁹ Tratando das limitações ao “poder de tributar” como verdadeiras limitações ao “direito de tributar”, vide: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 111.

¹⁹⁰ Vide: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit., art. 150, inciso II.

¹⁹¹ Para Paulo de Barros Carvalho, o sobreprincípio da igualdade tem como destinatário o legislador, aqui entendido “na sua proporção semântica mais larga possível, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de juridicidade” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 266). Quanto ao conteúdo do princípio da isonomia tributária e a sua relação com a justiça social, vide: VELLOSO, Andrei Pitten. A teoria da igualdade tributária e o controle de proporcionalidade das desigualdades de tratamento. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, ano 15, nº 76, p. 47, 2007. Ainda que reconhecida a distinção entre o princípio da isonomia tributária no Direito brasileiro e a cláusula de “proteção isonômica” (no inglês, *equal protection*) contida na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a lição de C. Edwin Baker para esta tem algo a nos ensinar sobre aquela: que a cláusula no Direito norte-americano possui um conteúdo substantivo e exige que os aplicadores da lei se atentem para os seus efeitos perante os jurisdicionados. Vide: BAKER, C. Edwin. Outcome Equality or Equality of Respect: The Substantive Content of Equal Protection. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia: University of Pennsylvania, v. 131, nº 4, p. 933-998, 1983.

pilar que é da ordem econômica estabelecida no Brasil. Se a edição de uma norma jurídica tributária no Brasil impede ou causa a ruptura da igualdade entre sujeitos passivos, não por um desejo do legislador, mas pelo recurso de alguns sujeitos à elusão tributária em benefício próprio, não é dado nem à União, nem aos Estados, nem ao Distrito Federal, nem aos Municípios que simplesmente “lavem as mãos” perante esse resultado da lei, sob pena de descumprimento do dever firmado no art. 150, inciso II, da Carta da República. Descumprir esse dever é ainda falhar com aqueles objetivos plasmados no art. 3º, incisos I e III, do Texto Maior, porque a inércia do Estado em reconhecer que o resultado da norma jurídica tributária foi o aumento da desigualdade entre sujeitos passivos em posição igual deslegitima o tributo que a norma lhes exige. É dizer: este tributo, no espaço de causação da tal desigualdade,¹⁹² perde os atributos que o conformam ao ordenamento jurídico posto (suportado que é no Brasil pela Constituição Federal de 1988, Constituição essa que regula os parâmetros não de qualquer Estado, mas do Estado Democrático de Direito).¹⁹³ É atento à possível perda dessa legitimidade, portanto, que o Poder Público deve atuar para que a norma tributária cumpra um papel adequado aos fins do ordenamento jurídico a que pertence.

Pois bem, é na esteira desse dever de atuação do poder público, e com atenção específica para o Direito Tributário, que a norma antielusiva encontra a sua função. Ora, como já dito antes, seja o legislador tributário diligente como for,¹⁹⁴ ele é incapaz de se antecipar à inventividade empreendedora do mercado, e para além das preocupações com a isonomia entre os sujeitos passivos, deve municiar o Estado com instrumentos necessários para a arrecadação de receitas tributárias capazes de fazer frente a despesas estabelecidas no orçamento público.¹⁹⁵ Mediante a edição de normas antielusivas, portanto, o legislador dá aos

¹⁹² Com isso queremos pontuar que o tributo perde legitimidade quanto àquele campo de sua incidência no qual a desigualdade parece autorizada pela norma jurídica tributária. Suponha-se, por exemplo, que, graças a uma estratégia de elusão tributária identificada no setor da economia X, determinada sociedade empresária X1 tenha conseguido reduzir a carga do IRPJ e da CSLL. Para nós, a inércia do Estado em agir mediante a edição de uma norma antielusiva contra essa estratégia (inércia essa que prejudica a sociedade empresária X2, concorrente direta no mesmo setor, e a sociedade em geral pela queda em arrecadação de receitas tributárias incompatível com os fins da legislação tributária) torna os tributos IRPJ e CSLL ilegítimos perante a sociedade quanto a esta situação em particular.

¹⁹³ Sobre legalidade e legitimidade no Estado Democrático de Direito, vide: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 530. “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência” (MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 93).

¹⁹⁴ Vide: VANISTENDAEL, Frans. *Legal Framework for Taxation* cit., p. 44.

¹⁹⁵ “Cumpra a Constituição do Estado Democrático de Direito quem persegue os fins ali entabulados. Assegurá-los é o mesmo que realizar o Estado Democrático de Direito, o que somente é possível mediante a efetividade da Constituição Financeira, na intrínseca relação entre despesas e receitas públicas” (TORRES,

aplicadores do Direito Tributário os instrumentos necessários para avaliar operações e estruturas engendradas pelos sujeitos passivos não apenas à luz do *texto* da norma jurídica tributária, mas à luz do seu *conteúdo*, entendido como um conteúdo que deve ser alinhado aos fins do ordenamento jurídico correspondente.

Tendo definido o que para nós é a norma antielusiva em matéria tributária, bem como o seu papel no ordenamento jurídico de que faz parte, trataremos nos subitens a seguir de quatro tipos específicos de normas antielusivas: as normas gerais antielusivas, as normas especiais antielusivas, as normas antielusivas internas e, por último, as normas antielusivas internacionais.

1.4.1.1 A norma geral antielusiva

Uma apreensão comum da expressão “norma geral antielusiva” é a de uma espécie normativa que enfrenta casos de elusão tributária usando terminologia abrangente e aplicável a diferentes tributos, sujeitos passivos e setores da economia. MORALES, ecoando essa visão, diz: “estas normas consideran una hipótesis objetiva con conceptos altamente indeterminados, generalmente vinculados al uso de formas jurídicas inusuales o artificiosas”.¹⁹⁶ Há, no entanto, algo mais além da descrição de normas gerais antielusivas como normas meramente “gerais” ou “abstratas”, dada a possibilidade de que esses adjetivos se confundam com as características próprias das normas jurídicas (que tipicamente se destinam aos jurisdicionados em geral e não a pessoas determinadas).¹⁹⁷ TORRES elucida da seguinte forma:

As “normas gerais antielusivas”, destarte, não são “gerais” apenas porque tenham destinatários indefinidos, mas precisamente por serem espécies de normas gerais e abstratas cuja materialidade da hipótese normativa encontra-se ordenada para reger os demais casos não qualificados na hipótese de incidência de normas específicas, atribuindo pressupostos aos casos que

Helena Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 87).

¹⁹⁶ Vide: MORALES, Hugo Osorio. ¿Interpretación Económica como Herramienta de Lucha Contra la Elusión en Chile? *Revista de Estudios Tributarios*, Santiago: CET, nº 19, p. 205-227, 2018.

¹⁹⁷ Vide: ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral* – uma perspectiva luso-brasileira cit., p. 191-192. Indo mais além, quando Miguel Reale trata em sua obra de “feixes luminosos sobre a experiência social”, a assertiva é ancorada na premissa de que a norma jurídica é geral o suficiente para alcançar a universalidade dos jurisdicionados aos quais se destina. Vide: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

possam ser alcançados, para a aplicação da sanção prevista no consequente: a desconsideração e a requalificação dos negócios operados elusivamente.¹⁹⁸

A noção de uma norma geral antielusiva se amolda perfeitamente às preocupações que externamos no subitem 1.4.1 sobre o conflito entre o dever de velar pelos fins da legislação tributária e do ordenamento jurídico como um todo e, doutra parte, a ciência da incapacidade do legislador de se antecipar às estratégias de elusão do sujeito passivo. Daí se dizer que a norma geral antielusiva teria, dada a abrangência dos seus termos, uma verdadeira natureza “contra-analógica”, destinada a combater a “analogia” praticada pelo sujeito passivo em ofensa a objetivos que a norma jurídica tributária em questão deve perseguir.¹⁹⁹

Quanto aos elementos que compõem uma norma geral antielusiva, diz WEEGHEL que, na experiência internacional, os dois mais comuns são “a transaction or set of transactions that is solely or predominantly aimed at tax avoidance” e “if given the effect [of the transaction or set of transactions] the object and purpose of the applicable tax law would be violated”.²⁰⁰ Tratando especificamente do GAAR canadense, KUTYAN e SAMTANI acrescentam a esses dois elementos ainda um terceiro elemento, que seria a identificação de um *tax benefit*, ou seja, de uma vantagem tributária para o sujeito passivo,²⁰¹ embora os autores reconheçam que o limite mínimo para aferição dessa vantagem é tradicionalmente baixo à luz da jurisprudência daquele país.²⁰² Apesar disso, para nós faz sentido definir alguma adaptação desses três elementos como a tríade que melhor estrutura o conteúdo de uma norma geral antielusiva (sem com isso afirmarmos que todas as normas que arrogam para si essa nomenclatura a possuem). Para cumprir o papel que lhe é próprio, portanto, a norma geral antielusiva (a) deve destinar-se a coibir atos que sejam única ou predominantemente voltados para a redução ou a eliminação da carga tributária aplicável ao sujeito passivo, (b) desde que tais atos gerem para si alguma vantagem tributária qualquer direta ou indireta, e (c) desde que os mesmos atos violem os fins da lei tributária e do ordenamento jurídico a que essa lei pertence. A redação da norma geral antielusiva será adequada ou inadequada na medida em que atender a esses critérios (para que não seja empregada pela autoridade fiscal

¹⁹⁸ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária* cit., p. 237.

¹⁹⁹ Vide, referindo-se à “norma geral antielisão”: TORRES, Ricardo Lobo. Norma geral antielisão. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 621.

²⁰⁰ Vide: WEEGHEL, Stef Van. General Report – Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 95a, p. 22, 2010.

²⁰¹ Vide: KUTYAN, Justin; SAMTANI, Pooja. GAAR Revisited: From Instinctive Reaction to Intellectual Rigour cit., p. 404.

²⁰² Idem, p. 405.

como uma “carta branca” para impedir a busca de qualquer vantagem tributária por parte do sujeito passivo).²⁰³

Há diferentes exemplos de normas gerais antielusivas em vigor em todo o mundo, o que desde já evidencia o reconhecimento do seu papel por parte de governos e sociedades em relação a temas tributários. Trataremos brevemente a seguir de alguns desses exemplos e, ao final, comentaremos especificamente o caso do Brasil, cuja “candidata” à nomenclatura de norma geral antielusiva desperta na doutrina os mais intensos debates.

1.4.1.1.1 A norma geral antielusiva no Canadá

Sob o prisma terminológico, não há no Canadá uma norma à qual a doutrina local se refira textualmente como uma “norma geral antielusiva” (nem na tradução mais próxima do inglês, que seria algo como *general antielusion norm*, nem na tradução francesa, que seria algo como *norme générale anti-élusion*). O que existe na legislação canadense desde 1988²⁰⁴ é uma regra geral contra o ato de “evitar” de forma artificiosa o surgimento do dever de pagar um tributo qualquer (*avoidance*, na tradução inglesa, e *évitement*, na tradução francesa), o que para nós se aproxima suficientemente do conceito que empregamos nesta tese para a expressão “elusão tributária”, já discutido no item 1.2, *supra*.

Feitas essas observações, importa salientar que a “norma geral antielusiva” canadense, adiante chamada de GAAR, está disciplinada na Seção 245 do seu *Income Tax Act*. O parágrafo 2º dessa Seção diz:

Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.²⁰⁵

²⁰³ Reconhecendo vícios na redação do GAAR australiano: “[The GAAR] is drafted so widely as to be capable of enabling the Commissioner to annihilate any transaction which provides a tax advantage” (CASHMERE, Maurice. Towards an appropriate interpretative approach to Australia's general tax avoidance rule – Part IVA. *Australian Tax Review*, Sydney: Thomson Reuters, v. 35, n° 4, p. 231, 2006).

²⁰⁴ Vide: KUTYAN, Justin; SAMTANI, Pooja. GAAR Revisited: From Instinctive Reaction to Intellectual Rigour cit., p. 402.

²⁰⁵ Vide CANADÁ. *Income Tax Act (R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.))*. Section 245. Disponível em: [https:// laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/i-3.3/page-270.html#h-317321](https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/i-3.3/page-270.html#h-317321). Acesso em: 3 maio 2020.

O Canadá partiu de um episódio de formulação de doutrina judicial para enfrentar a elusão tributária, ainda que sem amparo em lei específica, para a codificação de uma norma geral antielusiva própria. O episódio veio em 1984, no julgamento do caso *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, arguido perante a Suprema Corte do Canadá.²⁰⁶ Naquele caso, a empresa *Stubart Investments Ltd.* alienou seus bens para uma empresa sob controle comum de um terceiro, a saber, a empresa *Grover Cast Stone Co.*, que tinha incorrido prejuízos fiscais substanciais (e aptos à compensação com lucros de exercícios futuros). Em virtude desta compra, a empresa *Grover Cast Stone Co.* nomeou a empresa *Stubart Investments Ltd.* para atuar como sua agente, administrando os seus negócios. Por essa razão, a empresa *Stubart Investments Ltd.* pagou à empresa *Grover Cast Stone Co.* o lucro líquido das atividades empresariais nos exercícios de 1966, 1967 e 1968, lucro esse que foi compensado com os prejuízos fiscais já apurados no nível da empresa *Grover Cast Stone Co.* em cada período.²⁰⁷ Avaliando a operação, a Suprema Corte reverteu a decisão das instâncias inferiores e decidiu favoravelmente à empresa *Stubart Investments Ltd.*, que havia sido alvo da autuação fiscal, afirmando com clareza que “[a] transaction cannot be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or bona fide business purpose”.²⁰⁸

Antes de comentar a repercussão dessa decisão no sistema tributário canadense, inclusive com apontamentos sobre a aplicação do GAAR de 1988, é interessante notar que, entre outras citações, a Suprema Corte cita de forma expressa o precedente norte-americano no famoso caso *Gregory v. Helvering*, de 1935, tecendo críticas às considerações dos magistrados (“[t]he element of sham crept into the language of the court and it is not clear whether, absent this element, the result would be the same”)²⁰⁹ e distinguindo entre aquele caso e o caso da empresa *Stubart Investments Ltd.* (“[t]his is not the case with which we are faced. The Act is silent on the subject; and there are general provisions in the Act dealing with artificial transactions”).²¹⁰ Vale ressaltar que, embora a Suprema Corte do Canadá discorde da posição das autoridades fiscais sobre a possibilidade de desconsiderar os efeitos tributários da operação realizada pela empresa *Stubart Investments Ltd.*, sua interpretação sobre a lei

²⁰⁶ Vide: CANADÁ. *Stubart Investments Ltd. v. The Queen* [1984] 1 SCR 536. Opinião da Corte: Justice Estey. Decidido em 7 de junho de 1984. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2488/index.do>. Acesso em: 3 maio 2020.

²⁰⁷ Idem, p. 536.

²⁰⁸ Idem, p. 537.

²⁰⁹ Idem, p. 553.

²¹⁰ Idem, ibidem.

analisada não foi literal. Como pontua SULLIVAN,²¹¹ a Suprema Corte defendeu nesse caso uma interpretação teleológica da lei, ainda que, seguindo essa interpretação, a sua posição tenha sido consentânea com aquela defendida pelo sujeito passivo.

A edição do GAAR canadense, portanto, foi uma resposta em primeiro lugar dada pelo Departamento de Finanças, e em seguida pelo próprio parlamento daquele país à decisão da Suprema Corte no caso *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*.²¹² Uma vez publicada a nova norma, a reação inicial dos tribunais locais foi cautelosa, com algumas manifestações de juízes afirmando que a norma era um “instrumento bruto” a serviço do interesse arrecadatório das autoridades fiscais.²¹³ Uma decisão que demonstra a evolução da análise judicial de operações de elusão tributária no Canadá, porém sob o manto do GAAR, é aquela que foi proferida pela Suprema Corte no caso *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada* em 2005, ocasião na qual, mais uma vez, o sujeito passivo teve o seu direito reconhecido perante o interesse fiscal.²¹⁴ Nessa decisão, a Suprema Corte reconheceu os três critérios²¹⁵ de que tratamos anteriormente para a edição de normas gerais antielusivas e ainda tratou do dever dos juízes em aplicar o seu comando. Citando o parágrafo 4º da Seção 245 do *Income Tax Act*,²¹⁶ a Suprema Corte afirma que os juízes devem analisar a norma tributária que deu origem à vantagem percebida pelo sujeito passivo sob um enfoque único, mas que seja tanto textual, quanto contextual e finalístico.²¹⁷ Afirma também que os juízes devem avaliar o contexto fático do caso para definir se a operação do sujeito passivo redundou em alguma violação ou frustração do objeto, espírito e propósito dessa norma tributária.²¹⁸ À luz desses parâmetros, tratando de um caso em que a empresa Canada Trustco Mortgage Co. comprou

²¹¹ Vide: SULLIVAN, Ruth. Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada. *Ottawa Law Review*, Ottawa: University of Ottawa, v. 30, nº 2, p. 216, 1999. No mesmo sentido: MCDONNELL, T. E.; THOMAS, R. B. The Supreme Court and Business Purpose: Is There Life After Stuart? *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 32, nº 5, p. 854, 1984.

²¹² Para um relato contemporâneo sobre a edição do GAAR canadense, bem como sobre a oposição de vários tributaristas locais daquela época, vide: LANTHIER, Allan R. Canada: Tough Times Ahead for Multinationals. *Tax Executive*, Washington D.C.: TEI, v. 41, nº 2, p. 123-136, 1989.

²¹³ Vide, com um relato detalhado da implementação do GAAR canadense e das opiniões de advogados e de juízes sobre a nova norma: HWONG, Thaddeus; LI, Jinyan. GAAR in Action: An Empirical Exploration of Tax Court of Canada Cases (1997-2009) and Judicial Decision Making. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 61, nº 2, p. 321-366, 2013.

²¹⁴ Vide CANADÁ. *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada* [2005] 2 SCR 601. Opinião da Corte: Chief Justice Major. Decidido em 19 de outubro de 2005. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2288/index.do>. Acesso em: 3 maio 2020.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Idem, p. 613-628.

²¹⁷ Idem, p. 602.

²¹⁸ Idem, ibidem.

trailers de um terceiro para depois alugar esses mesmos trailers a ele e reconhecer para fins tributários uma depreciação (no inglês, *capital cost allowance*, ou CCA) capaz de reduzir o lucro tributável para o período, a Suprema Corte concluiu:

Here, the Tax Court judge’s decision [in favor of the taxpayer] must be upheld. [...] The Minister’s suggestion that the usual result of the CCA provisions of the Act should be overridden by s. 245(4) in the absence of real financial risk or “economic cost” in the transaction must be rejected. This suggestion distorts the purpose of the CCA provisions by reducing them to apply only when sums of money are at economic risk.²¹⁹

Como reportado por HWONG e LI, o período que se iniciou após a decisão da Suprema Corte no caso *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada* em 2005 tem sido marcado pela expansão das análises contextuais e finalísticas dos tribunais locais em relação aos efeitos de possíveis atos de elusão tributária.²²⁰ Essa tendência se confirma no julgamento do caso *Birchcliff Energy Ltd. v. The Queen* pela Corte Federal de Apelações em 2019, o qual teve o seu recurso de apelação à Suprema Corte denegado em novembro do mesmo ano²²¹ (naquilo que, no Brasil, seria próximo de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que denega a repercussão geral da matéria). Sem tratarmos em detalhes dos fatos deste caso,²²² a Corte Federal de Apelações usou o GAAR canadense para desconsiderar efeitos do aproveitamento de prejuízos fiscais após uma fusão entre o sujeito passivo e uma empresa terceira, após restar constatado que o contexto da operação não era o de uma fusão genuína e de que a fusão foi usada para “abusar” o objeto, espírito e propósito da norma tributária relevante.²²³

1.4.1.1.2 A norma geral antielusiva na China

É interessante tratarmos da implementação da norma geral antielusiva na China logo após termos comentado o GAAR canadense, dadas as diferenças culturais e de

²¹⁹ CANADÁ. *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada* [2005] 2 SCR 601 cit., p. 603.

²²⁰ Vide HWONG, Thaddeus; LI, Jinyan. GAAR in Action: An Empirical Exploration of Tax Court of Canada Cases (1997-2009) and Judicial Decision Making. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 61, nº 2, p. 360, 2013.

²²¹ Vide: GOLDBACH, Laurie; JAMES, Shannon. *Supreme Court of Canada Won’t Reconsider the GAAR in Birchcliff Energy Ltd.* Lexology. Publicado em 22 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3bd2d6ae-3340-44b7-9c47-ff879ce2b69>. Acesso em: 3 maio 2020.

²²² Vide: CANADÁ. *Birchcliff Energy Ltd. v. The Queen* 2019 FCA 151. Opinião da Corte: Judge Webb. Decidido em 16 de maio de 2019. Disponível em: https://www.canlii.org/en/ca/fca/doc/2019/2019fca151/2019_fca151.html?autocompleteStr=birchcliff%202019&autocompletePos=2. Acesso em: 3 maio 2020.

²²³ Idem, p. 22.

tradição jurídica dos dois países.²²⁴ Também atento a essas diferenças, GARBARINO pontua que a filosofia analítica do Direito nos traz instrumentos capazes de permitir a comparação entre as normas (e suas aplicações práticas) de diferentes ordenamentos jurídicos, através daquilo que o autor descreve como uma desconstrução dessas experiências em *três níveis de linguagem*: o nível 1, que é a linguagem da norma posta em si, o nível 2, que é a metalinguagem daqueles que discutem a linguagem do nível 1 (e.g., discussões doutrinárias ou manifestações oficiais sobre o que a norma é ou deve ser), e o nível 3, que é meta-metalinguagem daqueles que discutem a linguagem do nível 2 (e.g., a doutrina que discute a teoria do Direito Tributário).²²⁵ Refletindo sobre as normas gerais antielusivas do Canadá e da China, o autor sustenta que a comparação é possível, desde que o exercício seja realizado em uma meta-metalinguagem, que é aquela do nível 3, sobre considerações de cada uma das normas segundo a metalinguagem do nível 2.²²⁶

Essa introdução é relevante porque, à primeira vista, a norma geral antielusiva na China tem características similares à sua contraparte canadense. A introdução do que autores locais chamam de GAAR chinês²²⁷ ocorreu em 2008. O GAAR chinês é composto por três documentos específicos: a *Enterprise Income Tax Law*, e em particular o seu artigo 47, as regulamentações da *Enterprise Income Tax Law* e as medidas estabelecidas pelas autoridades fiscais da China (no inglês, *State Administration of Taxation*, ou SAT) sobre o tema.²²⁸ O dito artigo 47 afirma que se uma empresa fizer qualquer arranjo que não tenha um propósito comercial de boa-fé, e se esse arranjo causar o decréscimo de sua receita ou renda tributável, as autoridades fiscais poderão, através de um método razoável, fazer um ajuste da receita ou

²²⁴ Vide, traçando justamente essa comparação (teórica e prática) entre as duas normas gerais antielusivas: LI, Jinyan. Tax Transplants and Local Culture: A Comparative Study of the Chinese and Canadian GAAR. *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv: Cegla Center for Interdisciplinary Research, v. 11, nº 2, p. 655-686, 2010.

²²⁵ Vide: GARBARINO, Carlo. Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules. *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv: Cegla Center for Interdisciplinary Research, v. 11, nº 2, p. 765-790, 2010. As observações do autor trazem para o estudo de normas gerais antielusivas de diferentes países algumas das preocupações dos estudos de Direito Comparado, particularmente quanto à extensão da análise e ao enfoque contextual, que podem ser abstraídos dos níveis 2 e 3. Vide, por todos: GUTTERIDGE, H. C. *Comparative Law*. Cambridge: CUP, 1946. p. 72-88.

²²⁶ Vide: GARBARINO, Carlo. Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules cit., p. 771.

²²⁷ Vide: CHEUNG, Daniel K. C.; JIANG, Zhaodong. China's GAAR and New Rules on Non-Tax Residents' Indirect Transfers of Assets. *International Tax Journal*, Kennesaw: CCH, v. 41, nº 3, p. 43, 2015.

²²⁸ Vide: LEUNG, Sidney C. M.; RICHARDSON, Grant; TAYLOR, Grantley. The Effect of the General Anti-Avoidance Rule on Corporate Tax Avoidance in China. *Journal of Contemporary Accounting and Economics*, Londres: Elsevier, v. 15, nº 1, p. 107, 2019.

renda para que corresponda àquela que teria sido auferida sem o arranjo.²²⁹ Quanto ao GAAR à luz da regulamentação chinesa, LI afirma que a expressão “arranjo que não tenha um propósito comercial de boa-fé” se refere a um arranjo cujo *propósito primário* é reduzir, evitar ou diferir pagamentos de tributos.²³⁰ Por fim, a autora ressalta que o SAT chinês já se pronunciou sobre exemplos de arranjos contemplados pelo artigo 47 da *Enterprise Income Tax Law* e incluiu nesse rol o abuso de incentivos fiscais, o abuso de ADTs, a elusão tributária mediante o uso de “paraísos fiscais”, entre outros.²³¹ Quanto a operações internas e internacionais, no entanto, o GAAR chinês só deve ser invocado pelo SAT se eventuais normas especiais antielusivas já tiverem sido consideradas; já quanto a operações internacionais amparadas por um ADT, a norma antielusiva do próprio ADT tem preferência sobre a norma geral antielusiva interna.²³²

É na apresentação do GAAR chinês por CHEUNG e JIANG que as semelhanças com a norma canadense se tornam ainda mais acentuadas: os autores esclarecem que a norma chinesa busca enfrentar estratégias de “*tax avoidance*” que gerem alguma vantagem tributária para o sujeito passivo e que cumpram apenas “formalmente” com a letra da lei.²³³ As razões para a edição de uma norma geral antielusiva na China, que observou a experiência de outros países antes de elaborar o seu próprio GAAR,²³⁴ foram as de promover isonomia na tributação de empresas, de incentivar um desenvolvimento mais sustentável da economia local e de aprimorar a própria legislação tributária segundo o exemplo internacional.²³⁵ Salvo pelo último motivo, que julgamos ser melhor explicado pelo aspecto temporal da edição do GAAR chinês em relação ao GAAR de outros países, há elementos dos demais que possuem similaridades com aqueles que inspiraram o GAAR canadense.²³⁶

²²⁹ Vide, contendo o texto traduzido em inglês da *Enterprise Income Tax Law* da China: CHINADAILY. *Enterprise Income Tax Law*. Artigo 47. Atualizado até 18 de junho de 2018. Disponível em: <http://govt.chinadaily.com.cn/s/201806/28/WS5c09174d498eefb3fe46e582/enterprise-income-tax-law.html>. Acesso em: 3 maio 2020.

²³⁰ Vide: LI, Jinyan. *Tax Transplants and Local Culture: A Comparative Study of the Chinese and Canadian GAAR* cit.

²³¹ Idem.

²³² Vide: CHEUNG, Daniel K. C.; JIANG, Zhaodong. *China's GAAR and New Rules on Non-Tax Residents' Indirect Transfers of Assets* cit., p. 44.

²³³ Idem.

²³⁴ Vide: LEUNG, Sidney C. M.; RICHARDSON, Grant; TAYLOR, Grantley. *The Effect of the General Anti-Avoidance Rule on Corporate Tax Avoidance in China* cit., p. 105-117.

²³⁵ Idem.

²³⁶ No entanto, percebemos também diferenças de motivação do GAAR entre os dois países. LI, referindo-se a uma manifestação do Departamento de Finanças canadense, diz: “Ultimately, the GAAR ‘is intended to strike a balance between taxpayers’ need for certainty in planning their affairs and the government’s

A despeito disso, ultrapassadas as semelhanças entre os textos das normas gerais antielusivas e talvez entre os motivos que levaram à sua edição, fica claro que a experiência chinesa com o seu GAAR é singular. Por um lado, como bem acentua CUI, as normas tributárias na China são comumente produzidas de maneira informal por meio de Circulares de seu Ministério de Finanças ou do próprio SAT.²³⁷ Por outro, não é prática dos sujeitos passivos na China questionar as ações do Ministério de Finanças ou do SAT perante tribunais locais,²³⁸ o que termina por esvaziar a relevância das decisões judiciais e transformar o GAAR chinês essencialmente em um exercício legiferante do Poder Executivo,²³⁹ exercício esse inclusive facilitado mediante tratativas privadas entre autoridades fiscais e sujeitos passivos.²⁴⁰ Duas frases usadas por LI esclarecem bem essa relação entre as autoridades fiscais e a aplicação do GAAR na China. Segundo a autora, “[t]he Chinese GAAR begins and ends with the SAT under the current system. It does not depend on the court for interpretation and implementation”.²⁴¹

Em reconhecimento a essa singularidade da aplicação do GAAR na China, o caso que trazemos a título de ilustração é a aplicação naquele país da chamada Circular 698 de 2009, a qual foi posteriormente revogada pelo chamado “Boletim 7” (em inglês, *Bulletin on Several Issues concerning the Enterprise Income Tax on Indirect Asset Transfers by Non-Resident Enterprises*) de 2015.²⁴² A Circular e o Boletim tratam da exigência, na China, de um imposto de renda sobre os ganhos de capital incorridos na alienação de um bem em seu

responsibility to protect the tax base and the fairness of the tax system” (LI, Jinyan. *Economic Substance: Drawing the Line between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance* cit., p. 25).

²³⁷ “In almost all of these instances, the power delegated is clearly legislative in nature; the [Ministry of Finance] and the SAT are expected not merely to interpret law but to prescribe rules that are missing” (CUI, Wei. *What is the “Law” in Chinese Tax Administration?* *Asia Pacific Law Review*, Abingdon: Taylor and Francis, v. 19, nº 1, p. 84-85, 2011).

²³⁸ *Idem*, p. 89.

²³⁹ Cf., sugerindo alguma mudança cultural percebida externamente quanto ao papel do Poder Judiciário na China: HARVARD LAW REVIEW. *Making Chinese Court-Filings Public? Some Not-So American Insights*. Publicado em 10 de março de 2020. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2020/03/making-chinese-court-filings-public-some-not-so-foreign-american-insights/>. Acesso em: 3 maio 2020.

²⁴⁰ Vide: CUI, Wei. *What is the “Law” in Chinese Tax Administration?* cit., p. 94.

²⁴¹ Vide: LI, Jinyan. *Tax Transplants and Local Culture: A Comparative Study of the Chinese and Canadian GAAR* cit., p. 667.

²⁴² Sobre o conteúdo e o alcance da Circular 698 e do Boletim 7 na China, vide, por exemplo: DUAN, Daisy; e YAN, Zhao. *A New Milestone for Taxation on Indirect Asset Transfer by Non-resident Enterprises. A Review of the Past and Present of Bulletin 7*. *China Law Insight*, publicado em 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.chinalawinsight.com/2015/02/articles/tax/a-new-milestone-for-taxation-on-indirect-asset-transfer-by-non-resident-enterprises-a-review-of-the-past-and-present-of-bulletin-7/#more-6854>. Acesso em: 4 maio 2020.

território, mesmo que o alienante e o adquirente sejam não residentes.²⁴³ A estratégia que essas normas buscaram contornar com o uso do GAAR foi a compra e venda de participações societárias entre duas empresas A e B usando uma terceira empresa C, não residente em território chinês, para criar o chamado “ganho de capital indireto” (i.e., sem a mudança de controle direto de uma eventual empresa D na China, ou de um bem localizado na China, o ganho de capital seria igualmente incorrido, mas não seria tributável pelo imposto local nos termos da norma de referência).²⁴⁴ Nessas normas, e em linha com a determinação do GAAR, ficou estabelecido que a criação da empresa C do nosso exemplo deveria ser revestida de um “propósito comercial razoável”, o qual seria avaliado pelo SAT à luz de todos os fatos e circunstâncias disponíveis.²⁴⁵

1.4.1.1.3 A norma geral antielusiva na Índia

O ordenamento jurídico indiano é inspirado pela tradição de *common law* do Reino Unido, o que causa pouca perplexidade à luz do vínculo político que as duas nações tiveram até meados do século XX. Refletindo sobre a proximidade entre os dois sistemas normativos, TEJANI²⁴⁶ comenta que, conquanto o fenômeno de “codificação” das leis na Índia tenha sido uma influência do Direito inglês, essa cultura jurídica²⁴⁷ manteve espaço para a subsistência tanto do Direito hindu, quanto do Direito islâmico, sendo os três citados como os formadores do ordenamento jurídico indiano nos dias de hoje.²⁴⁸ Quanto às normas tributárias da Índia, no entanto, LIVINGSTON afirma que embora seja aparente a semelhança com sistemas europeus, essa semelhança logo se dissipa com uma análise mais aprofundada. Por um lado, dado o alto limite de isenção e a também alta desigualdade social no país, apenas um

²⁴³ Vide: CHEUNG, Daniel K. C.; JIANG, Zhaodong. China's GAAR and New Rules on Non-Tax Residents' Indirect Transfers of Assets cit., p. 43-52.

²⁴⁴ CHEUNG, Daniel K. C.; JIANG, Zhaodong. China's GAAR and New Rules on Non-Tax Residents' Indirect Transfers of Assets cit., p. 43-52.

²⁴⁵ Idem, p. 45.

²⁴⁶ Vide: TEJANI, Riaz. *Law and Society Today*. Oakland: University of California Press, 2019. p. 55. Vide ainda: LIVINGSTON, Michael A. *Taxation and Culture: Convergence, Divergence and the Future of Tax Law*. Cambridge: CUP, 2020. p. 87.

²⁴⁷ “Pure legal behavior obviously depends on feelings and attitudes; these are also important in determining whether subjects of the law will form groups, exert pressure on the law for change, act as enemy deviants, and the like. [...] [O]ne can also speak of the legal culture of a country or a group, if there are patterns that distinguish it from the culture of other countries or groups” (FRIEDMAN, Lawrence M. *The Legal System: A Social Science Perspective*. Nova York: Russell Sage Foundation, 1975. p. 193-194).

²⁴⁸ Para um relato histórico sobre a evolução do ordenamento jurídico indiano entre o período colonial e até os dias de hoje, vide: GIRI, Ananta Kumar. *Knowledge and Human Liberation: Towards Planetary Realizations*. Londres: Anthem, 2013. p. 139-164.

pequeno percentual de cidadãos indianos arca com o tributo sobre a renda. Por outro lado, isso compromete o nível de informações a que as autoridades fiscais locais têm acesso via obrigações acessórias,²⁴⁹ o que fomenta a prática de aferição da renda pessoal através de signos presuntivos de riqueza, como são as joias, os veículos e ainda as propriedades imobiliárias.²⁵⁰

Na Índia, portanto, a norma geral antielusiva inicialmente editada em 2012²⁵¹ e cuja geração de efeitos foi postergada até 1º de abril de 2017²⁵² deve ser compreendida à luz desse contexto. Esse GAAR foi introduzido na Seção 95 do *Income Tax Act* indiano de 1961 e diz que um arranjo realizado por um sujeito passivo (ou qualquer elemento desse arranjo) pode ser declarado como um arranjo elusivo não permitido (no inglês, *impermissible avoidance arrangement*) pelas autoridades fiscais.²⁵³ Na Seção 96, a legislação esclarece que a expressão “arranjo elusivo não permitido” significa qualquer arranjo cujo propósito principal seja obter um benefício tributário e que possua características como ter resultado no uso inadequado (no inglês, *misuse*) ou no abuso de dispositivos do *Income Tax Act*, não ter possuído qualquer substância comercial (no inglês, *commercial substance*), ainda que apenas em parte, entre outras.²⁵⁴ Resgatando a lição de GARBARINO,²⁵⁵ aqui ainda estamos lidando com um nível 1 de linguagem (i.e., os próprios termos da norma posta), mas já neste nível 1 conseguimos ver algumas semelhanças com o GAAR canadense e com o GAAR chinês. Há, no entanto, um dispositivo adicional peculiar no GAAR indiano, o qual transcrevemos a seguir:

An arrangement shall be presumed, unless it is proved to the contrary by the assessee, to have been entered into, or carried out, for the main purpose of obtaining a tax benefit, if the main purpose of a step in, or a part of, the

²⁴⁹ Vide: LIVINGSTON, Michael A. *Taxation and Culture: Convergence, Divergence and the Future of Tax Law* cit., p. 88.

²⁵⁰ Idem, *ibidem*. Vide ainda: RAO, M. Govinda; RAO, R. Kavita. Trends and Issues in Tax Policy and Reform in India. *India Policy Forum*, Nova Delhi: NCAER, v. 2, p. 63-65, 2006.

²⁵¹ Vide mais detalhes sobre a edição do “GAAR” indiano, assim chamado pelos autores, em: BHAWNANI, Gaurav; GANDHI, Dhruva. GAAR to Override DTAAs: Can the Constitution or Limitation of Benefits Clauses Prevent This Menace. *NUJS Law Review*, Calcutá: NUJS, v. 10, nº 2. p. 141, 2017.

²⁵² Vide: NUGGEHALLI, Nigam. India’s NDTV Case: A GAAR Perspective on Money Laundering. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 88, p. 873-878, 2017.

²⁵³ Vide: ÍNDIA. *Income Tax Act (1961)*. Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/acts/income-tax-act.aspx>. Acesso em: 5 maio 2020.

²⁵⁴ Idem, Seção 96.

²⁵⁵ Vide: GARBARINO, Carlo. Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules cit., p. 765-790.

arrangement is to obtain a tax benefit, notwithstanding the fact that the main purpose of the whole arrangement is not to obtain a tax benefit.²⁵⁶

O dispositivo parece, à primeira vista, contraditório. Perceba-se: se o arranjo só será alvo de “desconsideração” por parte das autoridades fiscais de acordo com o GAAR indiano *se o seu propósito principal* for a obtenção de um benefício tributário, é curioso que, se o propósito principal do *arranjo todo* não for esse, o arranjo ainda assim possa ser “presumido como apto a ser desconsiderado” *se o propósito principal de uma de suas partes* for a obtenção de um benefício tributário. Numa reestruturação societária qualquer, em que as companhias A e B passem, após algumas operações sequenciadas (e.g., reduções de capital, cisões, aquisições, compra de participações societárias), à posição de companhia *holding* e subsidiária, se uma única dessas operações possuir o propósito principal de obtenção de um benefício tributário, a presunção será a de que *todo o arranjo* teve como propósito principal a obtenção de um benefício tributário (e caberá ao sujeito passivo o ônus da prova em sentido contrário). Ao refletir sobre essa peculiaridade do GAAR indiano, NUGGEHALLI afirma que não há clareza na legislação sobre se a avaliação do “propósito principal” dos arranjos é subjetiva ou objetiva²⁵⁷ e que a transferência do ônus da prova para o sujeito passivo cria para si dificuldades, dada a necessidade de que ele precisa produzir uma prova negativa a seu favor.²⁵⁸

O que chama a atenção sobre o GAAR indiano é que ao menos dois precedentes relevantes da jurisprudência da Índia sobre elusão tributária, ambos emitidos antes de 2017, foram favoráveis (e de forma contundente) ao sujeito passivo. As decisões são da Suprema Corte da Índia e ambas se referem a temas de Direito Tributário Internacional. Uma delas foi a decisão no caso *Union of India & Anr v. Azadi Bachao Andolan & Anr*, de 2004, no qual ficou assentado que os termos de um ADT entre Índia e Ilhas Maurício, se diferentes dos termos da legislação interna – e diferentes no sentido de conferir ao sujeito passivo mais oportunidades de elusão tributária – prevalecem enquanto lei e devem ser observados pelo Fisco.²⁵⁹ Outra foi a decisão no famoso caso *Vodafone International Holdings BV v. Union of*

²⁵⁶ Vide ÍNDIA. *Income Tax Act (1961)* cit., Seção 96.

²⁵⁷ Vide NUGGEHALLI, Nigam. *India’s NDTV Case: A GAAR Perspective on Money Laundering* cit., p. 876.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*. Vide ainda: BHAWNANI, Gaurav; GANDHI, Dhruva. *GAAR to Override DTAAs: Can the Constitution or Limitation of Benefits Clauses Prevent This Menace* cit., p. 149.

²⁵⁹ “We are unable to agree with the submission that an act which is otherwise valid in law can be treated as non-est merely on the basis of some underlying motive supposedly resulting in some economic detriment or prejudice to the national interests, as perceived by the respondents” (ÍNDIA. *Union of India & Anr v. Azadi*

India, de 2012, que lidou com o tema da tributação de ganhos de capital indiretos. Ali, a Suprema Corte definiu que o Fisco não estava autorizado a desconsiderar a constituição de subsidiárias das Ilhas Cayman nas Ilhas Maurício – para os fins do ADT entre Índia e Ilhas Maurício – sob o argumento de “ausência de propósito comercial”, já que esse propósito era manifesto à luz do longo período desde a sua constituição.²⁶⁰ Este último caso ainda não teve uma resolução final,²⁶¹ mas é interessante contrastar a larga discricionariedade do GAAR indiano, algo superior àquela vista em outros GAAR (dado o olhar para arranjos no nível de cada uma de suas partes integrantes), com o que o Poder Judiciário local tem decidido sobre operações de alegada elusão tributária (nestes casos, internacional).²⁶²

1.4.1.1.4 O art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional no Brasil

A experiência de outros países é ilustrativa para explicar ao menos um aspecto da experiência brasileira com a sua norma geral antielusiva. Naquilo que veremos a seguir, fica claro que no Brasil há igual oposição à noção de uma “norma geral antielusiva” por parte de operadores do Direito, em especial sob o ângulo da ampliação da discricionariedade do Fisco em suas autuações (mais “suposta” que concreta, porque veremos que não é o texto da nossa norma geral antielusiva que inspira as autuações fiscais que vêm sendo discutidas no CARF em particular). O GAAR canadense foi vigorosamente contestado por advogados tributaristas

Bachao Andolan & Anr 263 ITR 706 (SC). Opinião da Corte: Judge Srikrishna. Julgado em 7 de outubro de 2003. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1960330/>. Acesso em: 5 maio 2020).

²⁶⁰ Vide: ÍNDIA. *Vodafone International Holdings BV v. Union of India (2012) 6 SCC 613*. Opinião da Corte: Judge Radhakrishnan. Julgado em 20 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/115852355/>. Acesso em: 5 maio 2020. Vide ainda: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Caso Vodafone: ganho de capital de não residente decorrente de alienação indireta de participação societária em sociedade na Índia e reflexões sobre eventual aplicabilidade no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Ed.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora, 2015. v. 3, p. 25-72.

²⁶¹ Vide: NAIDU, Katya. *Vodafone has to wrap up ₹22,100 crore tax case before it can think of liquidating India business*. Business Insider, publicado em 15 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.businessinsider.in/business/corporates/news/vodafone-has-to-settle-pending-tax-case-before-liquidating-india-business/articleshow/72069282.cms>. Acesso em: 5 maio 2020.

²⁶² É importante esclarecer que a aplicação mais restritiva de figuras ou doutrinas como o propósito comercial e a substância econômica por parte das cortes da Índia não é indicativa de uma tendência de favorecimento de seus julgadores aos pleitos de sujeitos passivos de maneira geral (se esses pleitos não são diretamente vinculados a alguma estratégia de elusão tributária). Cite-se, por exemplo, o caso em que a Suprema Corte daquele país afirmou que a Fórmula Um tinha um EP local segundo o ADT com o Reino Unido, e que esse EP era o circuito internacional das corridas (que, segundo os magistrados, estava “à disposição” da Fórmula Um para os fins do ADT). Vide: ÍNDIA. *Formula One World Championship Ltd. v. Commissioner of Income Tax*. Opinião da Corte: Judge Sikri. Julgado em 24 de abril de 2017. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/23544710/>. Acesso em: 5 maio 2020.

locais quando da sua implementação em 1988²⁶³ e o GAAR indiano já foi chamado de “uma espada de Dâmocles” sobre as cabeças dos sujeitos passivos.²⁶⁴ O temor acerca do engrandecimento da autoridade fiscal é antes bastante humano;²⁶⁵ não é de modo algum uma particularidade brasileira. Também fica evidente, no entanto, que a força que as autoridades fiscais brasileiras querem conferir para a sua “norma geral antielusiva” carece da regulamentação que foi testemunhada em outros países, e aqui essa regulamentação só poderia ser presa ao texto da lei – não deveria vir de precedentes administrativos garimpados aqui e ali, uns contrários aos outros, e que não fornecem aos sujeitos passivos segurança jurídica alguma no curso de suas atividades.²⁶⁶

A norma de que tratamos neste tópico está contida no parágrafo único no art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN) de 1966. Ela foi inserida no CTN pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que veiculou outras tantas emendas ao mesmo diploma. Como se sabe, a norma estabelece que 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”.²⁶⁷ No entanto, em complemento a essa frase, há uma ressalva importante: a aplicação da norma deve observar “os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”. Sobre o motivo dessa inserção na Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, é interessante ler o que disse o então Ministro da Fazenda do Brasil, Pedro Malan, por ocasião da Mensagem ao Congresso Nacional nº 1.459, de 17 de outubro de 1999:

²⁶³ Vide, por todos: LANTHIER, Allan R. *Canada: Tough Times Ahead for Multinationals* cit., p. 123-136.

²⁶⁴ Vide: JAIN, Tarun. ‘GAAR and the Rule of Law’: *Mutually Incompatible?* *Chartered Accountant Practice Journal*, Volume 43. Nova Delhi: Manupatra, 2013, p. 18. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2298520. Acesso em: 5 maio 2020.

²⁶⁵ Higgs, refletindo sobre o medo causado pelo poder de diferentes governos ao redor do mundo no curso da História, conclui que é a aceitação desse medo por parte dos jurisdicionados que mantém ou manteve a sobrevida desses governos. Tratando especificamente de tributos, o autor escreve o seguinte: “Subjugated people, however, naturally resent their imposed government and the taxation and other insults it foists on them. Such resentful people easily become res tivo; should a promising opportunity to throw off the oppressor's dominion present itself, they may seize it”. O pensamento em tudo se alinha às discussões que apresentamos sobre a elusão tributária. Vide: HIGGS, Robert. *Fear: The Foundation of Every Government's Power*. *The Independent Review*, Oakland: Independent Institute, v. 10, nº 3, p. 451, 2006.

²⁶⁶ Quanto aos precedentes do CARF, abordamos no subitem 1.2.5 desta tese. Sobre o papel da segurança jurídica para o adequado desempenho do ordenamento jurídico (incluído nele o ordenamento jurídico tributário), vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314.

²⁶⁷ Vide: BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Art. 116, parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 6 maio 2020.

A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.²⁶⁸

Qualquer comentário que pudéssemos fazer sobre o parágrafo único do art. 116 do CTN seria uma repetição daqueles já feitos por diferentes autores desde 2001 ou 2002. Questões como a utilização do verbo “poderá”, a amplitude da expressão “praticados com a finalidade”, a escolha da figura da dissimulação como ponto de familiaridade com o Direito Civil, bem como a importante ausência de uma lei ordinária de caráter nacional que discipline o dispositivo, lei essa que foi ensaiada na Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, mas que nunca virou realidade, tudo isso já foi exposto e debatido à exaustão pela doutrina tributarista brasileira.²⁶⁹ Comente-se apenas que alguns juristas se opuseram à própria inserção do parágrafo único no art. 116 do CTN, como se pode constatar nos textos contemporâneos tanto de MARTINS,²⁷⁰ quanto de MACHADO.²⁷¹ Também é interessante mencionar a discussão sobre a nomenclatura da norma: ainda que alguns se refiram à norma como “antielisiva” e não “antielusiva”, a controvérsia ainda reinante é a de se a norma é mesmo uma “norma geral antielisiva ou antielusiva”,²⁷² ou se nunca foi essa norma geral,²⁷³ ou se é uma norma geral, mas só será efetiva quando for regulamentada por uma lei ordinária nacional ainda a ser editada.²⁷⁴

²⁶⁸ Vide: BRASIL. Mensagem nº 1.459, de 17 de outubro de 1999. Item 6. Disponível em: <https://www.cama.ra.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=24755&ord=1>. Acesso em: 6 maio 2020.

²⁶⁹ Vide, por exemplo: TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 45-55. Vide ainda, tratando da inconstitucionalidade de uma “norma geral antielisiva” no ordenamento jurídico brasileiro: XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielusiva* cit., p. 111-149.

²⁷⁰ “A primeira inconstitucionalidade material reside no parágrafo único, que excluiu os casos de ‘simulação’ previstos no art. 116 e introduziu a ‘simulação’ sem dolo, fraude ou má-fé!!! Nitidamente, substitui o princípio da legalidade pelo princípio do ‘palpite fiscal’” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Considerações sobre a norma antielisão. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 87, p. 92-96, 2002).

²⁷¹ Vide: MACHADO, Hugo de Brito. A norma antielisão e o princípio da legalidade: análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 103-116.

²⁷² Entre aqueles que se referem à norma como uma norma geral antielisiva ou antielusiva, vide: ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco* cit., p. 83. Na lição de Heleno Taveira Torres: “Apesar da aparente similitude, trata-se de norma geral antielusiva, a exemplo do que temos no direito europeu ou americano, mas que não se confunde materialmente com tais experiências, haja vista não ser ordenada para alcançar situações lícitas e válidas” (*Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária* cit., p. 259).

²⁷³ Vide, por exemplo: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 359.

²⁷⁴ Vide: JESUS, Fernando Bonfá de. Da norma antielisiva no ordenamento jurídico tributário. In: MELO, José Eduardo Soares de; PARISI, Fernanda Drummond; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos de direito*

Para nós, a norma contida no parágrafo único do art. 116 do CTN é norma geral antielusiva peculiar, justamente porque a sua dicção a direciona para o tratamento de atos ilícitos. Seria até possível intuir que o legislador, quando disse que a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados também com a finalidade de “dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”, usou a palavra “dissimular” não no seu sentido técnico, como é aquele que comentamos no subitem 1.2.2, mas no sentido comum de “disfarçar”. A possibilidade, no entanto, entraria em conflito com o que diz o art. 11, inciso I, alínea “a”, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que exige que, para a obtenção de clareza, as disposições normativas usem as palavras e as expressões em seu sentido comum, “salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando”.²⁷⁵ Ou seja, se adotamos a posição de que essa norma é mesmo uma norma geral antielusiva, temos de conviver com a sua terminologia e com o seu alcance. Apesar de a nossa posição ser favorável à incorporação de uma norma geral antielusiva ao ordenamento jurídico brasileiro (porque entendemos que é preferível que o ordenamento jurídico disponha de ferramentas normativas para garantir a sua própria integridade), *esta*, que se encontra no art. 116, parágrafo único, do CTN, nada diz sobre arranjos criados com o propósito principal de obter uma vantagem tributária que fere o objeto ou o espírito da norma de referência, ao modo do que diz o GAAR indiano, por exemplo (por isso a sua peculiaridade). Nada há nela que incorpore ao ordenamento jurídico brasileiro as figuras ou doutrinas advindas da experiência dos Estados Unidos com a elusão tributária, seja o propósito negocial, seja a substância econômica ou qualquer outra.²⁷⁶

Toda a discussão doutrinária à qual nos referimos diz respeito a uma norma que existe, que é o parágrafo único do art. 116 do CTN. No entanto, há em paralelo a esta norma uma outra, não legislada, mas que ganhou “concretude” nos julgados administrativos do CARF. Para nós, a leitura de precedentes que associam o parágrafo único do art. 116 a uma

tributário em homenagem ao Professor Roque Antonio Carrazza. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 3, p. 65-79. Vide ainda: SCAFF, Fernando Facury. Arbitramento e norma antielisão: da estrita legalidade ao devido processo legal. *Cadernos de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, v. 90, p. 144-154, 2002.

²⁷⁵ Vide: BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Art. 1º, inciso I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

²⁷⁶ Registre-se aqui a posição de Paulo Caliendo, para quem “o alcance da norma em questão se dirige à evasão e, mais propriamente, ao caso de elusão decorrente de simulação ou dissimulação. Não se traduz essa norma como sendo uma norma antielusiva, nem tampouco uma cláusula geral antiabuso de formas ou de direito” (CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito* cit., p. 264).

proteção indiscriminada contra “práticas abusivas”²⁷⁷ ou que o associam à doutrina de *step transaction*,²⁷⁸ por exemplo, mostra que ao menos o Fisco brasileiro tem lido na nossa norma geral antielusiva aquela que, para nós, deveria estar em seu lugar. Esta seria uma norma jurídica que trouxesse para o ordenamento jurídico brasileiro algo como o “teste do propósito principal” do GAAR indiano (e da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, como comentaremos mais adiante nesta tese), ou que trouxesse, seguida de regulamentação, figuras ou doutrinas como o propósito negocial e a substância econômica, que como nos Estados Unidos e no Canadá, teriam de ser esmerilhadas e testadas com o passar do tempo, à medida que evoluísse o acesso a informações por parte do Fisco e também a sofisticação dos arranjos empreendidos pelos sujeitos passivos.

1.4.1.2 A norma especial antielusiva

Como dissemos no início deste subitem 1.4.1, entendemos que as normas antielativas comportam categorias geral e especial, o que quer dizer que enxergamos uma definição própria para as “normas especiais antielativas”. De partida, embora defendamos que a norma especial antielusiva não pode ser considerada realmente *especial* se se aplicar a todos os tributos de um mesmo ordenamento jurídico relevante, é claro que para nós essa norma não é apenas um dispositivo com a *mesma feição* da “norma geral antielusiva”, porém adstrito a um tributo apenas.²⁷⁹ Fosse essa a nossa posição, teríamos de chamar de “norma especial antielusiva” o GAAR chinês, já que foi disciplinado pelo artigo 47 do *Enterprise Income Tax Law* daquele país, aplicando-se a um tributo como o IRPJ brasileiro. Não, aquela demarcação “por tributo” não desnaturou o GAAR chinês como uma norma geral antielusiva na nossa visão, já que, naquele preciso universo, ela cumpriu a definição que trouxemos para as normas gerais antielativas no subitem 1.4.1.1, *supra*.²⁸⁰

²⁷⁷ Vide: BRASIL. Acórdão nº 1201-001.136. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Marcelo Cuba Netto. Sessão de 26 de novembro de 2014. Publicado em 17 de agosto de 2015.

²⁷⁸ Vide: BRASIL. Acórdão nº 2202-002.732. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Antonio Lopo Martínez. Sessão de 12 de agosto de 2014. Publicado em 09 de janeiro de 2015.

²⁷⁹ No mesmo sentido, vide: TABOADA, Carlos Palao. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 69, nº 10, p. 605, 2015.

²⁸⁰ Notamos obstáculos práticos à definição de determinadas normas antielativas como normas especiais antielativas (ou normas gerais antielativas) segundo esse critério. Por exemplo, se uma norma A de nível nacional autorizar o Fisco a testar a operação do sujeito passivo segundo o seu “propósito negocial” (subjetivo) para qualquer tributo e uma norma B, local, autorizar o Fisco a testar a operação do sujeito passivo *para um tributo específico* segundo o critério de “substância econômica” (objetivo), ambas as

Para nós, a norma especial antielusiva é a que incorpora regras predefinidas de enfrentamento à elusão tributária, sem que a aplicação dessas regras ao caso concreto seja condicionada à avaliação de condutas do sujeito passivo à luz de figuras como o abuso de direito, a fraude à lei, ou a falta de propósito negocial ou de substância econômica, entre outras tratadas neste Capítulo. Aquilo que reputamos como normas especiais antielusivas se identifica com o que, na lição de TORRES, seriam as *normas de prevenção à elusão*.²⁸¹ Segundo o autor, essas normas não são propriamente antielusivas, já que tipificam a conduta do sujeito passivo reputada como elusiva visando a “alcançar o respectivo controle sob a égide do princípio da legalidade, preventivamente”.²⁸² O que nós definimos como normas especiais antielusivas também se relaciona com o conceito de SAAR (no inglês, a abreviação para *specific anti-avoidance rules*) explicado por OSTWAL e VIJAYARAGHAVAN: uma norma que é destinada não a conferir mais poderes para que a autoridade administrativa avalie se determinada operação é elusiva ou não, mas sim a desestimular condutas específicas já identificadas pelo legislador como elusivas.²⁸³

Entendemos e respeitamos a visão de que as normas especiais antielusivas não são propriamente “normas antielusivas”. A nossa posição é antes de tudo coerente com aquilo que já dissemos sobre a própria elusão tributária: para nós, é aquela conduta do sujeito passivo que, buscando uma vantagem tributária, parece cumprir com os termos de uma norma de referência qualquer, mas termina por subverter os fins do ordenamento jurídico do qual ela faz parte. Ou seja, partindo desse referencial, a norma antielusiva pode ser aquela que transfere para a autoridade fiscal a discricionariedade de avaliar, caso a caso, se a operação do sujeito passivo violou o objeto ou o espírito da norma de referência – esta seria a norma geral antielusiva. No entanto, a norma antielusiva também pode ser aquela que *incorpora em si mesma* um comando avaliado como eficaz justamente para combater alguma estratégia

normas teriam a “feição” de uma norma geral antielusiva na prática, porque ambas franqueariam à autoridade fiscal o poder de avaliar caso-a-caso se a operação do sujeito passivo é elusiva ou não, mas *a norma B é claramente especial em relação à norma A* – aqui entendido o termo “especial” com o sentido que possui na dicotomia entre “norma geral” e “norma especial”. Vide, por exemplo: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 96. Mesmo em um caso como este, manteríamos a nossa posição de que ambas as normas são *normas gerais antielusivas* em razão do seu conteúdo e do seu reconhecimento de poderes à fiscalização para aplicar seus preceitos no caso concreto.

²⁸¹ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária cit.*, p. 276-278.

²⁸² Idem, *ibidem*.

²⁸³ Vide: OSTWAL, T. P.; VIJAYARAGHAVAN, Vikram. *Anti-Avoidance Measures cit.*, p. 73. Conferir crítica ao uso do termo “específicas” em: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária cit.*, p. 277.

determinada de elusão tributária – ainda que essa norma conjugue esse objetivo com algum outro, desde que mais relevante seja esse objetivo antielusivo, estaremos diante de uma norma especial antielusiva. É evidente, não podemos deixar de dizê-lo, que essa “ponderação entre pesos de objetivos”, importante para a nossa classificação, é passível de interpretações diferentes. Também parece claro que, se consideramos que a classe de normas especiais antielusivas existe e tem algum papel a desempenhar no ordenamento jurídico no qual se insere, cabe ao legislador sopesar justamente o “grau” de conformação fática, de “especialidade” que atribuirá ao seu texto, sob pena de que, se muito elevado este grau, a norma resultante se torne rapidamente obsoleta perante a “inventividade empreendedora do mercado” de que tratamos no subitem 1.4.1, *supra*. Sobre essa decisão de política fiscal e referindo-se a normas do tipo SAAR e GAAR, afirmam HOROWITZ, WHAIT e WHITTENBURG:

The question as to whether SAARs alone are able to combat tax avoidance or whether a GAAR is required as an extra tool has no obvious answer. [...] SAARs are only to be used if they offer a more structured, targeted and cost-effective response than a GAAR. [...] It could be more appropriate to use SAARs to deal with 'known' and virulent schemes, [...]. This will prevent the legislation expanding to a point where it is out of control while leaving a GAAR to mop up any uncommon schemes that occur along the way.²⁸⁴

Trataremos a seguir de algumas espécies de normas especiais antielusivas citadas pela doutrina de Direito Tributário. Ao contrário do que fizemos em relação às normas gerais antielusivas, aqui não separaremos os exemplos por jurisdição, mas sim por perfil e conteúdo das normas analisadas. Essas normas poderão ser tanto internacionais quanto internas²⁸⁵ (ficando claro que o foco desta análise é destinado às normas antielusivas internacionais, a exemplo daquelas veiculadas pelo Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS).

²⁸⁴ Vide: HOROWITZ, Ira; WHAIT, Robert B.; WHITTENBURG, Gerald E. *The World According to GAAR. Australian Tax Forum*, Sydney: Tax Institute, v. 47, n° 4, p. 805-806, 2012.

²⁸⁵ Heleno Taveira Torres traz um exemplo de norma interna que, para nós, seria também uma norma especial antielusiva (enquanto o autor a denomina como uma norma de prevenção). Ele cita a norma do artigo 17, inciso I, da Lei n° 9.311, de 24 de outubro de 1996, que prescreve que, enquanto ela estivesse vigente, seria permitido apenas um endosso nos cheques pagáveis no país (*Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária cit.*, p. 277). Outro exemplo seria o art. 51 da Lei n° 7.450, de 23 de dezembro de 1985, específico para o Imposto de Renda no Brasil. Como adendo, citando exemplos de normas denominadas “SAAR” internas na Austrália, vide ainda: KREVER, Richard; MELLOR, Peter. *Australia, GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffery; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 54-58. Em relação à norma especial antielusiva interna que impede a dedução de perdas com a depreciação de ativos de *partnerships* no nível dos sócios individuais na Dinamarca, vide: JEPPESEN, Inge Langhave. Denmark. In: HILLING, Axel (Ed.). *Taxation of Partnership – Legal National Reports for the Nordic Tax Research Council’s Annual Meeting*. Nordic Tax Journal, n° 2. Aarhus: De Gruyter, 2015. p. 72-73.

1.4.1.2.1 Regras de tributação de lucros de controladas no exterior

Da forma que são concebidas por diferentes Estados soberanos nos dias de hoje, as regras de tributação de lucros de controladas no exterior, também chamadas de regras de CFC (da abreviação para a expressão em inglês *controlled foreign company*),²⁸⁶ têm como alvo uma estratégia de elusão tributária ancorada em duas premissas fáticas. A primeira é a de tributação mais gravosa sobre a renda universal do sujeito passivo (pessoa física ou pessoa jurídica) em seu Estado de residência e a segunda é o reconhecimento, por parte desse mesmo Estado, da separação de ativos e de renda entre esse sujeito passivo e uma pessoa jurídica qualquer que ele constitua no exterior.²⁸⁷ Ciente disso, o sujeito passivo que antes comercializava produtos ou serviços para clientes no exterior e auferia renda tributável pelo seu Estado de residência decide constituir uma pessoa jurídica em algum país regido por um sistema tributário que tribute a renda a alíquotas mais baixas,²⁸⁸ tudo no intuito de auferir a mesma renda que auferia anteriormente (suponhamos aqui, utilizando-se dos mesmos ativos que agora foram contribuídos ao capital da nova pessoa jurídica e vendendo produtos ou serviços para a mesma clientela) e pagar um valor menor de tributos. A percepção neste caso é que, se desconsiderada a separação de ativos e de rendas entre o sujeito passivo e a nova pessoa jurídica *por ele controlada* no exterior, o fato gerador do tributo sobre a renda sob um regime de tributação universal seria exatamente o mesmo. Por essa razão, deveria estar submetido ao mesmo tratamento tributário.

²⁸⁶ Não é objeto desta tese explorar as origens e as diferentes aplicações das regras de CFC pelo mundo. Para comentários sobre a implementação de regras de CFC nos Estados Unidos em 1962, retrato que foram da política fiscal internacional sob a presidência de John F. Kennedy, vide: GRAETZ, Michael J. Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies. *Tax Law Review*, Nova York: New York University, v. 54, n° 3, p. 273-274, 2001. Tratando da experiência de diferentes países com regras de tributação de lucros de controladas no exterior, incluindo França, Alemanha, Países Baixos, China e outras, vide: DUEÑAS, Sebastian. CFC Rules Around the World. *Fiscal Fact*, Washington D.C.: Tax Foundation, n° 659, p. 1-35, 2019. Disponível em: <https://files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf>. Acesso em: 9 maio 2020.

²⁸⁷ Elegendo premissas similares, vide: SCHMIDT, Peter Koerver. Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment. *Nordic Tax Journal*, Aarhus: De Gruyter, n° 2, p. 130, 2016.

²⁸⁸ Segundo Lukic e Muniz, a maior parte dos países que implementaram regras de CFC até 2017 aplicaram essas regras para situações de auferimento de renda em jurisdições com baixa pressão fiscal. Não se ignora, por outro lado, que há países que aplicam as suas regras de CFC (situação na qual o seu caráter antielusivo seria discutível) não segundo o critério de baixa pressão fiscal, mas apenas de “natureza do rendimento”. Vide: LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) Rules? *Revista de Direito Internacional*, Brasília: UniCEUB, v. 14, n° 2, p. 468, 2017.

Construídas para contornar essa hipótese de elusão tributária, as chamadas regras de CFC são em geral formuladas para reconhecer como renda do sujeito passivo controlador aquilo que tiver sido auferido como renda no nível da pessoa jurídica controlada no exterior, ainda que esta renda não tenha sido distribuída.²⁸⁹ Se o seu objetivo for antielusivo, essa norma será tipicamente aplicada se cumprida alguma condição referente à imposição de tributos sobre a renda no Estado de residência da pessoa jurídica controlada (e.g., se a carga tributária efetiva correspondente estiver abaixo de certo patamar, as regras do Estado de residência do controlador se aplicam).²⁹⁰ Registre-se, a despeito disso, que a experiência de alguns países com a edição de regras de CFC, entre eles o Canadá, a Dinamarca e a Nova Zelândia, é alheia a essa preocupação com a tributação efetiva da renda no exterior – sua atenção é voltada para a falta de razoabilidade (ou de “substância econômica”) em auferir rendas passivas através de pessoas jurídicas controladas em outros países.²⁹¹

Quanto ao Brasil, não faremos aqui uma narrativa em detalhes da sua experiência com a edição de regras de tributação de controladas *e de coligadas* no exterior.²⁹² Para nós, é suficiente dizer que o regime em vigor antes da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a saber, aquele instituído pelo art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001,²⁹³

²⁸⁹ Vide: DUEÑAS, Sebastian. CFC Rules Around the World cit., p. 1-35.

²⁹⁰ Reconhecemos que a posição de que as regras de CFC serão normas especiais antielusivas apenas se forem aplicadas sob a condição de a renda ser auferida pela pessoa jurídica controlada em país de baixa pressão fiscal não é universal. A própria OCDE comenta a experiência de alguns países que não condicionam a aplicação das suas regras de CFC a uma constatação de baixa pressão fiscal no exterior. Vide OCDE. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules – Action 3: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015, p. 36. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. Acesso em: 5 out. 2019. Contra a nossa posição militam dois argumentos: o primeiro é o de que, seja a renda tributada no exterior a uma alíquota baixa ou alta, relevante para o Estado de residência do investidor é que a renda não foi tributada *por ele*. O segundo é o de que, mesmo que a renda seja tributada no mesmo nível da carga tributária exigida no Estado de residência do controlador, esse Estado de residência pode defender a posição de que certos tipos de renda (e.g., “rendas passivas” como dividendos, juros e royalties) não exigem nenhuma “atividade local” apta a justificar a sua não tributação nas mãos do controlador (o que, em essência, é uma reiteração do primeiro argumento, porém sob a ótica de “tipos diferentes de rendimentos”). Vide, por exemplo, tratando das regras de CFC nos Estados Unidos: KAYE, Tracy. Taxation and Development: The U.S. Perspective. In: BROWN, Karen (Ed.). *Taxation and Development – A Comparative Study*. Cham: Springer, 2017. p. 312-315.

²⁹¹ Vide: LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) Rules? cit., p. 465-489.

²⁹² Para um resgate histórico de como as regras anteriores à Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014 (e à Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013) foram legisladas no Brasil, vide: CARVALHO, Lucas de Lima. Beware of the Lion: Why the Voracity of the Brazilian CFC Regime May Lead to its Reformulation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 71, p. 893-899, 2013. Detalhes sobre o regime instaurado pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, estão em: SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 21-244.

²⁹³ “Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no

não era um regime de tributação instituído por uma *norma especial antielusiva*. O citado art. 74 não criava nenhuma distinção entre tipos de rendimentos auferidos no exterior (se “renda ativa” ou “renda passiva”) e nenhuma distinção entre países com alta, média ou baixa pressão fiscal. Além disso, o dispositivo estendia a tributação dos lucros no exterior para as *coligadas*, pessoas jurídicas sobre as quais o sujeito passivo no Brasil tivesse “influência significativa”,²⁹⁴ mas não o efetivo controle. É evidente: ao dizer que “os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados”, o art. 74 possivelmente alcançava, entre outros, o objetivo de prevenir a elusão tributária. No entanto, a carência em seu conteúdo de limites que conformassem a fiscalização apenas ou principalmente a esse objetivo (como o seriam os limites relacionados ao nível de tributação sobre a renda no Estado de residência da pessoa jurídica controlada ou coligada) demonstra que seu viés principal era mesmo arrecadatório.²⁹⁵

Ao contrário da regra prevista no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, o regime instituído inicialmente pela Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013, e depois pelos arts. 76 a 92 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, ao menos aproxima as regras brasileiras de CFC da definição de normas especiais antielusivas. Há, por exemplo, algumas referências nesses dispositivos ao que o legislador chama de “regime de subtributação”, relevante em especial para não submeter à tributação no Brasil os lucros não distribuídos de pessoas jurídicas coligadas no exterior,²⁹⁶ e também há referências

Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento” (BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Art. 74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2158-35.htm. Acesso em: 9 maio 2020).

²⁹⁴ Vide: BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Art. 243, § 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

²⁹⁵ É certo que, se um país adota regras de CFC como parte de sua política fiscal internacional, o intuito de suas autoridades também é o de *recompôr a base tributável* (suas receitas públicas advindas da arrecadação tributária) que julgam ter sido vulnerada pela constituição de pessoas jurídicas controladas no exterior. A questão aqui, e o ponto já foi levantado pela doutrina brasileira em diferentes oportunidades, é a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, também para aquelas situações nas quais uma pessoa jurídica brasileira é controladora de uma pessoa jurídica que possua atividade econômica substantiva e que seja residente em algum país que a tribute a alíquotas razoáveis. Ou seja, numa situação como essa, cai por terra o argumento de que o sujeito passivo *eludiu* o Fisco brasileiro (não eludiu porque, além de o ato ter causa (dada a atividade econômica substantiva desenvolvida no exterior), não foi dedicado a subverter os fins do ordenamento jurídico brasileiro). No mesmo sentido: SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014* cit., p. 17. Vide também: BARBOSA, Matheus Calicchio; SCHOUERI, Luís Eduardo. CFC Rules and Tax Treaties in Brazil: A Case for Article 7. In: LANG, Michael; RUST, Alexander; OWENS, Jeffrey; PISTONE, Pasquale *et al.* *Tax Treaty Case Law Around the Globe 2015*. Viena: IBEFD, 2016. p. 70.

²⁹⁶ Vide: BRASIL. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Arts. 81 e 84. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

aos países ou dependências com tributação favorecida e aos regimes fiscais privilegiados, relevantes tanto para não submeter os lucros de coligadas à tributação no Brasil,²⁹⁷ quanto para permitir que o sujeito passivo consolide os resultados de diferentes pessoas jurídicas na apuração do seu IRPJ e de sua CSLL no Brasil.²⁹⁸

É possível ver em modificações como essas alguma deferência do legislador ao que determinou o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADI nº 2.588/DF (sobre a constitucionalidade ou não das regras de CFC anteriores).²⁹⁹ Seja como for, ao tributar os lucros não distribuídos de pessoas jurídicas controladas no exterior sem qualquer ressalva referente à carga tributária lá imposta sobre essas pessoas jurídicas, nem tampouco qualquer ressalva pertinente à distinção entre o auferimento de rendas ativa e passiva (ressalvas que só passam a ser consideradas na hipótese de consolidação), o legislador parece ter mantido alguns aspectos do regime anterior que lhe eram favoráveis sob o prisma arrecadatório (não estritamente antielusivo) e que não foram expressamente declarados como inconstitucionais pelo STF. É nesse sentido que nos alinhamos a ROCHA quando diz, tratando justamente das novas regras, que “a experiência mostra que uma vez que poderes tributários são conferidos, os mesmos dificilmente são revogados”.³⁰⁰

1.4.1.2.2 Regras de subcapitalização

As regras de subcapitalização combatem estratégias de elusão tributária que criam endividamento entre pessoas jurídicas relacionadas entre si e, graças às despesas dedutíveis geradas por esse endividamento, erodem a base tributável de determinado Estado de residência. São regras que tipicamente estabelecem um “teto” para a dedução dessas despesas, tornando o excedente indedutível para fins dos tributos locais sobre a renda, e que usam como referencial de “endividamento excessivo” algum indicador relacionado à capitalização da pessoa jurídica que se endividou perante a sua contraparte no exterior. A nossa definição é alinhada à de XAVIER, para quem a figura da subcapitalização (no inglês, *thin capitalization*) recusa a dedutibilidade de juros “por via

²⁹⁷ BRASIL. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Arts. 81 e 84 cit., art. 81, inciso I.

²⁹⁸ Idem, art. 78, inciso II.

²⁹⁹ Vide: BRASIL. ADI nº 2.588/DF. STF. Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie (Redator do Acórdão Min. Joaquim Barbosa). Sessão de 10 de abril de 2013. Publicado em 10 de abril de 2014.

³⁰⁰ Vide: ROCHA, Sérgio André. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 177.

de presunção ou ficção legal, pelo simples fato de ter sido ultrapassado um dado coeficiente de endividamento em relação ao capital próprio”.³⁰¹

Quando usadas com o intuito de desestimular o endividamento excessivo à luz do patrimônio líquido da pessoa jurídica devedora, as regras de subcapitalização refletem evidente propósito antielusivo.³⁰² Tais regras identificam uma estratégia de elusão tributária e propõem uma medida legal para o seu enfrentamento, deixando para as autoridades administrativas apenas o dever de verificar se esse limite de endividamento foi ultrapassado no caso concreto³⁰³ (o que se contrapõe à ideia, mais adequada para uma norma geral antielusiva, de uma avaliação caso-a-caso do “propósito comercial” ou da “substância econômica” do endividamento, ou da parte reputada pelas autoridades como “excessiva”).³⁰⁴ Estaríamos, portanto, perante um caso de *norma especial antielusiva*. Há uma ponderação importante a ser considerada sobre essa afirmação, entretanto. Comparando essa posição com aquela que externamos quando tratamos das regras de CFC, poder-se-ia questionar se, para uma regra de subcapitalização ser reputada como antielusiva, seria a ela essencial³⁰⁵

³⁰¹ Vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 347. Vide também: GOVIND, Sriram. The Relationship between Domestic Specific Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties. In: BLUM, Daniel; SEILER, Markus. *Preventing Treaty Abuse*. Viena: Linde, 2016. p. 541.

³⁰² Em levantamento realizado no ano de 2016, dois pesquisadores do Fundo Monetário Internacional (FMI) coletaram dados sobre as regras de subcapitalização estabelecidas por diferentes jurisdições em todo o mundo. No resultado, identificaram que a maior parte das sessenta jurisdições analisadas estabelece regras que limitam a dedutibilidade de despesas com juros tomando por base uma proporção do endividamento com partes relacionadas em relação ao patrimônio líquido (e.g., Argentina, Brasil, Coreia do Sul). Uma outra parte relevante adota o limite para endividamentos em geral, não apenas aqueles com partes relacionadas (e.g., Albânia, Bulgária, Hungria). Por último, alguns, a exemplo da África do Sul, atrelavam suas regras de subcapitalização ao padrão *arm's length*, e outros estabeleciam limites fixos para o montante de juros a ser pago por pessoas jurídicas locais (naquilo que no inglês é conhecido como *earnings stripping* ou *interest stripping*, regime tecnicamente distinto daquele referente às regras de subcapitalização). Vide: DE MOOIJ, Ruud; HEBOUS, Shafik. Curbing Corporate Debt Bias: Do Limitations to Interest Deductibility Work? *IMF Working Paper*, Washington D.C.: FMI, WP/17/22, p. 7, 2017. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2017/01/30/Curbing-Corporate-Debt-Bias-44605>. Acesso em: 10 maio 2020.

³⁰³ Em estudo relativamente recente, Patricia Brown registrou que a experiência internacional com as regras de subcapitalização não havia demonstrado até então evidência de nenhum parâmetro claro para o seu “limite de endividamento” (se de duas, três, cinco vezes ou outro múltiplo em relação ao patrimônio líquido ou a rendimentos auferidos pelo devedor). Vide: BROWN, Patricia A. General Report – The Debt-Equity Conundrum. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 97b, p. 36, 2012.

³⁰⁴ Uma exceção a essa estrutura das regras de subcapitalização pode ser identificada na legislação tributária da Austrália. As regras de subcapitalização na Austrália permitem a recharacterização de “juros” como “juros de dívida” ou “juros de capital” (no inglês, *debt interest* ou *equity interest*) a depender da substância econômica de cada operação. Vide: AUSTRÁLIA. *Income Tax Assessment Act of 1997*. Division 974. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00336>. Acesso em: 10 maio 2020. Comentando o texto legal em 2012, Ian Stanley disse que os parâmetros definidos pela legislação australiana para a tal recharacterização impedem que ela seja compreendida como um teste de “the economic substance of the arrangement or scheme”. Vide: STANLEY, Ian. Australia. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 97b, p. 83, 2012.

³⁰⁵ Isso separa a hipótese da experiência brasileira, a qual aplica os dois parâmetros em suas regras de subcapitalização (pessoas relacionadas no exterior, de um lado, e quaisquer pessoas residentes em

incorporar algum controle sobre o nível de tributação sobre a renda no Estado de residência do credor. Entendemos que as regras de subcapitalização devem ser classificadas como normas especiais antielusivas ainda que não incorporem esse controle, sob o argumento de que o endividamento excessivo em relação ao patrimônio líquido³⁰⁶ – mesmo que a dívida seja contraída com uma parte relacionada em jurisdição de média ou alta pressão fiscal – cria no Estado de residência do devedor a situação artificial de auferir renda com suas atividades empresariais, possuir capacidade contributiva para pagar o tributo sobre essa renda, mas não pagar qualquer tributo (ou pagá-lo a menor) em decorrência da dedutibilidade de despesas com juros. Nesse sentido, a consideração do nível de tributação dos juros no Estado de residência do credor pode, em si mesma, despertar preocupação quanto a alguma outra estratégia elusiva (inclusive apta a causar a dupla não tributação da renda), mas a sua ausência entre os termos da regra de subcapitalização não deve retirar de si o rótulo de norma especial antielusiva.

No Brasil, as regras de subcapitalização definem limites para a dedutibilidade de juros em endividamentos estritamente com pessoas vinculadas no exterior e com quaisquer pessoas residentes em jurisdições com tributação favorecida (os populares “paraísos fiscais”) ou submetidos a regimes fiscais privilegiados.³⁰⁷ As regras brasileiras estão previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, e ambas estabelecem limites baseados no patrimônio líquido da pessoa jurídica devedora (de 2 para 1, sob os prismas individual e

jurisdições com tributação favorecida ou submetidas a regime fiscal privilegiado, do outro). Na Bélgica, a adoção da Diretiva Antielusão Tributária I (no inglês, *Anti-Tax Avoidance Directive I*, ou ATAD I) no final de 2017 suprimiu parte das antigas regras de subcapitalização e as substituiu por uma regra de limitação de dedutibilidade de juros líquidos de 30% em relação ao EBITDA da pessoa jurídica devedora (no inglês, *Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*), mas apenas para as situações nas quais o endividamento se dá entre partes relacionadas. O endividamento internacional entre terceiros ainda permanece sujeito às regras de subcapitalização anteriores, que eram aplicadas naqueles casos em que o credor se encontrava em algum “paraíso fiscal”. Vide: LEDURE, David; PAQUOT, Jean-Charles; VAN DER VELDEN, Michaël. *The Implementation of the 30% EBITDA Rule in Belgium: An Angle with a Twist*. *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 25, nº 3, p. 235, 2018.

³⁰⁶ Trouxemos como exemplo de normas especiais antielusivas as regras de subcapitalização baseadas no patrimônio líquido do devedor, e a escolha se deu pela aplicação dessas mesmas regras pelo Brasil. Embora esta Tese não comente as propostas da OCDE na Ação 4 do seu Plano de Ação BEPS (cujo propósito foi reformar regras que limitam a dedutibilidade de pagamentos de juros e outros similares), é importante destacar que os países que participaram do fórum estabelecido pela OCDE (no inglês, *Inclusive Framework*) concordaram que essas regras de subcapitalização poderiam ser mais facilmente manipuladas por sujeitos passivos interessados em estratégias de elusão tributária do que as regras de limitação de dedutibilidade baseadas no EBITDA. Vide: OCDE. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments – Action 4: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>. Acesso em: 10 maio 2020.

³⁰⁷ As listas de jurisdições com tributação favorecida e de regimes fiscais privilegiados segundo a perspectiva brasileira estão disponíveis em: BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010. Arts. 1º e 2º. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>. Acesso em: 10 maio 2020.

global, quanto às pessoas vinculadas, e de 30%, sob o prisma global, quanto às pessoas residentes em jurisdições com tributação favorecida ou submetidos a regimes fiscais privilegiados).³⁰⁸ Em linha com os comentários que fizemos no parágrafo anterior, e no mesmo sentido da posição de outros autores,³⁰⁹ dizemos que as regras de subcapitalização no Brasil, da forma que estão postas na legislação vigente, são exemplos de normas especiais antielusivas.

1.4.1.2.3 Regras de preços de transferência

Em linhas gerais, as regras de preços de transferência (no inglês, *transfer pricing*) empregam métodos para atribuir a transações internacionais entre partes relacionadas um preço ou valor “de mercado” para importações e exportações de bens, serviços ou direitos, além de operações financeiras. Diante da necessidade de algum ajuste, para mais ou para menos, a depender da operação sob análise, o sujeito passivo deverá acrescentar valores ao seu lucro tributável ou diminuir o montante de despesas dedutíveis.³¹⁰ O intuito das regras de preços de transferência, portanto, é atribuir às operações entre partes relacionadas o tratamento tributário que essas operações receberiam se tivessem sido executadas segundo o padrão conhecido como *arm's length*. Sobre esse padrão, aliás um padrão ao qual a OCDE e diferentes tributaristas se referem como um princípio,³¹¹ afirma AVI-YONAH:

³⁰⁸ Conquanto o art. 26 da mesma Lei trate da indedutibilidade de despesas em geral pagas a pessoas situadas em jurisdições com tributação favorecida ou submetidas a regimes fiscais privilegiados, seu conteúdo não é o conteúdo de uma *regra de subcapitalização* (o que não significa que não percebamos nele algum propósito antielusivo – é evidente que esse propósito existe, ainda mais pela menção do inciso I e do § 1º ao conceito de “efetivo beneficiário”). Vide: BRASIL. Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010. Arts. 24 a 26. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>. Acesso em: 10 maio 2020.

³⁰⁹ Vide, por exemplo: BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. Brazilian Anti-Avoidance Legislation: Recent Refinements and Major Deviations from International Practice. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 71, nº 6, p. 1-9, 2017. Vide ainda, referindo-se ao uso das regras de subcapitalização para enfrentar situações de “abuso”: TEIXEIRA, Allan Marcel Warwar. Subcapitalização: Uma Breve Comparação entre a Regra Tributária Brasileira, a Ação 4 do BEPS e a Jurisprudência Comunitária Europeia. In: GOMES, Edgar Santos; GOMES, Marcus Lívio; MOREIRA, Francisco Lisboa (Org.). *Temas de tributação internacional: base erosion and Profit Shifting: conceitos e estudo de casos*. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. p. 102.

³¹⁰ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária cit.*, p. 277-278. Conferir ainda: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil cit.*, p. 293. “Exibe o *arm's length* características próprias dos princípios, como sejam a generalidade, a abstração, a abertura, a analogia, a vinculação a valores, as múltiplas possibilidades de concretização e a permanente ponderação com outros princípios” (TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão cit.*, p. 90).

³¹¹ “[T]he arm's length principle, which is the international transfer pricing standard that OECD member countries have agreed should be used for tax purposes by MNE groups and tax administrations” (OCDE.

Under the traditional or narrow definition, "arm's length" refers to methods of determining transfer prices by using comparables, [...]. On the other hand, "arm's length" can also be used to refer to any method of determining transfer prices that reaches results (i.e., a profit allocation) that are the same as those that would have been reached between unrelated parties.³¹²

O padrão *arm's length* está estabelecido no artigo 9º, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo da OCDE³¹³ e em seus correspondentes nas Convenções-Modelo da ONU³¹⁴ e dos Estados Unidos.³¹⁵ Esse padrão, cujas origens datam da década de 1930 nos Estados Unidos e em relatórios da Liga das Nações, foi definido pela OCDE em 1995 como um padrão dedicado a propiciar um tratamento isonômico entre as MNEs) e, nesse sentido, também a evitar eventuais distorções de competição.³¹⁶ Essa definição é ainda refletida no Manual Prático sobre Preços de Transferência para Países em Desenvolvimento (no inglês, *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*) da ONU, publicado em 2017.³¹⁷ Por fim, AVI-YONAH relembra que o padrão *arm's length* original, presente na Seção 482 do *Internal Revenue Code* norte-americano, foi o resultado de uma evolução de normas editadas entre o final da década de 1920 e o final da década de 1930, todas as quais tinham em seu

Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017. Paris: OCDE, 2017. p. 33. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-5-en>. Acesso em: 10 maio 2020). Na doutrina, vide a referência ao “princípio no modelo alexyano” em: ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 85. Vide ainda: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito brasileiro*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 26. “La aplicación del principio arm's length se baja en un análisis comparativo de las condiciones económicas acordadas en una transacción controlada con aquellas existentes en una transacción entre partes independientes” (ARANEDA, Hugo Hurtado. Los métodos de precios de transferencia y el ingreso de Chile a la OCDE. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 38, nº 3, p. 515-516, 2011).

³¹² Vide AVI-YONAH, Reuven S. *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*. University of Michigan Law & Economics Working Papers Archive, 2007. p. 3. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73/. Acesso em: 11 maio 2020.

³¹³ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 62.

³¹⁴ Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. Nova York: ONU, 2017. p. 18. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

³¹⁵ Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention*. Washington D.C.: IRS, 2016. p. 17. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

³¹⁶ Conferir histórico detalhado em: HAMAEEKERS, Hubert. Arm's Length: How Long? In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Morris; RAUPACH, Arndt; RODI, Michael (Ed.). *International and Comparative Taxation – Essays in Honour of Klaus Vogel*. Londres: Kluwer Law International, 2002. p. 34-38.

³¹⁷ “Transfer pricing thus does not necessarily involve tax avoidance, as the need to set such prices is a normal aspect of how MNEs must operate. Where the pricing does not accord with internationally applicable norms or with the arm's length principle under domestic law, the tax administration may consider this to be ‘mispricing’, ‘incorrect pricing’, ‘unjustified pricing’ or non-arm's length pricing, and issues of tax avoidance and evasion may potentially arise” (ONU. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*. Nova York: ONU, 2017. p. 24. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020).

conteúdo ou em seu histórico algum motivo antielusivo.³¹⁸ O mesmo histórico pode ser testemunhado na adoção de regras de preços de transferência em outros países.³¹⁹

Quanto a nós, seguimos a posição de outros autores³²⁰ quando elencam as regras de preços de transferência, de forma conceitual e abrangente, entre as espécies de normas de prevenção ou de SAAR, entre outras nomenclaturas utilizadas. Sim, é certo que as regras de preços de transferência são mais ou menos³²¹ amparadas na noção de que sujeitos passivos devem tratar com suas partes relacionadas (e.g., MNEs) nas mesmas condições que tratariam se a transação ocorresse entre partes independentes, seja essa noção lógica para fins econômicos ou não.³²² É também certo que, embora se possa *presumir* algum intuito elusivo na redução ou no aumento artificial de preços e juros cobrados em transações entre partes relacionadas, essa presunção convive com as possibilidades de que quaisquer discrepâncias sejam fruto de ineficiências estruturais, disparidade de níveis de informação entre os envolvidos, sazonalidade dos negócios, entre

³¹⁸ “Thus, the problem of international tax avoidance through related corporations was one of the original motives for the enactment of the earliest predecessor of section 482 of the Code” AVI-YONAH, Reuven S. *The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of U.S. cit.*, p. 4). Vide também, referindo-se à ligação entre a Seção 482 e hipóteses de elusão tributária analisadas em decisões judiciais nos Estados Unidos: LEE, John W. Section 482 and the Integrated Business Enterprise. *Virginia Law Review*, Charlottesville: University of Virginia School of Law, v. 57, nº 8, p. 1377, 1971.

³¹⁹ Na Nigéria, vide: OTUSANYA, Olatunde Julius. The Role of Intercompany Transfers of Intangible Assets in Tax Avoidance Practices in Nigeria. In: WARIS, Attiya; LEAMAN, Jeremy. *Tax Justice and the Political Economy of Global Capitalism, 1945 to the Present*. Brooklyn: Berghahn Books, 2013. p. 191. Na Colômbia, vide: MARIÑO, Juan David Barbosa. El Régimen de Precios de Transferencia en Colombia: Un Análisis de su Desarrollo, del Principio de Plena Competencia y de la Vinculación Económica. *Vniversitas*, Bogotá: Javeriana, nº 111, p. 44-48, 2006. Na África do Sul, referindo-se ao conceito de *tax-motivated transfer mispricing*, vide: WIER, Ludwig. *Tax-motivated Transfer Mispricing in South Africa: Direct Evidence using Transaction Data*. *Journal of Public Economics*, Londres: Elsevier, v. 184, nº 1, p. 4, 2020.

³²⁰ “There can be little doubt that measures in the tax law substituting arm’s length prices for those used by related parties are unambiguously SAARs, aimed at preventing manipulation by parties who are commercially indifferent to the allocation of profits between themselves if the allocation will reduce taxes” (KREVER, Richard; MELLOR, Peter. Australia, GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World cit., p. 57). “Assim é que, com respeito aos preços de transferência, o legislador há de opor-se à tendência de o contribuinte perseguir uma majoração, muitas vezes artificial, no valor dos bens de origem externa, visando à redução dos lucros decorrentes da subsequente revenda desses bens” (ANDRADE, André Martins de. *A tributação universal da renda empresarial: uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 132).

³²¹ Particularmente após o trabalho da OCDE no seu Plano de Ação BEPS (nas Ações 8, 9 e 10), surge a questão de se as regras de preços de transferência continuam a refletir o padrão *arm’s length* ou se abdicaram do padrão em prol de uma busca por uma “tributação justa” dos lucros de MNEs. Vide, por exemplo: SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm’s Length: Beyond the Guidelines of the OECD. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 69, nº 12, p. 690, 2015. No mesmo WITTENDORFF, Jens. BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm’s Length Principle. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 81, p. 332, 2016.

³²² Sobre a dificuldade de identificar um preço que seja singularmente destacado como sob *arm’s length* em transações internacionais envolvendo serviços, vide, por exemplo: ZUCMAN, Gabriel. Taxing across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh: AEA, v. 28, nº 4, p. 125-126, 2014.

outros motivos não tributários. Seja como for, poderíamos conjecturar motivos não tributários também para a transferência de ativos e rendimentos para o exterior (alvo das regras de CFC) e para o endividamento em excesso num empréstimo internacional qualquer (alvo das regras de subcapitalização) – nem por isso questionaríamos a natureza das normas que se opõem a essas condutas como normas especiais antielusivas que são. O que nos parece claro é que, sob o prisma da *política fiscal internacional* individual de cada país, as regras de preços de transferência têm o propósito de corrigir erosões da sua própria base tributável. Ainda, sob o prisma da *Política Fiscal Internacional* comunitária ou geral, o escopo antielusivo dessas normas se vocaciona para a promoção de Justiça Fiscal, e aqui resgatamos conclusões que a OCDE reportou no Relatório Final das Ações 8, 9 e 10 do Plano de Ação BEPS.³²³ Em linhas gerais, o Relatório Final daquelas Ações (destinadas a aperfeiçoar e harmonizar as regras de preços de transferência vigentes para as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*) ressaltou que o seu objetivo maior era estabelecer normas que tributassem a renda onde fosse possível concluir que houve “criação de valor”.³²⁴ Pois bem, existe um íntimo propósito antielusivo na ideia de uma tributação da renda pautada pela criação de valor, e o propósito tem a ver com o alinhamento dessa tributação à substância econômica das operações realizadas por MNEs. No campo da Ação 8, por exemplo, que tratou da aplicação dos preços de transferência para intangíveis, a Organização estabeleceu regras que avaliam se o sujeito passivo que é “titular” de determinada propriedade intelectual é o seu titular “em substância”.³²⁵ Alvo específico da Ação 9, a avaliação dos riscos assumidos por MNEs é um teste de substância econômica sustentado por diretrizes específicas a serem aplicadas pelas autoridades fiscais.³²⁶ Por fim, quanto às transações de alto risco tratadas pela Ação 10, as quais incluem transações de serviços intragrupo, a OCDE foi categórica em assinalar:

³²³ Vide: OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>. Acesso em: 12 maio 2020.

³²⁴ OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Report* cit., p. 9.

³²⁵ Para somente então atribuir a esse sujeito passivo os rendimentos *arm's length* associados à titularidade desses intangíveis. Idem, p. 84-86.

³²⁶ Idem, p. 26-27 (sobre a categorização de riscos assumidos por MNEs) e p. 31-33 (sobre a avaliação de se o “risco contratual” é compatível com o risco avaliado sob o prisma de substância econômica). Vide em particular o que a OCDE diz sobre a conformação da “operação real” aos novos parâmetros da análise de preços de transferência: “Following the guidance in the previous section, the transfer pricing analysis will have identified the substance of the commercial or financial relations between the parties and will have accurately delineated the actual transaction by analysing the economically relevant characteristics”. Idem, p. 38.

Under the arm's length principle, the question whether an intra-group service has been rendered [...] should depend on whether the activity provides a respective group member with economic or commercial value to enhance or maintain its business position.³²⁷

Julgamos, à luz das observações *supra*, que as regras de preços de transferência são exemplos de normas especiais antielusivas. Essa conclusão também se aplica às regras de preços de transferência no Brasil, mas a aplicação merece duas ressalvas importantes. Como é sabido, as regras de preços de transferência são pautadas pela OCDE através de métodos de cálculo que buscam o padrão *arm's length* através da análise de operações comparáveis (ainda que o trabalho da OCDE após o Plano de Ação BEPS tenha movido essa tradição para o campo da divisão formular dos lucros, ou, no original em inglês, *formulary apportionment*).³²⁸ A primeira ressalva, portanto, é que em geral as regras brasileiras são conhecidas pela aplicação dos métodos de cálculo tradicionais da OCDE, porém com o emprego de margens fixas³²⁹ – a abordagem é mais favorável à segurança jurídica dos sujeitos passivos (o que, visto sob outro prisma, é mais favorável à administrabilidade das regras por parte do Fisco), porém cria ineficiências na tributação dos lucros consentânea com o padrão *arm's length*.³³⁰ Isso nos leva à segunda ressalva, que é a ausência em ADTs brasileiros do artigo 9º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, que estabelece para o Estado Contratante o compromisso de fazer “ajustes correspondentes” quando o outro Estado Contratante aplicar as regras de preços de transferência, justamente com o propósito de tentar

³²⁷ OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Report* cit., p. 144.

³²⁸ Vide: WHITE, Josh. OECD looks Beyond the Arm's Length Principle. *International Tax Review*, publicado em 1º de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fydc48yqvvcz/oecd-looks-beyond-the-arms-length-principle>. Acesso em: 12 maio 2020. O passo mais decisivo da OCDE na direção do chamado *formulary apportionment* (em resumo, a aplicação de regras de preços de transferência considerando uma partilha formular do “lucro global” de MNEs) veio com a publicação da proposta referente ao Pilar Um da sua Abordagem Unificada (no inglês, *Unified Approach*). Vide: OCDE. *Secretariat Proposal for a 'Unified Approach' under Pillar One*. Public Consultation Document, 9 de outubro de 2019 a 12 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

³²⁹ Vide: UTUMI, Ana Cláudia Akie. Precios de Transferencia y Acuerdos Anticipados de Precios (APAs). *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Lima: IPDT, p. 23, 2010. Para uma descrição de cada um dos métodos utilizados no Brasil, vide: BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 cit., arts. 18 a 24-B. Vide também, já com as alterações trazidas pela Instrução Normativa RFB nº 1.870, de 29 de janeiro de 2019: BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=39257>. Acesso em: 12 maio 2020.

³³⁰ Vide conclusões dos trabalhos de aproximação e discussão sobre regras de preços de transferência entre a OCDE e Receita Federal do Brasil em: OCDE. *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*. Paris: OCDE, 2019. p. 14-21. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

evitar a dupla tributação sobre qualquer parte da renda auferida em operações internacionais. As duas ressalvas são importantes porque, à primeira vista, podem afrontar a assertiva de que as regras de preços de transferência no Brasil são exemplos de normas especiais antielusivas.

À luz da primeira ressalva, a posição brasileira poderia ser vista como meramente arrecadatória, já que sacrifica os resultados que seriam obtidos por uma análise mais casuística do cumprimento com o padrão *arm's length* em prol da garantia de segurança jurídica (e administrabilidade). Em resposta, adotamos o ponto de vista de que o *design* das regras do Brasil representa a visão política, e, por que não dizer, cultural de suas autoridades fiscais, de como querem combater a elusão tributária em operações com partes relacionadas (ou com partes situadas em jurisdições com tributação favorecida ou submetidas a regimes fiscais privilegiados). Os “deméritos”³³¹ dessa abordagem, se é que existem sob o prisma de Política Fiscal Internacional, a tornam estranha e peculiar para atingir o seu alvo, sim, mas não nos causam dúvida sobre o alvo em si.

Quanto à segunda ressalva, seria possível sustentar que a negativa do Brasil de incorporar em seus ADTs o artigo 9º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, é outro sinal de que suas regras de preços de transferência possuem fins meramente arrecadatórios, e, além disso, dizem respeito apenas aos interesses da política fiscal internacional individual do país (em contraposição aos interesses brasileiros no fomento e na preservação de uma política fiscal internacional comunitária ou geral). O contraponto aqui merece uma ressalva própria: não discordamos de que, ao não adotar em seus ADTs o artigo 9º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, o Brasil optou pela preservação de suas bases tributáveis em detrimento da abertura para a influência da aplicação de regras de preços de transferência por outros Estados Contratantes (e aqui não prospera a tréplica de que as regras de preços de transferência adotadas pelo Brasil são únicas, porque a cláusula de procedimento amigável nos ADTs pode e deve ser usada pelas autoridades fiscais de ambos os Estados Contratantes para viabilizar esses ajustes correspondentes).

O que podemos dizer em primeiro lugar é que o Brasil, ao afirmar para a OCDE que franquearia o acesso ao procedimento amigável para atingir os fins que o ausente artigo

³³¹ Vide contraponto em: ROCHA, Sérgio André; TAVARES, Romero J. S.; TORRES, Heleno Taveira; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Manifesto à declaração conjunta sobre projeto de preços de transferência OCDE-Brasil*. Consultor Jurídico. Publicado em 25 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/opinioao-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde>. Acesso em: 12 maio 2020.

9º, parágrafo 2º, foi escrito para atingir,³³² parece ter sinalizado uma mudança política, mudança essa que é relevante para a coordenação das suas regras com a prática mundial. Em segundo lugar, o que a recente aproximação entre o Brasil e a OCDE demonstra é que o país está interessado em manter aspectos estruturais das suas regras e, ao mesmo tempo, ajustar o que for necessário para o alinhamento à prática internacional. Neste caso, o “demérito” da não inclusão do artigo 9º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE aos ADTs brasileiros, já vem sendo corrigido pelo menos desde 2016, quando entrou em vigor a regulamentação do procedimento amigável no Brasil.³³³

1.4.1.3 A norma antielusiva interna

A expressão “norma antielusiva interna” tem para nós duas acepções possíveis. Em uma delas, a norma antielusiva interna seria compreendida como aquela norma que combate estritamente as hipóteses de *elusão tributária interna*. Na outra, a norma antielusiva interna seria a norma de Direito interno³³⁴ que combate hipóteses de elusão tributária, seja

³³² “Brazil provides for an approach in its domestic legislation that makes use of fixed margins derived from industry practices and considers this in line with the arm’s length principle. Brazil will continue to apply this approach and will use the guidance in this report in this context. When Brazil’s Tax Treaties contain Article 9, paragraph 1 of the OECD and UN Model Tax Conventions and a case of double taxation arises that is captured by this Treaty provision, Brazil will provide access to MAP in line with the minimum standard of Action 14” (OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Report* cit., p. 185).

³³³ Vide: BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.669, de 9 de novembro de 2016. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=78559>. Acesso em: 12 maio 2020. É importante ressaltar que com isso não queremos dizer que os casos de procedimento amigável do Brasil se iniciaram apenas com a regulamentação por parte da Instrução Normativa RFB nº 1.669. O relatório enviado pelas autoridades fiscais brasileiras à OCDE, por exemplo, mostra que 04 (quatro) pedidos de procedimento amigável foram iniciados antes de 1º de janeiro de 2016 (antes, portanto, do ano em que o procedimento amigável foi regulamentado no país). Vide: BRASIL. *2018 MAP Statistics*. Brasília: RFB, 2018. p. 1. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/dispute/2018-map-statistics-brazil.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

³³⁴ A própria distinção entre normas internas e normas internacionais pressupõe a adoção da teoria dualista de relação do ordenamento jurídico pátrio com ADTs e outras normas convencionais, embora, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, os ADTs também se tornem “normas de Direito interno”. Vide, traçando o histórico da teoria dualista, bem como a orientação do STF acerca do “dualismo moderado” vigente no ordenamento jurídico brasileiro: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74-79. Citando a percepção da doutrina de que o STF havia se posicionado a favor da teoria do “monismo moderado” em julgado da década de 1970, vide: ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 229. Nossa referência a “normas de Direito interno” não é uma colocação sobre o seu *estado*, mas sim sobre a sua *origem* (é a norma que emana exclusivamente do povo, enquanto propositor direto ou indireto do texto normativo, ou do Poder Executivo ou Legislativo, na condição de propositor direto, sem que o seu processo de elaboração e ratificação tenha sido baseado no consentimento expresso de qualquer sujeito de Direito Público externo). O uso do termo “interno” aqui não se confunde com o *escopo* da norma, que, como dissemos, pode ser tanto a elusão

essa elusão interna ou internacional.³³⁵ Comentaremos brevemente neste subitem essas acepções, embora desde já nos posicionemos a favor da segunda acepção para os fins desta tese. Ressalte-se que, quer tratemos de uma acepção ou de outra, a classificação de uma norma antielusiva como interna nada diz a respeito do nível de discricionariedade que confere às autoridades fiscais na análise de operações realizadas pelo sujeito passivo. Por isso mesmo, é possível cogitar, seja numa acepção ou na outra, tanto de normas *gerais* antielusivas internas, quanto de normas *especiais* antielusivas internas.

Compreendida em sua primeira acepção, a norma antielusiva interna seria apenas aquela norma que se aplica às hipóteses de elusão tributária interna. Resgatando a definição de elusão tributária interna que apresentamos no item 1.3, essa é a elusão que diz respeito ao poder de tributar de um único ordenamento jurídico (o ordenamento jurídico relevante). Também como dissemos anteriormente, a definição de elusão tributária interna prescinde de considerações sobre a residência dos sujeitos passivos envolvidos, desde que, novamente, a obrigação tributária atingida pelo ato elusivo guarde pertinência apenas com o poder tributante local. Na esteira dessas premissas, um exemplo de norma especial antielusiva interna seria aquela que exige que a base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) no Brasil cumpra pelo menos com o limite inferior de um “valor tributável mínimo” nas operações realizadas entre “firmas interdependentes”.³³⁶ A norma enfrenta situações de elusão tributária nas quais grupos de empresas pretendem reduzir o preço das saídas de seus atacadistas e recompor o preço para terceiros apenas na etapa do varejo, o que resultaria em uma redução da base de cálculo do imposto.³³⁷

A primeira acepção da expressão “norma antielusiva interna” corresponde a uma categoria de normas identificáveis como internas à luz do seu escopo. No entanto, para os fins deste estudo, é mais útil tratar das normas antielusivas internas enquanto normas de Direito

tributária interna, quanto a internacional. Vide, em complemento a essa observação: FALCÓN Y TELLA, Ramón; GUERRA, Elvira Pulido. *Derecho fiscal internacional*. Madri: Marcial Pons, 2010. p. 12.

³³⁵ No mesmo sentido: GOVIND, Sriram. The Relationship between Domestic Specific Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties cit., p. 541. Vide ainda: HALABI, Oz. Domestic Antiavoidance Rules and their Interplay with Tax Treaties. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 63, p. 955-956, 2011.

³³⁶ Vide: BRASIL. Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010. Arts. 195, 196 e 612. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm. Acesso em: 13 maio 2020. É importante pontuar que a norma em questão é *especial*, e não *geral*, não apenas porque trata de um tributo único dentro do sistema tributário brasileiro (o IPI), mas porque confere às autoridades fiscais uma margem menor de discricionariedade na aplicação de seus conceitos (em comparação com o que, a princípio, estaria autorizado pelo art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional).

³³⁷ Sobre a natureza do dispositivo (o art. 195, inciso I, do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010) como uma “norma antielusiva” aos olhos do CARF, vide: BRASIL. Acórdão nº 9303-010.104. CSRF, Terceira Turma. Rel. Cons. Rodrigo da Costa Pôssas. Sessão de 11 de fevereiro de 2020. Publicado em 27 de março de 2020.

interno que combatem hipóteses de elusão tributária, seja essa elusão interna ou internacional. Esta acepção nos permitirá tratar tanto da relação entre normas antielusivas internas e internacionais no subitem 1.4.2.2 (porque, sob o pálio da segunda acepção, a elusão tributária internacional pode ser alvo de ambas), quanto da eventual influência das normas antielusivas internas na adoção e revisão de propostas feitas pela OCDE para ADTs em seu Plano de Ação BEPS, que é o tema do nosso Capítulo 4. De maneira geral, as normas de que tratamos nos subitens 1.4.1.1 e 1.4.1.2 são exemplos de normas antielusivas internas nesta acepção que adotamos (i.e., uma norma geral como a que está presente no art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, bem como as regras de CFC, de subcapitalização e de preços de transferência), e, além delas, também é exemplo a própria norma do IPI que supracitamos. Todas elas são normas com propósito antielusivo e que são advindas do Direito interno brasileiro.

1.4.1.4 A norma antielusiva internacional

Tal como a expressão “norma antielusiva interna”, a expressão “norma antielusiva internacional” pode ser compreendida à luz de duas acepções diferentes. A primeira acepção diz respeito a qualquer norma antielusiva oriunda do Direito interno ou acordada formalmente com algum Estado soberano e que trate de casos de *elusão tributária internacional*. Já a segunda acepção diz respeito à norma antielusiva proveniente de acordos e convenções internacionais, aquilo que na lição de TORRES compõe o Direito Internacional Tributário.³³⁸ Seguindo uma posição condizente com a que externamos no subitem 1.4.1.3, embora as duas acepções sejam defensáveis sob o prisma semântico, adotaremos a segunda acepção enquanto opção metodológica para o restante desta tese. Ainda, reiterando o que já apontamos anteriormente, a definição de uma norma antielusiva qualquer como internacional nada diz a respeito do nível de discricionariedade que ela confere às autoridades fiscais na análise de operações realizadas pelo sujeito passivo. Por isso mesmo, é possível cogitar, seja numa acepção ou na outra, tanto de normas *gerais* antielusivas internacionais (ou seja, normas que confirmam às autoridades fiscais maior nível de discricionariedade na aplicação de figuras como o propósito negocial e a substância econômica, bem como outras semelhantes), quanto

³³⁸ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Pluriributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 57-59. Vide ainda, tratando das diferenças entre as fontes do Direito Internacional Tributário (que incluiriam os acordos e as convenções em matéria tributária) e as fontes do Direito Tributário Internacional (que seriam as normas antielusivas internas que alcançam hipóteses de elusão tributária internacional, como comentamos no subitem 1.4.1.3): SANTAMARIA, Manuela. *Fiscalità Internazionale*. Milão: Giuffrè, 2009. p. 133.

de normas *especiais* antielusivas internacionais (ou seja, normas que estabeleçam limites legais para as operações realizadas pelo sujeito passivo, sem que esses limites legais sejam sujeitos à ponderação segundo figuras como o propósito comercial e a substância econômica).³³⁹

Compreendida na sua primeira acepção, a norma antielusiva internacional seria qualquer norma antielusiva oriunda do Direito interno ou acordada formalmente com algum Estado soberano e que trate de casos de elusão tributária internacional. Essa acepção, embora semanticamente possível, incluiria normas gerais antielusivas de Direito interno que foram definidas no subitem 1.4.1.3 como “normas antielusivas internas” e dificultaria a nossa análise da relação entre normas antielusivas internas e internacionais no subitem 1.4.2, *infra*. Por esta única razão, fizemos a opção metodológica de rejeitá-la em prol da acepção descrita a seguir.

Compreendida na sua segunda acepção, a norma antielusiva internacional seria a norma antielusiva estabelecida em acordos e convenções internacionais, a exemplo das normas gerais e especiais antielusivas presentes em ADTs. Essa é a acepção que pretendemos adotar neste estudo, mas contra ela seria possível levantar a dúvida se as normas antielusivas internacionais não deveriam também incluir *princípios* (como normas que são)³⁴⁰ ou o costume internacional. Sem dúvida, ao lado dos princípios de Direito Tributário Internacional³⁴¹ também o próprio costume internacional é relevante para a área, citando

³³⁹ Vide 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*, Amsterdã: IBFD, v. 72, nº 1, p. 32-35, 2017. O autor afirma que o trabalho da OCDE na Ação 6 do Plano de Ação BEPS, tema do Capítulo 3 desta Tese, ampliou o papel de GAARs em ADTs, dada a sua deferência para a avaliação discricionária das autoridades fiscais sobre as operações realizadas pelo sujeito passivo no âmbito internacional. *Idem*, p. 36.

³⁴⁰ Esta tese não pretende resgatar as discussões doutrinárias sobre a natureza normativa dos princípios. Sobre esta discussão, e as diferenças entre “regras” e “princípios” enquanto normas, vide: DWORKIN, Ronald M. Social Rules and Legal Theory. *Yale Law Journal*, New Haven: Yale Law School, v. 81, p. 868-872, 1972. “Legal principles may be valid in precisely the same way that rules are. [...] It is true, though, that some legal principles are law because they are accepted by the judiciary” (RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, New Haven: Yale Law School, v. 81, p. 852, 1972). Por outro lado, argumentando em prol da visão de princípios enquanto parâmetros de coerência sistemática do Direito, vide: WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, Athens: University of Georgia School of Law, v. 43, nº 1, p. 34, 2008. Ao pontuar que princípios são normas jurídicas, compreendemos que são normas jurídicas que estabelecem um dever-ser realizável em sua maior medida possível, como verdadeiros mandamentos de otimização. Vide, nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86-87.

³⁴¹ Vide SANTAMARIA, Manuela. *Fiscalità Internazionale* cit., p. 141. Cite-se também que, nas discussões doutrinárias que contribuíram para a edição de normas gerais antielusivas na legislação comunitária da União Europeia, alguns autores pontuaram que o Direito da União Europeia teria como um de seus

como um exemplo de “norma consuetudinária” adotada por diferentes Estados a vedação à elusão tributária internacional.³⁴²

Como resposta à dúvida, portanto, não ignoramos que princípios e normas consuetudinárias compõem o arcabouço normativo do Direito Tributário Internacional. O enfoque que damos às normas antielusivas internacionais enquanto *regras jurídicas* é fruto da nossa perspectiva sobre o papel das normas antielusivas no ordenamento jurídico, quer interno, quer internacional. Quando tratamos das normas gerais e das normas especiais antielusivas nos subitens 1.4.1.1 e 1.4.1.2, definimos que as normas gerais incorporam ao ordenamento jurídico a permissão para que o Fisco avalie a concessão do benefício tributário aplicável segundo a norma de referência, mas de acordo com a sua própria discricionariedade, pautada por alguma figura como o abuso de direito, a fraude à lei, o propósito negocial ou a substância econômica, entre outras (a depender da terminologia empregada pela norma geral antielusiva). Definimos, ainda, que as normas especiais antielusivas trazem para dentro do texto legal alguma medida identificada como apta a involucrar o ordenamento jurídico relevante contra determinadas operações do sujeito passivo destinadas a eliminar ou reduzir a sua carga tributária.

Pois bem, são essas as normas que, uma vez estabelecidas em acordos e convenções internacionais, enquadram-se como normas gerais ou normas especiais antielusivas; são elas as representações textuais, concretas e bem delimitadas (ainda que delimitadas para outorgar mais discricionariedade às autoridades fiscais) da normatização antielusiva a que se comprometeram os Estados soberanos perante suas contrapartes no âmbito internacional. As normas que fugirem a essa demarcação poderão ainda ser qualificadas como normas antielusivas internacionais (i.e., normas aplicadas pela fiscalização ou pelas cortes como *mandamentos de otimização*³⁴³ do sistema tributário), mas o que

princípios um “princípio de vedação de práticas antielusivas”. Vide, por exemplo: DE LA FERIA, Rita. Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax. *Common Market Law Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 45, n° 2, p. 395-441, 2008. Vide ainda, tratando de como a Corte de Justiça da União Europeia desempenha um papel construtivo em relação a esse “princípio geral”: JIMÉNEZ, Adolfo Martín. Towards a Homogenous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 66, n° 4/5, p. 270-292, 2012. Em sentido contrário: MORENO, Andrés Baéz; PÉREZ, Juan José Zornoza. The General Anti-abuse Rule of the Anti-tax Avoidance Directive. In: CID, José Manuel Almudí; GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández; GUTIÉRREZ, Jorge A. Ferreras (Ed.). *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2019. p. 101-144.

³⁴² SANTAMARIA, Manuela. *Fiscalità Internazionale* cit., p. 161. Tratando do reconhecimento do “costume internacional” também como norma jurídica no âmbito do Direito Internacional Público, vide: REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

³⁴³ Vide: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit., p. 86-87.

interessa para esta análise é como a dicção dessas normas revela opções de Política Fiscal Internacional por parte dos Estados soberanos que as estabeleceram, o que é mais próprio das normas antielusivas enquanto *regras jurídicas por eles legisladas*. Por isso, separando do nosso conceito, segundo a primeira acepção, as normas internas que tratam de situações de elusão tributária internacional, restam-nos as normas estabelecidas em acordos e convenções internacionais.³⁴⁴

Trataremos a seguir de algumas espécies de normas antielusivas internacionais na esteira da segunda acepção que adotamos neste subitem. É importante ressaltar que, dadas as nossas ponderações sobre o Plano de Ação BEPS no Capítulo 3, *infra*, não trataremos aqui das cláusulas de Limitação de Benefícios (no inglês, *Limitation on Benefits*, ou LOB) e do Teste do Propósito Principal (no inglês, *Principal Purpose Test*, ou PPT). Os exemplos de que trataremos neste momento guardam proximidade com o escopo dessas cláusulas, mas as cláusulas de LOB e PPT em si serão discutidas apenas no Capítulo 3.

1.4.1.4.1 Cláusulas de “beneficiário efetivo” ou “pessoa qualificada” em ADTs

Uma conhecida estratégia de elusão tributária internacional envolve a constituição de uma pessoa jurídica X no Estado A com o intuito de fruir algum benefício previsto no ADT celebrado entre o Estado A e o Estado B (e.g., uma alíquota reduzida do imposto sobre a renda no pagamento de *royalties* por parte de um residente no Estado B para um residente no

³⁴⁴ A discussão sobre a amplitude conceitual da expressão “normas antielusivas internacionais” ainda nos leva a outras ponderações. Supondo-se que seja possível ao Estado A extrair de seus princípios constitucionais, entre eles o princípio da isonomia tributária, que estender os efeitos da norma de referência X aos sujeitos passivos B (cuja operação não foi elusiva) e C (cuja operação foi elusiva) contrariaria os fins de seu ordenamento jurídico, das duas, uma: ou o julgador do Estado A atribui ao princípio da isonomia tributária o peso que lhe seja permitido perante o princípio da legalidade em matéria tributária, *ex vi* de uma determinada *regra* antielusiva Y, ou o julgador aplica o princípio da isonomia sem qualquer constrição causada pela regra antielusiva Y, porque ela não existe (situação na qual o julgador poderia invocar alguma figura ou doutrina como o “propósito comercial” para justificar sua decisão, que foi o que ocorreu no precedente norte-americano *Gregory v. Helvering* (vide nota 109, *supra*)). Sobre o “sopesamento” requerido para a aplicação de dois ou mais princípios diante de casos concretos, vide: DWORKIN, Ronald M. *The Model of Rules*. *The University of Chicago Law Review*, Chicago: University of Chicago, v. 35, p. 27, 1967. Se adotássemos a premissa de que a discricionariedade para o enfrentamento das práticas antielusivas mora no sopesamento judicial entre os princípios de isonomia e legalidade, mesmo diante da constrição imposta pela regra antielusiva Y ao Estado A, inútil seria discutir a adoção da regra Y em detrimento de uma eventual regra Y1, Y2, Y3 ou qualquer variante (noutras palavras, estaríamos diante de uma situação em que não apenas a norma tributária de referência, mas também a própria norma antielusiva teria seu texto ponderado pela aplicação de princípios que, em tese, essa mesma norma deveria ter corporificado no ordenamento jurídico do Estado A). Em última análise, especificar as normas antielusivas internacionais como regras jurídicas para os fins desta Tese é reconhecer que os Estados soberanos que as estabeleceram desejaram combater práticas elusivas internacionais dentro das fronteiras de seus termos.

Estado A). Nessa estratégia, conhecida pela expressão inglesa *treaty shopping*,³⁴⁵ a pessoa jurídica X não desenvolve nenhuma atividade econômica relevante no Estado A, não tem sócios residentes no Estado A e nada na estrutura internacional da MNE que a constituiu diz respeito ao Estado A. O Estado A passou a fazer parte dessa estrutura a partir do momento em que se verificou que, fosse o rendimento recebido do Estado B pelo Estado C (este sim, relevante para a MNE por motivos não tributários), a carga tributária resultante para as suas operações seria mais alta que aquela aplicável à relação entre o Estado B e o Estado A. Embora a experiência internacional não nos autorize a considerar esta premissa como unânime,³⁴⁶ é certo que, ao menos a princípio, o ADT entre o Estado A e o Estado B foi criado com o intuito de estimular o fluxo de investimentos e operações apenas entre os residentes de um e de outro, aí compreendidos aqueles sujeitos que possuem com o Estado A e com o Estado B vínculos que os tornam *participantes* de suas respectivas sociedades.³⁴⁷ O

³⁴⁵ De acordo com H. David Rosenbloom, *treaty shopping* pode ser definido como “the practice of some investors of ‘borrowing’ a tax treaty by forming an entity (usually a corporation) in a country having a favourable tax treaty with the country of source – that is, the country where the investment is to be made and the income in question is to be earned” (ROSENBLOOM, H. David. *Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy*. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 22, nº 2, p. 83, 1994). Sobre as práticas de *treaty shopping* após o Plano de Ação BEPS, vide: CIFUENTES, Santiago Eduardo Gómez. *Abuso en el instrumento multilateral: una nueva mentalidad de planeación internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019. p. 57-58.

³⁴⁶ Essas referências podem conflitar com a noção de “norma consuetudinária” proposta por Santamaria para a “vedação à elusão tributária internacional”. Vide: SANTAMARIA, Manuela. *Fiscalità Internazionale* cit., p. 133. Também é discutível se estas referências dizem respeito à Política Fiscal Internacional dos países representados ou se foram proferidas apenas em razão da linguagem específica dos ADTs analisados. No já citado caso *Union of India & Anr v. Azadi Bachao Andolan & Anr*, entretanto, a Suprema Corte da Índia chega a dizer expressamente que “*treaty shopping*” é algo tolerável em uma economia em desenvolvimento. Vide nota 259, *supra*. Na decisão da Corte Tributária (no inglês, *Tax Court*) canadense no caso *MIL (Investments) S.A. v. The Queen*, de 2006, o relator chega a dizer que a prática de *treaty shopping* em si não é abusiva, e que apenas uma análise do uso do ADT eleito no caso concreto é que pode ser objeto da decisão da Corte. Vide: CANADÁ. *MIL (Investments) S.A. v. The Queen, 2006 TCC 460*. Opinião da Corte: Justice R. D. Bell. Decidido em 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1p5q9>. Acesso em: 16 maio 2020. Vide ainda: CANADÁ. *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 2020 FCA 43*. Opinião da Corte: Justice Wyman W. Webb. Decidido em 12 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://canlii.ca/t/j56vl>. Acesso em: 16 maio 2020. Quanto ao Brasil, embora o precedente seja específico para um ADT sem qualquer referência à expressão “beneficiário efetivo”, vide: BRASIL. Acórdão nº 102-49.480. Primeiro Conselho de Contribuintes. Rel. Cons. Alexandre Naoki Nishioka. Sessão de 4 de fevereiro de 2009. Publicado em 13 de maio de 2009.

³⁴⁷ A noção de “beneficiário efetivo” se relaciona à noção de “beneficiário econômico”, e não mero titular, do rendimento auferido internacionalmente. Vide: GANI, Raphaël. *La Clause de Limitation des Bénéfices dans la Convention de Double Imposition entre la Suisse et les Etats-Unis*. Viena: Haupt, 2008. p. 472. Mas a noção que reclamamos, seja como “beneficiário efetivo”, seja como “pessoa qualificada”, é de residência propriamente dita – por isso a nossa referência à participação em sociedade. Diga-se de passagem, ao adotar essa posição, não estamos substituindo o conceito de “residência” por aquele mais comum ao “domicílio”, já que seria possível argumentar que a tal “participação” é mais própria do vínculo domiciliar, mas estamos sem dúvida aproximando os dois conceitos. Vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 218-219. Para nós, e isso fica evidente especialmente à luz das recomendações da OCDE na Ação 6 do Plano de Ação BEPS, o conceito de residência no âmbito do Direito Tributário Internacional

que essa estratégia de elusão tributária internacional propicia, portanto, é a subversão do conceito de residência para fins tributários, subversão essa que se aproveita do cumprimento das formalidades de constituição de pessoas jurídicas segundo as normas do ordenamento jurídico relevante para compelir o outro Estado a abdicar do seu poder de tributar (ou abdicar pelo menos em parte) em relação a um rendimento qualquer.³⁴⁸

Para enfrentar essa estratégia de elusão tributária internacional, diversos ADTs em vigor possuem em seu conteúdo normas antielusivas que exigem que seus benefícios sejam concedidos apenas aos chamados “beneficiários efetivos” (no inglês, *beneficial owner*) ou às “pessoas qualificadas” (no inglês, *qualified persons*). Vejamos a seguir um exemplo de norma antielusiva internacional constante do ADT entre Espanha e Eslovênia, de 2002, e que se refere ao conceito de beneficiário efetivo:

Artículo 12 – CÁNONES

2. Sin embargo, dichos cánones pueden también someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los cánones es un residente del otro Estado contratante el impuesto así exigido no podrá exceder del 5 por 100 del importe bruto de dichos cánones. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicación de este límite.³⁴⁹

O texto do ADT entre Espanha e Eslovênia é similar ao texto de outros ADTs no sentido de não definir o que é, em termos práticos, um “beneficiário efetivo”.³⁵⁰ Para descobrir essa definição, pode o intérprete se socorrer da legislação tributária do Estado da fonte no caso deste artigo 12, uma vez que é o Estado da fonte que deverá decidir tributar a menor (ou não) os *cánones* pagos àquele que ostentar o título de residente do outro Estado. Esse socorro é autorizado pela cláusula de reenvio (*lex fori*) presente no artigo 3º, parágrafo

exige *pertencimento* (sendo a distinção entre “residência” e “domicílio” não uma distinção entre titularização e pertencimento, mas, se tanto, de graus de pertencimento).

³⁴⁸ “Comme en matière de dividendes et d'intérêts, seul le bénéficiaire effectif des redevances est protégé par la convention conclue par l'État de sa résidence” (MALHERBE, Jacques. *Droit Fiscal International: Impôt sur les Revenus, Théorie Générale, Droit Belge, Éléments de Droit Comparé* cit., p. 457).

³⁴⁹ Vide: ESPANHA. *Convenio entre el Reino de España y la República de Eslovenia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio*. Publicado em 28 de junho 2002. Disponível em: [https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoc trina/Tributaria/CDI/BOE_Eslovenia.pdf](https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoc%20trina/Tributaria/CDI/BOE_Eslovenia.pdf). Acesso em: 16 maio 2020.

³⁵⁰ Vide, por exemplo: BRASIL, nota 102, *supra*. Vide ainda: CHILE. *Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Reino de Tailandia para Evitar la Doble Imposición y para Prevenir la Evasión Fiscal con Relación a los Impuestos a la Renta y su Protocolo*. Publicado em 9 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/DTO_149_09_AGO_2010_Convenio_Chile_Tailandia_Doble_imposicion.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

2º, tanto da Convenção-Modelo da OCDE,³⁵¹ quanto da Convenção-Modelo da ONU.³⁵² É certo que esse reenvio, se for apresentado como o único recurso apto a complementar o conteúdo normativo do ADT, contribuirá para individualizar para cada Estado Contratante a implementação do conceito de “beneficiário efetivo”, a não ser que ambos os Estados Contratantes busquem harmonizar as suas interpretações desse conceito segundo as suas legislações internas.³⁵³

Evidentemente, uma alternativa a esse esforço de harmonização entre legislações internas (hauridas do Direito interno) é incorporar uma definição específica para o conceito de “beneficiário efetivo” no corpo do ADT relevante. Esse é o escopo do artigo 22 da Convenção-Modelo dos Estados Unidos, que contém a cláusula de LOB, mas remete à noção de “pessoas qualificadas” em seu parágrafo 2º.³⁵⁴ Trataremos da cláusula de LOB no Capítulo 3, mas podemos adiantar que a cláusula lista algumas pessoas presumidas como residentes do Estado Contratante (e.g., pessoas físicas, o próprio Estado Contratante e suas agências, bem como suas subdivisões políticas), lista outras que devem cumprir com alguns requisitos para fazer jus ao *status* de “pessoas qualificadas” (sociedades empresárias em geral) e traz em si uma norma geral antielusiva “às avessas”, porque convida o sujeito passivo a provar para o Fisco local que sua estrutura e suas operações, conquanto não sejam suficientes para o definir como uma “pessoa qualificada”, ainda assim deveriam sê-lo, uma vez que não violam o

³⁵¹ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 41. É relevante notar que o reenvio é autorizado pelo artigo 3º, parágrafo 2º da Convenção-Modelo, exceto naqueles casos em que o “contexto imponha interpretação diferente”. O contexto a que se refere o dispositivo, na esteira dos Comentários da OCDE à sua Convenção-Modelo, compreende em particular, mas não exclusivamente: (i) a intenção comum dos Estados Contratantes que assinaram o ADT e (ii) o significado do termo segundo a legislação interna do *outro Estado Contratante* (o que indicaria reciprocidade). *Idem*, p. 244.

³⁵² Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 9-10.

³⁵³ Vide: VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital*. 3. ed. Londres: Kluwer, 1997. p. 208-209. Uma questão relevante que surge na aplicação do artigo 3º, parágrafo 2º, do ADT relevante (se espelhar o mesmo dispositivo da Convenção-Modelo da OCDE e da ONU) diz respeito à sua relação com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), uma vez que diversos Estados Contratantes em ADTs são também signatários dessa Convenção (entre eles o Brasil), e seus Artigos 31 e 32 tratam da interpretação de tratados. Vide: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 16 maio 2020. A posição adotada por diferentes autores, no entanto, é a de que o artigo 3º, parágrafo 2º, do ADT, é *lex specialis* em relação aos artigos 31 e 32 da CVDT, ressalvadas (i) a interpretação do próprio artigo 3º, parágrafo 2º, que será pautada pela boa-fé consignada no artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT (e pelos demais termos dos artigos 31 e 32) e (ii) a situação de a legislação doméstica nada dizer sobre os termos apresentados, mas não definidos no ADT. Vide: SNOEIJ, Richard. *International Tax Aspects of Sovereign Wealth Investors: A Source State Perspective*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018. p. 82-83. Ainda, defendendo a aplicação do artigo 31 para fins de analisar o contexto do ADT antes do reenvio do artigo 3º, parágrafo 2º, do ADT, vide: ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional* cit., p. 204.

³⁵⁴ Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention* cit., p. 42-46.

objeto e o propósito do ADT.³⁵⁵ Afora essa hipótese de comprovação por parte do sujeito passivo de que não houve violação do objeto e do propósito do ADT, esse tipo de cláusula de “pessoa qualificada” é uma norma antielusiva internacional distinta da cláusula do ADT entre Espanha e Eslovênia justamente porque traz para dentro dos termos convencionados esses parâmetros específicos de “qualificação” dos residentes de cada Estado Contratante.

1.4.1.4.2 Cláusulas “antiabuso” em ADTs

Cláusulas de beneficiários efetivos e de residentes qualificados em ADTs ao menos remetem o intérprete à pessoa do residente, ou de quem reclama o título de residente em algum dos Estados Contratantes. Ou seja, são normas antielusivas internacionais que, com maior ou menor recurso à discricionariedade das autoridades fiscais, tratam do sujeito passivo enquanto requerente de algum benefício no ADT. Há cláusulas, no entanto, que expandem essa análise para além do sujeito passivo, alcançando a sua pessoa e também as suas operações. São cláusulas que chamamos de cláusulas “antiabuso”, e o “antiabuso” aqui pode remeter à figura do abuso de direito, ou do abuso de forma, ou a outra das figuras discutidas no item 1.2, *infra* (a depender da terminologia empregada pela cláusula do ADT).³⁵⁶ Para um exemplo contemporâneo, veja-se o texto do ADT entre a Colômbia e a República Tcheca de 2013:

Artículo 25 – LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

3. La autoridad competente de un Estado contratante podrá después de consultar con la autoridad competente del otro Estado contratante, denegar los beneficios del Acuerdo a cualquier persona, o con respecto a cualquier transacción, si en su opinión otorgar esos beneficios constituiría un abuso del Acuerdo.³⁵⁷

A cláusula é sem dúvida uma norma geral antielusiva internacional, mas o que a destaca para nós é a sua assombrosa amplitude (veremos a seguir mais detalhes sobre a experiência brasileira com normas antielusivas internacionais, mas em alguns ADTs o Brasil tem empregado a mesma cláusula, porém se referindo aos fins do ADT e dispensando a

³⁵⁵ Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention* cit., p. 42-46.

³⁵⁶ Vide no subitem 1.2.6 nossos comentários sobre o sincretismo terminológico entre as figuras associadas às práticas de elusão tributária.

³⁵⁷ Vide: COLÔMBIA. Ley 1.690 de 2013. Acuerdo entre la República de Colombia y la República Checa para evitar la Doble Imposición y para Prevenir la Evasión Fiscal en Relación con el Impuesto sobre la Renta. Disponível em: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosBilaterales/B148.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

consulta prévia à autoridade competente do outro Estado Contratante).³⁵⁸ Ao menos o ADT entre Polônia e Israel de 1991 a inseriu no contexto de uma cláusula de LOB com alguns parâmetros de qualificação de residência e com a norma geral antielusiva “às avessas” que destacamos na cláusula de LOB da Convenção-Modelo norte-americana.³⁵⁹ Essa cláusula do ADT entre a Colômbia e a República Tcheca, no entanto, arma as autoridades fiscais com poderes muito mais amplos porque condiciona a avaliação de se houve abuso apenas à sua “opinião”, o que poderia sugerir – ao arrepio do princípio-garantia da segurança jurídica, também aplicável ao Direito Tributário Internacional³⁶⁰ – que a definição de abuso no caso concreto não deve ser colhida da legislação tributária do Estado Contratante envolvido (como, à míngua de uma definição convencional, recomendaria o artigo 3º, parágrafo 2º, do ADT), mas sim da própria interpretação fiscalista dada a esse termo.

Veremos no Capítulo 3 mais detalhes sobre a cláusula de PPT, que assim como a cláusula “antiabuso” do ADT entre a Colômbia e a República Tcheca, também seria para nós uma norma geral antielusiva internacional. O que as diferencia, no entanto, é que pelo menos o PPT carrega consigo uma noção de “propósito principal”, ou seja, de averiguar se a operação foi empreendida pelo sujeito passivo com o objetivo maior de obter o benefício autorizado pelo ADT. A cláusula “antiabuso”, por outro lado, parece remeter o intérprete a uma perspectiva holística do ADT, ou seja, a algo que possibilita a conclusão de que “o ADT não foi assinado pelos Estados Contratantes para trazer esta vantagem pretendida por este

³⁵⁸ Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto nº 8.140, de 14 de novembro de 2013. 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. Art. 28. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8140.htm. Acesso em: 16 maio 2020. O ADT entre Brasil e Israel traz a referência ao outro Estado Contratante, mas se limita a dizer que a autoridade competente do Estado envolvido “comunicará a aplicação” da norma ao outro Estado. Vide: BRASIL. Decreto nº 5.575, de 8 de novembro de 2005. 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. Artigo 25. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5575.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

³⁵⁹ No texto em inglês: “In addition to the provisions of paragraph 1 of this Article, the competent authorities of the Contracting States, upon their mutual agreement, may: (a) deny the benefits of this Agreement to any person, or with respect to any transaction, if in their opinion the receipt of those benefits, under the circumstances, would constitute an abuse of the Agreement according to its purposes; [...]” (POLÓIA. *Synthesized Text of the MLI and the Agreement Between the Government of Poland and the Government of the State of Israel for the Avoidance of Double Taxation and for the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Publicado em 1º de julho de 2018. Disponível em: <https://www.podatki.gov.pl/media/4569/israel-mlj-synthesised-text.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020).

³⁶⁰ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário* cit., p. 186-187. Sobre a aplicação do princípio-garantia da segurança jurídica, porém sob o viés do Direito Tributário na União Europeia, vide: SIRITHAPORN, Thidaporn; WEBER, Dennis. Legal Certainty, Legitimate Expectations, Legislative Drafting, Harmonization and Legal Enforcement in EU Tax Law. In: BROKELIND, Cécile. *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*. Amsterdã: IBFD, 2014. p. 235-272.

sujeito passivo”. Note-se que, a despeito disso, BARRETO e TAKANO comentam que a doutrina de outros países reputa cláusulas “antiabuso” dessa estirpe como “básicas” e “relativamente ineficientes” para o enfrentamento das práticas de *treaty shopping*.³⁶¹ É também relevante citar a posição de LANG (não sobre esse exemplo de cláusula “antiabuso”, mas especificamente sobre um trecho da cláusula de LOB proposta pela OCDE na Ação 6 do seu Plano de Ação BEPS e que possui conteúdo similar, fazendo referência ao objeto e ao escopo do ADT), que diz que é sabido por operadores do Direito Tributário Internacional que o objeto e o escopo do ADT deve de partida ser considerado como parte do exercício de hermenêutica de suas regras, sem que essa ressalva implique necessariamente a concessão de poderes ao Fisco para aplicar o ADT de forma injusta perante os sujeitos passivos.³⁶²

1.4.1.4.3 A experiência brasileira em ADTs

Com menos de 40 (quarenta) ADTs assinados e em vigor,³⁶³ o Brasil possui uma rede de ADTs relativamente modesta para o país que hoje é no cenário internacional (e para o país que pretende ser, *ex vi* do pedido formulado para ingressar na OCDE).³⁶⁴ Esses ADTs são diferentes entre si em alguns aspectos (e.g., no tocante às cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*), mas semelhantes em outros (e.g., manutenção do poder de tributar dividendos, juros e royalties pelo Estado da fonte), indicando traços marcantes da política fiscal internacional brasileira em sua edição e negociação.

No tocante às normas antielusivas internacionais em seus ADTs, o Brasil adota as seguintes práticas: há ADTs brasileiros que não fazem qualquer referência ao conceito de “beneficiário efetivo” (e.g., nas cláusulas sobre a tributação de dividendos, juros e royalties, Japão, França e Dinamarca),³⁶⁵ enquanto há outros ADTs que fazem referência a esse

³⁶¹ Vide: BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in BEPS Action 6: A Brazilian Perspective. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 43, n° 12, p. 838, 2015.

³⁶² Segundo o autor, qualquer conclusão diferente ignoraria os termos plasmados no artigo 31 da CVDT. Vide: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 74, n° 7, p. 661, 2014.

³⁶³ Compreendidos nessa contagem apenas os ADTs “gerais” (não aqueles específicos, como o são os ADTs de serviços aéreos e marítimos, por exemplo).

³⁶⁴ Sobre o processo de acesso do Brasil à OCDE e suas implicações políticas e econômicas, vide GULLO, Marcellly Fuzaro; THORSTENSEN, Vera Helena. O Brasil na OCDE: Membro Pleno ou Mero Espectador? *Working Paper*, São Paulo: FGV, 479, p. 26, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23926>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁶⁵ Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto n° 70.506, de 12 de maio de 1972. Convenção com a França para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento.

conceito, mas não o definem (e.g., Itália, Noruega, Equador e Filipinas).³⁶⁶ Ainda, há ADTs que fazem referência ao conceito de “beneficiário efetivo” e, embora não o definam, contêm dispositivos que tratam de estruturas e operações sem substância econômica em seus artigos 10, 11 e 12 (e.g., Chile, Ucrânia e Venezuela).³⁶⁷ Por último, antes de tratarmos dos ADTs celebrados após a publicação dos relatórios finais do Plano de Ação BEPS em 2015, há aqueles que fazem referência ao conceito de “beneficiário efetivo” e o definem, ainda que de forma precária (e.g., Israel e Trinidad e Tobago).³⁶⁸ Ressalve-se aí o exemplo do ADT entre Brasil e Turquia,³⁶⁹ que a pretexto de usar a nomenclatura “beneficiário efetivo” e possuir uma cláusula intitulada como “Limitação de Benefícios”, nem define o que é um “beneficiário efetivo”, nem apresenta propriamente uma cláusula de LOB, quer segundo o modelo norte-americano, quer segundo a Ação 6 do Plano de Ação BEPS.³⁷⁰

Ainda antes de tratarmos dos ADTs celebrados pelo Brasil nos últimos anos, é útil comentar brevemente a aplicação do artigo 3º, parágrafo 2º, dos ADTs que trazem a expressão “beneficiário efetivo” e não a definem, à luz do art. 26, § 1º, da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010.³⁷¹ Já citamos essa lei ao tratar das regras de subcapitalização no subitem 1.4.1.2, mas o artigo 26 acrescenta a essas regras, bem como às demais regras brasileiras de dedutibilidade de despesas para fins de IRPJ e CSLL, também o requisito de que o pagamento tenha sido feito com a identificação do “efetivo beneficiário” da entidade no exterior, se essa entidade recebedora for residente em alguma jurisdição com tributação favorecida ou submetida a um

Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/franca/decreto-no-70-506-de-12-de-maio-de-1972>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁶⁶ Vide, por exemplo: BRASIL, nota 102, *supra*.

³⁶⁷ Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto nº 4.852, de 2 de outubro de 2003. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/chile/decreto-ndeg-4-852-de-2-de-outubro-de-2003>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁶⁸ Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto nº 8.335, de 12 de novembro de 2014. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Trinidad e Tobago para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e para Incentivar o Comércio e o Investimento Bilaterais. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/trinidad-e-tobago/decreto-no-8-335-de-12-de-novembro-de-2014>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁶⁹ Vide BRASIL. Decreto nº 8.140, de 14 de novembro de 2013 cit.

³⁷⁰ Há ainda os ADTs que preveem expressamente que os seus termos não impedem a aplicação das regras de CFC ou de subcapitalização das legislações internas dos Estados Contratantes (e.g., África do Sul, Israel, Turquia).

³⁷¹ É importante destacar que, antes da edição da Medida Provisória nº 472, de 15 de dezembro de 2009 (que foi convertida na Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010), a Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, trouxe para o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, um § 4º que cita a expressão “beneficiário efetivo”, porém sem dar-lhe uma definição. Vide: BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 cit.

regime fiscal privilegiado.³⁷² A norma contida no § 1º pouco contribui para a construção de um conceito de “beneficiário efetivo”, mas ela determina que o “efetivo beneficiário” do art. 26 será a “pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.”³⁷³ Pois bem, ao analisar a possibilidade de emprego do conceito interno de “efetivo beneficiário” como a solução para o reenvio do artigo 3º, parágrafo 2º, dos ADTs que buscam na legislação brasileira o conceito de “beneficiário efetivo”, ROCHA diz que, para os ADTs celebrados após a entrada em vigor da Lei nº 12.249, de 2010, o reenvio é imediato e deve encontrar na lei o significado para a expressão.³⁷⁴ Por outro lado, para os ADTs celebrados antes da entrada em vigor dessa lei e sem cláusula de reenvio dinâmico, a regra prevista no parágrafo 1º do artigo 26 “será sem dúvida um ponto de partida para a interpretação, mas não será norma integrativa do texto convencional.”³⁷⁵

Nota-se alguma mudança na política fiscal internacional do Brasil quando lemos o conteúdo tanto dos novos ADTs, quanto dos Protocolos assinados recentemente em relação a ADTs preexistentes. O ADT com Singapura de 2018, por exemplo, possui em seu texto uma robusta cláusula de LOB sob o título de “Direito a Benefícios” (ao modo da expressão inglesa adotada pela OCDE na Ação 6 do Plano de Ação BEPS, *Entitlement to Benefits*).³⁷⁶ Essa cláusula equipara a noção de beneficiário efetivo à noção de pessoa qualificada para fins do ADT e conta com nada menos que três normas gerais antielusivas.³⁷⁷ Diga-se o mesmo em

³⁷² Vide: BRASIL. Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010 cit., art. 26.

³⁷³ Idem.

³⁷⁴ Vide: ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional* cit., p. 215. Em sentido contrário, defendendo que o conceito de “beneficiário efetivo” é próprio do ADT e deve ser identificado nos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE a título de “contexto”: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Beneficiário efetivo no direito tributário brasileiro: escopo e limites do artigo 26, parágrafo 1º, da Lei nº 12.249/2010 nas operações internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 205, p. 97-98, 2012.

³⁷⁵ Vide: ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional* cit., p. 215. O autor explica que o reenvio estático é aquele que exige do intérprete que, ao se valer do art. 3º, § 2º, do ADT, busque o significado do termo convencional na legislação interna do Estado envolvido à época da celebração do ADT. Por outro lado, o reenvio dinâmico (presente de forma expressa em diferentes ADTs assinados pelo Brasil, a exemplo de Chile, México e Portugal) busca esse significado de acordo com as leis internas vigentes no momento atual da interpretação. Idem, p. 210. Vide ainda, tratando do reenvio dinâmico à luz da Convenção-Modelo da OCDE e de como ele atende às mutações do sistema de direito interno do Estado contratante: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 658-659.

³⁷⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 22.

³⁷⁷ Vide: BRASIL. *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*. Celebrado em 7 de maio de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12143>. Acesso em: 17 maio 2020.

relação aos ADTs com os Emirados Árabes Unidos,³⁷⁸ com a Suíça³⁷⁹ e com o Uruguai,³⁸⁰ os dois primeiros assinados em 2018 e o terceiro assinado em 2019, que também contemplam cláusulas de LOB com variações, mas todas sob o título de “Direito a Benefícios” e com ao menos uma cláusula do tipo PPT (de que trataremos com mais detalhes no Capítulo 3). Entre os Protocolos, merece destaque aquele assinado com a Argentina em 2017, no qual a nova cláusula, também com as suas variações, tem o nome de “Limitação de Benefícios”.³⁸¹

Perceba-se que essas “aparições” de cláusulas de “Direito a Benefícios” ou de “Limitação de Benefícios” em ADTs brasileiros são evidências empíricas da mudança das práticas brasileiras de enfrentamento à elusão tributária internacional, mas testificam antes uma tentativa de alinhamento (como pontuaremos mais adiante) do que uma tomada de posição do Brasil, *abstracta*, a favor de um tipo de norma antielusiva internacional em detrimento do outro. Entender de forma diferente seria atribuir ao Brasil uma proximidade interpretativa, aplicativa, reflexiva sobre as cláusulas de LOB (ou de PPT, ou de “antiabuso”, ou outras similares) que o país ainda não tem. Prova disso são as poucas incursões do CARF ou do Poder Judiciário na análise do significado de “beneficiário efetivo” ou de “efetivo beneficiário”, e qual o alcance que possui, e em que situações se aplica (ou não se aplica). No CARF, cite-se como exemplo o Acórdão nº 2402-008.245, de 2020, que alterna uma referência ao conceito de “efetivo beneficiário” (sem qualquer vínculo com a Lei nº 12.249, de 2010) com outra ao de “real proprietário”, tudo para dizer que o IRPF incide sobre a renda desta pessoa e não da “interposta pessoa” que movimenta os recursos creditados em conta de depósito ou de investimento.³⁸² Cite-se ainda o exemplo do Conselho de Contribuintes, no

³⁷⁸ Vide: BRASIL. *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*. Celebrado em 12 de novembro de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12223>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁷⁹ Vide: BRASIL. *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*. Celebrado em 3 de maio de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12129>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁸⁰ Vide: BRASIL. *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 e seu Protocolo*. Celebrado em 7 de junho de 2019. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12291>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁸¹ Vide: BRASIL. *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*. Celebrado em 21 de julho de 2017. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12007>. Acesso em: 17 maio 2020.

³⁸² Vide: BRASIL. *Acórdão nº 2402-008.245*. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Francisco Ibiapino Luz. Sessão de 5 de março de 2020. Publicado em 8 de abril de 2020.

Acórdão nº 102-49.480, de 2008, em que a ideia de “beneficiário efetivo” não foi reputada como ínsita ao ADT entre Brasil e Japão porque lá falta essa referência textual.³⁸³ A situação não é diferente no âmbito judicial, com alguns precedentes citando de passagem certos trechos de ADTs nos quais a expressão “beneficiário efetivo” é usada.³⁸⁴

1.4.2 As relações entre as espécies de normas antielusivas

Para além da conceituação e da classificação de normas antielusivas, é importante que comentemos as próprias *relações* entre diferentes espécies dessas normas. Ou seja, releva sabermos se, diante da hipótese de elusão tributária a princípio atingida por uma norma geral antielusiva e por uma norma especial antielusiva, esta prevalece em detrimento daquela, ou o contrário. Releva sabermos se, diante da hipótese de alguma elusão tributária internacional, a norma antielusiva usada para a enfrentar será a norma antielusiva interna ou a internacional, ou se o deslinde depende de alguma particularidade do caso concreto. Por último, é importante discutir essa relação também dentro do próprio ADT, documento no qual convivem normas antielusivas de perfil geral e especial, desafiando o intérprete a escolher entre todas elas *aquela* mais apta e legítima para combater a situação elusiva diante de si.

1.4.2.1 Normas antielusivas gerais e especiais no direito interno

Suponha-se que, numa jurisdição X, um dado sujeito passivo realiza uma operação elusiva qualquer que é ao mesmo tempo uma operação sem substância econômica, portanto passível de incidência da norma geral antielusiva XG, e que é uma “distribuição disfarçada de lucros”,³⁸⁵ o que a submeteria à norma especial antielusiva XE. Segundo o brocardo jurídico *lex specialis derogat legi generali*, a autoridade fiscal deveria aplicar ao caso concreto a norma XE, já que é especial em relação à norma XG. Se acrescentássemos a essa situação hipotética o detalhe de que a norma XG foi sancionada já na vigência da norma XE, a conclusão deveria ser a mesma: também de acordo com o brocardo jurídico *lex*

³⁸³ Vide: BRASIL. Acórdão nº 102-49.480 cit.

³⁸⁴ Vide, por exemplo: BRASIL. Apelação nº 0017944-09.2012.4.03.6100/SP. TRF da 3ª Região, Terceira Turma. Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos. Sessão de 18 de dezembro de 2018. Publicado em 24 de janeiro de 2019.

³⁸⁵ Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Art. 60. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De11598.htm. Acesso em: 21 maio 2020. O conceito de “distribuição disfarçada de lucros” também é conhecido em outras jurisdições. Vide: SASSEVILLE, Jacques. The Definition of “Dividends” in the OECD Model Tax Convention. In: MAISTO, Guglielmo. *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdã: IBFD, 2012. p. 82.

posterior generalis non derogat legi priori speciali, mesmo que a norma XG seja posterior à norma XE, a especialidade da norma XE deve prevalecer em relação à sua antiguidade, e por isso ela é que deve cuidar do caso concreto, da operação elusiva analisada pelo Fisco. Os brocardos gozam do status de princípios gerais do Direito segundo a visão de diferentes autores.³⁸⁶

A situação começa a desafiar o nosso raciocínio quando, sob uma das duas normas, seja ela XG ou XE, a operação do sujeito passivo seria reputada como *não elusiva* (e suponha-se que, sob a outra, essa operação *teria eludido o tributo relevante*). Segundo os mesmos brocardos ou princípios supradescritos, é juridicamente irrelevante que a operação seja reputada como não elusiva por XG, se sob XE a operação for elusiva. Isso nada nos diz sobre as implicações políticas dessa discrepância, uma vez que a edição de normas gerais antielusivas é explicada pela conjugação entre o intuito de proteger a integridade do ordenamento jurídico tributário e a incapacidade do legislador de se antecipar às operações elusivas dos sujeitos passivos – se *in casu* a operação do sujeito passivo não violaria a norma XG, questões políticas podem surgir sobre a sua serventia ou, ao revés, sobre o excesso legal da norma XE em combater hipóteses de elusão tributária. O caso mais intrigante, no entanto, ocorre quando a norma XE *permite* a operação empreendida pelo sujeito passivo e a norma XG, por sua vez, a sanciona. Suponha-se que a norma XE estabeleça que a distribuição de lucros será “disfarçada” e submetida aos seus controles em determinadas hipóteses. Fugindo dessas hipóteses, a distribuição não será “disfarçada” e o sujeito passivo não será instado a acrescentar ao seu lucro tributável qualquer importância. Pois bem, imaginemos o seguinte: numa situação distinta (i), a operação realizada pelo sujeito passivo para distribuir seus lucros já era “conhecida” na jurisdição X quando da edição da norma XE, e mesmo assim a norma XE quedou silente sobre essa operação – caberia aí o argumento de que, se o legislador tivesse visto a dita operação como elusiva, deveria ter usado a norma XE para a combater, e

³⁸⁶ “De deux Conventions ou deux Loix d’ailleurs également obligatoires, il faut donner la préférence à celle qui est la moins générale, qui approche le plus de l’affaire dont il s’agit” (PUFENDORF, Samuel von. *Le Droit de la Nature et des Gens ou Système Général des Principes les plus Importants de la Morale, de la Jurisprudence, et de la Politique*. Livro V. Tradução Jean Barbeyrac. Basileia: Thourneisen, 1706. p. 116). Vide ainda: ENGREL, Annegret. *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union: Competence Overlaps, Institutional Preferences and Legal Basis Litigation*. Cham: Springer, 2018. p. 19. Tratando do caráter desses brocardos enquanto princípios gerais do Direito, vide: RAIMONDO, Fabián O. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. p. 40-44. Adotando a posição de que são regras estruturais, vide: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 204-215.

não o fez, e esse silêncio é eloquente para impedir a aplicação da norma XG.³⁸⁷ Já numa situação distinta (ii), a operação era “desconhecida” quando da edição da norma XE.³⁸⁸ Aqui seria possível pontuar que, se é de ser respeitado o brocardo ou princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, a conclusão deveria ser a mesma da situação (i). Mas, em contraponto a esse argumento, não é justamente para isso que se criou a norma XG, aqui entendida como uma norma geral antielusiva qualquer que invoque em seu texto a necessidade de que atos jurídicos sejam revestidos de “propósito negocial”, “substância econômica” e outros? Ou seja, se o intuito é mesmo o de velar pela higidez do ordenamento jurídico contra as multiformes e inovadoras práticas elusivas engendradas pelo sujeito passivo, não seria ideal editar a norma XG como um “segundo teste” a que todas essas práticas deveriam estar submetidas na jurisdição X, sejam elas passíveis de incidência da norma XE ou não?

Para nós, diante de uma operação *não vista como elusiva* pela norma XE e *vista como elusiva* pela norma XG, quer estejamos tratando da situação distinta (i), quer da situação distinta (ii), a conclusão deveria ser rigorosamente a mesma: o tratamento dado à operação pela norma XE deveria prevalecer (e, por isso, a operação deveria ser reputada *in casu* como não elusiva). Essa conclusão é antes de tudo alinhada ao princípio-garantia da segurança jurídica,³⁸⁹ uma vez que, mesmo que a norma XG tenha sido sancionada posteriormente à norma XE, nada exige do legislador que mantenha no ordenamento jurídico da jurisdição X a norma XE. Optando por sua permanência, o legislador estabelece para o sujeito passivo critérios objetivos com os quais ele deve cumprir para fazer jus aos efeitos tributários de suas operações – se, cumprindo com esses critérios objetivos (que, repita-se à exaustão, poderiam não ter sido previstos por qualquer

³⁸⁷ O raciocínio de que o legislador, tendo conhecimento de uma situação da vida real, manifesta um “silêncio eloquente” ao não tratar dela em algum dispositivo de lei, já foi utilizado em decisões do STF na área tributária. Vide, por exemplo: BRASIL. STF. RE nº 562.980/SC, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Sessão de 6 de maio de 2009. Publicado em 18 de maio de 2009. Vide ainda: BRASIL. STF. RE nº 68.945/GB, Segunda Turma, Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Sessão de 3 de abril de 1973. Publicado em 4 de maio de 1973.

³⁸⁸ A referência ao “conhecimento” ou ao “desconhecimento” por parte do legislador é controversa. Se usado para avaliar se a norma especial antielusiva deve ou não ser aplicada no caso concreto, esse elemento subjetivo particulariza a interpretação do texto legal e pode deixar o destino dos sujeitos passivos à sorte de uma avaliação também subjetiva sobre se “era razoável supor que, à época, o legislador deveria conhecer” determinado fenômeno da vida real. Registre-se, no entanto, o histórico jurisprudencial dos Países Baixos sobre a aplicação da figura do abuso do direito (tratando do “conhecimento do legislador à época” como elemento da interpretação da norma antielusiva) em: IJZERMAN, Robert L. H. Netherlands. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 87a, p. 451-472, 2002.

³⁸⁹ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário cit.*, p. 273.

norma XE), o sujeito passivo ainda vê suas pretensões negadas pelas autoridades fiscais locais sob o pálio do descumprimento de alguma norma XG, a toda prova, fica evidente que a norma XE, na vigência da norma XG, é irrelevante no ordenamento jurídico da jurisdição X. Contra essa assertiva seria possível sustentar que a norma XE, *contra legem* (já que nada dissemos sobre a norma XE se estabelecer como uma lista exemplificativa de condutas elusivas), serve de “guia” para as autoridades fiscais no combate à elusão tributária. A prevalecer essa posição, qualquer argumento em prol da normatividade jurídica da norma XE perderia credibilidade: a norma XE só se aplicaria a casos que estão de acordo com a norma XG, e, quando seus critérios autorizam a conduta do sujeito passivo, isso de pouco importa, porque esses critérios seriam afinal de contas apenas “diretrizes” a serem seguidas pelo Fisco. Não, se a norma jurídica XE existe, é dever do intérprete atribuir a ela um papel delimitado no ordenamento jurídico relevante,³⁹⁰ papel esse que não se confunde com o papel de uma eventual outra norma jurídica XG, que se aplica a operações antielusivas, mas não àquelas tratadas pela norma jurídica XE.

Sob o prisma da doutrina de Direito Tributário, a noção de que uma norma especial deve ser aplicada no lugar de uma norma geral em havendo coincidência de área de atuação de ambas é bastante difundida. No Peru, ROJO relembra que, entre os critérios para a resolução de *antinomias*, ainda que essas antinomias sejam apenas aparentes, está o critério hermenêutico da especialidade.³⁹¹ Essa lição é complementada por CALIENDO, para quem o critério de especialidade, mesmo que seja reconhecida a sua utilidade ao Direito Tributário, não deve levar o intérprete a opor direitos genéricos (e.g., como o direito público subjetivo de arrecadar tributos com amparo na solidariedade tributária) a direitos específicos dos contribuintes.³⁹² Ao aplicar GAARs e SAARs em diferentes jurisdições, parece ser reconhecido que suas incidências são em geral bem demarcadas, com a preferência destas

³⁹⁰ “De fato, o princípio tradicionalmente conhecido é de que, na lei, inexistem palavras inúteis. Todas estão, como, de resto, na linguagem em geral, para servir de objeto à produção de sentido” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 265-266). Vide ainda: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

³⁹¹ Vide: ROJO, Luís Durán. La Transformación del Derecho Moderno y su Incidencia en la Concepción del Derecho Tributario. *Revista Ius et Veritas*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 50, p. 182, 2015. No entanto, tratando de uma situação em que duas normas jurídicas da mesma hierarquia, publicadas no mesmo dia e sem especialidade entre si ofereceram soluções dissonantes para o uso dos créditos tributários do Impuesto General a las Ventas (IGV), vide: MÁRQUEZ, Jaime Lara. Las Antinomias en el Derecho: El Caso de las Leyes 29214 y 29215. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Lima: IPDT, nº 48, p. 5-38, 2009.

³⁹² Vide: CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário* cit., p. 230-231.

sobre aquelas nas suas áreas de atuação.³⁹³ Em última análise, a relação coordenada entre GAARs e SAARs serve como indicador de boas práticas legislativas da jurisdição relevante, práticas essas que a orientam para a comunicação de seus preceitos de forma clara, precisa e com ambiguidade mínima.³⁹⁴

No Brasil, como discutido anteriormente, a norma geral antielusiva do art. 116, parágrafo único, do CTN, ainda não foi regulada por uma lei ordinária nacional e não possui em seu conteúdo nenhuma referência a figuras ou doutrinas como o “propósito negocial” e a “substância econômica”. A despeito disso, há precedentes do CARF nos quais se nota uma atribuição do sentido dessas figuras ou doutrinas a essa norma geral antielusiva, quer seja ela usada como fundamento legal do auto de infração, quer não seja. No Acórdão nº 2401-007.328, de 2020, por exemplo, a autuação fiscal foi referente à distribuição disfarçada de lucros. Em sua defesa, o sujeito passivo afirmou que os contratos A com os quais o Fisco comparou certos contratos B que tinham sido formalizados entre duas controladas suas eram diferentes entre si, uma vez que o seu objeto era diferente. Assim sendo, padeceria a tese do Fisco de que a operação lastreada pelos contratos B foi realizada para favorecer o sujeito passivo, entendido esse favorecimento como condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. Resgatando as siglas que usamos nos exemplos iniciais, neste caso, o sujeito passivo foi testado pela norma XE e sua operação foi reputada como não elusiva. A despeito disso, o CARF usou os dados de que o custo de produção no âmbito dos contratos A era alto, e a margem

³⁹³ Vide, sobre a relação entre GAARs e SAARs na Hungria: KOLOZS, Borbála; KREVER, Richard. Hungary. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffery; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander *et al.* *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 315-317. Vide ainda, tratando do tema na legislação canadense: STUDNIBERG, Brian M. Minding the Gap in Tax Interpretation: Does Specificity Oust the General Anti-Avoidance Rule Post-Copthorne? *Queen’s Law Journal*, Kingston: Queen’s University, v. 38, nº 1, p. 209-258, 2012. Na Índia, o Fisco local afirmou expressamente que, a depender das particularidades de cada caso, o GAAR e os SAARs coexistem e podem ser aplicados em conjunto. Vide: ÍNDIA. *Circular 7*. Datada de 27 de janeiro de 2017. Disponível em: https://www.incometaxindia.gov.in/communications/circular/circular7_2017.pdf. Acesso em: 22 maio 2020. No Reino Unido, o GAAR pode ser usado para contornar “arranjos” criados para explorar defeitos em SAARs ou TAARs (no inglês, *Targeted Anti-Avoidance Rules*). Vide: FREEDMAN, Judith. United Kingdom. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffery; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 758.

³⁹⁴ “The easier a tax law is to understand, the lower will be the compliance costs, both for taxpayers and for tax administrators. It is particularly important that a tax law be easy to apply [...] because the tax law applies to nearly every physical and legal person in the country with respect to countless transactions every day” (THURONYI, Victor. *Drafting Tax Legislation*. In: THURONYI, Victor (Ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Washington D.C.: FMI, 1996. v. 1, p. 73).

menor, enquanto o custo de produção no âmbito dos contratos B era baixo, porém com a margem mais alta, e que essa “discrepância” demonstrava a distribuição disfarçada de lucros. É de se perceber que esse *não é o parâmetro* lançado pela nossa norma XE, o art. 60, inciso VII, do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e ressalte-se que poderia sê-lo, porque o Brasil possui regras de preços de transferência nas quais o custo de produção é um fator para calcular, vulgarmente, o “valor de mercado” a servir de teste contra as operações realizadas pelo sujeito passivo.³⁹⁵ Aliás, as operações sob análise ocorreram nos anos de 2007 e 2008, mais de uma década após a edição da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (que prevê as regras de preços de transferência no Brasil). Ou seja, se o legislador tivesse compreendido que as normas de distribuição disfarçada de lucros deveriam fazer referência também ao custo de produção (e não apenas a condições de favorecimento baseadas no “valor de mercado”), poderia ter utilizado algum dos métodos estabelecidos para as operações internacionais como exemplo para a legislação interna. Não o fez, mas nem por isso o CARF deixou de negar provimento ao recurso do sujeito passivo. O que chama a atenção neste caso é que em parte alguma do voto do relator há qualquer menção ao art. 116, parágrafo único, do CTN. No entanto, sua convicção foi baseada naquilo que tipicamente se atribui a essa norma geral antielusiva (inclusive naquilo que a norma expressamente preceitua, que é a negativa de efeitos tributários à dissimulação). Vejamos um trecho que bem sumariza essa convicção do julgador:

O planejamento tributário lícito é aquele em o sujeito passivo deixa de praticar o fato previsto no antecedente da norma, diferente de praticá-lo e, fazendo uso de meios lícitos formais, escondê-lo. Verificando o *abuso de forma*, no caso, a existência de um contrato de parceria com o intuito de encobrir a distribuição de lucros, *a fiscalização deve rejeitar qualquer planejamento tributário que não observe a legislação*, cabendo requalificar os fatos e negócios ocorridos com base neste planejamento irregular e aplicar às penalidades pertinentes. [...] Pelo *princípio da verdade material e da primazia da realidade sob a forma*, se restar configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, subsistirá a última³⁹⁶ [destaques nossos].

³⁹⁵ Vide, por exemplo, o método do Custo de Produção mais Lucro (CPL) na importação de bens, serviços ou direitos, e o método de Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP) na exportação de bens, serviços ou direitos no âmbito de preços de transferência em: BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 cit.

³⁹⁶ Vide: BRASIL. Acórdão nº 2401-007.328. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Matheus Soares Leite. Sessão de 15 de janeiro de 2020. Publicado em 20 de fevereiro de 2020.

Esse não é um precedente isolado.³⁹⁷ O que demonstra é uma visão peculiar, ainda que pragmática, sobre a interface entre normas gerais e especiais antielusivas. Aliás, o que é também notável no caso que apresentamos é que o CARF não reconheceu que a norma XE “aprovou” ou “não reputou como elusiva” a operação do sujeito passivo – pelo contrário, o precedente afirma que houve distribuição disfarçada dos lucros,³⁹⁸ o que quer dizer que, em termos práticos, sua leitura da norma foi *complementada* pelo texto (ainda que não citado expressamente) da norma XG, sem que com isso quem o redigiu tivesse que admitir que a norma aplicada ao caso foi a XG, e não a XE.

Por último, e aqui usamos a experiência brasileira como ponto de contato, seria possível argumentar que precedentes que negam validade, de forma expressa ou tácita, ao que diz o brocardo ou princípio *lex specialis derogat legi generali*, são exceções que confirmam a regra. Ou seja, se tanto, são exemplos de atecnia na aplicação do Direito Tributário e por isso seriam pouco relevantes para a descrição de como a política fiscal brasileira se apresenta sobre o tema. O que podemos comentar sobre isso é que há nuances importantes entre a *percepção* da política fiscal brasileira por parte de suas autoridades constituídas e a *realidade* dessa mesma política fiscal, e a análise de ambas é indispensável para a entender enquanto *fenômeno*. Ou seja, além de ser importante identificar as normas XG e XE e como essas normas interagem entre si, devemos compreender como as autoridades brasileiras “se enxergam” operando essa interação. Precedentes como o que apresentamos trazem consigo não apenas uma complementação fluida da norma de distribuição disfarçada de lucros por figuras que são comumente

³⁹⁷ No Acórdão nº 1402-002.295, novamente sem citação direta ao art. 116, parágrafo único, do CTN, o CARF analisou o caso de uma suposta distribuição disfarçada de lucros através da emissão de debêntures que teriam comprometido “78% do resultado da empresa”. Chama a atenção o trecho em que o Conselheiro Relator desconsidera o argumento do sujeito passivo (a saber, de as taxas de juros das debêntures emitidas eram compatíveis com aquelas praticadas no mercado, ou seja, de que a operação estava alinhada aos critérios do art. 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977), dizendo que o relevante é que “a operação foi realizada de modo artificial, em claro benefício dos sócios e prejuízo à tributação”, a despeito do “retorno financeiro em si”, que não seria o “cerne” da questão. Vide: BRASIL. Acórdão nº 1402-002.295. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Sessão de 13 de setembro de 2016. Publicado em 11 de outubro de 2016. Aqui é interessante notar também uma decisão do CARF sobre distribuição disfarçada de lucros que foi favorável ao contribuinte, porque a sua análise foi feita sob os auspícios não apenas da própria norma de regência, mas também da avaliação de se houve simulação na operação em si (porque, se tivesse havido, o planejamento tributário poderia ter sido ilícito – ou seja, isso seria prova da insuficiência da norma de regência para tratar completamente do tema). Vide: BRASIL. Acórdão nº 1402-001.472. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Carlos Pelá. Sessão de 9 de outubro de 2013. Publicado em 23 de janeiro de 2014.

³⁹⁸ Vide: BRASIL. Acórdão nº 2401-007.328 cit.

associadas ao art. 116, parágrafo único, do CTN. Trazem, isso sim, a noção de que é possível que essas autoridades, *acreditando aplicar a norma de distribuição disfarçada de lucros*, apliquem em seu lugar uma norma diferente. Noutras palavras, voltando às normas gerais e especiais internas, não é impossível que a avaliação doutrinária de como interagem entre si seja em tudo divergente daquela do próprio Estado, ou de suas próprias autoridades constituídas, que insistirão que a aplicação de suas normas cumpre fielmente com o brocardo ou princípio *lex specialis derogat legi generali*.

1.4.2.2 Normas antielusivas internas e normas antielusivas internacionais

Debates sobre a relação entre normas antielusivas internas e normas antielusivas internacionais são dotados de certa perenidade no Direito Tributário Internacional. Cite-se, apenas a título de exemplo, que já em 1983 UCKMAR ponderava que as normas antielusivas internas não deveriam ser utilizadas para tratar da elusão tributária internacional se essa elusão tiver ocorrido no âmbito de ADTs.³⁹⁹ Naquela época, ele dizia que as normas antielusivas internas de diferentes países eram ancoradas numa análise do propósito ou do intuito do sujeito passivo, e que essa análise seria incapaz de enfrentar o fenômeno da elusão tributária (dentro ou fora de ADTs).⁴⁰⁰ Especificamente no âmbito convencional, o autor ponderou que a preferência de aplicação entre normas internas e normas internacionais deveria ser dada às últimas, uma vez que foram estas as normas negociadas entre os Estados Contratantes,⁴⁰¹ e sua posição é em tudo consentânea com os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).⁴⁰² No entanto, é interessante notar que três anos antes o Presidente norte-americano Jimmy Carter já havia sancionado uma norma chamada *Foreign Investment in Real Property Tax Act (FIRPTA)*, cujo objetivo era impedir que sujeitos passivos não residentes evitassem a tributação sobre ganhos auferidos na venda de

³⁹⁹ Vide: UCKMAR, Victor. General Report – Tax Avoidance/Tax Evasion. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 68a, p. 46, 1983.

⁴⁰⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁰¹ Idem, p. 47.

⁴⁰² Segundo o artigo 26: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Já o artigo 27 afirma: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. Registre-se que o artigo 46 da CVDT diz respeito a normas internas de “importância fundamental” que causem alguma violação “manifesta” ao tratado, ou, no nosso caso, ao ADT. Vide: Vide: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 cit.

propriedades imobiliárias nos Estados Unidos.⁴⁰³ O FIRPTA estabelecia para os Estados Unidos o direito de “revogar” eventuais dispositivos conflitantes dos seus ADTs (no inglês, *treaty override*) a partir de 1985,⁴⁰⁴ e isso apenas reproduz aquilo que já era consagrado no Direito Constitucional norte-americano desde o precedente da Suprema Corte no caso *Whitney v. Robertson*, de 1888.⁴⁰⁵ Essa posição defende a supremacia das normas locais e da autodeterminação dos povos em detrimento do princípio de *pacta sunt servanda* no Direito Internacional Público.⁴⁰⁶

Como bem pontua VOGEL, a relação entre normas internas e internacionais (sejam elas antielusivas ou não) é antes de tudo pautada pelo grau de envolvimento do Poder Legislativo local na negociação, conclusão e implementação de acordos internacionais.⁴⁰⁷ Tratando ele do exemplo britânico, como naquela jurisdição o Poder Executivo conclui os acordos sem requerer a participação do Parlamento, que só é instado a agir quando da internalização desses acordos, é natural que o Parlamento repute como seu o poder de emendar ou modificar aquilo que só se tornou lei para o Reino Unido graças aos seus atos (e o autor nota que regras semelhantes são observadas tanto na Irlanda, quanto em Malta).⁴⁰⁸ Comparando esse exemplo com a prática internacional, VOGEL observa que outros países envolvem o seu Poder Legislativo no processo de aprovação e ratificação dos acordos internacionais, o que torna a noção de *treaty override* em uma espécie de “arrendimento”

⁴⁰³ Sobre a legislação americana à época da edição do FIRPTA, vide: FASH, Charles H. III. Capital Gains Taxation of Foreign Investors in United States Real Estate: The Foreign Investment in Real Property Act of 1980. *Rutgers Law Journal*, Camden: Rutgers Law School, v. 13, nº 1, p. 117-162, 1981.

⁴⁰⁴ FASH, Charles H. III. Capital Gains Taxation of Foreign Investors in United States Real Estate: The Foreign Investment in Real Property Act of 1980 cit., p. 155. Vide ainda: ALPERT, Herbert H.; FEINGOLD, Fred. Observations on the Foreign Investment in Real Property Act of 1980. *Virginia Tax Review*, Charlottesville: University of Virginia, v. 1, nº 1, p. 127, 1981.

⁴⁰⁵ Vide: ESTADOS UNIDOS. *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888). Opinião da Corte: Justice Field. Arguido em 13-14 de dezembro de 1887. Decidido em 9 de janeiro de 1888. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/124/190/>. Acesso em: 22 maio 2020. Vide ainda: ESTADOS UNIDOS. *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957). Opinião da Corte: Justice Black. Arguido em 03 de maio de 1956. Decidido em 11 de junho de 1956. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/1/>. Acesso em: 22 maio 2020. A mesma posição de *treaty override* foi defendida pela Corte Constitucional Alemã em uma decisão de 2016. Vide, com comentários sobre a decisão: RUST, Alexander. Germany: Consequences of a Treaty Override? In: LANG, Michael; RUST, Alexander; OWENS, Jeffrey; PISTONE, Pasquale et al. *Tax Treaty Case Law Around the Globe 2017*. Viena: IBFD, 2018. p. 7. Numa decisão posterior, o *Bundesfinanzhof* alemão afirmou que a legislação interna prevalece sobre o ADT mesmo se o ADT for a ela posterior. *Idem*, p. 8.

⁴⁰⁶ “If a country does not respect its tax treaties, other countries may have no interest in entering into tax treaties with it”. Vide, citando o artigo 26 da CVDT: ARNOLD, Brian J. *An Introduction to Tax Treaties*. Nova York: ONU, 2013, p. 2. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

⁴⁰⁷ Vide: VOGEL, Klaus. Domestic Law Perspective. In: MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Amsterdã: IBFD, 2010. p. 4.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 4-5.

do legislador, já que ele participou do processo legislativo que agora pretende emendar ou modificar.⁴⁰⁹ Essas são reflexões que tocam a conhecida dicotomia entre o *monismo* e o *dualismo* no Direito Internacional Público, temática que não será abordada amiúde nesta tese.⁴¹⁰ Basta assinalar que, antes de cuidar do conteúdo das normas antielusivas sob análise, é útil considerar a corrente de Direito Internacional Público a que se submete o ordenamento jurídico relevante. Ou a norma antielusiva interna é parte do *mesmo ordenamento* que a sua contraparte internacional, ou a norma antielusiva interna pertence a um, enquanto a norma antielusiva internacional pertence a outro.

Ultrapassada essa consideração inicial, analisar a relação de normas antielusivas internas com as normas antielusivas internacionais exige que tratemos do conteúdo de ADTs. Nos seus Comentários ao artigo 1º de sua Convenção-Modelo, a OCDE pontua que ambas as posições (a saber, (i) a posição de que a norma interna pode tratar da elusão tributária relacionada ao ADT sob análise e (ii) a posição de que as hipóteses de elusão tributária relacionadas ao ADT só devem ser tratadas pelo próprio ADT) são ancoradas na premissa – ou no princípio⁴¹¹ – de que os Estados não devem conceder os benefícios de um ADT quando o sujeito passivo tiver buscado esses benefícios mediante o abuso desse ADT.⁴¹² Os Comentários da OCDE afirmam que, numa situação em que normas antielusivas internas e normas antielusivas internacionais em ADTs busquem tratar um caso de elusão tributária internacional, a opção deverá ser feita pela norma antielusiva internacional no ADT relevante (em respeito ao artigo 26 da CVDT).⁴¹³ A organização distingue entre quatro situações, e será didático para nós analisar cada uma delas com referência a ADTs ou normas antielusivas internas do Brasil, quando aplicável.

A primeira situação diz respeito a um ADT cujo *conteúdo* permita expressamente a aplicação de uma norma antielusiva interna, ocasião na qual a norma antielusiva interna

⁴⁰⁹ Vide: VOGEL, Klaus. *Domestic Law Perspective* cit., p. 6.

⁴¹⁰ Vide: ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público* cit., p. 229. A reflexão de Jean Dhommeaux é providencial, no entanto: “Sans aucun doute, les Etats monistes ne souhaitent pas apporter de quelconques justifications puisqu'ils expliquent la règle pacta sunt servanda; malgré tout, les procédures sont assez diversifiées. Les Etats dualistes ont généralement tendance à se justifier, mais leur attitude n'est pas nécessairement très différente des systèmes monistes” (DHOMMEAUX, Jean. *Monismes et Dualismes en Droit International des Droits de l'Homme. Annuaire Français de Droit International*, Paris: CNRS, v. 41, p. 450, 1995). A ressalva é pertinente também para o Brasil, que segundo o STF adota a corrente do “dualismo moderado”. Vide: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público* cit., p. 74-79.

⁴¹¹ Vide SANTAMARIA, Manuela. *Fiscalità Internazionale* cit., p. 141.

⁴¹² Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 146. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 74.

⁴¹³ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 148.

poderá ser aplicada pelo Estado Contratante⁴¹⁴ – um bom exemplo de ADT nesse sentido é o ADT entre o Brasil e o Peru, cujo Protocolo possibilita a aplicação de regras domésticas de CFC e de subcapitalização.⁴¹⁵ Aqui entendemos que ainda não estamos diante de um caso de “conflito” ou de “aplicação mútua” de normas interna e internacional, uma vez que o próprio ADT direciona o intérprete para a norma interna. Ou seja, não estamos genuinamente diante de um caso no qual uma norma interna e uma norma internacional pretendem tratar da mesma hipótese de elusão tributária internacional, o que levaria o intérprete a ter de decidir qual das duas empregar para o seu tratamento.

Na segunda situação, diz a OCDE que, uma vez que alguns termos e expressões usados no ADT dependem de definição pela legislação interna do Estado Contratante (*ex vi* do artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo, já comentado), o recurso a essa legislação pode incluir o recurso a normas antielusivas internas.⁴¹⁶ O exemplo trazido pelos Comentários da OCDE diz respeito à recharacterização da redução de capital como dividendos pagos por uma sociedade empresária qualquer, o que evidentemente influenciaria o tratamento desse montante como dividendos no âmbito do ADT.⁴¹⁷ Um exemplo interessante na legislação brasileira, porém em sentido oposto (e aqui o propósito antielusivo da norma seria discutível, admita-se),⁴¹⁸ está no art. 28, parágrafo único, da Instrução Normativa RFB nº 1.397, de 16 de setembro de 2013, com as alterações promovidas em seu texto pela Instrução Normativa nº 1.492, de 17 de

⁴¹⁴ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 148. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 77. Releva citar o caso do Chile, onde as autoridades administrativas locais consideram que as regras de CFC podem se aplicar em situações cobertas por ADTs, ainda que esses ADTs não lhes abram espaço, ao contrário do que ocorre com os ADTs chilenos com a Argentina e o Canadá. Sobre o tema, vide: BARAONA, André Bustos; VILLANUEVA, Felipe Yañez. Normas sobre Sociedades Extranjeras Controladas (Normas CFC) en Chile: Diferencias y Similitudes con el Proyecto BEPS y Otros Estándares Internacionales. In: ARANGO, José Manuel Castro; MORENO, Andrés Báez. *Problemas de Tributación Internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 499-518.

⁴¹⁵ Vide: BRASIL. Decreto nº 7.020, de 27 de novembro de 2009. Protocolo, Item 5, alínea “d”. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal com Relação ao Imposto sobre a Renda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7020.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

⁴¹⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 148. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 77.

⁴¹⁷ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 148.

⁴¹⁸ À época, os pronunciamentos da Receita Federal do Brasil (RFB) sobre a nova Instrução Normativa foram no sentido de impedir que todo o lucro distribuído pelas pessoas jurídicas (portanto, mais do que o lucro tributável) fosse “isento” enquanto pagamento de dividendos a seus sócios. Vide, por exemplo: MARTELLO, Alexandro. *Receita Federal edita norma para esclarecer distribuição de lucros*. Publicado em 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/09/distribuicao-de-lucro-fiscal-e-isenta-mas-nao-lucro-societario-diz-fisco.html>. Acesso em: 22 maio 2020.

setembro de 2014. Essa Instrução Normativa tratou do Regime Tributário de Transição (RTT) do art. 15 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, regime esse que pretendeu neutralizar os efeitos tributários da internalização dos novos métodos e critérios contábeis (*International Financial Reporting Standards*, ou IFRS) no Brasil.

O parágrafo único do art. 28 definiu que a parcela excedente de lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados no ano de 2014, para o residente ou domiciliado no exterior (e.g., em algum Estado soberano com o qual o Brasil possua um ADT em vigor), seria tributada pelo Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota de 15%.⁴¹⁹ Aplicada a ADTs, a norma é capaz de recharacterizar aquilo que doutra forma seria considerado um pagamento de dividendos para o outro Estado Contratante. Mais uma vez, aqui entendemos que não estamos diante de um caso no qual uma norma interna e uma norma internacional pretendem tratar da mesma hipótese de elusão tributária internacional, o que levaria o intérprete a ter de decidir qual das duas empregar para o seu tratamento. É sem dúvida uma situação em que testemunhamos a norma interna sendo usada pelo Estado Contratante para cuidar de hipóteses de elusão tributária internacional, mas contra ela não milita nenhuma norma “equivalente” do próprio ADT.

Na terceira situação, a OCDE afirma que, se os benefícios sob o amparo de um ADT forem negados a um sujeito passivo em virtude da cláusula de PPT (se presente no ADT), ainda que a aplicação da norma antielusiva interna conduzisse o intérprete ao mesmo resultado, a norma antielusiva do ADT deve ser aplicada em detrimento da norma interna *ex vi* do artigo 26 da CVDT.⁴²⁰ Aqui sim, cremos estar diante de um genuíno “conflito” entre uma norma antielusiva interna e uma norma antielusiva internacional. O exemplo dado pela OCDE diz respeito a uma norma especial antielusiva do ADT sobre ganhos de capital, mas poderia ser estendido a normas gerais antielusivas também.⁴²¹ Considere-se o exemplo do ADT celebrado entre Brasil e Singapura, que possui em seu conteúdo uma cláusula de PPT,⁴²² em confronto com o art. 116, parágrafo único, do CTN. A cláusula de PPT do ADT entre

⁴¹⁹ Vide: BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.397, de 16 de setembro de 2013. Artigo 28, parágrafo único. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=46031&visao=anotado>. Acesso em: 22 maio 2020.

⁴²⁰ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 149-150. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 78.

⁴²¹ *Idem*, p. 150-151.

⁴²² Vide: BRASIL. *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* cit., art. 28, §§ 8º e 9º.

Brasil e Singapura é complementada por uma norma geral antielusiva “às avessas”, como transcrito a seguir:

8. Não obstante as outras disposições deste Acordo, não será concedido benefício ao abrigo deste Acordo 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 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 deste Acordo.

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 comercial 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.⁴²³

Essa é a chamada cláusula de “alívio discricionário sob pedido”, norma que será abordada com mais detalhes no nosso Capítulo 3. Seja como for, na leitura do parágrafo 9º supratranscrito, fica evidente que há diferenças pelo menos textuais, literais entre a cláusula de PPT do ADT entre Brasil e Singapura e o art. 116, parágrafo único, do CTN (ainda que ambos persigam o mesmo resultado, que seria o de corrigir os efeitos da elusão tributária, neste caso, internacional). Suponha-se que o residente em Singapura que pleiteia um benefício qualquer sob o ADT em relação ao Brasil tenha se valido da criação de uma “empresa-veículo” para buscar esse benefício, e, utilizando-se de algum artifício, tenha cumprido com os requisitos formais do artigo 28.⁴²⁴ Parece claro que o parágrafo 9º dá ao sujeito passivo

⁴²³ BRASIL. *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* cit., art. 28, §§ 8º e 9º.

⁴²⁴ Por exemplo, a “condução ativa de um negócio” (que é critério de caracterização de um residente como “pessoa qualificada” nos termos do ADT entre Brasil e Singapura) poderia ser apresentada às autoridades fiscais locais de modo artificial. Vide: BRASIL. *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* cit., art. 28, § 3º, alínea “a”. Ainda, tratando de hipóteses de terceirização da quase totalidade das atividades de negócios locais no Direito norte-americano (o que complicaria a caracterização para o sujeito passivo de uma “condução ativa de um negócio”), vide: CAVITCH, Matthew P.; CAVITCH, Zolman; KRAMAN, Kara M. *Tax Planning for Corporations and Shareholders*. Nova York: LexisNexis, 2020. § 9.04(v).

uma oportunidade que não lhe é franqueada pela norma geral antielusiva interna no Brasil (a possibilidade de um “recurso administrativo” para revisão da negativa do benefício ou a possibilidade de que a consulta às autoridades fiscais da Singapura redunde em solução favorável para o sujeito passivo). Entretanto, a despeito dessa diferença entre as duas normas, a CVDT e o art. 98 do CTN⁴²⁵ não deixariam outra opção para o legislador brasileiro que não fosse aplicar o ADT e não aplicar a norma interna.

Antes de analisarmos a quarta situação comentada pela OCDE, é interessante tratar das perspectivas de ARNOLD e VAN WEEGHEL a respeito da versão anterior dos Comentários, de 2003, particularmente sobre a terceira situação.⁴²⁶ Os autores questionam qual deveria ser a consequência de um ADT não afirmar expressamente que a norma antielusiva interna pode ser aplicada a situações de elusão tributária internacional entre os Estados Contratantes.⁴²⁷ Em tese, ainda em homenagem aos termos do artigo 26 da CVDT, o Estado Contratante que possui a norma antielusiva interna em seu ordenamento jurídico não a deveria aplicar ao ADT. Mas suponha-se, por exemplo, que o ADT em questão não possua normas antielusivas próprias, não faça qualquer referência a normas antielusivas internas (permitindo a sua aplicação) e que um dos Estados Contratantes já tenha externado a posição de que, para si, a não ser que o ADT assim estabeleça expressamente, suas normas não devem ser utilizadas para fins antielusivos (os autores citam o exemplo da Suíça, que à época havia comentado exatamente isso para a OCDE em relação ao artigo 1º da sua Convenção-Modelo).⁴²⁸ Ou seja: suponha-se que o Estado Contratante A conheça a posição do outro Estado Contratante B em relação a um mesmo ADT, e a posição seja a de que, no silêncio do ADT, não caberia ao Estado Contratante A (ou, na visão do Estado Contratante B, a qualquer outro Estado Contratante em seus ADTs

⁴²⁵ Vide: BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 cit., art. 98. Como dito por Luís Eduardo Schoueri, a dicção do dispositivo revela “má técnica” legislativa, uma vez que o ADT não revoga a lei interna – segundo o autor, “[m]ais correto é ver que a denúncia do tratado apenas retira a barreira que limitava a aplicação da lei interna” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Curso de direito tributário* cit., p. 101). No mesmo sentido: COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 152.

⁴²⁶ Vide: ARNOLD, Brian J.; VAN WEEGHEL, Stef. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures. In: MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Amsterdã: IBFD, 2010. p. 99-100.

⁴²⁷ Idem, *ibidem*.

⁴²⁸ Idem. “27.9 Switzerland does not share the view expressed in Paragraph 7 according to which the purpose of double taxation conventions is to prevent tax avoidance and evasion. Also, this view seems to contradict the footnote to the Title of the Model Tax Convention. [...]” O comentário das autoridades suíças foi inserido na Convenção-Modelo da OCDE em 28 de janeiro de 2003 e foi retirado em 21 de novembro de 2017. Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 222.

“silentes”) enfrentar hipóteses de elusão tributária internacional envolvendo a si próprio mediante o emprego de uma norma antielusiva interna. Diante dessa situação, ou seja, diante do *conhecimento da posição adotada pelo outro*, deve o Estado Contratante A usar sua norma antielusiva interna para tratar de situações ocorridas no âmbito do ADT com o Estado Contratante B? ARNOLD adota a posição de que o entendimento do Estado Contratante B não vincula o Estado Contratante A, e que, portanto, o Estado Contratante A poderia em tese aplicar a sua norma antielusiva interna.⁴²⁹ VAN WEEGHEL por seu turno adota a posição de que, se o Estado Contratante A entra em um ADT com o Estado Contratante B, e se conhece a posição do Estado Contratante B sobre a aplicação de normas antielusivas internas (à luz do que externou publicamente em relação à Convenção-Modelo da OCDE), seria contrário aos princípios gerais de interpretação dos ADTs que o Estado Contratante A aplicasse a sua norma antielusiva interna aos casos de elusão tributária internacional ocorridos no âmbito deste ADT.⁴³⁰ Entre as duas posições apresentadas pelos autores, ficamos com a última. Para nós, além do respeito ao artigo 26 da CVDT (*pacta sunt servanda*), a interpretação dos ADTs pelos Estados Contratantes deve ser pautada pela boa-fé. Ainda, a depender dos termos do ADT específico entre os Estados Contratantes, é possível negociar a aplicação da norma antielusiva interna de um deles em relação a hipóteses de elusão tributária internacional sob o ADT mediante acesso ao procedimento amigável, na esteira do artigo 25, parágrafo 3º, da Convenção-Modelo da OCDE.⁴³¹

Na quarta e última situação tratada pela OCDE no Comentário ao artigo 1º de sua Convenção-Modelo, se (i) as normas especiais antielusivas internas ou as doutrinas judiciais correntes na jurisprudência de um Estado Contratante e (ii) os princípios de interpretação de ADTs conduzirem à *mesma solução* no caso concreto, será possível que sejam todos simultaneamente aplicados a esse caso concreto sem que o “conflito” exija do

⁴²⁹ Vide: ARNOLD, Brian J.; VAN WEEGHEL, Stef. *The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures* cit., p. 99-100.

⁴³⁰ Idem, ibidem. A posição encontra amparo no artigo 31 da CVDT, que diz que o ADT deve ser interpretado também à luz do seu “contexto”, e no artigo 32 da CVDT, segundo o qual, entre os meios suplementares de interpretação, constam as “circunstâncias [da conclusão do ADT]”. Vide: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 cit.

⁴³¹ “The competent authorities of the Contracting States shall endeavour to resolve by mutual agreement procedure any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the Convention. They may also consult together for the elimination of double taxation in cases not provided for in the Convention” (OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 98). Citando, no entanto, os obstáculos formais à modificação de ADTs em Luxemburgo, vide: SCHAFFNER, Jean. *Droit Fiscal International*. Windhof: Larcier, 2014. p. 1576-1587.

intérprete a aplicação de alguma norma interna e não do ADT em si. O raciocínio pode ser igualmente aplicado aos casos em que a norma do ADT seja geral e não especial.⁴³²

A posição da OCDE neste caso é intrigante e, para nós, indefensável. Os GAARs que analisamos anteriormente nesta tese não eram textualmente adstritos a casos de elusão tributária interna. Sejam as suas respectivas jurisdições partidárias do *treaty override* ou não,⁴³³ o que podemos afiançar é que o texto dos seus GAARs permite a aplicação para casos de elusão interna e internacional. Se é assim, não seria exagerado supor que, com amparo no artigo 31 da CVDT (princípio de boa-fé) e considerando como “contexto” a adesão do outro Estado Contratante Y ao Plano de Ação BEPS, um Estado Contratante X se julgue apto a aplicar a sua norma antielusiva interna a um caso de elusão tributária internacional, sob o argumento de que a norma antielusiva interna corporifica, reproduz, simboliza os mesmos fins que o Plano de Ação BEPS possui. Diria essa jurisdição X: ao silenciar em seu conteúdo sobre qualquer norma antielusiva, a leitura do ADT como “permissivo à elusão tributária” seria antes de tudo contrária à boa-fé na interpretação de seus termos e contrária aos desejos da jurisdição Y ao se associar à OCDE no seu projeto. Portanto, concluiria X, caberia aqui a aplicação de uma norma antielusiva interna, ou de um GAAR qualquer, para suprir essa lacuna.⁴³⁴

⁴³² Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 150-151. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 78-79.

⁴³³ Vide: ARNOLD, Brian J.; VAN WEEGHEL, Stef. *The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures* cit., p. 103. Especificamente sobre a posição da Austrália a respeito do próprio GAAR e de sua aplicação a ADTs, vide: ELLIFFE, Craig. *The Lesser of Two Evils: Double Tax Treaty Override or Treaty Abuse?* *British Tax Review*, Londres: Sweet & Maxwell, nº 1, p. 76-78, 2016. Criticando a postura adotada pelas autoridades canadenses, vide: SNIDER, Ken. *Policy Forum: Canada’s Anti-Treaty Shopping Proposals and International Treaty Obligations*. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 62, nº 3, p. 728, 2014. No entanto, comentando o caso recente *Alta Energy Luxembourg SARL v. The Queen*, no qual a *Tax Court* do Canadá honrou a aplicação da cláusula de PPT e negou a aplicação do GAAR interno, vide: MILET, Matias; WILSON, David. *Canadian Tax Court Rejects CRA’s Treaty-Shopping Arguments for Canada-Luxembourg Tax Treaty*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 91, p. 1119-1124, 2018.

⁴³⁴ No Brasil, o CARF apreciou um caso recente e emblemático sobre as regras de CFC (norma especial antielusiva interna, portanto) e o ADT com a Áustria. A decisão do colegiado, por voto de qualidade, foi no sentido de não reconhecer aos lucros auferidos por uma empresa residente na Áustria o tratamento que seria permitido pelo artigo 7º (Lucros no Exterior), já que os lucros foram na verdade auferidos por uma empresa controlada pela empresa austríaca em Funchal. A decisão trata ainda do artigo 31 da CVDT e contém trechos que questionam “fortemente” o procedimento de constituir uma empresa em um terceiro país a partir de uma *offshore* na Áustria e que afirmam que “[n]ão há que se conceber que dois países se reúnam para dar amparo a sistemas paralelos de tributação”. Vide: BRASIL. Acórdão nº 9101-003.169. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. André Mendes de Moura. Sessão de 7 de novembro de 2017. Publicado em 29 de novembro de 2017. No mesmo sentido: BRASIL. Acórdão nº 9101-002.589. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. André Mendes de Moura. Sessão de 14 de março de 2017. Publicado em 10 de maio de 2017.

A conclusão seria em tudo condenável. Veja-se: nada na CVDT autoriza Estados Contratantes a utilizar-se de “princípios de interpretação” de ADTs para sonegar aos sujeitos passivos a segurança jurídica propiciada pelos termos desses ADTs. Fosse o recurso a esses princípios suficiente para contornar toda sorte de casos de elusão tributária internacional, bastaria aos Estados Contratantes que consentissem com a adição de linguagem preambular em seus ADTs que dissesse que esses ADTs têm o objetivo de evitar a elisão ou a elusão tributária (para além da já costumeira referência à evasão tributária). Não, nessa relação entre normas antielusivas e casos de elusão tributária internacional, as jurisdições devem buscar não apenas o acordo sobre a necessidade de enfrentar os casos de elusão (em abstrato), mas também sobre a maneira de enfrentar esses casos, e sob que parâmetros, e oferecendo aos sujeitos passivos que soluções, e sob que condicionantes.⁴³⁵ Acima de tudo, a adoção desse nosso ponto de vista é retrato do respeito aos ADTs enquanto fontes do Direito Tributário Internacional: é nos seus precisos termos – e não na aplicação individualizada e casuística de princípios de interpretação sob a CVDT – que os intérpretes devem encontrar as formas de tratamento das operações que eles nasceram para regular entre os Estados Contratantes.

1.4.2.3 Normas gerais antielusivas e normas especiais antielusivas em ADTs

Trataremos no Capítulo 3 sobre uma série de normas antielusivas em ADTs, entre normas gerais e especiais antielusivas. Por isso, não cuidaremos de normas específicas neste subitem. A dúvida que se apresenta aqui é se há alguma relação, e, se sim, qual é essa relação, entre normas gerais antielusivas e normas especiais antielusivas em ADTs. Suponha-se que determinado caso de elusão tributária internacional é ao mesmo tempo alvo de uma norma geral antielusiva (e.g., uma cláusula de PPT) e de uma norma especial antielusiva (e.g., uma norma que impede a fruição de um benefício do ADT para dividendos se o sócio ou acionista só deteve a participação societária que os gerou por um breve período de tempo, uma norma que caracteriza algum serviço local como um EP, mesmo que o serviço seja partilhado entre diferentes pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico durante certo período). Sob o princípio de *lex specialis*, a norma especial antielusiva internacional deveria ser

⁴³⁵ Vide, concordando com a nossa posição, GOVIND, Sriram. *The Relationship between Domestic Specific Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties* cit., p. 558.

aplicada em detrimento da norma geral antielusiva internacional, ainda que o resultado à luz de ambas fosse o mesmo.

Essa solução, no entanto, desperta outras dúvidas importantes, porque há normas gerais antielusivas internacionais em ADTs que foram criadas justamente para garantir a higidez do ADT como um todo (assim como as normas gerais antielusivas internas o fazem em relação à legislação tributária interna de cada Estado soberano). Uma delas, como veremos no Capítulo 3, está na cláusula de PPT, que exige que um dos principais propósitos das operações do sujeito passivo sob o ADT *não seja* a obtenção de um benefício à luz do ADT (para que então as autoridades fiscais do Estado Contratante envolvido possam conceder ao sujeito passivo o benefício que ele busca no ADT). À luz dessa consideração, parece claro que, embora a norma especial seja a norma de aplicação mais *imediata* à operação do sujeito passivo, uma cláusula de PPT, mesmo sendo uma norma geral, poderá ter aplicação ao menos *mediata* a essa mesma operação. Veja-se, por exemplo, a situação hipotética narrada pela ONU no Comentário ao artigo 29, parágrafo 9º, da sua Convenção-Modelo. No exemplo dado, uma empresa TCO, residente em um Estado Contratante T, presta serviços de limpeza e gestão de resíduos para uma empresa SCO, residente em um Estado Contratante S. No contrato, TCO irá prestar os seus serviços localmente no Estado Contratante S para a empresa SCO por um período de 180 dias. Passados 150 dias, e reconhecendo que o projeto deverá durar mais 90 dias, as duas empresas emendam o contrato e nessa oportunidade a empresa TCO cede os seus direitos contratuais para uma empresa SUBCO, sua subsidiária integral e residente para fins tributários também no Estado Contratante T. A empresa SUBCO desempenha os mesmos serviços de sua controladora pelos 90 dias e o contrato é encerrado entre ela e a empresa SCO.⁴³⁶ Supondo que o ADT existente entre o Estado Contratante T e o Estado Contratante S contemple tanto alguma norma especial antielusiva referente a EPs (ou seja, uma norma que estabeleça um prazo máximo para a realização de serviços no Estado Contratante S sem que esses serviços constituam para a empresa prestadora um EP),⁴³⁷

⁴³⁶ Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 792-793.

⁴³⁷ Como a norma prevista no artigo 5º, parágrafo 3º, alínea “b”, da Convenção-Modelo da ONU. Idem, p. 11. Poderíamos questionar se o dispositivo de ADTs que trata dos “EPs de serviços”, ou seja, daqueles EPs criados graças à prestação de serviços por uma empresa não residente para uma empresa residente no outro Estado Contratante, seria uma norma meramente destinada a “definir EPs” ou se também teria algum objetivo antielusivo. Nos Comentários à sua Convenção-Modelo, a ONU esclarece que a perspectiva antielusiva da norma é adotada por alguns países em desenvolvimento, para os quais esses serviços geram

quanto uma cláusula de PPT, definindo que os benefícios do ADT serão negados ao sujeito passivo se um dos principais propósitos de sua operação tiver sido justamente a obtenção desses benefícios, parece-nos evidente que a primeira norma deverá ser aplicada ao caso concreto, e essa posição é consentânea com a posição da ONU.⁴³⁸

O desafio aqui parece ser o silêncio da norma especial antielusiva sobre a estratégia empreendida pelo sujeito passivo de bipartir o contrato entre si e a sua subsidiária SUBCO no caso concreto, ocasião na qual poderá incidir a cláusula de PPT,⁴³⁹ embora essa não seja a solução ideal para o enfrentamento da elusão tributária internacional *in casu*. Essa solução privilegiaria a discricionariedade das autoridades fiscais em detrimento da segurança jurídica da aplicação da norma especial antielusiva em seus *próprios termos* – dito de outro modo, se os Estados Contratantes o quisessem, deveriam ter adicionado à norma especial antielusiva sobre EPs um complemento que diz que os prazos dos contratos não podem ser excedidos pela empresa prestadora dos serviços “ou por qualquer parte a si relacionada”.⁴⁴⁰

Para tirarmos lições mais didáticas dessa relação entre as normas gerais e especiais antielusivas em ADTs, nos será útil resgatar aquilo que discutimos nos subitens anteriores. No subitem 1.4.2.1, ao tratar da relação entre normas gerais e especiais antielusivas internas, o que pontuamos foi que, à luz do princípio *lex specialis*, as segundas deveriam incidir se existentes, deixando as primeiras para aqueles casos não

“lucros consideráveis”. Alguns países, segundo a ONU, chegam inclusive a se opor à noção de que a cláusula do EP de serviços seja estabelecida com algum limite temporal (por exemplo, o limite de 183 dias em qualquer período de 12 meses, que é o limite posto na cláusula da Convenção-Modelo), porque esse limite pode ser “usado por empresas estrangeiras para criar arranjos artificiais” com o objetivo de eludir tributos em seu território. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 158.

⁴³⁸ Idem, p. 793.

⁴³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁰ A própria ONU reconhece que a regra de “antifragmentação” de contratos pode ser usada para complementar o texto da cláusula que trata no ADT relevante sobre o “EP de serviços”. Idem, p. 158. A Organização cita a título de exemplo o texto que foi adicionado ao artigo 5º, parágrafo 3º, do ADT entre Chile e Japão: “La duración de las actividades a que se refieren los subpárrafos (a) y (b), se determinará agregando los períodos durante los cuales se desarrollan actividades en un Estado Contratante por empresas asociadas, [...]” (CHILE. *Convenio entre la República de Chile y Japón para Eliminar la Doble Imposición con Relación a los Impuestos sobre la Renta y para Prevenir la Evasión y Elusión Fiscal y su Protocolo*. Publicado em 12 de abril de 2017. Disponível em: http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_japon.pdf. Acesso em: 22 maio 2020). O adendo parece relevante especialmente à luz da jurisprudência chilena sobre o conceito de EP, que é bastante atrelada ao texto literal do artigo 5º dos ADTs daquele país. Vide, nesse sentido: UGALDE, António Faúndez. El Problema del Concepto Actual de Establecimiento Permanente en los Convenios de Doble Tributación Internacional frente a los Nuevos Desafíos Fiscales en la Economía Digital. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Santiago: Universidad de Chile, v. 7, nº 1, p. 168, 2018.

alcançados por uma norma especial antielusiva. Pontuamos ainda que a experiência brasileira no CARF demonstra que essa segregação é às vezes subvertida diante de casos práticos, e alguns julgados, a pretexto de aplicar as normas especiais antielusivas, acabam por *complementar* seu conteúdo com o conteúdo de uma norma geral antielusiva. No subitem 1.4.2.2, ao tratar da relação entre normas antielusivas internas e internacionais, listamos quatro situações de possível “conflito” oferecidas pelos Comentários da OCDE à sua Convenção-Modelo, e consideramos que apenas nas duas últimas situações estaríamos diante de um “conflito” genuíno entre essas normas. Nossa posição ali foi pela aplicação das normas antielusivas inscritas no próprio texto dos ADTs em homenagem ao artigo 26 da CVDT, mas novamente comentamos que a avaliação dessas normas no caso concreto pode levar julgadores à conclusão de que uma norma do ADT foi abusada à luz dos “princípios de interpretação” que o regem, o que poderia legitimar, aos olhos desses julgadores, a aplicação da norma interna para contornar a elusão tributária criada sobre a norma do ADT.

Aqui, tratando de normas gerais e especiais antielusivas em ADTs, a nossa conclusão é a mesma do subitem 1.4.2.1: existindo uma norma especial antielusiva que trate da hipótese de elusão tributária internacional cometida pelo sujeito passivo, deve ser ela a norma empregada pelas autoridades fiscais do Estado Contratante envolvido, e não qualquer norma geral antielusiva do ADT (como a cláusula de PPT). Mais adiante retomaremos essa discussão. Por enquanto, retornando ao exemplo trazido pelos Comentários da ONU à sua Convenção-Modelo, se a norma especial antielusiva nada estabelece quanto à cumulação de diferentes empresas do mesmo grupo econômico para a realização de projetos no Estado Contratante S, esse “silêncio” da norma deveria ser reputado como eloquente para as suas autoridades fiscais (especialmente à luz da Ação 7 do Plano de Ação BEPS da OCDE e da própria Convenção-Modelo da ONU, que concedem alternativas para cuidar dessa hipótese de elusão tributária envolvendo EPs, alternativas essas que são evidentemente conhecidas, mas que não foram adotadas pelos Estados Contratantes T e S nas negociações do seu ADT, segundo os termos do exemplo). Veremos no Capítulo 3 que essa conclusão é subvertida pela Ação 6 do Plano de Ação BEPS da OCDE, que envelopa o ADT em um propósito, ou um “princípio-guia” (no inglês, *guiding principle*),⁴⁴¹ segundo o qual o ADT, seja qual for, não

⁴⁴¹ “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

deve ser usado com o fim de permitir situações de elusão tributária. Ou seja, na esteira do que foi recomendado pela OCDE no seu Plano de Ação BEPS, seria possível em qualquer caso invocar a norma geral antielusiva para contornar hipóteses de elusão tributária não “capturadas” pela norma especial antielusiva de algum ADT relevante.⁴⁴²

and purpose of the relevant provisions. That principle applies independently from the provisions of [the PPT clause], which merely confirm it” (OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 222).

⁴⁴² A adição de linguagem preambular a ADTs existentes por meio do MLI coopera para dar a essas normas gerais antielusivas poderes que antes não possuíam no Direito Tributário da Índia. Um precedente emblemático da jurisprudência daquele país, a saber, o caso *Azadi Bachao*, foi decidido a favor do sujeito passivo justamente em razão da ausência de qualquer determinação no preâmbulo do ADT entre Índia e Ilhas Maurício no sentido de que aquele ADT deveria ser usado para enfrentar estratégias de elusão tributária (vide: ÍNDIA. *Union of India & Anr v. Azadi Bachao Andolan & Anr 263 ITR 706 (SC)* cit.). O fator “dificultador”, no entanto, é que o preâmbulo por si só nada estabelece quanto aos mecanismos para enfrentar a elusão tributária internacional (se mediante normas especiais, se por meio de uma cláusula de PPT, se a opção de um Estado soberano pela adoção de uma cláusula de LOB e de PPT no mesmo ADT implica que suas autoridades fiscais “levarão em consideração” o cumprimento do sujeito passivo com a letra das disposições da cláusula de LOB), e isso abre margem para que diferentes Estados soberanos leiam no preâmbulo recomendado pela Ação 6 do Plano de Ação BEPS o sentido que já for condizente com os termos de sua própria política fiscal internacional. Sobre o tema, tratando a tributação internacional pós-BEPS como um “instrumento monetário” nos Estados Unidos, vide: SHEPPARD, Lee A. De-FANGed International Taxation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 94, p. 1155-1163, 2019.

2 POLÍTICA FISCAL INTERNACIONAL

Em 1902, foi publicada a segunda edição da obra *Estudos de direito e economia política* do célebre jurista Clóvis Beviláqua. Escrevendo sobre o Direito Internacional Privado, o autor faz uma observação que é em tudo pertinente ao tema do qual trataremos neste Capítulo, a saber, o tema da Política Fiscal Internacional. Vejamos a seguir o que disse BEVILÁQUA há mais de um século sobre o que poderíamos chamar de uma “conformação política” no âmbito internacional:

Ha quem pense que acima dos organismos nacionaes, existe, em via de completar a sua evolução, um organismo internacional constituído pela liga de interesses, dia a dia mais vultosos, de individuos pertencentes a paizes diferentes. Pondo de parte essa idéa de organismo, que poderá parecer aventurosa, não será licito pôr em duvida a existência da sociedade internacional. Uma sociedade presuppõe concessões mutuas, cooperação, combinação de esforços, comparticipação de vantagens. As vantagens da sociedade internacional serão tanto maiores quanto melhor permittirern as concessões mutuas dos Estados que encontrem satisfacção legitima, os interesses dos individuos que originarios de uns forem exercer n’outros a sua actividade.⁴⁴³

A reflexão de Clóvis Beviláqua, para além de sua clarividência, traz uma previsão de como as relações entre Estados soberanos e seus jurisdicionados evoluíram com o passar dos anos. Quando o autor cita a expressão “sociedade internacional”, o que parece dizer é que, segundo a sua perspectiva em 1902, já se configurava uma genuína comunhão de esforços que moveriam o mundo, quer mediante iniciativas voltadas ao bem comum, quer graças à perseguição de interesses individuais.⁴⁴⁴ Sua referência a indivíduos que, originários de um Estado, exercem “n’outros a sua actividade”, parece uma leitura prospectiva da mão de obra cada vez mais móvel que temos hoje, quer fisicamente, com a modernização da infraestrutura de transportes em diferentes partes do mundo, quer digitalmente, após a revolução promovida pela Internet (revolução essa que foi acelerada sobremaneira em 2020 pela pandemia do vírus Covid-19). É esse reconhecimento de que participamos de um mundo globalizado e de que as decisões tomadas por um dos Estados soberanos podem trazer repercussões para si e para os

⁴⁴³ Vide: BEVILÁQUA, Clóvis. *Estudos de direito e economia política*. 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902. p. 263-264.

⁴⁴⁴ “Para que lhes seja tolerada a projecção em domínios de outras soberanias, devem as leis de cada Estado ceder um pouco em sua territorialidade, sempre que essa concessão, reclamada por interesses dignos de protecção, não contrariarem directamente os fins visados por ellas” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Estudos de direito e economia política* cit., p. 263-264). Compare-se essa noção de sociedade internacional com aquela discutida em: SCHEIPERS, Sibylle. *Negotiating Sovereignty and Human Rights: International Society and the International Criminal Court*. Manchester: Manchester University Press, 2009. p. 1-12.

seus semelhantes que é central para a noção de Política Fiscal Internacional discutida nesta tese.

No Capítulo 1, tratamos da elusão tributária, que representa a subversão da norma jurídica tributária para atingir fins que violam o ordenamento jurídico em que está inserida, e também tratamos de normas antielusivas internas e internacionais, que são as ferramentas à disposição dos sujeitos ativos para contornar esse problema. Neste Capítulo 2, posicionaremos as considerações do Capítulo 1 no cenário da Política Fiscal Internacional. É dizer: vamos deixar de tratar apenas da relação entre Estado e sujeito passivo e vamos passar a tratar da relação desse Estado tributante com outros Estados tributantes no mundo globalizado em que vivemos, a nossa versão contemporânea da “sociedade internacional” de Clóvis Beviláqua. Com este Capítulo 2, o que queremos é visualizar a problemática da elusão tributária internacional e de suas normas antielusivas internacionais sob o prisma específico da Política Fiscal Internacional. É essa visualização que nos ajudará a entender melhor o Plano de Ação BEPS apresentado no Capítulo 3 e as implementações do padrão mínimo da Ação 6 desse Plano de Ação BEPS em ADTs pós-BEPS no Capítulo 4.

2.1 Considerações preliminares

Antes de explicarmos o conceito de Política Fiscal Internacional a ser utilizado para os fins desta análise, devemos tratar brevemente da noção de sistema político, da relação entre o sistema político e o sistema jurídico, e, por fim, da noção de Política Fiscal. Alguns dos conceitos trazidos aqui (especialmente aqueles que explicam outros conceitos, como por exemplo as adjetivações para o conceito de “política fiscal”) servirão apenas como pano de fundo para a apresentação daquele que é o conceito mais fundamental deste Capítulo 2, a saber, o conceito de Política Fiscal Internacional. Tratamos deles neste Capítulo 2 porque, a nosso ver, não nos é possível apresentar o conceito de Política Fiscal Internacional, nem ele, nem os seus objetivos, sem contextualizar e contrapor essa exposição com esses elementos colaterais.

2.1.1 Política e sistema político

Em uma de suas palestras em 1918, WEBER estabeleceu para o termo “política” a definição de liderança ou influência sobre a liderança de certa associação política: a

associação política do Estado.⁴⁴⁵ Ele mais adiante disse que o Estado moderno deveria ser definido sociologicamente apenas nos termos dos meios que lhe eram peculiares, a saber, o uso da força.⁴⁴⁶ Essa noção de força é complementada pelas observações de DUVERGER, para quem o Estado, ao exercer esse poder instituído, o utiliza para propiciar a dominação de umas classes sobre as outras e para assegurar certa ordem social, uma integração dos indivíduos em sociedade na busca do bem comum.⁴⁴⁷ Ou seja, a noção de política é ao mesmo tempo a noção de poder⁴⁴⁸ e dos meios para exercer esse poder em sociedade. Como afirma o autor francês, o exercício desse poder não põe em disputa apenas dados objetivos, mas também juízos de valor sobre os seres humanos e sobre a sociedade, refletidos em opções e compromissos.⁴⁴⁹ É a serviço desses juízos de valor que se movimenta a política,⁴⁵⁰ manifestada em termos concretos como o conjunto de opções e compromissos que procuram conformar o mundo existente ao ideal de seus proponentes.

Ao dizermos que a política promove juízos de valor, resta evidente que estamos tratando da consecução prática de interesses. Esses interesses pertencem a cada ator político: quando nós atribuímos ao termo “política” um adjetivo qualquer (e.g., “protecionista”,

⁴⁴⁵ Vide: WEBER, Max. *From Max Weber: Essays in Sociology*. Traduzido, editado e com introdução por H. H. Gerth e C. Wright Mills. Nova York: Oxford, 1946. p. 77.

⁴⁴⁶ Idem, p. 78. A vinculação entre o conceito de “política” e a atividade estatal é uma das apreensões possíveis para o objeto de estudo da Ciência Política, mas não é a única. Cees van der Eijk, em extensa revisão da literatura especializada, distingue entre a política compreendida como “*an aspect of virtually all kinds of human behaviour and human interactions*”, que seria a visão da política enquanto “aspecto das relações humanas”, e, por outro lado, a política compreendida como a política de Estado e de governo, o que seria a visão da política inserida no seu “domínio político”. O autor não concede preferência a qualquer das duas perspectivas; para ele, a compreensão de ambas é útil ao estudo da política enquanto ciência. Vide: VAN DER EIJK, Cees. *The Essence of Politics*. Amsterdã: Amsterdam University Press, 2018. p. 9-13.

⁴⁴⁷ Vide: DUVERGER, Maurice. *Introducción a la Política*. Tradução Jorge Estebán. Barcelona: Ariel, 1997. p. 16. Vide ainda: BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40. As observações de Maurice Duverger se alinham à apreensão do termo “política” como um termo absorvido por considerações de ordem moral próprias do autor. Isso nos remete à divisão que Paul Janot fez entre a doutrina de Maquiavel sobre a política (que a separa da moral) e a doutrina Platonista sobre a política (que a subordina à moral). Vide, com comentários sobre a doutrina Platonista e a busca da virtude por parte do Estado: JANOT, Paul. *Histoire de la Science Politique dans ses Rapports avec la Morale*. 3. ed. Paris: Félix Alcan, 1887. t. I, p. 80-81.

⁴⁴⁸ “O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao de poder. [...] [O] poder é definido por vezes como uma relação entre dois sujeitos, dos quais um impõe ao outro a própria vontade e lhe determina, malgrado seu, o comportamento” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luiz Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1998. v. I, p. 954).

⁴⁴⁹ Vide: DUVERGER, Maurice. *Introducción a la Política* cit., p. 14.

⁴⁵⁰ Numa frase lapidar, Paul Janot bem descreve essa natureza veicular da política em sociedade: “Les lois et les mécanismes politiques ne sont que des points d’appui pour la faiblesse des hommes; le principal ressort est toujours dans le coeur” (JANOT, Paul. *Histoire de la Science Politique dans ses Rapports avec la Morale* cit., p. 85).

“conservadora”, “progressista”, “liberal”), esse adjetivo só se justifica ao lado do termo “política” porque o termo “política” por si só enuncia que os atores políticos advogam algum interesse. O adjetivo escolhido é a explicação desse interesse para o interlocutor. Portanto, se há algum interesse veiculado pela política, e se esse interesse busca imprimir ao mundo existente aquilo que reclamam os valores de cada ator político, é natural que a ação política imponha opções e compromissos em meio a *outros atores políticos*, tenham eles os mesmos interesses ou não. Aqui é relevante reconhecer esse traço da política: sua ação é pautada pela busca de interesses próprios (de indivíduos, de grupos ou de comunidades) em alinhamento ou confronto com interesses outros, interesses daqueles atores que SCHMITT caracterizou como “amigos” ou “inimigos”.⁴⁵¹ Numa outra leitura, posicionando a política em meio a referências de *conflito* e de *cooperação*, diz LAVER que:

Most typically of all, however, politics is about the characteristic blend of conflict and co-operation that can be found so often in human interactions. Pure conflict is war. Pure co-operation is true love. Politics is a mixture of both. I will go further, and claim that any mixture of conflict and cooperation is politics.⁴⁵²

É interessante notar a política como “qualquer mistura de conflito e cooperação”, uma vez que é o conjunto de “opções e compromissos” dos atores políticos nessa arena de adversários e de cooperadores que produz *políticas* (ou seja, ações políticas) no seu sentido mais concreto. É a diferença entre o que os ingleses chamam de *politics* (ou *polity*, que seria a política como objeto de estudo ou a política vista em seu sentido mais amplo) e *policy* (que seria a ação política em si, o grupamento de medidas que reflete os interesses de seus proponentes),⁴⁵³ embora ambos os termos sejam para nós componentes do conceito maior de “política” que empregamos ao descrever a “Política Fiscal Internacional”. Política, portanto, é esse conjunto de opções e compromissos identificável como objeto de estudo e como ação política, demarcada que seja por suas diferentes esferas de atuação ou interesses. É justamente essa abordagem dual que permite a BOSTON, BRADSTOCK e ENG definir a expressão “política

⁴⁵¹ Vide SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Versão de Rafael Agapito. Madri: Alianza Editorial, 2009. p. 56. O autor esclarece que os conceitos de “amigo” e “inimigo” devem ser tomados pelo intérprete em seu sentido concreto e existencial, não como metáforas ou símbolos. Ele critica, inclusive, o aporte às discussões sobre Política daquilo que ele chama de uma debilidade do conceito de “inimigo”, por exemplo, estabelecida pela Economia, quando se refere a ele como “competidor”. Idem, p. 58.

⁴⁵² Vide: LAVER, Michael. *Invitation to Politics*. Oxford: Martin Robertson, 1983. p. 1.

⁴⁵³ Vide: KNIGHT, Charles (Ed.). *Political Dictionary; Forming a Work of Universal Reference, both Constitutional and Legal, and Embracing the Terms of Civil Administration, of Political Economy and Social Relations, and of All the More Important Statistical Departments of Finance and Commerce*. Londres: Charles Knight & Co., 1846. v. II, p. 954-955.

pública” (no inglês, *public policy*) como tudo aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer,⁴⁵⁴ tanto sob a perspectiva principiológica (que seria a definição mais abrangente de “política”, e é “pública” por ser movida pelos governantes em relação ao povo), quanto sob a perspectiva empírica (a ação política perante e para o povo).

Todas as considerações supramencionadas nos conduzem à definição de “sistema político”, que segundo VAN DER EIJK é o conjunto de membros, atores políticos, instituições, processos e relações de poder e de influência que existem em uma sociedade, comunidade ou grupo.⁴⁵⁵ Em complemento a essa definição, numa leitura mais alinhada à teoria dos sistemas,⁴⁵⁶ EASTON estabelece para o sistema político *propriedades de identificação*, a saber, (i) as ações políticas enquanto *unidades do sistema* e (ii) as ações não relacionadas a decisões vinculantes para a sociedade enquanto *fronteiras do sistema*.⁴⁵⁷ O autor também estabelece a diferença entre o *input* do sistema político, que seriam as demandas sociais e o suporte a essas demandas, e o *output* do sistema político, que seriam as decisões tomadas através de seus processos.⁴⁵⁸ Para integrar essas duas definições àquela que trouxemos para o termo “política” nos parágrafos anteriores, podemos dizer que o sistema político é o complexo de atores políticos e de suas ações políticas, ações essas inspiradas por demandas e pelo suporte a essas demandas pelos próprios atores políticos.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ Vide: BOSTON, Jonathan; BRADSTOCK, Andrew; ENG, David. Ethics and Public Policy. In: BOSTON, Jonathan; BRADSTOCK, Andrew; ENG, David (Ed.). *Public Policy: Why Ethics Matters*. Canberra: ANU Press, 2010. p. 1-4.

⁴⁵⁵ Vide VAN DER EIJK, Cees. *The Essence of Politics* cit., p. 121.

⁴⁵⁶ A definição mais elementar para o termo “sistema” pode ser encontrada nesta citação de Talcott Parsons: “[T]he interaction of two or more persons, the process of interaction itself being conceived as a system”. Vide: PARSONS, Talcott. *Social Structure and Personality*. Londres: Collier-Macmillan, 1970. p. 32. A perspectiva de Talcott Parsons serviu de inspiração para o trabalho de Niklas Luhmann, que posicionou a noção de sistema como um complexo separado de seu ambiente externo (ainda que influenciado por esse ambiente). Vide: LUHMANN, Niklas. *Introduction to Systems Theory*. Tradução Peter Gilgen. Cambridge: Polity, 2013. p. 44.

⁴⁵⁷ Vide: EASTON, David. An Approach to the Analysis of Political Systems. *World Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, v. 9, nº 3, p. 385, 1957. No mesmo sentido, vide: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 104.

⁴⁵⁸ Vide: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Idem, p. 384. Vide, no entanto, a crítica ao uso dos termos *input* e *output* na teoria dos sistemas sociais em: LUHMANN, Niklas. *Introduction to Systems Theory* cit., p. 33.

⁴⁵⁹ Em contraponto à noção de “conjunto” expressada por Cees van der Eijk: “Le système politique est bien système et non ensemble d’éléments, puisqu’il est un processus complexe par lequel une société acquiert son unité (et sa démarcation par rapport à l’environnement), tout en reproduisant ses différences internes. Il est bien politique et non simplement social, [...]” (VULLIERME, Jean-Louis. *Le Concept de Système Politique*. Paris: PUF, 1989. p. 153). Como apontamos no texto, a noção de sistema político enquanto “conjunto” deve ser integrada pela noção de sistema político enquanto “sistema” propriamente dito. É essa conformação enquanto sistema que permite falarmos de uma autoipoiese do sistema político em relação ao seu ambiente: a produção de suas ações ou decisões políticas é autorreferencial, ou seja, parte da sua própria rede de elementos (ainda que com abertura cognitiva para o ambiente que os cerca). Sobre a noção mais abrangente de autoipoiese em Niklas Luhmann e em sua teoria dos sistemas, vide: TEUBNER, Gunther. *El Derecho*

2.1.2 A relação entre o sistema político e o sistema jurídico

Tanto compreendemos a Política como sistema político, quanto também o Direito como sistema jurídico, definido por TEUBNER como um sistema social autopoietico (uma rede de operações elementares que recursivamente reproduz operações elementares, sendo esse elemento a “comunicação jurídica”).⁴⁶⁰ A relação entre ambos os sistemas parece ser evidente: são as discussões políticas, a disputa de interesses entre atores políticos e o processo político que influenciam as comunicações jurídicas, cujos resultados para a sociedade são as próprias normas jurídicas.⁴⁶¹ Dito de outra forma, adotamos a posição de que as normas jurídicas (sejam princípios, sejam regras) não são anteriores às ações políticas que lhes deram causa. Afirmar o contrário seria querer admitir, por exemplo, que o “princípio de vedação à elusão tributária” já era inescapável à própria razão humana, e que as decisões do sistema político meramente reconheceram aquilo que já seria *natural*, automático, preexistente para o sistema jurídico.⁴⁶² Contrário a uma manifestação desse raciocínio é o trabalho de ARNOLD,⁴⁶³ para quem seria um revisionismo injustificado pretender agora, ou a partir do Plano de Ação BEPS da OCDE, que o que ele chama de princípio de *prevention of double non-taxation [of income]* (no português, “princípio de prevenção de dupla não tributação [da renda]”) tenha sido um princípio do Direito Tributário Internacional pelos últimos setenta e cinco anos.

Essa perspectiva sobre a relação entre os sistemas político e jurídico nos conduz a certas ponderações. Quando comentamos que a ação política é movida por um ator político em meio a outros atores políticos, indicamos que a ação política pode ser interdependente em relação a esses outros atores. Essa relação é percebida no seu aspecto comunicacional (em termos práticos, nos debates políticos acerca de temas relevantes para a sociedade) e na sua

como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global. Editado por Carlos Gómez-Jara Diez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 31-32.

⁴⁶⁰ Vide TEUBNER, Gunther. Idem, p. 37-38.

⁴⁶¹ “Passing a law in parliament can be counted as a political success, as it marks the end to lengthy efforts to achieve a consensus. At the same time, it changes the state of validity of the law and serves as an instruction to courts and, beyond that, to everyone who wants to know what is legal and what is illegal in the appropriate context” (LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Tradução Klaus A. Ziegert. Nova York: OUP, 2004. p. 377).

⁴⁶² Esse argumento resgata para nós o comentário de Norberto Bobbio sobre Grócio, que em sua obra *De jure belli ac pacis* caracteriza o jusnaturalismo como “um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, [...]” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 20).

⁴⁶³ Vide: ARNOLD, Brian J. The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 73, n° 12, p. 3, 2019.

influência perante o sistema jurídico, ou seja, na própria produção das normas jurídicas que veiculam essas ações políticas. Daí podemos dizer que, se forem percebidas diferenças entre as normas jurídicas editadas pelos legisladores de dois Estados soberanos, tais diferenças não serão apenas estáticas, um retrato de normas jurídicas incompatíveis entre si. Serão, isso sim, testemunho de ações políticas possivelmente distintas, e mais, ações políticas que poderão ter sido executadas com a ciência e em razão das ações políticas do outro. Sob outro prisma, notar nas normas jurídicas de uma parte e de outra diferenças terminológicas ou de aplicação traz implicações não apenas para o próprio ramo do Direito posto de que essas normas jurídicas fazem parte, mas sim para a compreensão do sistema político que orientou a elaboração dessas normas. É na seara política que notaremos se as autoridades desses Estados pretendiam unir ou coordenar esforços entre si, e terminaram por editar normas jurídicas incompatíveis com essa pretensão, ou se jamais tiveram qualquer pretensão de cooperar entre si, e as normas jurídicas que produziram assim o comprovam.⁴⁶⁴

Outra ponderação diz respeito à legitimidade desses sistemas interrelacionados, o sistema político e o sistema jurídico. CAMPILONGO registra que a função do sistema político seria a de tomar “decisões coletivas”, enquanto a função do sistema jurídico seria a de “garantir direitos”, ressaltando que o sistema político fornece ao sistema jurídico as premissas decisórias e o reforço da eficácia das decisões jurídicas, enquanto o sistema jurídico legitima as decisões políticas e oferece as “premissas para o uso da violência”.⁴⁶⁵ Pois bem, se os atores políticos tomarem decisões coletivas que sejam tendentes a afrontar a garantia de direitos, mantidos a demanda e o suporte que as propiciaram, ou bem (i) as suas decisões serão alvo de alguma repressão partida do sistema jurídico (e.g., uma decisão judicial declarando que determinada lei é inconstitucional), ou (ii) as suas decisões e seus efeitos permanecerão no sistema jurídico como evidência daquela perspectiva, relevante para aqueles atores políticos, do que é a

⁴⁶⁴ Nada nessas considerações, por evidente, estabelece como elemento necessário para a interpretação das normas jurídicas algum aspecto subjetivo das decisões políticas que lhe deram causa (seguindo a observação de Niklas Luhmann de que a “intenção do legislador”, íntima do processo político, é relevante apenas naquilo que consta do texto posto da norma jurídica resultante). Vide: LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System* cit., p. 367. Em sentido contrário, vide: JACOBSON, Arthur J. *Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann*. *Michigan Law Review*, Ann Arbor: University of Michigan, v. 87, nº 6, p. 1647-1652, 1989.

⁴⁶⁵ Vide: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79-88. A noção de que os poderes constituídos do Estado (na sua condição de atores políticos) são responsáveis pela edição de normas jurídicas e, doutra parte, encontram contrapesos ao seu “agir político” entre essas mesmas normas, é vista também em: TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Nova York: Cambridge, 2004. p. 115.

“garantia de direitos” pautada pelas suas opções e compromissos (ou seja, numa situação em que as decisões coletivas advindas do sistema político são legitimadas pelo sistema jurídico). A hipótese (i) não desconstrói a nossa assertiva anterior de que as normas jurídicas não são anteriores às ações políticas que lhes deram causa; prova disso é que o recurso contra a lei resultante de decisões políticas que “não garantem direitos” é direcionado para as normas do próprio sistema jurídico, normas essas que também foram fruto de ações e decisões políticas pregressas. Já a hipótese (ii) indica que as funções dos sistemas político e jurídico foram ambas devidamente cumpridas *sob a perspectiva dos atores políticos daquela sociedade*, o que confronta a avaliação do intérprete de que o sistema jurídico relevante não “garantiu direitos” com a sua própria perspectiva de que, sim, o sistema jurídico “garantiu direitos”. Como afirmam KING e THORNHILL, lendo a obra de Niklas Luhmann:

The concrete hallmark of a legitimate political system is that it can introduce positive ‘laws’ (or policies which ultimately assume the form of law), which are then accepted as legitimate. A political system thus becomes legitimate if it can explain itself as legitimate, and if it can confer plausibility on the policies and laws to which it gives rise. Importantly, this theory of legitimacy makes no substantive claims about the necessary character of government or about the necessary content of policies and laws.⁴⁶⁶

Com isso podemos dizer que as decisões de um sistema político poderão ser tomadas como legítimas por atores políticos de uma sociedade, inclusive naquilo que essas decisões contribuíram para a edição de uma dada norma jurídica, mesmo que, sob a perspectiva de outros atores políticos (e.g., atores políticos não engajados na elaboração da tal norma jurídica), a norma jurídica seja prova do descumprimento da função do sistema jurídico de “garantir direitos”. Em termos práticos: ainda que sob a perspectiva dos atores políticos do Estado A determinada norma antielusiva X “garanta direitos” (e.g., o direito público subjetivo de tratamento isonômico perante a administração tributária), essa mesma norma antielusiva X poderá ser reputada pelos atores políticos do Estado B como, no mínimo, imprestável para a proteção dos tais direitos, e, no máximo, ofensiva a eles. Por isso mesmo, dizer que essa norma antielusiva X é *legítima* para o Estado A não responde à pergunta de se essa norma é vista pelo Estado B como cumpridora da função de “garantir direitos”. Essa dissonância entre as perspectivas políticas dos Estados A e B pode gerar efeitos diretos para os seus sistemas

⁴⁶⁶ Vide: KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law*. Nova York: Palgrave MacMillan, 2003. p. 74.

políticos: graças à consciência da posição do outro, como tratamos anteriormente, suas ações políticas poderão ser conduzidas e reconduzidas. Essa mesma dissonância pode também gerar efeitos indiretos para os seus sistemas jurídicos: se os operadores do Direito no sistema jurídico do Estado B não reconhecerem na norma antielusiva X uma genuína norma antielusiva, é razoável supor que essa norma X terá pouca utilidade como um referencial de combate às operações de elusão tributária com que lidam. Não resolvidas essas diferenças sob o amparo de uma Política Fiscal Internacional, de que trataremos mais à frente, as noções de normas antielusivas legítimas (cumpridoras de suas funções de “garantir direitos” para grupos de atores políticos diversos) tenderão ao progressivo distanciamento entre si.⁴⁶⁷

2.1.3 A política fiscal

Tratar de política fiscal é tratar de uma das vertentes da política pública, aqui vista como a política exercida por Estados soberanos em relação às suas jurisdições e em prol dos interesses defendidos pelos seus jurisdicionados. FRIEDMAN, separando a noção daquela pertinente à política monetária, afirmou que a política fiscal diz respeito aos ajustes na relação entre tributos e despesas públicas custeadas por esses tributos.⁴⁶⁸ Apenas a título de esclarecimento, para os fins deste item e da tese em geral, trataremos por *política fiscal* o

⁴⁶⁷ Vide, com observações similares sobre o Direito Internacional Público: KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics. *The Modern Law Review*, Londres: LSE, v. 70, nº 1, p. 20-25, 2007. No Direito Internacional Público, ao contrário do que tipicamente ocorre no Direito Tributário Internacional, Estados soberanos assumem compromissos uns perante os outros mediante a adesão a acordos multilaterais propriamente ditos (diferentes do MLI, que é um acordo multilateral sobre ADTs ou sobre outros acordos multilaterais regionais), o que conduz à consideração de que as diferenças entre as normas do Estado A e do Estado B, sob esses acordos multilaterais, são *resolvidas* mediante recurso ao próprio acordo multilateral (se não forem resolvidas, o acordo multilateral perde sua eficácia). Vide: D'AMATO, Anthony. Groundwork for International Law. *The American Journal of International Law*, Cambridge: CUP, v. 108, nº 4, p. 675, 2014. Seja como for, essa *resolução* que o Direito Internacional Público conhece por meio do acordo multilateral é também uma resolução para fins do sistema político dos Estados envolvidos.

⁴⁶⁸ No subcapítulo 2.2 desta tese, faremos referência a uma definição de “Política Fiscal Internacional” que é tanto área de estudo da Ciência Política e da Macroeconomia, quanto também um *sistema político em si mesmo*, com atores políticos próprios, demanda e suporte próprios e decisões coletivas próprias, tudo na esteira do que apontamos no subitem 2.1.2. Daí seria possível questionar se a mesma natureza de “sistema político” não deveria também ser franqueada para a “Política Fiscal”. O questionamento parece aludir à noção de uma única economia global, já bem conhecida de autores do campo da Macroeconomia. Vide, por exemplo: RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 196. Vide ainda: GRIECO, Joseph M.; IKENBERRY, G. John. *State Power and World Markets: The International Political Economy*. Nova York: W. W. Norton, 2002. p. 207. Acreditamos que sim, há relações entre as políticas fiscais internas de diferentes atores políticos no cenário internacional, e que não, essas relações não pertenceriam ao que chamamos de “Política Fiscal Internacional” (seriam parte da Política Fiscal enquanto sistema político). Conquanto mencionemos essa ponderação, no entanto, ressaltamos que outros comentários a esse respeito fogem ao objeto desta tese.

sistema político que cumpre com essa definição e é referente às ações políticas de um Estado soberano ou de uma jurisdição qualquer *em relação a si* (ou seja, para nós, a expressão “política fiscal” é equivalente à expressão “política fiscal interna”). Por outro lado, quando fizermos menção à expressão “Política Fiscal”, estaremos tratando da Política Fiscal em abstrato, ou seja, da Política Fiscal enquanto área de estudo da Ciência Política e da Macroeconomia (que compreende o estudo das políticas fiscais internas de diferentes Estados soberanos e jurisdições pelo mundo).⁴⁶⁹

Diz-se que a política fiscal é do tipo *expansionista* se expande as despesas públicas em relação à carga tributária (ou, ainda, se reduz esses tributos) e é do tipo *contracionista* se faz o inverso, reduzindo as despesas públicas em relação aos tributos que são sua fonte de custeio (ou, ainda, se estabelece novos tributos ou aumenta as bases ou alíquotas dos tributos existentes).⁴⁷⁰ Ancorados nessas definições, VEGH e VULETIN ainda categorizam políticas fiscais como *cíclicas* (expansionistas em períodos de crescimento econômico e contracionistas em períodos de recessão) ou *anticíclicas* (que fazem o oposto, particularmente em períodos de crise econômica).⁴⁷¹ Por último, o Fundo Monetário Internacional (FMI) faz ainda referência à política fiscal *estabilizadora* (direcionada para a estabilidade econômica) e à política fiscal *distributiva* ou *inclusiva* (que busca corrigir desigualdades econômicas).⁴⁷² De todo modo, seja qual for a sua adjetivação, a expressão “política fiscal” parece nos remeter a opções e compromissos firmados sobre a tributação de sujeitos passivos, de um lado, e sobre a utilização das receitas arrecadadas com essa

⁴⁶⁹ Vide FRIEDMAN, Milton. Has Fiscal Policy Been Oversold? In: FRIEDMAN, Milton; HELLER, Walter W. *Monetary vs. Fiscal Policy: a dialogue*. Nova York: W. W. Norton & Company, 1969. p. 51. No mesmo sentido, vide: BACHA, Carlos José Caetano. *Macroeconomia aplicada à análise da economia brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 133.

⁴⁷⁰ Vide, por exemplo: CHERUNILAM, Francis. *International Economics*. 5. ed. Nova Délhi: Tata McGraw Hill, 2008. p. 374-375. “[P]rices in an economy do not immediately adjust to shocks, which can lead to unemployment of resources. [...] To reduce unemployment, expansionary fiscal policy (an increase in spending or a reduction in taxes to expand aggregate demand) can be employed” (GRAVELLE, Jane G.; HUNGERFORD, Thomas L. Can Contractionary Fiscal Policy be Expansionary? *Report*, Washington D.C.: CRS, 7-5700, p. 1-18, 2013. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41849.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020). Com os autores concorda Sérgio Ricardo de Brito Gadelha, para quem a revisão da literatura sobre política fiscal após 1990 demonstra que a dicotomia entre políticas fiscais “expansionistas” e “contracionistas” não é estanque. Vide: GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. Política fiscal anticíclica, crise financeira internacional e crescimento econômico no Brasil. *Revista de Economia Política*, São Paulo: CEP, v. 31, nº 5, p. 795, 2011.

⁴⁷¹ Vide: VEGH, Carlos A.; VULETIN, Guillermo. Fiscal Policy Responses during Crises in Latin America and Europe: Implications for the G-20. In: DERVIŞ, Kemal; DRYSDALE, Peter (Ed.). *The G-20 Summit at Five – Time for Strategic Leadership*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2014. p. 144.

⁴⁷² Vide: FMI. *Fiscal Monitor: Curbing Corruption*. Washington D.C.: FMI, 2019. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2019/03/18/fiscal-monitor-april-2019>. Acesso em: 24 maio 2020.

tributação, de outro, para o atingimento de finalidades de conformação econômica e social de uma dada jurisdição. Dizer que determinada decisão tomada por algum Estado soberano foi uma decisão de política fiscal é dizer que essa decisão causou modificações na forma como esse Estado soberano utiliza o seu poder tributante e/ou na forma como utiliza os recursos daí derivados para custear despesas públicas.

À luz da definição dada para a expressão “política fiscal”, fica claro que há forte vinculação entre esse sistema político e as normas de Direito Tributário e de Direito Financeiro de um mesmo Estado soberano.⁴⁷³ Já aludimos a essa relação no subitem 2.1.2, *supra*, mas trazemos aqui dois exemplos concretos. No Brasil, em pronunciamento público de novembro de 2009, o então Ministro da Fazenda Guido Mantega (no período do segundo mandato presidencial de Luiz Inácio Lula da Silva) anunciou a prorrogação da alíquota zero de IPI para caminhões. Ao fazer esse anúncio, o Ministro pontuou:

Nós estamos estimulando a compra de caminhões novos porque nós temos no Brasil uma frota antiga, o tempo médio dos caminhões no Brasil são [sic] dezoito anos, portanto, caminhões que poluem muito a atmosfera, nós vamos prolongar a redução de tributos, a redução de IPI para junho do ano que vem.⁴⁷⁴

A decisão coletiva a que o Ministro fez referência na ocasião pode ser resumida como “incentivar a compra de caminhões novos por motivos ambientais”, e a contribuição que essa decisão coletiva trouxe para o sistema jurídico se materializou no Decreto nº 7.017, de 26 de novembro de 2009.⁴⁷⁵ Sendo o IPI um tributo da espécie “imposto”, as receitas com a sua arrecadação devem ser repartidas com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios, e isso é relevante porque demonstra que a decisão de política fiscal, como já visto, traz consequências não apenas para o Direito Tributário, mas também para o Direito Financeiro. Registre-se, nesse sentido, o pronunciamento público do Senador Álvaro Dias em 07 de dezembro de 2009, ocasião na qual o parlamentar alertou para a perda citada pela União Brasileira de Municípios de cerca de 700 milhões de reais com a redução do IPI (que incluiu a prorrogação da

⁴⁷³ Vide: TANZI, Vito. Fiscal Policy: When Theory Collides with Reality. *CEPS Working Document*, nº 246, p. 4. Vide ainda: BEWLEY, Truman F. *General Equilibrium, Overlapping Generations Models, and Optimal Growth Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 2.

⁴⁷⁴ Vide: MANTEGA, Guido. *Alíquotas mais baixas de IPI*. YouTube. Publicado em 25 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wmlg3EKNfw>. Acesso em: 4 jun. 2020.

⁴⁷⁵ Vide: BRASIL. Decreto nº 7.017, de 26 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7017.htm. Acesso em: 4 jun. 2020.

alíquota zero do tributo para os caminhões).⁴⁷⁶ O impacto da renúncia de receitas tributárias para o orçamento público atesta a relação entre a política fiscal enquanto sistema político, de um lado, e o Direito Financeiro enquanto sistema jurídico, de outro. A resultante dessa relação por vezes envolverá modificações no Direito Tributário (e.g., a instituição ou o aumento de algum tributo para arrecadar receitas que façam frente às despesas públicas previstas no orçamento).⁴⁷⁷

Por fim, um exemplo do efeito de uma política fiscal contracionista sobre a norma tributária pode ser visto na sanção pelo então Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, do chamado *Omnibus Budget Reconciliation Act* de 1993, lei que aumentava as alíquotas de tributos sobre a renda e sobre heranças e doações (no inglês, *estate and gift taxes*).⁴⁷⁸ Naquele caso, a lei inclusive estabeleceu um aumento de tributos retroativo sobre essas manifestações econômicas (embora a lei tenha sido sancionada em 10 de agosto de 1993, seus efeitos eram retroativos no tocante a essas disposições tributárias até o dia 1º de janeiro do mesmo ano). Segundo o então Senador Spencer Abrams, essa retroação, resultado de uma decisão política acerca da norma posta no Direito Tributário, trouxe graves prejuízos para a classe média naquele país.⁴⁷⁹ Os aumentos dos tributos, justificados pela necessidade de corrigir um déficit orçamentário na administração de Bill Clinton, foram duramente criticados por juristas norte-americanos à época.⁴⁸⁰

2.2 Os conceitos de política fiscal internacional e de Política Fiscal Internacional

Podemos conceituar a expressão “política fiscal internacional” como a política fiscal direcionada, por um lado, para a tributação de fatos geradores internacionais, e, por

⁴⁷⁶ Vide: BRASIL. *Anais do Senado Federal*. Sessão de 7 de dezembro de 2009. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/2009/2009%20Livro%2088.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

⁴⁷⁷ Sobre as questões ainda latentes de sopesamento das renúncias de receitas tributárias diante das crescentes necessidades do orçamento público, principalmente no atendimento a direitos públicos subjetivos como o direito à saúde e à educação, vide: PINTO, Élide Graziane. *Gasto Tributário (não) tem Limite de Prazo, nem Teto Fiscal?* Consultor Jurídico. Publicado em 30 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-30/gasto-tributario-nao-limite-prazo-nem-teto-fiscal>. Acesso em: 4 jun. 2020.

⁴⁷⁸ Vide: ESTADOS UNIDOS. *H. R. 2264 – Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993*. Publicado em 10 de agosto de 1993. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/2264/text>. Acesso em: 4 jun. 2020.

⁴⁷⁹ Vide: ABRAHAM, Spencer. *The Real 1980s*. The World & I. Abril de 1996. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CREC-1996-04-18/html/CREC-1996-04-18-pt1-PgS3681-4.htm>. Acesso em: 4 jun. 2020.

⁴⁸⁰ Cite-se, por exemplo, SCHULTZ, Andrew G. Graveyard Robbery in the Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993: A Modern Look at the Constitutionality of Retroactive Taxes. *John Marshall Law Review*, Chicago: John Marshall Law School, v. 27, n° 3, p. 775-818, 1994. Vide ainda: GEORGE, Michael J. Digging Up New Revenue: Retrospective Estate Taxation and the Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993. *West Virginia Law Review*, Morgantown: West Virginia University, v. 96, n° 4, p. 971-1014, 1994.

outro lado, para o emprego dos recursos auferidos por essa tributação para custear despesas públicas, guardando sob ambas as perspectivas a devida atenção às ações e inações das contrapartes do Estado soberano relevante no cenário internacional. Diferenciamos aqui as expressões “política fiscal internacional”, esta designada para se referir às opções e aos compromissos assumidos por uma mesma jurisdição na fiscalidade internacional, e “Política Fiscal Internacional”, que trataremos como as diretrizes acordadas entre essas jurisdições para pautar suas ações de política fiscal internacional nas relações que desenvolvem entre si.⁴⁸¹ Isso se confunde com aquilo a que CASTAGNÈDE se refere como uma Política Fiscal “Mundial”. Para o autor, e o nosso conceito de Política Fiscal Internacional possui nuances similares, essa Política Fiscal “Mundial” é voltada à atratividade fiscal dos territórios de cada jurisdição e ainda à garantia de tributação suficiente dos rendimentos de operações internacionais, sendo esses objetivos ponderados em relação às demandas dos orçamentos públicos locais.⁴⁸² Essas preocupações de Política Fiscal Internacional são a força-motriz das mudanças nas normas jurídicas sobre a fiscalidade internacional: sem o contexto político dessas mudanças, as normas por si mesmas não explicam nem as circunstâncias, nem o intuito dos Estados que as editaram, nem tampouco esclarecem os fins eleitos por esses Estados para os seus sistemas tributários como um todo.

Ao contrário do que ocorre com a expressão “Política Fiscal”, conhecida das áreas de Ciência Política e de Macroeconomia, a expressão “Política Fiscal Internacional” é pouco citada, possivelmente porque a expressão “Política Fiscal” já é empregada por autores dessas áreas de estudo como compreensiva daquilo que nós conceituamos como “Política Fiscal Internacional”.⁴⁸³ Doutra parte, quando nos referimos à expressão “Política Fiscal

⁴⁸¹ Em sua obra, Sérgio André Rocha definiu a expressão “política fiscal internacional” como aquela referente ao “conjunto de fundamentos, justificativas e finalidades buscadas por um país na elaboração de sua legislação tributária doméstica incidente sobre transações internacionais, e na negociação de acordos internacionais” (ROCHA, Sérgio André. *Política fiscal internacional brasileira* cit., p. 18). Como iremos tratar na nossa tese de normas antielusivas em ADTs, e como essas normas antielusivas conformam a imposição de tributos, é natural que nossos comentários sobre Política Fiscal Internacional (e sobre a política fiscal internacional das jurisdições) nos Capítulos seguintes sejam mais voltados para a sua perspectiva tributária. No entanto, consideramos que a área de estudo compreende tanto a perspectiva tributária (no inglês, *tax policy*), quanto a perspectiva de finanças públicas (no inglês, *budgetary policy*), ainda que admitamos que a implementação das propostas da OCDE no Plano de Ação BEPS traga para as finanças públicas das jurisdições relevantes consequências mediatas e não imediatas.

⁴⁸² “Un objectif majeur de politique fiscale, pour les décennies à venir, consiste ainsi en la rationalisation du mode de partage entre les États du droit d’imposer les bénéfices mondiaux des groupes internationaux” (CASTAGNÈDE, Bernard. *La politique fiscale*. Paris: PUF, 2008. p. 105-123).

⁴⁸³ Vide: BUITER, W. M.; KLETZER, K. M. Fiscal Policy Coordination as Fiscal Federalism: Economic Integration, Public Goods and Efficiency in Growing Economies. *European Economic Review*, Nova York: Elsevier, v. 36, nº 2/3, p. 647-653, 1992. Vide ainda: LOMBARDO, Giovanni; SUTHERLAND, Alan.

Internacional”, não estamos tratando de um sistema político que necessariamente influencia tanto a edição de normas de Direito Tributário Internacional, quanto a edição de normas de *Direito Financeiro Internacional*. Tratar a expressão como relacionada a esse domínio seria exigir de nós, por exemplo, que traçássemos vínculos entre as decisões vindas da Política Fiscal Internacional, as normas antielusivas pertencentes ao Direito Tributário Internacional, e normas não de Direito Financeiro Interno, mas sim do Direito Financeiro Internacional (ou seja, do Direito Financeiro que regula as relações financeiras entre diferentes jurisdições e Estados soberanos e entre eles e as organizações internacionais).⁴⁸⁴ Não é assim que vemos o tema. Para esclarecer, *enquanto conceito*, entendemos que a Política Fiscal Internacional se relaciona com o Direito Tributário Internacional e com o Direito Financeiro Interno, ainda que, nos Capítulos seguintes, tratemos prioritariamente dos impactos de decisões de Política Fiscal Internacional para o universo do Direito Tributário Internacional (porque é assim que aplicamos o conceito à nossa tese). Essa nossa assertiva se relaciona, por exemplo, com o que se dirá a respeito da Justiça Fiscal como objetivo coletivo da Política Fiscal Internacional mais à frente: é um objetivo que conforma as normas tributárias à sua finalidade legítima de municiar os Estados com recursos suficientes para garantir o bem-estar social. Daí dizermos que esse sistema político toca, de um lado, as normas sobre tributação internacional, e, de outro, porém com menor destaque, as normas sobre as finanças públicas internas de cada jurisdição relevante.

Um exemplo imediato do conjunto de opções e compromissos manifestados no âmbito da Política Fiscal Internacional é aquilo que ocorreu durante e após o Plano de Ação BEPS da OCDE, mas o tema será objeto da nossa análise nos Capítulos 3 e 4. Para darmos outro exemplo, cite-se aqui o esforço de diferentes jurisdições para construir uma rede de cooperação entre as suas autoridades fiscais no intuito de garantir o cumprimento de normas tributárias por parte de sujeitos passivos transnacionais, esforço esse que trouxe como

Monetary and Fiscal Interactions in Open Economies. *Journal of Macroeconomics*, Nova York: Elsevier, v. 26, n° 2, p. 320-322, 2004.

⁴⁸⁴ Vide: SHAPOVALOV, Mikhail A. Derecho Financiero Internacional: Historia, Estado Actual y Perspectivas de Desarrollo. *Dikaion*, Chía: Universidad de la Sabana, ano 29, v. 24, n° 1, p. 171-195, 2015. Resgate-se aqui a observação de Ricardo Lobo Torres sobre a defesa da existência do Direito Financeiro Internacional pelos “adeptos do primado do Direito Interno, hoje em franca decadência”. O autor questionou como seria possível que a ordem interna condicionasse a internacional. Vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 22. No entanto, tratando daquilo que reputamos como o Direito Financeiro Internacional ao discorrer sobre a reestruturação da dívida externa no âmbito internacional, vide: LOCHAGIN, Gabriel Loretto. *Elementos jurídicos da reestruturação internacional da dívida pública*. Série Direito Financeiro. Coordenada por José Maurício Conti. São Paulo: Blucher, 2017. p. 123-126.

resultado a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária da OCDE, que inclusive foi assinada pelo Brasil em 2011 (em inglês, *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, ou “MAATM”).⁴⁸⁵ Segundo o preâmbulo do MAATM, notou-se um aumento de mobilidade não apenas de bens e de serviços no cenário internacional, mas também de pessoas e de capital, o que exige das autoridades fiscais um esforço coordenado para impedir que esse aumento de mobilidade resulte em mais evasão e elusão tributárias.⁴⁸⁶ Ainda, diz o preâmbulo dessa Convenção que os diferentes Estados interessados reconheceram que o ambiente de cooperação preexistente entre as suas autoridades fiscais poderia ser melhor replicado para outras jurisdições se elas pudessem aderir a um acordo multilateral capaz de estruturar os termos dessa cooperação.⁴⁸⁷ Esse exemplo é interessante porque ilustra aquilo de que tratou EASTON ao se referir ao ciclo de demanda, suporte, decisão política e seus impactos (em si capazes de gerar novas demandas) no sistema político.⁴⁸⁸ As preocupações de Política Fiscal Internacional sobre a cooperação entre autoridades fiscais (e sobre os prejuízos da falta dessa cooperação) deram causa à elaboração do MAATM, que já foi adotado por mais de uma centena de jurisdições em todo o mundo.⁴⁸⁹ No entanto, e essa observação é útil para as considerações sobre o Plano de Ação BEPS e sua implementação nesta tese, as diferentes jurisdições signatárias do MAATM o implementaram de diferentes maneiras. Se podemos afiançar que o MAATM inaugurou uma nova era de cooperação internacional em matéria tributária,⁴⁹⁰ também é necessário afirmar

⁴⁸⁵ Vide: BRASIL. Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 26 jul. 2019. Para a leitura do texto do MAATM modificado pelo Protocolo de Cannes em 1º de junho de 2010, vide: CONSELHO EUROPEU; OCDE. *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. Paris: OCDE, 2011. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264115606-en>. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁴⁸⁶ Vide: CONSELHO EUROPEU. Idem, p. 9. Sobre a justificativa política de edição do MAATM, o qual foi emendado pouco mais de um mês após a edição da legislação americana de obtenção de dados sobre contribuintes americanos junto a instituições financeiras e equiparadas (no inglês, *Foreign Account Tax Compliance Act*, ou “FATCA”), vide: AVI-YONAH, Reuven S. A Tale of Two Cities: Washington, Brussels, and BEPS. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, nº 150, p. 569, 2016.

⁴⁸⁷ Vide CONSELHO EUROPEU; OCDE. *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* cit., p. 10.

⁴⁸⁸ Vide: EASTON, David. An Approach to the Analysis of Political Systems cit., p. 385.

⁴⁸⁹ Vide OCDE. *Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁴⁹⁰ Vide: AZAM, Rifat. Ruling the World: Generating International Tax Norms in the Era of Globalization and BEPS. *Suffolk University Law Review*, Boston: Suffolk University, v. L, nº 4, p. 543-546, 2017. Vide ainda, para uma comparação detalhada entre o MAATM e os IGAs celebrados sob o império da legislação americana FATCA: AVI-YONAH, Reuven S.; SAVIR, Gil. *IGAs vs. MAATM: Has Tax Bilateralism Outlived Its Usefulness?* University of Michigan – Law and Economics Working Papers, Paper 95. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1205&context=law_econ_current. Acesso em: 20 ago. 2019.

que a longa lista de declarações e de reservas à Convenção apresentadas perante a OCDE⁴⁹¹ sinaliza que essa cooperação seguiu os ditames próprios da política fiscal internacional de cada Estado soberano ou jurisdição. Isso levanta a hipótese de que a cooperação inaugurada pelo MAATM não será necessariamente igual à cooperação que os atores políticos articularam entre si à época da sua elaboração e da sua discussão.⁴⁹²

Por fim, é importante enfatizar que não ignoramos a evidente e imbricada relação entre política fiscal interna e política fiscal internacional (aliás, como a nossa noção de política fiscal internacional se liga ao Direito Financeiro Interno, estamos admitindo que as duas “políticas” podem se relacionar com a mesma área do Direito, inclusive sobre o mesmo domínio jurisdicional). Para citar um exemplo, retornemos às regras brasileiras de CFC que foram comentadas no primeiro tópico do subitem 1.4.1.2, *supra*. Na sua mensagem para o Projeto de Lei do Poder Executivo nº 913, de 1995 (que mais tarde se tornaria a Lei nº 9.249, de 1995), o então Ministro da Fazenda Pedro Malan assinalou que a nova tributação da renda auferida fora do Brasil era “medida tendente a combater a elisão e o planejamento fiscais”. Disse ainda que o intuito do projeto era o de “harmonizar o tratamento tributário dos rendimentos”, equiparando as pessoas jurídicas ao padrão já aplicado para as pessoas físicas.⁴⁹³ No entanto, se lermos esse Projeto de Lei à luz do seu contexto, lembraremos que 1995 foi o primeiro exercício iniciado após a adoção do Plano Real e foi o primeiro ano do primeiro mandato do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (de quem Pedro Malan foi Ministro). Se por um lado a política monetária registrava progressivas vitórias contra a inflação, FRANCO registra que, em 1995 (ano da proposição do Projeto de Lei

⁴⁹¹ Vide CONSELHO EUROPEU. *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. Reservations and Declarations for Treaty – N° 127*. Atualizado até 6 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties//conventions/treaty/127/declarations>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁴⁹² Isso também se verifica no contexto regional, tomando aqui o exemplo da União Europeia. Há no MAATM uma preocupação com a garantia de que as autoridades fiscais do Estado requerido não cobrarão tributos do Estado requerente se essa cobrança for contrária às normas de Direito Tributário Internacional (ou de Direito Tributário) do Estado requerido. Vide: CONSELHO EUROPEU; OCDE. *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* cit., artigo 21(2)(e). A Diretiva de Cobrança Tributária (no inglês, *Tax Collection Directive*), que implementa a cooperação entre as autoridades fiscais dos membros da União Europeia, não contém a mesma restrição. Vide SCHILCHER, Michael; SPIES, Karoline; e ZIRNGAST, Sabine. *Mutual Assistance in Direct Tax Matters*. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; e STARINGER, Claus. *Introduction to European Law on Direct Taxation*. 5. ed. Viena: Linde, 2018, p. 302.

⁴⁹³ Vide: BRASIL. Mensagem nº 932, de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I. Publicado em 7 de setembro de 1995. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, p. 21485. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07SET1995.pdf#page=147>. Acesso em: 6 jun. 2020.

do Poder Executivo nº 913, de 1995), as despesas de pessoal do novo governo explodiram.⁴⁹⁴

Diz o autor:

O Presidente Fernando Henrique não esquecera os desejos contrariados de Itamar Franco na reunião de 27 de fevereiro de 1994. O aumento real dos salários do funcionalismo foi próximo a 30%, e o salário mínimo foi fixado com amplos festejos no mágico valor de R\$ 100, representando um reajuste de 42,9%, contra uma inflação acumulada de 16,5%, extensivo a todas as aposentadorias e pensões.⁴⁹⁵

Em 1994, o resultado primário do setor público chegou a 5,2% do Produto Interno Bruto (PIB). No entanto, em 1995, esse resultado já desceria para 0,3% (e se tornaria negativo nos dois anos subsequentes).⁴⁹⁶ O governo de Fernando Henrique Cardoso se via responsável (funcional e politicamente) pelo êxito do Plano Real, mas seus gastos correntes aumentaram e a sua capacidade de investimentos públicos foi reduzida já a partir de 1995.⁴⁹⁷ O Projeto de Lei do Poder Executivo nº 913, de 1995, foi portanto apresentado no contexto de um persistente *ajuste fiscal* nas contas públicas do Brasil, ajuste esse que foi “suspenso” no tocante às regras de CFC pela Lei nº 9.532, de 1997⁴⁹⁸ (curiosamente, parte do chamado “Pacote 51” proposto por Pedro Malan para aumentar receitas tributárias e diminuir os níveis do gasto público),⁴⁹⁹ mas foi retomado anos depois, já no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, com a edição da Lei Complementar nº 104, de 2001, e também da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, que consolidaram as regras de CFC no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, ao compreendermos a edição das regras de CFC à luz do seu contexto no Brasil, percebemos que aqueles atores políticos optaram por esse novo regime em meio a

⁴⁹⁴ Vide: FRANCO, Gustavo H. B. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira, 1933-2013*. São Paulo: Zahar, 2017. Posição 13232 de 19530 (livro digital).

⁴⁹⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁹⁶ Vide: ARAÚJO, Erika; OLIVEIRA, Fabrício; REZENDE, Fernando. *O dilema fiscal: remendar ou reformar?* Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 107.

⁴⁹⁷ Idem.

⁴⁹⁸ A discussão à época dizia respeito ao momento da disponibilização dos lucros para o investidor brasileiro na CFC estrangeira. Como narra Ramon Tomazela Santos: “[A] Instrução Normativa SRF nº 38/1996 não era o veículo adequado para alterar o aspecto temporal da tributação dos lucros no exterior. Assim, para solucionar a celeuma, foi editada a Lei nº 9.532/1997, que, em seu artigo 1º, confirmou que os lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas ou coligadas somente deveriam ser adicionados ao lucro líquido da pessoa domiciliada no Brasil após a sua efetiva disponibilização” (SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014* cit., p. 16).

⁴⁹⁹ Vide ARAÚJO, Erika; OLIVEIRA, Fabrício; REZENDE, Fernando. *O dilema fiscal: remendar ou reformar?* cit., p. 116. Vide ainda: FRANCO, Gustavo H. B. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira, 1933-2013* cit., posição 13239 de 19530 (livro digital). Em sentido crítico às medidas fiscais adotadas no primeiro mandato do governo de Fernando Henrique Cardoso, vide: MACHADO, Ralph. *Lula A.C.-D.C.: Política econômica antes e depois da “Carta ao Povo Brasileiro”*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 30-33.

crescentes pressões sobre o próprio orçamento público e sobre a performance da nova moeda, além da expectativa de posicionamento do Brasil como país atrativo para investimentos de capital estrangeiro⁵⁰⁰ (o que propicia a sua aderência a padrões normativos observados em outros países). A edição das regras de CFC no Brasil, portanto, não deve ser dissociada da política fiscal brasileira que a propiciou – uma no sistema jurídico e a outra no sistema político se relacionam e se complementam.

Feitas essas as ponderações, seria possível questionar onde está o seu vínculo com aquele conceito de política fiscal internacional que apresentamos anteriormente (nos falta ainda o “salto” das considerações sobre política fiscal para aquelas pertinentes à política fiscal internacional propriamente dita). Pois bem, consideremos a rede de ADTs brasileiros: dos 33 (trinta e três) ADTs assinados e em vigor, 13 (treze) ADTs foram assinados ou emendados após 24 de agosto de 2001,⁵⁰¹ data na qual foi editada a Medida Provisória nº 2.158-35. Oblíqua,⁵⁰² nominal⁵⁰³ ou expressamente,⁵⁰⁴ esses ADTs permitem que o Brasil aplique aos

⁵⁰⁰ Vide: FRANCO, Gustavo H. B. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira, 1933-2013* cit., posição 13225 de 19530 (livro digital). Essa busca de “credibilidade” do Brasil junto aos seus pares no cenário internacional prosseguiu após o fim do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso. Vide: PAULANI, Leda Maria. *Brasil delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 17-19. “[T]ratar a política econômica do primeiro governo Lula como heterodoxa ou de esquerda afronta os fatos. Não houve ruptura com o que vinha sendo feito por Fernando Henrique Cardoso, muito menos se procurou seguir o receituário usual dos economistas de esquerda vinculados ao PT. [...] A política econômica do primeiro Lula talvez tenha sido a mais conservadora da República desde pelo menos 1950: afinal ela foi fiscalmente restritiva, monetariamente ortodoxa, e acompanhada de reformas para melhorar o ambiente de negócios, [...]” Vide: LISBOA, Marcos. Outra história. In: LISBOA, Marcos; PESSÔA, Samuel. *O valor das ideias: debate em tempos turbulentos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Posição 3515 de 6455 (livro digital).

⁵⁰¹ Essa lista é composta pelos ADTs brasileiros com a África do Sul (assinado em 2003), com a Argentina (assinado em 1980 e emendado em 2017), com a Bélgica (assinado em 1972 e alterado em 2002), com a Dinamarca (assinado em 1974 e emendado em 2011), com Israel (assinado em 2002), com o México (assinado em 2003), com o Peru (assinado em 2006), com a Rússia (assinado em 2004), com a Suécia (assinado em 1975 e emendado em 2019), com Trinidad e Tobago (assinado em 2008), com a Turquia (assinado em 2010), com a Ucrânia (assinado em 2002) e com a Venezuela (assinado em 2005). Vide: BRASIL. *Acordos para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal*. Última modificação em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: [http:// receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/](http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/) acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao. Acesso em: 6 jun. 2020. Vide ainda BRASIL. Decreto nº 9.851, de 25 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9851.htm. Acesso em: 6 jun. 2020. Vide também: BRASIL. *Protocolo de Emenda à Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda*. Celebrado em 19 de março de 2019. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalha-mento-acordo/12268>. Acesso em: 6 jun. 2020. Os anos de assinatura e de emenda ou alteração a que nos referimos na listagem dizem respeito aos anos de *celebração* dos respectivos instrumentos internacionais (não aos anos em que esses instrumentos foram internalizados no Brasil).

⁵⁰² O ADT entre Brasil e Dinamarca possuía uma conhecida cláusula que impedia a tributação de lucros “não distribuídos de uma sociedade anônima de um Estado Contratante” no seu artigo 23, parágrafo 5º. Vide: BRASIL. Decreto nº 75.106, de 20 de dezembro de 1974. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/dinamarca/decreto-no-75-106-de-20-de-dezembro-de-1974>. Acesso em: 6 jun. 2020. Essa cláusula foi suprimida pelo

lucros da empresa controlada ou coligada no exterior as suas regras de CFC, o que atesta sob o prisma internacional a posição do país no sentido de ampliar a sua base tributável e garantir a neutralidade tributária sobre a exportação de capitais (conceito de que trataremos com mais detalhes no subitem 2.3.1.1, *infra*). Essa decisão de política fiscal internacional, a saber, a decisão de não assinar ADTs com empecilhos à tributação efetiva de lucros auferidos por controladas e coligadas de pessoas jurídicas brasileiras no exterior (ou de reformar aquele que continha um empecilho expresso, que foi o que ocorreu com o ADT com a Dinamarca), encontra eco na própria política fiscal brasileira que motivou a edição das regras de CFC em primeiro lugar.⁵⁰⁵

É importante ressaltar que aqui nós não ignoramos que os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE⁵⁰⁶ e à Convenção-Modelo da ONU⁵⁰⁷ já estabelecem que, em abstrato, regras de CFC não conflitam com os textos de ADTs – alinhar-se a essa afirmação ainda assim é reflexo de uma opção ou compromisso de política fiscal internacional. O Brasil, no entanto, foi além e procurou inserir em seus ADTs após 2001 alguma cláusula que reconhecesse para si o direito de aplicar as suas regras de CFC. Por um lado, essa “garantia textual” evidencia algum atrito na relação entre o sistema político e o sistema jurídico, uma

novo Protocolo assinado em 2011 (e promulgado em 2019), o que obliquamente permite nesse ADT a aplicação das regras de CFC brasileiras. A permissão é ainda justificada pelo item 5 da Mensagem nº 277, de 2015, submetida para a Presidência da República como anexo ao Protocolo. Lá se afirmam que os dispositivos revogados “favoreciam o planejamento fiscal, evitando a incidência do imposto de renda brasileiro sobre lucros obtidos por subsidiárias de empresas brasileiras na Dinamarca.” Vide: BRASIL. *Mensagem nº 277, de 2015*. Datada de 3 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/fichadetramita/cao?idProposicao=2076042&ord=1>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁵⁰³ Por exemplo, a emenda promovida pelo artigo 7º do Protocolo ao ADT entre Brasil e Argentina afirma que o artigo X, parágrafo 2º, do ADT (que trata de dividendos) “não afetar a tributação da sociedade com referência aos lucros que deram origem ao pagamento dos dividendos”. Vide: BRASIL. Decreto nº 9.482, de 27 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9482.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁵⁰⁴ Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto nº 5.922, de 3 de outubro de 2006. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da África do Sul para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda. Protocolo, Item 6, alínea “f”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5922.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁵⁰⁵ ADTs brasileiros assinados nos últimos anos possuem também os seus dispositivos permissivos das regras de CFC, embora ainda não estejam em vigor. Cite-se, por exemplo, o item 11 do Protocolo ao novo ADT com Singapura e o item 17 do Protocolo ao novo ADT com a Suíça. Vide: BRASIL. *Protocolo de Emenda ao 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*. Celebrado em 7 de maio de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12144>. Acesso em: 6 jun. 2020. Vide ainda: BRASIL. *Protocolo de Emenda à 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*. Celebrado em 3 de maio 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12133>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁵⁰⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 152.

⁵⁰⁷ Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 79.

vez que decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) põem em dúvida se o sistema jurídico do Direito Tributário Internacional do Brasil reconhece que o artigo 7º dos ADTs brasileiros não conflita com as regras de CFC.⁵⁰⁸ Por outro lado, o Brasil poderia ter resguardado alguns de seus ADTs contra a aplicação de suas próprias regras de CFC (como, aliás, durante muitos anos fez com o ADT com a Dinamarca e faz até hoje com o ADT com a República Tcheca e com a Eslováquia, embora este ADT tenha sido firmado com a então Tchecoslováquia antes da entrada em vigor das regras de CFC no Brasil).⁵⁰⁹ Essa prática não é inédita no cenário internacional,⁵¹⁰ o que indica que, ao se comprometer com a aplicação de suas regras de CFC em relação a investimentos feitos em certas jurisdições de sua rede de ADTs, o Brasil não obedeceu a um princípio qualquer de Direito Tributário Internacional (e.g., não discriminação),⁵¹¹ mas, na verdade, fez uma escolha típica de política fiscal internacional para atender aos seus próprios objetivos.

⁵⁰⁸ Vide: BRASIL. STJ. REsp nº 1.325.709/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Sessão de 24 de abril de 2014. Publicado em 20 de maio de 2014. Vide ainda, tratando do significado do termo “lucro” no artigo 7º dos ADTs com a Alemanha e o Canadá (embora não sob a perspectiva das regras de CFC), BRASIL. STJ. REsp nº 1.161.467/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira. Sessão de 17 de maio de 2012. Publicado em 01 de junho de 2012.

⁵⁰⁹ Sobre essa ressalva, vide: XAVIER, Alberto. A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação. In: BARRETO, Aires Fernandino (Coord.). *Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 77.

⁵¹⁰ Vide, por exemplo, um histórico até 1998 sobre a experiência do Canadá, da Hungria e da Suécia com a aplicação de suas regras de CFC à luz de sua rede de ADTs em: SANDLER, Daniel. *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*. 2. ed. Londres: Kluwer Law International, 1998. p. 163-166. O emprego do método de isenção no artigo 23 (já não recomendado após o Plano de Ação BEPS da OCDE) também atesta uma posição dos Estados Contratantes no sentido de isentar os lucros auferidos direta ou indiretamente por suas pessoas jurídicas no exterior. Vide, tratando do ADT entre Polônia e Malta: KUZNIACKI, Blazej. Tax Avoidance through Controlled Foreign Companies under European Union Law with Specific Reference to Poland. *Accounting, Economics and Law: A Convivium, Aarhus: De Gruyter*, v. 7, nº 1, p. 1-48, 2017. Outra postura interessante de política fiscal internacional pode ser atestada quando algum Estado Contratante se utiliza da chamada *switch-over clause* para modificar o método de isenção para o método de crédito naqueles casos em que a subsidiária ou o EP estiver submetido a uma tributação reduzida sobre a sua renda no outro Estado Contratante. Vide, tratando da aplicação do que o autor chama de *quasi-CFC rules* do Direito alemão no caso *Columbus Container*: BAMMENS, Niels. *The Principle of Non-Discrimination in International and European Tax Law*. Amsterdã: IBFD, 2012. p. 868-874.

⁵¹¹ “O motivo da presença do princípio da não-discriminação nas convenções internacionais em matéria tributária sobre a renda e o capital é ditado apenas por uma questão de oportunidade, pela sua importância e a necessidade de regular-lhe de qualquer modo, por serem tais convenções mecanismos dotados de uma relativa efetividade e aptos para regerem a problemática da tributação internacional sobre rendimentos” (TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 541). A cláusula de não discriminação nos ADTs tipicamente exige que um Estado Contratante não trate os nacionais do outro Estado Contratante de forma “diferente ou mais onerosa” em relação à forma como trata os seus próprios nacionais, e a cláusula da Convenção-Modelo da OCDE se estende a residentes desde 1977. Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 94-95. Ou seja, um Estado Contratante em um ADT com o Brasil não poderia usar o artigo 24 ou o seu equivalente no ADT para reclamar para as controladas ou coligadas em seu território o mesmo tratamento franqueado às controladas ou coligadas na República Tcheca ou na Eslováquia (partindo da premissa de que as regras brasileiras de CFC alcançam os lucros auferidos pela própria controlada ou coligada no exterior e não os

2.3 Objetivos de política fiscal internacional e de Política Fiscal Internacional

Tratamos até aqui de demandas e ações políticas, ora em seu sentido mais amplo, ora de forma aplicada à política fiscal e às políticas fiscais internacionais ou à Política Fiscal Internacional. Os resultados dessas ações políticas podem evidenciar para o intérprete que o sistema político em questão é *guiado* por determinados objetivos. Se a jurisdição X, através dos representantes eleitos pelo povo, só celebra ADTs que contêm cláusulas que preservam o poder de tributar rendas passivas na fonte, podemos concluir que o objetivo da sua política fiscal internacional é um; se seus ADTs abrem mão dessa tributação na fonte, a conclusão é a de que o seu objetivo é outro, e assim por diante. Diga-se o mesmo a respeito da Política Fiscal Internacional: entre diferentes níveis de objetivos coletivos, se testemunharmos que diferentes jurisdições se engajam em ações políticas conducentes a um fim específico, será possível concluir que essas jurisdições se associaram (ou perseguiram paralelamente) dados propósitos no cenário global. Compreender esses objetivos é assimilar para onde os atores políticos estão rumando em suas decisões políticas ou, se o intuito for o de reformar essas decisões, para onde os atores políticos deverão rumar.

Este item é dedicado à explanação desses objetivos. Para fins didáticos, separamos esses objetivos em *individuais*, porque pertinentes à política fiscal internacional de cada jurisdição, e em *coletivos*, porque pertinentes à Política Fiscal Internacional como um todo. A separação não é dogmática: poderíamos dizer que os objetivos individuais, ainda que não sejam objetivos de Política Fiscal Internacional, *habitam* esse sistema político e são tão relevantes para a compreensão do seu presente e futuro quanto os objetivos coletivos. É também possível que, entre os objetivos coletivos, identifiquem-se aqueles que são de nível imediato (mais parecidos com *ferramentas*) e aqueles que são de nível mediato (os genuínos propósitos da Política Fiscal Internacional). Conquanto relevantes para a Ciência Política, as discussões sobre essa pormenorização são alheias à nossa tese.⁵¹²

efeitos desses lucros no resultado auferido pela controladora ou coligada no Brasil). Sobre essa discussão, vide: XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 3 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. p. 11-23.

⁵¹² É certo que a classificação dos objetivos de política fiscal internacional ou de Política Fiscal Internacional (individuais ou coletivos) não é unívoca. Por exemplo, seria possível listar como objetivo individual algo mais relacionado à Política Fiscal como um todo, como a arrecadação de receitas tributárias. Vide: HOLMES, Kevin. *International Tax Policy and Double Tax Treaties*. Amsterdã: IBFD, 2014. p. 4. Optamos por uma definição de objetivos individuais e coletivos que são para nós mais apropriadamente qualificáveis como objetivos de política fiscal internacional (Neutralidades) e de Política Fiscal Internacional (Tributação

2.3.1 *Objetivos individuais*

Se as demandas que movem as políticas fiscais internacionais das jurisdições em todo o mundo acabam por apresentar ao intérprete determinado panorama de objetivos, é de se supor que pelo menos um deles – talvez o mais elementar – seja a arrecadação de receitas tributárias com o intuito de custear despesas públicas. Neste subitem 2.3.1, esse objetivo é pressuposto: partimos da premissa de que as jurisdições engajadas em debates de Política Fiscal Internacional, e além disso defensoras de suas próprias políticas fiscais internacionais, querem arrecadar recursos dos sujeitos passivos. Por isso dizemos que a seleção de objetivos individuais neste subitem 2.3.1 não é exaustiva.

Os objetivos individuais de que trataremos nos subitens a seguir (sendo o último deles destinado a estabelecer uma ponte entre esses objetivos e a temática da elusão tributária internacional) têm o nome de “neutralidades”. Essas neutralidades conformam as normas de Direito Tributário Internacional da jurisdição relevante a determinada visão de mundo, a determinado caminho eleito como desejável para o seu posicionamento entre pares na arena internacional. O nosso recurso a essas neutralidades no restante da tese será limitado, mas a sua exposição neste subitem 2.3.1 serve para ilustrar como dadas jurisdições, entre elas o Brasil, patrocinam interesses particulares e até certo ponto antagônicos em relação a outras jurisdições. Essa entropia, essa coletânea de caminhos possíveis, servirá como cenário para o que discutiremos mais adiante neste Capítulo 2 e para a gênese do Plano de Ação BEPS, tema a ser tratado no Capítulo 3.

Por último, é importante considerar que algumas das neutralidades discutidas a seguir se associam, no sistema jurídico, a princípios do Direito Tributário Internacional. Se essas associações forem apontadas pela doutrina, serão devidamente citadas em cada um dos subitens pertinentes a seguir.

2.3.1.1 *Neutralidade de exportação de capital (CEN)*

Podemos definir a neutralidade de exportação de capital (no inglês, *Capital Export Neutrality* ou CEN) como o tratamento do *capital interno* de forma *neutra* para fins

Única, Tributação segundo Benefícios ou Valor, Justiça Fiscal e Concorrência, Cooperação, Coordenação e ainda Harmonização Fiscais Internacionais). Essa categorização se justifica ainda por ser mais diretamente relevante para as nossas tratativas sobre o tema desta tese, voltado que está para a tributação da renda sob a égide de normas antielusivas em ADTs.

tributários, seja ele investido internamente, seja ele investido no exterior.⁵¹³ Numa situação hipotética, o Estado A será considerado um Estado seguidor da política de CEN se suas normas tributárias exigirem do sujeito passivo X, investidor no mercado externo, o mesmo tributo sobre a renda que exigem do sujeito passivo Y, investidor no mercado local. Nesse cenário, para impedir que o sujeito passivo X seja duplamente tributado (tributado pelo Estado da fonte do rendimento e tributado pelo Estado A, assumindo que a renda é tributada pelo Estado da fonte), a política de CEN admite e convive com a concessão de créditos referentes aos tributos pagos sobre a renda no exterior. Daí dizermos que a política de CEN é primariamente um objetivo individual de política fiscal internacional; sua gênese advém do desejo de não afetar com considerações de ordem tributária as decisões dos sujeitos passivos quanto à localização dos seus investimentos. Sob outro prisma, a política de CEN busca uma espécie de “isonomia” entre sujeitos passivos “internos” e “internacionais” ou transnacionais, especialmente se for constatado que os sujeitos passivos que obtêm renda no exterior o fazem em jurisdições de baixa pressão fiscal.

Antes de tratarmos da consequência para o sistema jurídico de uma decisão política guiada pela CEN, é interessante considerar que esse é um objetivo individual, sim, mas um objetivo individual exercido em meio a outros atores políticos. Por isso, DAGAN diz que se todas as jurisdições seguissem a CEN em suas políticas fiscais internacionais, e se todas concedessem créditos integrais sobre os tributos pagos em cada jurisdição,⁵¹⁴ os sujeitos passivos que obtêm rendimentos no exterior poderiam maximizar a eficiência dos seus investimentos.⁵¹⁵ Esse mundo ideal, todavia, é desafiado por uma série de considerações práticas, entre elas o fato de que jurisdições que tributam a renda de sujeitos passivos locais no exterior tipicamente não concedem créditos integrais em relação aos tributos do Estado da fonte (os créditos costumam ser limitados à alíquota aplicável sobre a mesma renda pelo Estado de residência).⁵¹⁶ Deve-se ainda fazer a ponderação de que a mobilidade do capital investidor pode subverter o propósito de uma política fiscal internacional voltada para a CEN,

⁵¹³ Vide: AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge: CUP, 2007. p. 135.

⁵¹⁴ No âmbito de ADTs, a opção pela assinatura de acordos com a cláusula que elimina a dupla tributação da renda mediante o método de crédito (em contraposição ao método de isenção) é alinhada ao objetivo de CEN. Em sua obra, Alberto Xavier defendeu a posição de que o método de crédito seria uma “atenuação” do princípio da universalidade, que é a manifestação normativa da opção política pela CEN. Vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 366.

⁵¹⁵ Vide: DAGAN, Tsilly. *International Tax Policy: Between Competition and Cooperation*. Cambridge: CUP, 2018. p. 54-55. Vide ainda KNOLL, Michael S. Reconsidering International Tax Neutrality. *Tax Law Review*, v. 64, nº 2, p. 100.

⁵¹⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 1062-1065.

já que pode alterar a própria residência para outras jurisdições.⁵¹⁷ Aliás, a simples existência de alguma jurisdição que não adote a CEN como objetivo de sua política fiscal internacional já complica a alegada “harmonia” do mundo ideal predito pela autora (porque permitirá a sujeitos passivos que escolham essa jurisdição para a partir dela, na condição de novos residentes, auferir renda no exterior).

O objetivo de CEN pode ser vertido para o Direito Tributário Internacional como o princípio da tributação universal da renda (ou da universalidade). Como diz TORRES, esse princípio é inserido no sistema jurídico “como recurso à manutenção do princípio da *isonomia*, com o intuito de evitar injustiças fiscais entre os contribuintes,” especialmente naqueles casos em que eles se utilizam do regime fiscal no exterior para mitigar a própria carga tributária.⁵¹⁸ O autor ainda aponta como motivos principais para a adoção do princípio da universalidade a *isonomia*, a concessão de efetividade aos princípios da capacidade contributiva e também da progressividade dos impostos incidentes sobre as categorias redituais, a preocupação com atos elusivos e evasivos, e, por último, o financiamento das despesas públicas.⁵¹⁹ XAVIER, por seu turno, comenta que, de acordo com o princípio da universalidade, “torna-se irrelevante o local em que se encontra a fonte de produção ou a fonte de pagamento da renda,” sendo importante para a legislação tributária o elemento de conexão que o autor define como “domicílio” do sujeito passivo.⁵²⁰

Demarque-se aqui com clareza que o objetivo de política fiscal internacional é a CEN e que o princípio do Direito Tributário Internacional é o princípio da universalidade. Não existe confusão entre os dois: o primeiro pertence ao domínio do sistema político e o segundo ao domínio do sistema jurídico. É graças à opção política pela CEN que, por exemplo, o Direito Tributário brasileiro conta com um princípio que opera a tributação universal da renda – está no art. 43, § 1º, do CTN.⁵²¹ Ainda, preferimos aqui tratar do

⁵¹⁷ Evidência dessa movimentação é a prática conhecida como “inversão”, na qual uma empresa controladora e residente em uma jurisdição que estabeleça regras de CFC reorganiza a sua estrutura para modificar a própria residência e passar a controlar suas subsidiárias a partir de uma jurisdição que não possua as mesmas regras (ou que as possua, mas sejam mais lenientes). Vide: POMERLEAU, Kyle. *Inversions under the New Tax Law*. Washington D.C.: Tax Foundation, 2018. Disponível em: <https://taxfoundation.org/inversions-new-tax-law/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁵¹⁸ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 86-87.

⁵¹⁹ Idem, *ibidem*.

⁵²⁰ Vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 365-366.

⁵²¹ “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: [...] § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção” (BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 cit.).

princípio da tributação universal da renda ou da universalidade e não do chamado “princípio da residência”, o qual, para nós, pode justificar a tributação universal da renda, mas com ela não se confunde.⁵²² Por último, cite-se que a opção política pela CEN, geradora do princípio da universalidade no sistema jurídico, costuma ser citada na doutrina estrangeira como justificção para as regras de CFC, e aqui poderíamos fazer a mesma citação, já que o vínculo entre essas regras e a opção pela CEN é natural.⁵²³ Pontue-se, entretanto, que o princípio da universalidade pode existir no ordenamento jurídico de um Estado A que não possua regras de CFC, desde que esse Estado A opte, também numa decisão de política fiscal internacional, pela consideração de pessoas jurídicas controladas ou coligadas no exterior como entidades separadas e não como parte de uma mesma empresa.⁵²⁴ Com essa observação queremos destacar que, se é adequado justificar as regras de CFC por um reconhecimento do princípio da universalidade, em contrapartida, não será necessariamente o caso que todo sistema submetido à universalidade possua regras de CFC (e sim, a ausência de regras de CFC nesse sistema poderá propiciar oportunidades de elusão tributária, mas serão oportunidades que, sob o julgamento do Estado relevante, convivem com o princípio da universalidade e com a opção política pela CEN).

2.3.1.2 *Neutralidade de importação de capital (CIN)*

Em contraposição ao objetivo de CEN, a neutralidade de importação de capital (no inglês, *Capital Import Neutrality*, ou CIN) é o tratamento tributário neutro da *renda auferida localmente* por uma jurisdição qualquer, seja essa renda auferida por um investidor

⁵²² Ou seja, para nós, o “princípio da residência” seria o princípio segundo o qual um determinado Estado pode tributar a renda de sujeitos passivos se esses sujeitos forem residentes em seu território. Dito de outra forma, é o princípio que reconhece na residência o elemento de conexão necessário para justificar a tributação sobre a renda (a discussão sobre se essa tributação será exercida em relação à renda externa é relacionada, mas distinta da própria identificação da residência como elemento de conexão).

⁵²³ Vide: AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime* cit., p. 135. Vide ainda: RUST, Alexander. *CFC Legislation and EC Law. Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 36, n° 11, p. 492-501, 2008.

⁵²⁴ A nossa colocação guarda semelhanças com as discussões apresentadas pela OCDE em seus Comentários ao artigo 7° de sua Convenção-Modelo (sobre a atribuição de lucros ao EP de uma pessoa jurídica num Estado Contratante qualquer, se sob a ótica de entidades separadas, de acordo com a *separate enterprise approach*, ou se sob a ótica de uma mesma empresa, de acordo com a *single entity approach*). Vide: LINCOLN, Charles. The Myth of “Separate Enterprises” in International Taxation: Approaches to the Attribution of Profits to Permanent Establishments. *Trinity Law Review*, Santa Ana: Trinity Law School, v. 22, n° 2, p. 30-44, 2017. Vide ainda: MILLER, Angharad; OATS, Lynne. *Principles of International Taxation*. 3. ed. Londres: Bloomsbury, 2012. p. 199-201.

interno, seja ela auferida por um investidor externo (não residente).⁵²⁵ Numa situação hipotética, o Estado B será considerado um Estado seguidor da política de CIN se suas normas tributárias exigirem tributos apenas sobre a renda auferida em seu território, seja essa renda pertencente ao sujeito passivo X, residente no Estado B, ou ao sujeito passivo Y, não residente no Estado B. Como dito por KNOLL, jurisdições que perseguem o objetivo de CIN defendem que aspectos de sua tributação local não devem influenciar a decisão de se determinado investimento será feito por investidores internos ou externos.⁵²⁶ Segundo o autor, num mundo em que todas as jurisdições adotem o mesmo objetivo de CIN em sua política fiscal internacional, os sujeitos passivos pagarão tributos sobre a renda apenas no Estado da fonte e se espera que a competição entre todas as jurisdições gradue esses tributos até que cheguem a níveis semelhantes.⁵²⁷

De partida se vê que a adoção de uma política fiscal internacional voltada à CIN é claramente dependente das políticas fiscais internacionais de outras jurisdições. Segundo WEISBACH, a política de CIN adotada de forma universal é voltada para a eficiência da poupança de recursos financeiros de cada sujeito passivo,⁵²⁸ uma vez que a CIN permite aos sujeitos passivos que recebam os mesmos resultados pós-tributos estando no Estado da fonte ou não (o que lhes proporciona o mesmo *trade-off* entre consumo corrente e consumo futuro).⁵²⁹ No entanto, se um Estado B adotar a política de CIN para toda a renda auferida em seu território, e não exigir tributos sobre toda a renda auferida no exterior, e se esse Estado B conviver com outros Estados que adotam políticas fiscais internacionais alinhadas a outros objetivos que não a CIN, o desafio para si será tornar o investimento local mais atraente que o investimento no exterior.

O objetivo político de CIN é conhecido no Direito Tributário Internacional como o princípio da tributação territorial da renda (ou da territorialidade). XAVIER, no entanto, nos relembra que o princípio da territorialidade pode ser entendido como aquele segundo o qual as leis tributárias internas se aplicam no território nacional (“territorialidade em sentido

⁵²⁵ Vide: SHAHEEN, Fadi. International Tax Neutrality: Revisited. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 64, n° 2, p. 135, 2011.

⁵²⁶ Vide: KNOLL, Michael S. Reconsidering International Tax Neutrality cit., p. 101.

⁵²⁷ Idem, p. 108.

⁵²⁸ Vide: WEISBACH, David A. The Use of Neutralities in International Tax Policy. Coase-Sandor Institute for Law & Economics, *Working Paper*, Chicago: University of Chicago, n° 697, p. 3, 2014.

⁵²⁹ Vide: ROIN, Julie A. The Economic Underpinnings of International Taxation. In: GUZMAN, Andrew T.; SYKES, Alan O. *Research Handbook in International Economic Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. p. 336. A autora ressalta que a aplicação imperfeita da política de CIN em diferentes jurisdições pode dar ensejo a casos de concorrência fiscal internacional. Idem, p. 344.

positivo”, segundo o autor).⁵³⁰ Aquilo que chamamos de princípio da tributação territorial da renda é distinto: diz respeito ao critério de conexão espacial dos rendimentos sujeitos à tributação, que neste caso é composto apenas pelos rendimentos de fonte interna.⁵³¹ Casos de Estados que adotaram a política de CIN e o correspondente princípio da territorialidade em seus próprios ordenamentos jurídicos são o Panamá,⁵³² o Japão e o Reino Unido,⁵³³ embora nos últimos dois casos a territorialidade identificada seja parcial (i.e., uma isenção para dividendos auferidos no exterior).⁵³⁴ Historicamente, temos também a referência do Brasil, cuja tributação sobre a renda de pessoas jurídicas (ao menos até a Lei nº 9.249, de 1995) também seguia o princípio da territorialidade como nós o conceituamos.

2.3.1.3 Neutralidade de propriedade de capital (CON)

Segundo DESAI e HINES, o objetivo de neutralidade de propriedade de capital (no inglês, *Capital Ownership Neutrality*, ou CON) seria aquele segundo o qual o bem-estar mundial será maximizado se as identidades dos proprietários do capital não forem afetadas por diferenças de tributação.⁵³⁵ Para os autores, um Estado terá satisfeito o objetivo de CON em sua política fiscal internacional se o seu sistema tributário não distorcer os padrões econômicos de propriedade sobre o capital entre investidores internos e externos.⁵³⁶ Portanto, se determinado Estado isentar de tributação toda a renda auferida fora de seu território, cumprindo com o objetivo de CIN, poderá cumprir ainda com o objetivo de CON (o tratamento tributário do ganho de capital auferido em relação a um ativo localizado em seu

⁵³⁰ Essa territorialidade seria oposta àquela “em sentido negativo”, segundo a qual leis fiscais estrangeiras não se aplicam no território do Estado relevante. Vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 16.

⁵³¹ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 81. Aquilo que entendemos como o princípio da tributação territorial da renda não é também a “territorialidade em sentido material” da qual trata o autor. É na diferenciação feita em sua obra entre a “territorialidade em sentido material” e o “problema da localização no espaço dos elementos redituais” que se encontra o conceito que atribuímos ao princípio referido. Idem, p. 82.

⁵³² Vide: EICKE, Rolf. *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe: Concepts, Strategies, Structures*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009. p. 219-220.

⁵³³ Vide: KOHLHASE, Saskia; PIERK, Jochen. The Effect of a Worldwide Tax System on Tax Management of Foreign Subsidiaries. *Journal of International Business Studies*, Londres: Palgrave Macmillan, v. 50, nº 3, p. 1-19, 2019.

⁵³⁴ No âmbito de ADTs, a opção pela assinatura de acordos com a cláusula que elimina a dupla tributação da renda mediante o método de isenção (em contraposição ao método de isenção) é alinhada ao objetivo de CIN.

⁵³⁵ Vide: DESAI, Mihir; HINES, James R. Evaluating International Tax Reform. *National Tax Journal*, Washington D.C.: NTA, v. 56, nº 3, p. 488, 2003. Vide ainda: LESSAMBO, Felix I. *International Aspects of the U.S. Tax System*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 9.

⁵³⁶ Vide: DESAI, Mihir; HINES, James R. Evaluating International Tax Reform cit., p. 494.

território será o mesmo, seja o ativo de um residente ou de um não residente, o que não estimulará um grupo empresarial qualquer, por exemplo, a modificar a titularidade do ativo com o intuito de reduzir a carga tributária aplicável ao ganho de capital). Ainda, como bem esclarecem os autores, um Estado cumpridor de CEN com a outorga de créditos sobre os tributos pagos no exterior também poderá estar alinhado ao objetivo de CON (pela mesma razão de não induzir o sujeito passivo a modificar a titularidade do capital investido).⁵³⁷

O objetivo político de CON é atingível ou não por diferentes sistemas tributários, a depender de se preservam ou não a neutralidade tributária sobre quem titulariza o ativo no território da jurisdição relevante. Dê-se aqui o exemplo brasileiro da Lei nº 13.259, de 2016, que alterou o art. 21 da Lei nº 8.981, de 1995, para nela incluir alíquotas progressivas da tributação de ganhos de capital para pessoas físicas, regime que se aplica também para alienantes não residentes.⁵³⁸ Esse exemplo poderia tanto ilustrar o objetivo de CIN (restrito a ganhos de capital) como o objetivo de CON (pleno, uma vez que se refere à neutralidade da propriedade do capital). Por outro lado, poderíamos dizer que “*patent boxes*”,⁵³⁹ regimes que tributam favoravelmente a renda da propriedade intelectual titularizada por um residente do Estado relevante, distorcem a decisão de onde situar o titular dessa propriedade e por esse motivo são um distanciamento do objetivo político de CON.⁵⁴⁰

Talvez por essa simbiose entre CON e normas que servem de vetores para CEN e CIN é que a doutrina de Direito Tributário Internacional não tenha atribuído ao objetivo CON um princípio que lhe seja específico. O princípio que poderíamos atribuir ao objetivo político de CON seria talvez o princípio de não discriminação, embora reconheçamos que essa “não discriminação” seria aplicável ao Estado da fonte do

⁵³⁷ DESAI, Mihir; HINES, James R. Evaluating International Tax Reform cit., p. 494-495.

⁵³⁸ Vide: BRASIL. Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13259.htm. Acesso em: 15 jun. 2020. Vide ainda: BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Art. 18. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

⁵³⁹ “The essence of this system is that revenues from IP (e.g. royalties for the use of a patent) are taxed in a separate box. Naturally, this brings some advantages for companies investing in IP. Typically, this benefit is represented by the possibility of lower rates” (JEDLICKA, Vit. Tax Competition and IP Boxes after the Application of the Modified Nexus Approach. *Journal of Competitiveness*, Zlin: Tomas Beta University, v. 10, nº 4, p. 71, 2018).

⁵⁴⁰ Há um objetivo de política fiscal internacional que é citado como similar ao objetivo de CON, chamado de neutralidade de mercado (no inglês, *Market Neutrality*, ou MN). Segundo esse objetivo, se duas empresas competirem uma contra a outra em um mesmo mercado, elas deverão sofrer a mesma tributação efetiva sobre os seus investimentos (termo mais amplo, evidentemente, que “propriedade”). Dada a similaridade, optamos por não dedicar um subitem específico da Tese para tratar do objetivo de MN. Vide: WEISBACH, David A. The Use of Neutralities in International Tax Policy. Coase-Sandor Institute for Law & Economics cit., p. 4.

rendimento (e por isso distante da dicção do artigo 24, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo da OCDE)⁵⁴¹ e seria adstrita ao tratamento do sujeito passivo estrangeiro conforme o sujeito passivo nacional (ou do não residente conforme o residente) para fins dos tributos sobre a renda proveniente da propriedade do capital.

2.3.1.4 *Neutralidade de propriedade nacional (NON)*

DESAI e HINES também apresentam um conceito para a chamada neutralidade de propriedade nacional (no inglês, *National Ownership Neutrality*, ou NON), que segundo eles é o objetivo que reconhece na isenção de tributação local sobre a renda externa uma forma de maximizar o bem-estar *nacional*.⁵⁴² Há forte semelhança entre esse conceito e aquele que nós utilizamos para o objetivo político de CIN (e ainda de CON naquilo que os objetivos de CON e de CIN coincidem, como tratado no subitem 2.3.1.3); a diferença que há entre os dois é de perspectiva. Enquanto o objetivo individual de CIN é voltado para a eficiência da poupança de recursos financeiros de cada sujeito passivo, o objetivo individual de NON é voltado para a atração de titularidade de ativos para o Estado adotante dessa política fiscal internacional (dito de outra forma, na situação de NON, o interesse primordial do Estado é garantir um melhor resultado pós-tributos *para os seus nacionais*, em vez de *para sujeitos passivos* especificamente). ASSA e HUFBAUER dizem que, para que os Estados Unidos adotassem o objetivo político de NON, seria necessário que tributassem a renda de pessoas jurídicas residentes, em relação à constituição ou à aquisição de uma subsidiária no exterior, no mesmo nível da carga tributária exigida pela jurisdição de residência mais leniente (com a menor pressão fiscal possível).⁵⁴³ Ou seja, seria necessário que os Estados Unidos buscassem o melhor regime de tributação sobre a renda para as pessoas jurídicas nacionais para assegurar a elas uma tributação neutra em relação à sua propriedade, comparando a situação de propriedades interna e externa.

Nesses termos, o objetivo político de NON é até mais individual que o objetivo de CON, embora ambos tenham a propriedade de ativos como foco principal da neutralidade

⁵⁴¹ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 94. Note-se, no entanto, que o Comentário ao artigo 24, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo, afirma que, se o fator “residência” não tiver nenhuma relevância para o tratamento tributário discriminatório dado pelo Estado contratante, a cláusula de não discriminação do ADT relevante deverá ser aplicada. Idem, p. 1114.

⁵⁴² Vide: DESAI, Mihir; HINES, James R. *Evaluating International Tax Reform* cit., p. 494.

⁵⁴³ Vide: ASSA, Ariel; HUFBAUER, Gary Clyde. *U.S. Taxation of Foreign Income*. Washington D.C.: Peterson Institute for International Economics, 2007. p. 72.

tributária. Se na CON existe o objetivo de garantir que a propriedade não será afetada por algum desnível de tributação sobre a renda, na NON esse objetivo é particularmente voltado para a propriedade nacional, ou seja, para tornar a propriedade nacional tão atraente ao capital investidor quanto a propriedade externa. Com essa conformação conceitual, para nós parece claro que a política de NON pode tanto inspirar normas tributárias (e.g., normas que reduzam os tributos sobre os ganhos de capital referentes a ativos nacionais ou titularizados por sujeitos passivos nacionais), quanto pautar dispositivos de ADTs celebrados pelo Estado relevante com outros Estados. Seria possível dizer, por exemplo, que a opção do Brasil de não adotar na maioria de seus ADTs⁵⁴⁴ o texto do artigo 13, parágrafo 5º, da Convenção-Modelo da OCDE⁵⁴⁵ pode abrir espaço para uma opção política de NON, porque ao menos procura desestimular um investidor qualquer de constituir uma pessoa jurídica no outro Estado Contratante e investir em uma empresa brasileira (em vez de constituir essa pessoa jurídica no Brasil com o intuito de fazer um investimento interno). Seja como for, no entanto, entendemos que o objetivo de NON não se relaciona de modo específico a nenhum princípio de Direito Tributário Internacional, ao contrário dos objetivos de CEN e CIN e, com reservas, de CON, nos termos dos subitens anteriores.

2.3.1.5 *Neutralidade nacional (NN)*

O objetivo político de neutralidade nacional (no inglês, *National Neutrality*, NN) é aquele que busca tributar de forma neutra a renda proveniente dos investimentos do capital interno, sejam eles realizados no próprio Estado relevante, sejam realizados no exterior.⁵⁴⁶ A diferença entre o objetivo de CEN e o objetivo de NN está, segundo WEISBACH, na forma de tratar os tributos exigidos no exterior: enquanto a CEN convive com a concessão de créditos, a NN pressupõe a dedução dos tributos pagos no exterior em relação à renda auferida pelo sujeito passivo globalmente.⁵⁴⁷ Para o Estado que adota o objetivo de NN na sua política fiscal internacional, o seu interesse é garantir que a eficiência econômica do investimento feito por investidores nacionais seja preservada, o que demonstra que, assim como

⁵⁴⁴ Exceção feita ao artigo 12, parágrafo 3º, do ADT entre o Brasil e o Japão, que contém um texto similar àquele presente nos dispositivos correspondentes das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU. Vide: BRASIL. Decreto nº 61.899, de 14 de dezembro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1967/D61899.html. Acesso em: 16 jun. 2020.

⁵⁴⁵ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 73.

⁵⁴⁶ Vide: WEISBACH, David A. *The Use of Neutralities in International Tax Policy*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics cit., p. 3-4.

⁵⁴⁷ Idem, *ibidem*.

comentamos no caso de NON, aqui estamos diante de um objetivo mais individual de cada Estado relevante do que os demais tratados em subitens anteriores.⁵⁴⁸

O objetivo político de NN resgata para nós o método de dedução de tributos sobre a renda exigidos no exterior, tanto em termos de legislação interna, quanto em termos de ADTs. Apenas para contextualizar a diferença, em linhas gerais, no método de crédito (constante do artigo 23-B da Convenção-Modelo da OCDE),⁵⁴⁹ o sujeito passivo residente no Estado A e que auferir \$100 no Estado B, submetidos localmente a uma tributação na fonte de 30%, estará submetido no Estado A ao tributo sobre a renda, suponhamos, de 35%, exigido sobre os \$100, mas com direito a um crédito no valor dos 30% exigidos pelo Estado B. Esse é o método que convive com o objetivo político de CEN, prioritariamente. Já no método de isenção (constante do artigo 23-A da Convenção-Modelo da OCDE),⁵⁵⁰ como diz o termo, os \$100 auferidos no Estado B pelo sujeito passivo residente no Estado A seriam isentos de seu próprio tributo sobre a renda. Esse é o método alinhado prioritariamente ao objetivo de CIN. Por último, no método de dedução, ainda nos termos desta situação hipotética, a base imponível do tributo sobre a renda do Estado A seria de \$70, e não de \$100, uma vez que o rendimento é considerado líquido em relação aos tributos pagos no exterior. Perceba-se que, entre o método de crédito e o método de dedução, o sujeito passivo arcaria com \$35 de tributos sobre a renda nos Estados A e B no primeiro caso (\$30 no Estado B e \$5 no Estado A) e com \$54,50 de tributos sobre a renda nos Estados A e B no segundo caso (\$30 no Estado B e \$24,50 no Estado A). No primeiro caso, o sujeito passivo teria \$65 de lucro pós-tributos. Já no segundo caso, esse lucro pós-tributos seria de apenas \$45,50.

Como pontua TORRES, o método de dedução busca a eficiência nacional.⁵⁵¹ A eficiência pretendida por aquilo que o objetivo de NN traz ao sistema do Direito Tributário Internacional é individual, nacional, própria de cada jurisdição tributante; não é uma eficiência global, e por isso mesmo seria incoerente dizer que o método de dedução pretende impedir aquilo que o autor define como a “pluritributação internacional” da renda.⁵⁵² Na prática internacional, como relata HELMINEN, diversos Estados adotam a postura de não permitir a dedução de tributos

⁵⁴⁸ Vide SHAHEEN, Fadi. International Tax Neutrality: Reconsiderations. *Virginia Tax Review*, Charlottesville: University of Virginia, v. 27, nº 1, p. 234, 2007. Sob uma perspectiva diferente, aludindo a uma prevenção da dupla tributação como ponto focal do objetivo de NN, vide: LESSAMBO, Felix I. *International Aspects of the U.S. Tax System* cit., p. 8.

⁵⁴⁹ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 92-93.

⁵⁵⁰ Idem, p. 90-91.

⁵⁵¹ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 471.

⁵⁵² Idem, *ibidem*.

sobre a renda já cobertos por ADTs, embora jurisdições como os Países Baixos e o Reino Unido permitam a dedução desses tributos como uma forma de “alívio” para a dupla tributação naquelas situações em que os métodos de isenção e de crédito não estejam disponíveis para o sujeito passivo.⁵⁵³ Seja como for, não reconhecemos no método de dedução uma aplicação do princípio da universalidade (comentado no subitem 2.3.1.1) e também não reconhecemos um princípio de Direito Tributário Internacional que seja uma consequência direta, necessária da adoção do objetivo individual de NN por qualquer jurisdição tributante.

2.3.1.6 *Conjugação de objetivos individuais e normas antielusivas internacionais*

Como ressaltado por diferentes autores, os objetivos de CEN, CIN, CON, NON e NN podem coexistir no sistema político de variadas jurisdições, o que a princípio sacrifica os resultados de uns objetivos em prol de outros conforme as opções políticas de cada governo.⁵⁵⁴ Por essa razão, segundo WEISBACH, o estudo de neutralidades na política fiscal internacional tem sido visto como um ponto de partida, mas não de chegada, para debates acerca das suas implicações para o Direito Tributário Internacional.⁵⁵⁵ Já comentamos a relação entre CIN e CON, que podem conjuntamente dar origem às mesmas normas isentivas, mas, citando outro exemplo, é igualmente possível que normas veiculadoras de CEN e de CIN compartilhem o mesmo ADT, como por exemplo ocorre nos ADTs entre a Hungria e o Brasil⁵⁵⁶ e entre Áustria e Austrália.⁵⁵⁷ Seja qual for o caso, essa “conjugação” é ilustrativa

⁵⁵³ Vide: HELMINEN, Marjaana. General Report – The Notion of Tax and the Elimination of International Double Taxation or Double Non-Taxation. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 101b, p. 60-61, 2016. Vide ainda, para um exemplo referente à legislação dos Países Baixos: MÜLLER, Johann. *The Netherlands in International Tax Planning*. Amsterdã: IBFD, 2007. p. 168.

⁵⁵⁴ Vide, por exemplo: KNOLL, Michael S. Reconsidering International Tax Neutrality cit., p. 99. Vide ainda, tratando do domínio de mercados por parte de algumas jurisdições (e as políticas fiscais internacionais que adotam para assegurar esse domínio): KAPLOW, Louis. Taxation. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Handbook of Law and Economics*. Amsterdã: North Holland, 2007. v. 1, p. 689. “In practice, no major capital exporting country has adopted either principle in its pure form” (LEY, Eduardo; STOTSKY, Janet; ZEE, Howard H. Tax Incentives for Business Investment: A Primer for Policy Makers in Developing Countries. *World Development*, Nova York: Elsevier, v. 30, nº 9, p. 1511, 2002).

⁵⁵⁵ Vide: WEISBACH, David A. The Use of Neutralities in International Tax Policy. Coase-Sandor Institute for Law & Economics cit., p. 12.

⁵⁵⁶ Vide: artigo XXIII do ADT, em relação aos métodos para eliminar a dupla tributação empregados pela Hungria, em: BRASIL. Decreto nº 53, de 8 de março de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0053.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

⁵⁵⁷ Vide: artigo 23 do ADT, em relação aos métodos para eliminar a dupla tributação empregados pela Áustria, em: AUSTRÁLIA. *Australian Treaty Series 1988 Nº 21*. Celebrado em 8 de julho de 1986. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1988/21.html>. Acesso em: 17 jun. 2020.

para que possamos compreender como cada jurisdição posiciona a sua política fiscal internacional em relação a outras jurisdições pelo mundo.

Um aspecto interessante do estabelecimento desses objetivos individuais para a política fiscal internacional de uma jurisdição qualquer é a sua relação com o nosso objeto deste estudo, que são as normas antielusivas internacionais. Se considerarmos que os objetivos de CEN, CIN, CON, NON e NN buscam em última análise variadas “eficiências” econômicas para os sujeitos passivos ou para o próprio Estado relevante, é de se questionar se essas “eficiências” poderiam ser maximizadas também por normas antielusivas internacionais, em particular se o seu texto for *distinto* (mais abrangente ou menos abrangente) daquele veiculado por eventuais normas antielusivas internas. Por exemplo, resgatemos aqui o objetivo político de CIN: é o tratamento tributário neutro da renda auferida localmente por uma jurisdição qualquer, seja essa renda auferida por um investidor interno, seja ela auferida por um investidor externo. Se um Estado A adotar a CIN como objetivo de sua política fiscal internacional, e se nesse intuito coordenar suas normas internas para que tributem igualmente o investidor residente e o não residente, é possível que a CIN ainda não seja atingida pelo Estado A se a sua norma antielusiva interna for mais abrangente (i.e., uma norma geral, ou seja, capaz de conceder mais discricionariedade para as autoridades fiscais) e se a norma antielusiva internacional de um ADT com um Estado B qualquer for menos abrangente (i.e., uma norma especial baseada em testes objetivos para acesso aos benefícios do ADT). Se esse cenário se configurar, o Estado A terá um incentivo para emendar os seus ADTs (ou para firmar novos ADTs) em linha com os termos da norma antielusiva interna, tudo no intuito de concretizar o objetivo de CIN em sua política fiscal internacional. Essa pode ser uma razão para as inserções de referências a normas internas nas reservas ou revisões do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs pós-BEPS: igualdade entre normas antielusivas a qualquer custo, tudo em prol de um ou mais objetivos individuais.

A discussão é digna de nota porque demonstra que a concretização dos objetivos de CEN, CIN, CON, NON e NN poderá depender não apenas de normas tributárias de referência, ou seja, aquelas que estabelecem os tributos exigidos por uma dada jurisdição, mas também de como eventuais normas antielusivas internas e internacionais são redigidas, e de como essa comparação será percebida pelos sujeitos passivos. A despeito de não termos identificado em referências doutrinárias essa reflexão sobre normas antielusivas distintas e sua relação com objetivos individuais de política fiscal internacional, veja-se a seguir o

comentário de BECKER e RUNKEL sobre as regras de divisão formular na legislação de preços de transferência e seus efeitos para fusões e aquisições:

From a different perspective, source-based taxes ensure capital import neutrality and therefore do not distort the ownership structure of multinationals. It is this benchmark without profit shifting against which Hines (2010), at least implicitly, evaluates the allocative properties of a system with FA. However, this argument neglects why FA is to be introduced in the first place. At least in the context of the European Union, FA is designed to get rid of profit shifting opportunities for multinationals. But profit shifting opportunities themselves cause distortions in the pattern of ownership and investment.⁵⁵⁸

Os autores fazem referência a um estudo de HINES no qual ele trata da alocação de lucros de MNEs segundo regras de divisão formular, citando como exemplo a proposta da União Europeia de criar uma base singular para a tributação consolidada de companhias (no inglês, *Common Consolidated Corporate Tax Base*, ou CCCTB).⁵⁵⁹ HINES trata em seu estudo de como regras de divisão formular podem “distorcer” a alocação de lucros, já que MNEs buscarão aderir a seus parâmetros mediante fusões, aquisições e liquidações,⁵⁶⁰ entre outros artifícios (a sugerir que objetivos individuais de política fiscal internacional poderão ser cerceados por normas antielusivas). A crítica de BECKER e RUNKEL é justamente apontada para a razão de ser das regras de divisão formular, verdadeiras normas especiais antielusivas, que é o enfrentamento da elusão tributária. Para eles, essa elusão tributária (à qual eles se referem como *profit shifting*) causa distorções que a compreensão tradicional dos objetivos de neutralidades, a exemplo da CIN, não contempla. Ou seja, em si mesma, a elusão tributária complica a análise prática dos objetivos individuais que descrevemos nos subitens anteriores. Uma jurisdição qualquer poderá defender um desses objetivos na sua política fiscal internacional e o resultado que almeja poderá não ser atingido ainda que suas normas tributárias de referência tratem de forma neutra o investimento local e o investimento no exterior. Um caso emblemático é o de qualquer Estado que tributa a renda universal de seus sujeitos passivos, mas não exige tributos sobre os lucros de suas CFCs; aos olhos de suas autoridades fiscais locais, o Estado tratará seus sujeitos passivos da mesma forma, sejam eles investidores locais ou no exterior, mas em termos práticos o investidor em CFCs poderá

⁵⁵⁸ Vide: BECKER, Johannes; RUNKEL, Marco. Corporate Tax Regime and International Allocation of Ownership. *Regional Science and Urban Economics*, Nova York: Elsevier, v. 43, n° 1, p. 10, 2013.

⁵⁵⁹ Vide: HINES, James R. Income Misattribution under Formula Apportionment. *European Economic Review*, Nova York: Elsevier, v. 54, n° 1, p. 108-120, 2010.

⁵⁶⁰ Idem, p. 109.

preservar seus lucros a salvo de qualquer tributação pelo Estado de sua residência em virtude do tratamento de si e de suas pessoas jurídicas investidas como sujeitos passivos distintos (também para fins tributários). Nem HINES, nem BECKER e RUNKEL, tratam da comparação entre normas antielusivas internas e internacionais e de sua relação com os objetivos individuais de política fiscal internacional, mas a discussão ao menos reconhece o argumento de que normas antielusivas podem afetar objetivos como CEN, CIN, CON, NON e NN em diferentes jurisdições.⁵⁶¹

Por último, vale ainda pontuar que, se tomarmos a “busca de alinhamento” entre as normas antielusivas internas e as normas antielusivas internacionais como uma forma de otimização de objetivos individuais de política fiscal internacional (sempre tomando como premissa a existência de ADTs entre o Estado que adota o objetivo político e o Estado de fonte do investimento ou de residência do investidor, a depender do caso), resta a dúvida de se as jurisdições devem alinhar as normas internas às internacionais ou o contrário.⁵⁶² Dito de outra forma, resta a dúvida de se o Estado relevante deverá exportar para o plano internacional a sua política fiscal interna ou de se deverá importar para o plano interno a sua política fiscal internacional, a qual estará possivelmente sujeita a objetivos coletivos de Política Fiscal Internacional. A dúvida será sanada na exata medida de se a jurisdição em relevo participa do objetivo coletivo de Concorrência, Cooperação, Coordenação, ou ainda de Harmonização Fiscal Internacional. Disso trataremos no item seguinte.

2.3.2 *Objetivos coletivos*

Em paralelo aos objetivos individuais, há objetivos coletivos que as jurisdições acordam entre si, quer expressa, quer tacitamente, no âmbito da Política Fiscal Internacional. São objetivos coletivos porque a sua consecução não depende apenas da ação ou inação de um único sujeito – ela depende, isso sim, de um conjunto de ações e/ou inações, sejam elas alinhadas entre si ou não, que se conformem em um rumo, em um propósito identificável. É ainda possível que um objetivo coletivo (e.g., a Harmonização Fiscal Internacional) seja meio

⁵⁶¹ Vide: BECKER, Johannes; RUNKEL, Marco. *Corporate Tax Regime and International Allocation of Ownership* cit., p. 15.

⁵⁶² Não tratamos aqui de situações nas quais a jurisdição relevante aplica uma eventual norma geral antielusiva interna também para situações de elusão tributária referentes aos benefícios de ADTs. Por exemplo, em relação às normas do Reino Unido, vide: FREEDMAN, Judith. *United Kingdom* cit., p. 758.

para a consecução de um outro objetivo coletivo (e.g., a Justiça Fiscal), mas um e outro só poderão nascer com o esforço de mais de um ator político, de mais de uma jurisdição.

Os objetivos coletivos de que trataremos nos subitens 2.3.2.1 a 2.3.2.7 a seguir são, em ordem, aqueles referentes à Tributação Única, à Tributação segundo Benefícios ou Valor, à Justiça Fiscal, à Concorrência Fiscal Internacional, à Cooperação Fiscal Internacional, à Coordenação Fiscal Internacional e à Harmonização Fiscal Internacional. Novamente, assim como pontuamos no subitem 2.3.1, é previsível que alguns desses objetivos, íntimos que são do sistema político, sejam associados a princípios pertinentes ao sistema jurídico do Direito Tributário Internacional. Ao serem identificadas na doutrina, essas associações serão devidamente citadas nos subitens pertinentes.

2.3.2.1 Tributação Única

A definição intuitiva do objetivo coletivo de “Tributação Única” (no inglês, *Single Taxation*) é tributar uma só vez a renda; não mais do que uma e nem menos do que uma. Em sua formulação sobre esse objetivo, AVI-YONAH o qualifica como um princípio do “regime tributário internacional”,⁵⁶³ o que pode representar o aporte da Política Fiscal Internacional ao Direito Tributário Internacional. Essa Tributação Única pode ser *formal* (um tributo singular sobre a renda) ou *substancial* (uma carga tributária compatível com a aplicação do “princípio do benefício” de que trataremos no subitem 2.3.2.2).⁵⁶⁴ Definimos esse objetivo como coletivo e não individual porque a sua consecução (ou seja, a garantia de que a renda será tributada uma única vez, seja formal, seja substancialmente) depende do esforço conjunto – de ação e de não ação – de diferentes jurisdições. Ele é atestado principalmente pela estrutura da vasta maioria dos ADTs em vigor, que são celebrados com o intuito de impedir a chamada “dupla tributação” da renda (e, mais recentemente, também com o intuito de não permitir a “dupla não tributação” da renda). O histórico do princípio que teria sido aportado ao Direito Tributário Internacional, o qual poderíamos chamar de “princípio da Tributação Única”, encontra raízes nos Comentários à primeira Convenção-Modelo para evitar a dupla tributação

⁵⁶³ Vide: AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime* cit., p. 8. Também se referindo à Tributação Única como um “princípio”, vide: CHRISTIANS, Allison; EZENAGU, Alexander. Kill-Switches in the U.S. Model Tax Treaty. *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn: Brooklyn Law School, v. 47, n° 3, p. 1070, 2016.

⁵⁶⁴ Vide definições da Tributação Única formal e substancial em: GALDINO, Guilherme; SCHOUERI, Luís Eduardo. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility in Single Taxation? In: WHEELER, Joanna (Ed.). *Single Taxation?* Amsterdã: IBFD, 2018. p. 83-103.

da renda, formulada pela então Liga das Nações.⁵⁶⁵ Segundo BRAUNER, esse princípio é a forma mais racional de explicar o “regime tributário internacional” como ele na prática se apresenta para o intérprete.⁵⁶⁶

É importante ressaltar que o reconhecimento da existência do objetivo coletivo de Tributação Única na Política Fiscal Internacional não representa uma validação desse objetivo enquanto meritório ou devido. Dito de outra forma, dizer que diferentes jurisdições incorporaram esse objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional às suas políticas fiscais internacionais não é o mesmo que sustentar que o objetivo deveria ser perseguido em primeiro lugar. Nós mesmos tínhamos críticas à eleição da Tributação Única como objetivo coletivo na Política Fiscal Internacional: é um objetivo simplista (porque a exigência de que a tributação sobre a renda seja única nada diz sobre o nível de tributação a ser exigido) e a sua imposição pode afetar países em desenvolvimento, reféns da ordem de exigir apenas um tributo, ou o “equivalente” a um tributo, e sem condições de cumprir com os seus termos e ao mesmo tempo financiar bens e serviços públicos essenciais para os seus jurisdicionados. Aqui nos aliamos às críticas doutrinárias já feitas a esse objetivo por diferentes autores.⁵⁶⁷

Trazendo esse objetivo para o tema da nossa tese, devemos pontuar que não reconhecemos no seu conteúdo qualquer vetor para a elaboração de normas antielusivas internacionais. Não queremos dizer com isso que o argumento seja impossível – poder-se-ia cogitar de uma jurisdição que, desejosa de preservar a Tributação Única na Política Fiscal Internacional, insistisse na inserção de normas antielusivas em seus ADTs. Mas o problema

⁵⁶⁵ Vide relato histórico em: AVI-YONAH, Reuven S. Who Invented the Single Tax Principle: An Essay of the History of U.S. Treaty Policy. *NYLS Law Review*, Nova York: New York Law School, v. 59, n° 2, p. 310, 2015.

⁵⁶⁶ Vide: BRAUNER, Yariv. An International Tax Regime in Crystallization. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 56, n° 2, p. 264, 2003.

⁵⁶⁷ É difícil separar na doutrina de Direito Tributário Internacional aquilo que é crítica ao “objetivo de Política Fiscal Internacional” de Tributação Única daquilo que é crítica ao “princípio de Direito Tributário Internacional” de Tributação Única. Entendemos que a crítica de Guilherme Galdino e Luís Eduardo Schoueri é vocacionada à Tributação Única enquanto objetivo de Política Fiscal Internacional. Vide: GALDINO, Guilherme; SCHOUERI, Luís Eduardo. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility in Single Taxation? cit., p. 83-103. Por outro lado, Mitchell Kane sugere que a ideia de uma norma internacional que poderia determinar a incidência única de um tributo sobre a renda seria irreconciliável com as demarcações de soberania fiscal internacional que conhecemos. Aqui é incerto dizer se a sua crítica é formulada em relação ao reconhecimento de um princípio de Direito Tributário Internacional (como o texto parece indicar) ou se também se estende para uma análise de Política Fiscal Internacional (que entendemos ser igualmente cabível, embora o texto do autor deixe essa dúvida). Vide: KANE, Mitchell A. Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage. *Emory Law Journal*, Atlanta: Emory Law School, v. 53, n° 1, p. 114, 2004. No mesmo sentido: SHAVIRO, Daniel. Two Faces of the Single Tax Principle. *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn: Brooklyn Law School, v. 41, n° 3, p. 1293-1302, 2016.

com o argumento é que a preservação dessa Tributação Única por si só nada promove, nada constrói no âmbito da Política Fiscal Internacional. Seu eventual alarde por atores políticos da jurisdição promotora seria na verdade uma grita (mal posicionada) pelo objetivo coletivo de Justiça Fiscal, se o desiderato for impedir que sujeitos passivos se aproveitem do ADT relevante para pagar menos tributos ou tributo algum. Se a jurisdição em nada se importar com a promoção da Justiça Fiscal como objetivo coletivo (algo impensado ao menos para as jurisdições do *Inclusive Framework* do Plano de Ação BEPS, como veremos mais adiante), a sua insistência na inserção de normas antielusivas em ADTs ainda será mais bem ilustrada como fruto da perseguição por um objetivo individual qualquer, a exemplo da CEN ou CIN. Por um caminho ou por outro, não é nas águas do objetivo coletivo de Tributação Única que a jurisdição busca (ou deve buscar) o subsídio, a inspiração para a defesa de inserir normas antielusivas em ADTs.

2.3.2.2 Tributação segundo Benefícios ou Valor

A definição do objetivo coletivo de Tributação (da renda) segundo Benefícios ou Valor é tão intuitiva quanto a de Tributação Única, mas merece uma consideração preliminar. Aqui estamos tratando de um objetivo coletivo da Política Fiscal Internacional voltado para o “nexo” entre a jurisdição competente para tributar a renda, de um lado, e a atividade do sujeito passivo que gerou a renda ou a sua condição pessoal, do outro. Na esteira dessa consideração, os “Benefícios” a que se refere o objetivo são aquelas vantagens estruturais custeadas segundo o Direito Financeiro Interno e que beneficiam o sujeito passivo e que por isso dão legitimidade à jurisdição relevante para tributar a sua renda. O “Valor”, por sua vez, é o valor criado pela atividade do sujeito passivo, que passou a ser reputado como legitimador do poder de tributar a renda em especial depois do Plano de Ação BEPS da OCDE. O objetivo coletivo aqui tratado é a busca pela partilha dos poderes de tributar a renda no cenário internacional segundo esses “nexus”, esses ímãs, esses vínculos chamados por XAVIER de “elementos de conexão”⁵⁶⁸ e definidos por TORRES como “elementos de estraneidade”.⁵⁶⁹ Trataremos das facetas desse objetivo coletivo nos parágrafos seguintes.

Segundo AVI-YONAH, o que ele chama de “princípio dos benefícios” (no inglês, *benefits principle*) estabelece que a jurisdição de residência tem o direito primário de tributar

⁵⁶⁸ Vide XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 4.

⁵⁶⁹ Vide: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 60.

a chamada “renda passiva” (e.g., juros, royalties), enquanto a jurisdição da fonte tem o direito primário de tributar a chamada “renda ativa” (e.g., renda decorrente da venda de bens ou da prestação de serviços) do sujeito passivo.⁵⁷⁰ Essa é uma definição precária; o autor traz maiores contribuições a esse tema quando explica os motivos pelos quais essa divisão de poderes de tributar a renda faz sentido (o que, para nós, é a verdadeira explicação do objetivo coletivo de “Tributação segundo Benefícios”). Segundo ele, a tributação especialmente de indivíduos no Estado de residência faz sentido porque, entre outras razões, eles são parte de uma sociedade e as preocupações distributivas do ônus de financiar os bens e serviços públicos utilizados por essa sociedade são mais pertinentes a eles.⁵⁷¹ Além disso, a noção de residência se relaciona a aspectos de filiação política, o que justificaria a sua frase: “*residence taxation is a proxy for taxation with representation.*”⁵⁷² Quanto à tributação da renda na fonte, AVI-YONAH diz que ela também é justificada por esse princípio porque as jurisdições de fonte trazem benefícios a não residentes que exploram atividades econômicas em seu território, como infraestrutura e educação, além de políticas governamentais que estabilizam o câmbio ou mantêm os juros em níveis baixos.⁵⁷³

Para nós, o objetivo coletivo de *Tributação segundo Benefícios* se justifica de modo pleno para a jurisdição de residência do sujeito passivo. Ou seja, é razoável admitir que há uma concertação de esforços na Política Fiscal Internacional para assegurar, de um lado, que esses sujeitos passivos deverão pagar tributos sobre a renda para as jurisdições de que são

⁵⁷⁰ Vide: AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime* cit., p. 11.

⁵⁷¹ Idem, ibidem. “The benefits principle posits that government expenses should be allocated in proportion to the benefits received” (SCHENK, Deborah H. *Saving the Income Tax with a Wealth Tax. Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 53, n° 3, p. 458, 2000). Vide ainda: SHU-CHIEN, Jennifer Chen. *Neutrality as Tax Justice: The Case of the Common Consolidated Corporate Tax Base Under EU Law. European Studies*, Leiden: Brill, v. 5, p. 45, 2018.

⁵⁷² Vide: AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime* cit., p. 11.

⁵⁷³ Idem, ibidem. O “princípio dos benefícios” parece guardar algum parentesco com o “princípio do equilíbrio dos benefícios” (no inglês, *balance-of-benefits principle*) de que tratam os autores de Direito do Comércio Internacional. Esse segundo princípio diz que os direitos em acordos internacionais sobre livre comércio devem guardar proporção com os tamanhos dos mercados de cada jurisdição signatária. Vide, por exemplo: KRAVIS, Irving B. *Domestic Interests and International Obligations: Safeguards in International Trade Organizations*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1963. p. 56-57. Vide ainda: STANILAND, Martin. *Long-Haul Liberalization: Will Transatlantic Air Transport Ever Be Deregulated? In: EGAN, Michelle. Creating a Transatlantic Marketplace: Government Policies and Business Strategies*. Manchester: Manchester University Press, 2005. p. 41. No entanto, há diferenças entre o “princípio dos benefícios” e aquilo que Stephen Shay *et al* chamam de “teoria do acesso a mercados” (no inglês, *market access theory*); o primeiro exige a comprovação de que benefícios foram efetivamente dados ao não residente pelo Estado da fonte, por exemplo, e a segunda não exige essa comprovação. Vide: FLEMING Jr.; J. Clifton; PERONI, Robert; SHAY, Stephen E. *What’s Source Got to do with It? Source Rules and U.S. International Taxation. Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 56, n° 1, p. 92, 2002.

residentes, e, de outro, que esses recursos sejam utilizados para custear os benefícios dos quais usufruem por serem lá residentes. Uma noção expandida desse conceito é a tributação da renda segundo o critério de nacionalidade, que goza de muito menor adesão e por isso nos parece um objetivo individual e não coletivo (dele não trataremos em maiores detalhes nesta tese).⁵⁷⁴ O que mais nos intriga é justificar a tributação pelo Estado da fonte com base também nesse “princípio dos benefícios”, porque, como bem aponta KANE, o desafio neste caso é provar que a jurisdição relevante concedeu benefícios tangíveis, específicos, demarcados para o não residente que de lá obteve alguma renda.⁵⁷⁵ É mais fácil tentar suavizar a noção do “princípio dos benefícios”, que seria a materialização do objetivo coletivo de Tributação segundo Benefícios a nosso ver, com uma vinculação à ideia de “acesso a mercados”, ou seja, à ideia de que a jurisdição de fonte deve ter o direito de tributar a renda porque franqueou para o não residente o acesso ao seu mercado interno.⁵⁷⁶

A *Tributação segundo o Valor* é mais recente na Política Fiscal Internacional. Sua gênese enquanto objetivo coletivo pode ser atribuída ao Plano de Ação BEPS da OCDE (em especial às suas Ações 8, 9 e 10),⁵⁷⁷ embora também seja possível argumentar que a adoção por várias jurisdições das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE em anos anteriores já seria em si mesma prova de uma concertação de esforços para reconhecer algum direito de tributação sobre a renda atrelado à noção de “Valor”.⁵⁷⁸ Nesse sentido, o Plano de Ação BEPS da OCDE, e ainda o Pilar Um do seu recente Programa de Trabalho,⁵⁷⁹ vieram para fomentar discussões que elevaram a noção de Tributação segundo o Valor à posição de objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional. Embora DEAN indique que esse objetivo é aderente

⁵⁷⁴ A respeito do elemento de conexão de nacionalidade no sistema norte-americano, vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 217. Os Estados Unidos e a Eritreia são usualmente referidos como as duas únicas jurisdições que usam o critério de nacionalidade (ou “cidadania”) como elemento de conexão. Vide: ANTÓN, Ricardo García. Restoring the EU Citizenship for Tax Purposes. *Journal of Legal and Social Sciences*, Belgrado: University of Belgrade, ano LXVII, nº 4, p. 148, 2019.

⁵⁷⁵ Vide: KANE, Mitchell A. A Defense of Source Rules in International Taxation. *Yale Journal on Regulation*, New Haven: Yale Law School, v. 32, nº 2, p. 315, 2015.

⁵⁷⁶ Vide: FLEMING Jr.; J. Clifton; PERONI, Robert; SHAY, Stephen E. What’s Source Got to do with It? Source Rules and U.S. International Taxation cit., p. 92. Vide ainda: BROWN, Fred B. An Equity-Based, Multilateral Approach for Sourcing Income Among Nations. *Florida Tax Review*, Gainesville: University of Florida, v. 11, nº 7, p. 610, 2011.

⁵⁷⁷ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 20-21.

⁵⁷⁸ Vide, comentando o método formular conhecido como *Transactional Profit Split Method* e o seu mérito diante de métodos unilaterais (justamente pelo reconhecimento de “contribuições que agregam valor” à operação no nível de todas as partes relacionadas): OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017* cit., p. 133-134.

⁵⁷⁹ Vide: OCDE. *Secretariat Proposal for a ‘Unified Approach’ under Pillar One* cit., p. 4-12.

aos parâmetros básicos do “princípio dos benefícios”,⁵⁸⁰ o que talvez implique que o objetivo coletivo de Tributação segundo Benefícios ou Valor deveria ter apenas uma única faceta, seguimos uma posição diferente. Sim, a Tributação segundo o Valor prega em última análise uma tributação da renda de acordo com o nível de “pertença econômica” das atividades do sujeito passivo em relação a um Estado ou a uma jurisdição qualquer,⁵⁸¹ mas o processo político que lhe deu origem mais tem a ver, a nosso juízo, com o argumento de que o Direito Tributário Internacional deve comportar esse direito de tributação sobre a renda por motivos de Justiça Fiscal, do que com o argumento de que o “valor criado” em determinada jurisdição faz nascer o direito de tributar a renda porque, se houve “valor criado”, houve algum benefício dado pela jurisdição relevante para permitir essa “criação de valor”.⁵⁸²

A consideração que fizemos sobre o objetivo de Tributação Única não se aplica ao objetivo de Tributação segundo Benefícios ou Valor. Aqui, ao contrário do que dissemos no subitem 2.3.2.1, nota-se um vínculo mais claro entre o objetivo coletivo e a inserção de normas antielusivas em ADTs. A partilha dos direitos de tributação sobre a renda não se dá por acaso – em última análise, é um desiderato comum que impede a guerra pela apropriação de riquezas entre as diferentes jurisdições no mundo. Eludir a obrigação tributária ocorrida no âmbito internacional é perturbar, ao talante do próprio sujeito passivo, as regras dessa partilha. É subtrair da jurisdição relevante o tributo sobre a renda que esperava arrecadar, ou que deveria ter arrecadado, graças a um estratagema que utilizou a lei tributária para subverter os fins do Direito Tributário Internacional. Por isso mesmo, podemos afirmar que o enfrentamento da elusão tributária internacional é coerente com a preservação da integridade dos resultados que o objetivo coletivo de Tributação segundo Benefícios ou Valor quer conferir às jurisdições que o seguem. Noutras palavras, ações que enfraquecem esse enfrentamento militam contra esse objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional.

⁵⁸⁰ Vide: DEAN, Steven A. More Cooperation, Less Uniformity: Tax Deharmonization and the Future of the International Tax Regime. *Tulane Law Review*, Nova Orleans: Tulane Law School, v. 84, nº 1, p. 162, 2009.

⁵⁸¹ No mesmo sentido: BAO, Nathan Jin; LI, Christina; LI, Jinyan. Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 67, nº 4, p. 1133-1134, 2019. Vide ainda: CHRISTIANS, Allison. Taxing According to Value Creation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 90, p. 1379-1383, 2018.

⁵⁸² Michael Lennard explica que a preocupação sobre tributar a renda segundo a “criação de valor” guarda relação com operações de MNEs em “paraísos fiscais”, que são vistos como locais onde pouco ou nenhum valor é criado, e que ainda assim hospedam direitos sobre intangíveis. Vide: LENNARD, Michael. Act of creation: the OECD/G20 test of “Value Creation” as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries. *Transnational Corporations*, Genebra: UNCTAD, v. 25, nº 3, p. 56-57, 2018.

2.3.2.3 *Justiça Fiscal*

De todos os objetivos de Política Fiscal Internacional discutidos neste item, este é talvez o mais fundamental e o mais etéreo. É fundamental porque, intuitivamente, Justiça Fiscal é a garantia de que tributos serão pagos e recursos serão alocados para despesas públicas de forma justa, e é sobre esse ideal de justiça que os atores políticos devem perseguir o bem-estar social de todos. No entanto, o objetivo é etéreo porque a noção de “Justiça Fiscal” é dependente de uma interpretação finalística, porém não necessariamente unânime entre as jurisdições que a buscam. Para algumas jurisdições, citando um exemplo recente, o Pilar Dois do Programa de Trabalho da OCDE (que propõe diferentes regras de “resposta” a regimes de subtributação em jurisdições de baixa pressão fiscal) pode representar um importante passo na busca da chamada “Justiça Fiscal”, impedindo que MNEs e outros sujeitos passivos se beneficiem da “corrida ao fundo do poço” (no inglês, *race to the bottom*) propiciada por aquilo de que trataremos no subitem 2.3.2.4, a saber, a Concorrência Fiscal Internacional.⁵⁸³ Para outras jurisdições, a visão é oposta: esses incentivos são a sua ferramenta mais direta para a atração de investimentos estrangeiros, e se seus efeitos forem “retaliados” por nações mais desenvolvidas, é como se a sua própria soberania fiscal fosse desafiada.⁵⁸⁴ Como não possuem poder político para “retaliar” quem quer que seja no cenário internacional, essas jurisdições poderiam adotar a postura de que o Pilar Dois promove não a Justiça, mas sim a Injustiça Fiscal Internacional.⁵⁸⁵

Como dizem LEAMAN e WARIS, a noção de Justiça Fiscal (à qual eles se referem como “*tax justice*”, no inglês) vem se tornando uma parte do discurso corrente da sociedade e da política nos últimos anos, sendo reflexo de uma percepção aumentada da centralidade da tributação para as ações internas de cada jurisdição (o que eles chamam de *fiscal jurisdiction*, no inglês) e da relação entre jurisdições na economia política global.⁵⁸⁶ Em sua avaliação, os países desenvolvidos teriam a princípio defendido esse objetivo a partir das crises fiscais que

⁵⁸³ Vide: OCDE. *Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two*. Public Consultation Document. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁵⁸⁴ Vide: CARVALHO, Lucas de Lima. GloBE and the Supranational “Nudges” Affecting Domestic Tax Policy. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 95, p. 421-425, 2019.

⁵⁸⁵ Sobre as políticas fiscais utilizadas por diferentes Estados hoje considerados desenvolvidos e a sua recusa em permitir que Estados em desenvolvimento as adotem, vide: CHANG, Ha-Joon. *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*. Londres: Anthem Press, 2002. p. 139-141.

⁵⁸⁶ Vide: LEAMAN, Jeremy; WARIS, Attiya (Ed.). *Tax Justice and the Political Economy of Global Capitalism: 1945 to the Present*. Brooklyn: Berghahn Books, 2013. p. 1.

irromperam no mundo desde 2008,⁵⁸⁷ e aqui a perspectiva dos autores guarda ligações com a publicização – especialmente nos anos que antecederam o Plano de Ação BEPS – de algumas estratégias de elusão tributária internacional empreendidas por MNEs em veículos de comunicação, particularmente na Europa e nos Estados Unidos.⁵⁸⁸ Além disso, esse período também foi marcado por pronunciamentos do então Senador dos Estados Unidos (e depois Presidente), Barack Obama,⁵⁸⁹ e do então Primeiro-Ministro britânico, David Cameron,⁵⁹⁰ ambos no sentido de exigir que os sujeitos passivos, e especialmente as MNEs, pagassem a sua “parcela justa” dos tributos sobre a renda (no inglês, *fair share*). Esses pronunciamentos também indicam alguma concertação de esforços para promover a Justiça Fiscal enquanto um objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional, repetidas aqui as ressalvas que fizemos no parágrafo anterior sobre as variadas perspectivas do que essa “Justiça Fiscal” representa para cada ator político no cenário da Política Fiscal Internacional.

Para além das iniciativas estritamente fiscais, há outras evidências de que existe um objetivo de Justiça Fiscal partilhado por diferentes jurisdições na arena internacional. Uma delas está nas decisões da Organização Mundial do Comércio (OMC) de conceder tratamento tarifário preferencial para produtos e serviços de países menos desenvolvidos (no inglês, *Least Developed Countries*, ou LDCs) no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (no inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade*, ou GATT)⁵⁹¹ e do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (no inglês, *General Agreement on Trade in Services*, ou GATS).⁵⁹² Segundo a observação de HAWTHORNE,

⁵⁸⁷ LEAMAN, Jeremy; WARIS, Attiya (Ed.). *Tax Justice and the Political Economy of Global Capitalism* cit., p. 1.

⁵⁸⁸ Vide, por exemplo: BERGIN, Tom. *Special Report: How Starbucks avoids UK taxes*. Reuters, publicado em 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://uk.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015>. Acesso em: 22 jun. 2020. Vide ainda: NPR. *How Offshore Tax Havens Save Companies Billions*. NPR. Publicado em 17 de março de 2011. Disponível em: <https://www.npr.org/2011/03/17/134619750/how-offshore-tax-havens-save-companies-billions>. Acesso em: 22 jun. 2020.

⁵⁸⁹ Vide: POLITIFACT. *Obama Targets Cayman “Tax Scam”*. Politifact. Publicado em 10 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://www.politifact.com/article/2008/jan/10/obama-targets-cayman-islands-tax-scam/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

⁵⁹⁰ Vide: NEATE, Rupert. *David Cameron: We’ll Ensure Foreign Firms Pay Their Fair Share of Tax*. The Guardian. Publicado em 4 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2013/jan/04/cameron-ensures-multinationals-pay-full-taxes>. Acesso em: 22 jun. 2020.

⁵⁹¹ Vide: OMC. *Preferential Tariff Treatment for Least-Developed Countries*. WT/L/759, adotado em 27 de maio de 2009. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_special_differential_provisions_e.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

⁵⁹² Vide: OMC. *Preferential Treatment to Services and Service Suppliers of Least-Developed Countries*. WT/L/847, adotado em 19 de dezembro de 2011. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_special_differential_provisions_e.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

que traça o histórico dessas normas de tratamento preferencial até a década de 1960, a origem desse tratamento foi a percepção de que os Estados mais novos, muitos dos quais tinham sido “descolonizados”, careciam de suporte para o desenvolvimento de suas políticas públicas e indústrias locais,⁵⁹³ o que é em tudo coerente com a noção de Justiça Fiscal, ou seja, com a noção de conceder tratamento tributário (e aduaneiro) favorável àqueles que fazem jus a essa exceção. Outra evidência de que a Justiça Fiscal é um objetivo partilhado por diferentes jurisdições está na sua aderência a Convenções sobre Direitos Humanos, entre elas o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário desde 1992.⁵⁹⁴ O artigo 2º, parágrafo 1º, do PIDESC, diz o seguinte:

Artigo 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.⁵⁹⁵

Entre os “direitos reconhecidos” no PIDESC estão o direito ao trabalho, incluindo medidas que assegurem o “pleno emprego produtivo” (artigo 6º, parágrafo 1º), o direito de toda pessoa à “previdência social, inclusive ao seguro social” (artigo 9º) e o direito de toda pessoa a “um nível de vida adequado para si próprio e sua família” (artigo 11, parágrafo 1º).⁵⁹⁶ A ênfase dada pelo artigo 2º, parágrafo 1º, do PIDESC, à “adoção de medidas legislativas” demonstra que o Estado signatário deve garantir a arrecadação dos recursos necessários para fazer frente aos gastos públicos que suportam esses direitos, o que, mais uma vez, é retrato do objetivo coletivo de Justiça Fiscal defendido ao menos pelas suas mais de 170 jurisdições signatárias até hoje.⁵⁹⁷ Uma associação possível a ser feita diante do texto do PIDESC seria a de que suas jurisdições signatárias devem aparelhar as próprias legislações tributárias e financeiras para cumprir com suas

⁵⁹³ Vide: HAWTHORNE, Helen. *Least Developed Countries and the WTO: Special Treatment in Trade*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013. p. 42.

⁵⁹⁴ Vide: BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

⁵⁹⁵ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 cit.

⁵⁹⁶ Idem.

⁵⁹⁷ Vide: ONU. *Status of Ratification – International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Departamento do Alto Comissariado de Direitos Humanos, 19 de junho de 2020. Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

obrigações convencionais, o que pode compreender a edição de normas de enfrentamento à evasão e à elusão tributárias.⁵⁹⁸

À luz das observações que fizemos sobre o objetivo coletivo de Justiça Fiscal, fica claro que ele compreende o objetivo de “vedação à elusão tributária”, que poderia ser a origem do princípio já comentado de “vedação à elusão tributária internacional”.⁵⁹⁹ Mas é claro que o objetivo vai além, porque ele também busca reduzir ou eliminar as hipóteses de dupla ou de múltipla tributação sobre a renda. O objetivo ainda se evidencia em outras normas do Direito Tributário Internacional, a exemplo do artigo 24 das Convenções-Modelo da OCDE⁶⁰⁰ e da ONU,⁶⁰¹ cujo parágrafo 1º impede que Estados Contratantes empreguem o seu poder tributante para discriminar pessoas em virtude da sua nacionalidade (ou da sua residência), e do artigo 25 das mesmas Convenções-Modelo,⁶⁰² cujo parágrafo 1º franqueia aos sujeitos passivos o acesso às autoridades dos Estados Contratantes para solucionar impasses na aplicação do ADT (particularmente aqueles que podem dar ensejo à dupla tributação da renda). Quando incorporadas aos ADTs em vigor, essas normas, assim como as normas antielusivas internacionais de que tratamos no Capítulo 1, *supra*, traduzem para o sistema jurídico aquilo que a Política Fiscal Internacional quer concretizar através do seu objetivo coletivo de Justiça Fiscal: um ambiente de tratamento justo entre Fisco e sujeitos passivos em operações internacionais e, doutra parte, também um ambiente de promoção de justiça das próprias autoridades fiscais entre si.

⁵⁹⁸ Elizabeth Donald ressalta que os trabalhos preparatórios do PIDESC trazem diversas referências à noção de sistemas tributários mais robustos, justamente com o intuito de que esses sistemas tributários sejam adequados para a arrecadação dos recursos públicos necessários aos Estados signatários. Vide: DONALD, Elizabeth. Revenue Mobilization Accountability: Combating Harmful Tax Regimes with the Law of Human Rights. *Georgetown Journal of International Law*, Washington D.C.: Georgetown University, v. 50, nº 2, p. 561, 2019. Para nós, o sistema tributário que não se opõe a práticas de evasão tributária viola o artigo 2º, parágrafo 1º, do PIDESC, uma vez que não adota medidas legislativas para assegurar a arrecadação dos recursos públicos de que necessita para garantir os direitos enumerados na Convenção. O argumento em relação a normas antielusivas é mais tortuoso, tanto que para nós não é o PIDESC que as “exige” das jurisdições signatárias. Cite-se, por exemplo, o caso da Índia, que durante anos permitiu a manutenção do texto de seu ADT com as Ilhas Maurício, favorável a uma estratégia de elusão tributária para deixar de pagar tributo sobre ganhos de capital, mas (segundo a visão das autoridades fiscais daquela época) também conducente a mais investimentos estrangeiros diretos na Índia. Vide, nesse sentido: SHARMA, P. The Intentional Use of the India–Mauritius (1982) and India–Singapore (1994) Tax Treaties to Promote Foreign Direct Investment in India cit., p. 632-636.

⁵⁹⁹ Vide SANTAMARIA, Manuela. *Fiscalità Internazionale* cit., p. 133.

⁶⁰⁰ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 94.

⁶⁰¹ Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 35.

⁶⁰² Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 98. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 36.

2.3.2.4 *Concorrência Fiscal Internacional*

Compreendida como um objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional, a expressão “Concorrência Fiscal Internacional” parece indicar o conjunto de esforços que fomentam a disputa por capital, mão de obra e influência entre as jurisdições pelo mundo, disputa essa travada mediante o uso de instrumentos fiscais. Aqui é interessante notar o nosso uso do termo “conjunto”, e não do termo “concertação”, como usado nos subitens 2.3.2.2 e 2.3.2.3, *supra*. A princípio, só se pode falar de um objetivo coletivo de Concorrência Fiscal Internacional se permitirmos que seja definida como “coletiva” a multiplicação de iniciativas individuais que militam para a criação de um *estado* de Concorrência Fiscal Internacional. Como veremos, mesmo que traçássemos a história da Concorrência Fiscal Internacional até os seus primórdios, não encontraríamos nela uma união de forças para facilitar a “competição” entre jurisdições – apenas encontraríamos a “competição” em si. A ressalva que deve ser feita a esse raciocínio é a Concorrência Fiscal Internacional permitida pelos esforços de Cooperação ou de Coordenação dos atores políticos no cenário internacional (conceitos dos quais trataremos nos subitens 2.3.2.5 e 2.3.2.6 a seguir).

Entre os registros mais antigos de incentivos fiscais para a atração de capital e de mão de obra estrangeiros, consta aquele concedido pela então Imperatriz da Rússia Catarina, a Grande, em 1763.⁶⁰³ À época, num período de progressiva transição de Estados europeus para a Era Industrial, a Imperatriz procurou atrair mão de obra qualificada e tecnologia através de uma isenção de tributos locais e de tributos aduaneiros por 10 anos para estrangeiros que se estabelecessem na Rússia e que construíssem fábricas de produtos para a exportação. A Imperatriz concedeu ainda uma isenção semelhante para estrangeiros estabelecidos em colônias locais quanto à venda de seus produtos em mercados e feiras.⁶⁰⁴ No mesmo sentido, EDWARDS e MITCHELL argumentam que a não imposição de um tributo sobre a renda nos Estados Unidos até meados do século XX foi uma das razões que permitiram o seu crescimento econômico,⁶⁰⁵ o que mais uma vez aponta para o uso de medidas fiscais para fomentar o desenvolvimento nacional, sejam essas medidas empregadas por outros países ou não. É interessante apontar esses exemplos, porque eles são bastante similares aos regimes

⁶⁰³ Vide: WEIGHTMAN, Gavin. *The Industrial Revolutionaries: The Making of the Modern World 1776-1914*. Nova York: Grove Press, 2007. p. 56.

⁶⁰⁴ Idem, *ibidem*.

⁶⁰⁵ Vide: EDWARDS, Chris R.; MITCHELL, Daniel J. *Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend It*. Washington D.C.: Cato Institute, 2008. p. 187.

preferenciais oferecidos pelos chamados “paraísos fiscais” até os dias de hoje,⁶⁰⁶ com a diferença de que as jurisdições que criaram esses regimes no passado não sofreram pressões internacionais para a modificação de suas legislações domésticas, não como as de hoje sofrem. As jurisdições de hoje são compelidas a conformar os seus sistemas tributários às tais “melhores práticas” (no inglês, *best practices*), o que afastaria de si o rótulo de “práticas tributárias prejudiciais” (no inglês, *harmful tax practices*).⁶⁰⁷

As práticas de ontem e de hoje que procuram incentivar o investimento estrangeiro ou o aporte de mão de obra e tecnologia para os territórios de jurisdições específicas são casos de Concorrência Fiscal Internacional, que é *horizontal*, e não *vertical*. Essa concorrência se opera entre jurisdições que competem umas ao lado das outras pela atração de recursos para financiar o cumprimento de suas agendas políticas, que incluem a garantia de direitos plasmados em suas constituições e leis locais.⁶⁰⁸ Como dissemos, essa Concorrência Fiscal Internacional só será uma espécie de objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional se a entendermos como o estado propiciado por variadas jurisdições que individualmente buscam concorrer entre si, e essa posição se ampara em três argumentos distintos.

Em primeiro lugar, é possível se referir a um objetivo coletivo de Concorrência Fiscal Internacional na Política Fiscal Internacional porque as iniciativas apoiadas por diversas jurisdições e lideradas pela OCDE e pela ONU nas últimas décadas, quando lidaram com as práticas de “competição” entre atores políticos no cenário internacional, trataram detidamente daquelas vistas como “prejudiciais”. Essa ressalva indica que há uma concorrência entre atores políticos na fiscalidade internacional que não é vista como “prejudicial”, mas sim como uma consequência natural da busca de eficiências em economias

⁶⁰⁶ EDWARDS, Chris R.; MITCHELL, Daniel J. *Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend It* cit., p. 188-189. Vide ainda, ressaltando incoerências no processo de enfrentamento a “paraísos fiscais” por parte da OCDE: LITTLEWOOD, Michael. Tax Competition: Harmful to Whom? *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor: University of Michigan, v. 26, n° 1, p. 463-464, 2004.

⁶⁰⁷ Laurens van Apeldoorn diz que as iniciativas da OCDE para enfrentar a elusão tributária internacional procuraram minimizar a Concorrência Fiscal Internacional entre jurisdições sem atenção para a “distribuição relativa de soberania fiscal”, ou seja, para garantir a jurisdições menores e insulares, muitas das quais compõem listas de “paraísos fiscais” pelo mundo, o respeito à sua “autodeterminação fiscal”. Vide: VAN APELDOORN, Laurens. BEPS, Tax Sovereignty and Global Justice. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Londres: Routledge, v. 21, n° 4, p. 489, 2018.

⁶⁰⁸ Vide ANDRADE, Fernando Rocha. Concorrência fiscal internacional na tributação dos lucros das empresas. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 45, n° 1, p. 58, 2002. O autor português tem o mérito de identificar efeitos da Concorrência Fiscal Internacional não apenas na busca pelo investimento móvel em si, mas pelo que chama de “deslocação contabilística” do rendimento entre jurisdições. *Idem*, p. 198-199.

de mercado, por um lado, e da preservação das soberanias tributárias no Direito Tributário Internacional, por outro. A título de exemplo, cite-se aqui o relatório da OCDE em 1998 intitulado *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*.⁶⁰⁹ Diversas partes desse trabalho enfatizam que a “competição” da qual a Organização trata não é a Concorrência Fiscal Internacional enquanto gênero, mas a sua versão “prejudicial” enquanto espécie,⁶¹⁰ em particular aquela versão promovida por “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais”,⁶¹¹ e essa posição encontra respaldo nos projetos da OCDE até hoje. Citando ainda outro exemplo, um relatório de 2019 da UNCTAD sobre os mecanismos de financiamento global do chamado *Green New Deal*,⁶¹² comenta os efeitos deletérios da “competição” fiscal entre jurisdições, mas ressalta que o caminho a ser seguido no futuro é o estabelecimento de uma tributação mínima como antídoto para a competição “prejudicial” na Política Fiscal Internacional,⁶¹³ de novo abrindo espaço para a Concorrência Fiscal Internacional enquanto objetivo coletivo. Relatórios emitidos por organizações regionais contêm a mesma linguagem.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ Vide: OCDE. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Paris: OCDE, 1998. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>. Acesso em: 24 jun. 2020.

⁶¹⁰ Idem, p. 8, 15-16. Naquela ocasião, a OCDE elencou alguns fatores que, unidos, tornariam a disputa fiscal entre jurisdições “prejudicial” no cenário internacional. Entre eles estão a capacidade de distorcer fluxos financeiros e de investimento, subverter a integridade e a equidade de estruturas corporativas para fins tributários, desencorajar o cumprimento das normas tributárias por parte dos sujeitos passivos e causar aumento nos custos de fiscalização de atividades de sujeitos passivos (bem como nos custos de *compliance* desses sujeitos passivos em outras jurisdições. Idem, p. 17.

⁶¹¹ A própria definição dada pela OCDE para “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais” endossa a tese de que a Organização e seus membros ainda enxergam espaço para a Concorrência Fiscal Internacional que não seja prejudicial. Idem, p. 23, 27-28. Anos mais tarde, o Plano de Ação BEPS retomaria essas classificações para enfrentar a elusão tributária internacional na sua Ação 5, acrescentando a elas o requisito de “atividade econômica substancial” e de transparência na emissão de opiniões vinculantes para sujeitos passivos (no inglês, *rulings*). Vide: OCDE. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance – Action 5: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 19-66. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁶¹² Vide: BARBIER, Edward B. *A Global Green New Deal: Rethinking the Economic Recovery*. Cambridge: CUP, 2010. p. 208-210.

⁶¹³ Vide, no mesmo sentido: UNCTAD. *Trade and Development Report 2019 – Financing a Global Green New Deal*. Genebra: UNCTAD, 2019. p. 111-112. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationChapters/trd2019ch5_en.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁶¹⁴ Vide, por exemplo: ATAF. *Africa-Wide Report*. Regional Studies on Reform Priorities of African Tax Administrations. Pretória: ATAF, 2012. Disponível em: https://events.ataftax.org/index.php?page=documents&func=view&document_id=32. Acesso em: 25 jun. 2020. “Some – but not all – tax competition can be harmful; and some – but not ubiquitous – cooperation may be beneficial” (UNIÃO EUROPEIA. *Tax Competition in the European Union*. Economic Affairs Series, ECON – 105 EN. Luxemburgo: Parlamento Europeu, 1998. p. 25. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/econ/pdf/105_en.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020). Compare-se essa redação com o uso da expressão *fair competition* em: UNIÃO EUROPEIA. *Joint follow-up to the European Parliament resolution with recommendations to the Commission on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the Union, and the European Parliament resolution on tax rulings and other measures similar in nature or effect*. Luxemburgo: Parlamento Europeu, 2016. p. 2. Disponível em:

Em segundo lugar, podemos dizer que iniciativas como os Pilares Um e Dois do Programa de Trabalho da OCDE não apenas abrem espaço para uma Concorrência Fiscal Internacional “não prejudicial”, mas também formalizam os termos segundo os quais ela pode ser travada. Concorda conosco MADIÈS, para quem a luta contra aquilo que ele chama de Concorrência Fiscal Internacional *déloyal* (no português, “desleal”) refundou o Direito Tributário Internacional,⁶¹⁵ estabelecendo o ambiente necessário para que as jurisdições continuassem a perseguir seus objetivos políticos à luz de padrões mínimos.⁶¹⁶ Um exemplo interessante a ser citado aqui é o da União Europeia, e aqui chamamos a atenção para o seu projeto de CCCTB,⁶¹⁷ a base singular para a tributação consolidada de companhias. O projeto, cuja proposta mais recente data de 2016, não tem como objetivo eliminar a Concorrência Fiscal Internacional,⁶¹⁸ e sim limitá-la. O projeto tenta garantir que a tributação corporativa no âmbito da União Europeia seguirá regras básicas comuns (sobre as quais os seus membros poderão estabelecer normas próprias). Esse escopo “limitado” da CCCTB demonstra que, mesmo dentro da União Europeia, cujos membros abdicaram de parte de sua competência legislativa para se congregarem em torno de um mercado comum, permanece efetiva alguma espécie de Concorrência Fiscal Internacional, pautada por diferenças entre as normas tributárias locais e as redes de ADTs de cada um de seus membros, além de ponderada por reiterados esforços de coordenação.⁶¹⁹

<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98481/A8-0349-2015%20-%20A8-0317-2015.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁶¹⁵ Vide: MADIÈS, Thierry. *La Concurrence Fiscale Internationale*. Paris: La Découverte, 2020. p. 105. No mesmo sentido, ressaltando como o cenário internacional posterior ao Plano de Ação BEPS traz modificações para a continuidade da Concorrência Fiscal Internacional entre jurisdições: COLLIER, Richard; MAFFINI, Giorgia. Tax Competition, Tax Cooperation and BEPS. *Journal of Tax Administration*, Exeter: University of Exeter, v. 3, n° 1, p. 50, 2017.

⁶¹⁶ A propósito, na Declaração Explanatória da OCDE sobre os Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, ao citar o acordo das jurisdições do *Inclusive Framework* sobre os chamados “padrões mínimos”, a Organização deixa claro não só que o acordo sobre esses “padrões mínimos” limitaria efeitos adversos da “competitividade”, mas também que criaria um ambiente isonômico (no inglês, *level playing field*) a partir do qual diferentes jurisdições, entre membros da OCDE, do G20 e não membros, poderiam perseguir seus objetivos de política fiscal internacional. Vide: OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports* cit., p. 6.

⁶¹⁷ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base*. COM(2016) 683 – Final, datado de 25 de outubro de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_683_en.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁶¹⁸ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base* cit.

⁶¹⁹ A própria noção de Coordenação Fiscal Internacional, como se verá no subitem 2.3.2.6, pressupõe que as jurisdições envolvidas perseguem um objetivo coletivo de Concorrência Fiscal Internacional. Vide, tratando particularmente da União Europeia: ENGLISCH, Joachim. Tax Coordination Between Member States in the EU – Role of the ECJ. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Horizontal Tax Coordination*. Amsterdã: IBFD, 2012. p. 3-4.

Por último, e esse argumento para nós justifica o porquê de o objetivo em questão ser “coletivo” e não “individual” (ao contrário dos objetivos individuais descritos no subitem 2.3.1, *supra*), a Concorrência Fiscal Internacional representa a tendência natural das políticas fiscais internacionais, todas, a um estado de entropia. Essa entropia é menos um resultado da busca de eficiências mediante neutralidades como CEN, CIN, CON, NON e NN e mais uma decorrência da exploração de opções políticas que incentivem o aporte do montante limitado de recursos financeiros, pessoais e tecnológicos no mundo para cada uma das jurisdições interessadas. Noutras palavras, o objetivo é *existente* porque é permitido e facilitado por iniciativas multilaterais e é *coletivo* porque, seja qual for a visão de cada Estado ou jurisdição sobre a sua própria política fiscal internacional, essa visão tenderá a uma diferenciação vantajosa perante suas contrapartes. Evidências dessa realidade abundam no Direito Tributário Internacional, mas destacamos aqui as numerosas leis (e normas semelhantes) que promoveram na Índia, no Reino Unido e em outros países seus próprios modelos de Tributos sobre Serviços Digitais (no inglês, *Digital Services Taxes*, ou DSTs).⁶²⁰ Aliás, vamos mais além, ainda sobre DSTs: quando o Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, Steven Mnuchin, anunciou em 17 de junho de 2020 que o país não participaria mais do projeto da OCDE de tributação de “lucros residuais” nos termos do Pilar Um,⁶²¹ a reação do Comissário da União Europeia para a Economia, Paolo Gentiloni, foi não a de aguardar até que um consenso incluindo os Estados Unidos pudesse ser atingido.⁶²² Sua resposta, na verdade, foi a de que, se uma solução global para a tributação da renda da economia digital não fosse tabulada em 2020, a União Europeia discutiria uma proposta sua (perceba-se: não uma proposta para si e para as jurisdições que não pertencem à União Europeia e não são os Estados Unidos; a proposta seria inteiramente para si) para atingir esse objetivo em 2021.⁶²³ Ou seja, numa comprovação de que o objetivo coletivo de Concorrência Fiscal Internacional é

⁶²⁰ “Instead of adapting the current international tax rules to better capture the digital economy, countries impose DSTs to tax large businesses based on their revenues derived from certain digital services provided to domestic users or consumers” (ASEN, Elke; BUNN, Daniel; ENACHE, Cristina. *Digital Taxation Around the World*. Washington D.C.: Tax Foundation, 2020. p. 16. Disponível em: <https://taxfoundation.org/digital-tax/>. Acesso em: 6 jun. 2020).

⁶²¹ Vide: FINANCIAL TIMES. *US Upends Global Digital Tax Plans after Pulling Out of Talks with Europe* cit.

⁶²² Segundo Pascal Saint-Amans, a carta do Secretário do Tesouro norte-americano foi mal interpretada pela imprensa, e o que os Estados Unidos buscavam era apenas a postergação das discussões com a OCDE para 2021, após as suas eleições presidenciais. Vide: SOONG-JOHNSTON, Stephanie. *Global Tax Revamp Talks “Not On Life Support”, Saint-Amans Says*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 98, p. 1536-1537, 2020.

⁶²³ Vide: THE GUARDIAN. *UK and Europe Renew Calls for Global Digital Tax as US Quits Talks*. Publicado em 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/media/2020/jun/18/uk-europe-global-digital-tax-us-quits-talks-tech>. Acesso em: 25 jun. 2020.

mesmo parte da Política Fiscal Internacional como a conhecemos, discussões sobre como reformar o Direito Tributário Internacional não são travadas apenas sob a ameaça de que a elusão tributária internacional que se pretende combater, persista. A ameaça neste caso foi a ameaça de uma ação unilateral para resolver não o mal da elusão tributária como ele se apresenta para a comunidade internacional, e sim esse mal apenas nas fronteiras da política fiscal internacional da União Europeia (ainda que regional e não meramente individual).

2.3.2.5 *Cooperação Fiscal Internacional*

É fácil relacionar a noção de “Cooperação” àquela de “Coordenação” nos estudos sobre Política Fiscal Internacional, mas essa relação é problemática. Intuitivamente, o verbo “cooperar” parece indicar uma comunhão de propósitos para a obtenção de algum resultado, enquanto o verbo “coordenar” seria reservado para aquelas situações nas quais os participantes ajustam as próprias condutas para que elas complementem as condutas dos demais, também com o fim de alcançar algum resultado qualquer. Isso poderia levar alguém a concluir que dois sujeitos que *coordenam* as suas condutas estão necessariamente em *cooperação*, enquanto dois sujeitos que *cooperam* entre si podem ou não também *coordenar* as suas condutas. Para nós, no entanto, embora a segunda proposição seja verdadeira, a primeira não o é (em virtude do termo “necessariamente”).⁶²⁴ Importando as proposições em ordem invertida para a Política Fiscal Internacional, podemos dizer que o ato de cooperar pode abrir às jurisdições cooperadoras uma oportunidade para coordenarem as suas normas jurídicas, oportunidade essa que, não fruída, não necessariamente desnatura o estado de cooperação preexistente. Por outro lado, o estado de coordenação entre as normas jurídicas de diferentes jurisdições pode ou não ser evidência de que essas jurisdições cooperam entre si – como veremos mais adiante, esse estado de coordenação pode até ser atingido pela perseguição do objetivo de Concorrência Fiscal Internacional, já tratado no subitem anterior.

Segundo THURONYI, o objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional é “um compromisso de estabelecer procedimentos segundo os quais cada país contribui para uma administração mundial efetiva dos tributos que cada país exige.”⁶²⁵ O autor aborda o

⁶²⁴ Discorrendo sobre os aspectos de Teoria dos Jogos presentes na distinção entre “cooperar” e “coordenar” no âmbito da Política Fiscal Internacional, vide: MANSOUR, Mario; ROTA-GRAZIOSI, Grégoire. *Tax Coordination, Tax Competition, and Revenue Mobilization in the West African Economic and Monetary Union*. Working Paper WP/13/163. Washington D.C.: FMI, 2013. p. 7.

⁶²⁵ Vide: THURONYI, Victor. *International Cooperation and a Multilateral Treaty*. *Brookings Journal of International Law*, Washington D.C.: Brookings Institution Press, v. 26, nº 4, p. 1673, 2001. Tradução livre.

objetivo de Cooperação Fiscal Internacional sob o prisma da união entre autoridades fiscais de diferentes jurisdições para que, em conjunto, os seus sistemas tributários individuais protejam a si próprios contra ineficiências fiscalizatórias causadas pelo déficit informacional e pela falta de coercibilidade no estrangeiro de normas tributárias internas. Essa ideia inicial é refinada nas observações de DEBLOCK e RIEUX (que tratam de cooperação fiscal de forma mais ampla em seu estudo, incluindo aquela praticada na arena internacional).⁶²⁶ Segundo esses autores, a Cooperação Fiscal Internacional pode ser dividida em três níveis distintos. No terceiro nível, trata-se de um ato primitivo de cooperar: ao exercer esse ato, as jurisdições imprimem a si próprias determinadas regras de conduta para atuar de “boa vontade” no âmbito internacional, sendo exemplo disso a assinatura de ADTs,⁶²⁷ embora aqui discordemos dos autores quanto ao escopo dos ADTs que pode ser razoavelmente definido como Cooperação Fiscal Internacional (eles se referem ao ADT como um todo e nós nos referiríamos apenas às suas normas de troca de informações, de assistência no recolhimento de tributos e de procedimento amigável, sob a visão de que, didaticamente, o domínio da “Cooperação Fiscal Internacional” deve se reservar diretamente às normas “cooperativas” e só indiretamente às “coordenativas”).⁶²⁸ No segundo nível, o ato de cooperar é, segundo os autores, formador de uma “comunidade” regida por princípios, sendo a diferença central entre este nível e o anterior a transferência de parcela da autoridade (diríamos nós, da soberania)

O uso do termo “cooperação” e seus equivalentes em estudos sobre temas afeitos à Política Fiscal Internacional parece ser alinhado à definição dada por Victor Thuronyi. Vide, por exemplo: OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto. *Revista da PGFN*, Brasília: PGFN, ano I, nº III, p. 139-160, 2012.

⁶²⁶ Vide : DEBLOCK, Christian; RIOUX, Michèle. L’Impossible Coopération Fiscale Internationale. *Éthique Publique*, Québec: École Nationale d’Administration Publique, v. 10, nº 1, p. 1-29, 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/1707>. Acesso em: 28 jun. 2020.

⁶²⁷ “[C]e type de coopération repose sur le bon vouloir de chacun et le respect de certains principes généraux dont on peut retrouver les traces dans les vieux traités d’amitié, de commerce et de navigation ou dans la légendaire *lex mercatoria*” (Idem, p. 18-19).

⁶²⁸ DEBLOCK, Christian; RIOUX, Michèle. L’Impossible Coopération Fiscale Internationale cit., p. 20. A doutrina parece vacilante no reconhecimento dessa diferenciação. Alinhados ao nosso ponto de vista, vide: MANSOUR, Mario; ROTA-GRAZIOSI, Grégoire. *Tax Coordination, Tax Competition, and Revenue Mobilization in the West African Economic and Monetary Union* cit., p. 7. Vide também: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019. p. 29-31. Ainda, no mesmo sentido, tratando da “Coordenação Fiscal Internacional” como um fenômeno anterior à “Cooperação Fiscal Internacional”, vide: AULT, Hugh. Tax Competition and Tax Cooperation: A Survey and Reassessment. In: BJUVBERG, Jan; MONSENEGO, Jérôme. *International Taxation in a Changing Landscape – Liber Amicorum in Honour of Bertil Wiman*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2019. p. 1-14. Referindo-se, por outro lado, à coordenação como a ação de um terceiro “coordenador”, vide FITZGERALD, Valpy. *International Tax Cooperation and Innovative Development Finance*. DESA Working Paper Nº 123. Genebra: ONU, 2012, p. 01. Disponível em: https://www.un.org/esa/desa/papers/2012/wp123_2012.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020. Por último, tratando dos dois institutos de maneira aparentemente indistinta, vide LÓPEZ, Doris Teresita Mendoza. *La Lucha del Derecho Internacional Tributario Contra la Planeación Fiscal Agresiva*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volume 16. Cidade do México: UNAM, 2016, p. 01-24.

das jurisdições cooperativas para um instrumento ou para uma entidade qualquer. Os autores dão exemplos de Cooperação Fiscal Internacional de segundo nível como a União Europeia (modelo de cooperação comunitária), as convenções multilaterais da OMC (modelo contratual de reciprocidade difusa) e os “códigos de conduta” firmados pela OCDE (modelo de “diálogo reforçado”).⁶²⁹ Por fim, no primeiro nível, tratam os autores de uma Cooperação Fiscal Internacional “mais ambiciosa”, aquilo que para nós estaria mais bem posicionado no domínio da Harmonização Fiscal Internacional (de que trataremos no subitem 2.3.2.7): o consentimento de diferentes jurisdições com regras mundiais para tutelar bens públicos mundiais, regras essas impostas por uma organização supranacional.⁶³⁰

A classificação trazida não esclarece se essa “Cooperação Fiscal Internacional” é um fenômeno contemporâneo, cujas evidências podem ser percebidas na celebração de acordos como a MAATM,⁶³¹ ou se é um fenômeno presente na Política Fiscal Internacional há algum tempo e que vem passando por evoluções. DOURADO nos lembra que uma noção mais ampla de Cooperação Fiscal Internacional já era notada por políticos e acadêmicos no próprio funcionamento da OCDE enquanto Organização,⁶³² e essa observação é coerente com a fundação da OCDE no início da década de 1960, sucessora da Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCEE).⁶³³ A sucessão da OCEE pela OCDE foi ancorada na decisão dos Estados-membros da OCEE de ampliar o escopo da sua cooperação em temas de comércio, de desenvolvimento industrial e econômico e outros para além da Europa e dos Estados Unidos como seu parceiro estratégico, o que inclui pautas de Política Fiscal Internacional.⁶³⁴ Diga-se o mesmo sobre a sucessão da Liga das Nações pela ONU, embora neste caso seja digna de nota a falência institucional da Liga das Nações enquanto projeto político, falência essa que segundo COTTRELL buscou ser corrigida com a criação da ONU no

⁶²⁹ Vide: DEBLOCK, Christian; RIOUX, Michèle. *L’Impossible Coopération Fiscale Internationale* cit., p. 13.

⁶³⁰ Idem, p. 11.

⁶³¹ Vide: CONSELHO EUROPEU; OCDE. *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* cit.

⁶³² Vide: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 18.

⁶³³ Vide histórico em: BONUCCI, Nicola. *The OECD at Fifty: Some Observations on the Evolving Nature of an International Organization*. *George Washington International Law Review*, Washington D.C.: GWU, v. 43, nº 2, p. 242-246, 2011.

⁶³⁴ Idem, p. 239-243. Um exemplo dessa Cooperação Fiscal Internacional no nível da OCEE pode ser visto nas minutas das sessões do seu Comitê Fiscal, que discutia pautas como o princípio da não discriminação em ADTs e a tributação da renda de transporte aéreo ou marítimo, dentre outras. Vide, nesse sentido: OCEE. *Minutes of Sessions of Fiscal Committee – 1956*. Paris: OCEE, 1956. Disponível em: <https://archives.eui.eu/en/fonds/180566?item=OECC-388>. Acesso em: 4 jul. 2020.

pós-Segunda Guerra Mundial,⁶³⁵ uma Organização melhor vocacionada para a formação de um diálogo permanente entre nações mais poderosas e menos poderosas.⁶³⁶ Apesar de podermos traçar o histórico de Cooperação Fiscal Internacional até antes do surgimento da OCDE e da ONU, no entanto, o que percebemos hoje é um reconhecimento pleno da *sociedade internacional* antevista por BEVILÁQUA,⁶³⁷ porém de uma sociedade impulsionada pela progressiva globalização econômica e por seus contínuos desafios. Nesse sentido, DOURADO marca a crise financeira de 2008 e as notícias sobre esquemas de elusão tributária internacional em veículos da imprensa como motivadoras de uma “nova forma” de Cooperação Fiscal Internacional.⁶³⁸ Essa nova forma de Cooperação se destina à promoção de transparência fiscal e de troca de informações para coibir práticas prejudiciais tanto adotadas por jurisdições pelo mundo (tipicamente definidas como “paraísos fiscais”), como também pelos sujeitos passivos que exploram estratégias de elusão tributária internacional para se furtar ao pagamento de tributos doutra forma devidos.⁶³⁹

Para nós, e aqui queremos reforçar este traço singular da Cooperação Fiscal Internacional para os fins desta tese, o ato de cooperar é uma congregação de iniciativas de autoridades fiscais de variadas jurisdições para que, juntas, reduzam ou eliminem ineficiências fiscalizatórias. Sim, sob certo prisma, se todas as jurisdições do mundo decidissem adotar uma única alíquota e base para a sua tributação sobre a renda, essa decisão seria advinda de alguma forma de “Cooperação Fiscal Internacional”. Similarmente, se duas jurisdições acordassem modular a aplicação de suas normas tributárias internas ou internacionais segundo a maneira como as equivalentes dessas normas foram aplicadas pela outra parte, também esse acordo seria uma forma de “Cooperação Fiscal Internacional”. No entanto, é para nós impossível não notar que esses dois fenômenos são conceituáveis como algo mais amplo ou ao menos diferente daquilo que a Cooperação Fiscal Internacional no nível de troca de informações e de assistência para o recolhimento de tributos autorizaria. Mesmo sob esse domínio semântico mais restrito, enfatize-se, a Cooperação Fiscal Internacional segue sendo qualificada como objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional

⁶³⁵ “It is partly the symbolism of the League as a deeply flawed institution and ultimately a disastrous failure, however, that made it such a crucial factor in creating the UN” (COTTRELL, M. Patrick. *Lost in Transition? The League of Nations and the United Nations*. In: LAMPERT, Joseph; SHAPIRO, Ian (Ed.). *Charter of the United Nations: Together with Scholarly Commentaries and Essential Historical Documents*. New Haven: Yale University Press, 2014. p. 94).

⁶³⁶ Idem, p. 98.

⁶³⁷ Vide: BEVILÁQUA, Clóvis. *Estudos de direito e economia política* cit., p. 263-264.

⁶³⁸ Vide: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 27.

⁶³⁹ Idem, p. 28-31.

e segue sendo evidenciada pela operacionalização do MAATM e pela troca de informações sob o padrão CRS (no inglês, *Common Reporting Standard*).⁶⁴⁰ Ainda, mesmo vista sob essa restrição terminológica, a Cooperação Fiscal Internacional pode cumprir um relevante papel no enfrentamento à elusão tributária internacional. Uma das Ações do Plano de Ação BEPS que foi eleita como padrão mínimo, mas que não será tratada de forma detalhada no Capítulo 3, *infra*, é a Ação 13, cujos resultados foram o estabelecimento de obrigações acessórias sobre preços de transferência e do dever de prestar informações naquilo que é conhecido como Declaração País-a-País (no inglês, *Country-by-Country Reporting*, ou CbCR) no Brasil.⁶⁴¹ O compartilhamento de informações dadas por MNEs sobre seus ativos, receitas, margens de lucro, empregados e outros detalhes de sua estrutura operacional auxilia jurisdições do *Inclusive Framework* a aplicar as suas normas de preços de transferência de maneira mais segura e transparente. Esse é um melhoramento na sistemática de preços de transferência que permite à fiscalização identificar discrepâncias específicas nas posições tributárias adotadas por MNEs e enfrentar estratégias de elusão tributária internacional correspondentes,⁶⁴² tudo resultado do cumprimento do objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional no âmbito da Política Fiscal Internacional.

2.3.2.6 Coordenação Fiscal Internacional

O objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional deve primeiramente ser caracterizado como *horizontal* – é dizer, como um objetivo perseguido por jurisdições que não se subordinam uma à outra de *coordenar* as suas normas fiscais internacionais.⁶⁴³ O ato

⁶⁴⁰ Vide: CONSELHO EUROPEU; OCDE. *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* cit.

⁶⁴¹ Vide: OCDE. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting – Action 13: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>. Acesso em: 4 jul. 2020. No Brasil, a Declaração País-a-País se encontra disciplinada pela Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016 (Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79444>. Acesso em: 12 ago. 2020).

⁶⁴² Vide: LANKHORST, Paul; VAN DAM, Harmen. Post-BEPS Tax Advisory and Tax Structuring from a Tax Practitioner’s View. *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, nº 1, p. 68-70, 2017. “Con la implementación del Informe País por País las Administraciones Tributarias compartirán recurrentemente información relevante de los grupos multinacionales con la finalidad de evaluar los riesgos de erosión de la base imponible y el traslado de beneficios hacia otras jurisdicciones y gestionar de mejor manera los recursos que administran” (SANTOS, María José. Reflexiones Generales sobre la Adopción del Estandar Internacional Relativo al Informe País por País Introducido por el Plan BEPS. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo: Universidad de Montevideo, nº 35, p. 122, 2019).

⁶⁴³ Vide, tratando da expressão sob o prisma doméstico e regional: HELLERSTEIN, Walter. Commentary on Horizontal Tax Coordination Conference. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Horizontal Tax Coordination*. Amsterdã: IBFD, 2012. p. 317.

de coordenar de que tratamos aqui é diferente do ato de cooperar, comentado no subitem 2.3.2.5; enquanto o ato de cooperar indica a adesão a padrões de conduta que imprimem maior eficiência à administração tributária, dizemos que o ato de coordenar implica o “ajuste” às normas tributárias de uma e outra jurisdição para que a operação *coordenada* dessas normas atinja um objetivo, e esse objetivo pode ou não ser alinhado a um objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional. Explicamos. Um tipo de esforço de Coordenação Fiscal Internacional referido por AULT foi aquele desenvolvido pela Liga das Nações em seu Relatório de 1923,⁶⁴⁴ deixando como consequências os pilares de fonte e de residência nos ADTs que compõem o Direito Tributário Internacional até hoje. Esse modelo de Coordenação Fiscal Internacional permitiu que jurisdições signatárias de ADTs abdicassem de seus poderes de tributar certas espécies de renda em situações específicas, ou que permitissem aos sujeitos passivos a apuração de créditos em relação a tributos pagos no exterior (ou que, doutra forma, permitissem a isenção da renda auferida no exterior).⁶⁴⁵ O modelo não se seguiu a um objetivo de Cooperação Fiscal Internacional, uma vez que não foi representativo dos interesses das jurisdições que viriam a adotar essa estrutura em seus ADTs no futuro (vide o nosso comentário sobre o “primeiro nível” de Cooperação Fiscal Internacional de DEBLOCK e RIEUX no subitem anterior). Serviu, isso sim, para firmar os parâmetros para a Concorrência Fiscal Internacional que existiu e existe até hoje. Como dizem MOBERG e MORRISS, referindo-se ao período anterior ao início da popularização do objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional em termos de troca de informações e assistência administrativa mútua:

Until quite recently, these efforts focused on finding resolutions of problems caused by differences in tax regimes. The explicit goal of such efforts was to attempt to increase international economic competition by eliminating differential burdens on entities operating across borders through the elimination of double taxation.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ Vide: AULT, Hugh. Tax Competition and Tax Cooperation cit., p. 1. “After examining a number of alternative methods, the League Report finally recommended the “method of classification and assignment of sources” as the basis for bilateral tax treaties. Under this approach, items of income were classified and then assigned to either the residence jurisdiction or the source jurisdiction” (AULT, Hugh J. Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 47, nº 3, p. 568, 1992).

⁶⁴⁵ Vide: WANG, Ke Chin. *International Double Taxation of Income: Relief through International Agreement 1921-1945*. Harvard Law Review, Cambridge: Harvard University Press, v. 59, nº 1, p. 73-74, 1945.

⁶⁴⁶ Vide: MOBERG, Lotta; MORRISS, Andrew P. Cartelizing Taxes: Understanding the OECD’s Campaign Against Harmful Tax Competition. *Columbia Journal of Tax Law*, Nova York: Columbia University Press, v. 4, nº 1, p. 15-19, 2012. Sobre o trabalho da Liga das Nações acerca do desenvolvimento das cláusulas dos primeiros ADTs, vide: BAKER, Philip. BEPS: Emergence of International Tax Law and Future Direction. In: SHOMI, Parthasarathi (Ed.). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*. Mohali: Wolters Kluwer, 2016. p. 52-54.

Se alinhado a um objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional, o objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional almeja mais do que lançar as bases para que as diferentes jurisdições pelo mundo concorram entre si. Tratando da União Europeia enquanto exemplo de grupamento de jurisdições comprometidas com o objetivo de Coordenação Fiscal Internacional (particularmente sob o prisma *horizontal*), ENGLISCH diz que a realização de atos coordenativos entre os seus Estados-membros abrange todas as medidas que tenham por objetivo “promover a neutralidade tributária para as transações econômicas dentro do mercado interno através da remoção de obstáculos resultantes da existência paralela e da interação de diferentes sistemas tributários nacionais”.⁶⁴⁷ Ressalvada a observação do autor sobre o mercado interno da União Europeia, é precisamente dessa Coordenação Fiscal Internacional que trata SAINT-AMANS quando se refere ao Plano de Ação BEPS da OCDE.⁶⁴⁸ É o propósito de ajustar normas internas e internacionais para, em conjunção com a Cooperação Fiscal Internacional, capacitar as jurisdições envolvidas para que exerçam plenamente os seus poderes de tributação sobre a renda (sem perder qualquer receita tributária em decorrência de incompatibilidades entre ordenamentos jurídicos ou ADTs). DOURADO comenta que essa é a “nova realidade da ordem fiscal internacional”,⁶⁴⁹ uma realidade que nós identificamos como a convivência entre o combate à elusão tributária internacional e a mitigação dos efeitos deletérios da Concorrência Fiscal Internacional.

Seja a Coordenação tida como permissiva da Concorrência Fiscal Internacional, seja ela tida como associada à Cooperação Fiscal Internacional para promover Justiça Fiscal, parece-nos evidente que a sua materialização enquanto *decisão política* é esse “ajuste”. É a conduta de “se ajustar à posição do outro”, quer para retirar desse outro capital e trabalho, quer para promover com esse outro uma cooperação tendente à Justiça Fiscal. Essa asserção poderia suscitar dúvidas sobre a *natureza* desse ajuste. Seria ele revelado numa norma que “responda” à norma jurídica que foi estabelecida pela outra jurisdição? Ou seria ele revelado numa norma que se “equipare” a essa norma jurídica alheia? Essas dúvidas tocam um dos pontos centrais da nossa tese, que é a nossa oposição à ideia de que a Coordenação Fiscal

⁶⁴⁷ Vide: ENGLISCH, Joachim. Tax Coordination Between Member States in the EU – Role of the ECJ cit. Tradução livre.

⁶⁴⁸ Vide: SAINT-AMANS, Pascal. *Enhanced International Tax Coordination Works*. The Global Governance Project. Publicado em 16 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.globalgovernanceproject.org/enhanced-international-tax-coordination-works/>. Acesso em: 5 jul. 2020. “A coordenação é o objetivo do projeto, e apresenta-se em contraste absoluto com a ordem internacional em vigor, assente na concorrência entre Estados e em soluções de tudo ou nada (isto é, ou competência de tributação pelo Estado de residência ou pelo Estado da fonte)” (DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 49).

⁶⁴⁹ Vide: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 29-31.

Internacional é capaz de resolver o problema da elusão tributária internacional no ambiente pós-BEPS. Tratemos de cada uma delas separadamente nos parágrafos seguintes.

A Coordenação Fiscal Internacional se revela sim na adoção de normas jurídicas responsivas às normas jurídicas estabelecidas por outras jurisdições. Suponha-se que um Estado B, cujo residente receba de um residente do Estado A um pagamento de um título X qualquer, coopere com o Estado A para com ele fortalecer as ações de sua fiscalização e para promover Justiça Fiscal. No Estado A, o pagamento do título X é dedutível para os fins de seu tributo sobre a renda local. No Estado B, entretanto, esse valor recebido é isento de tributo sobre a renda, tudo graças ao tratamento distinto que o Estado B confere ao título X. Coloquemo-nos na posição dos governantes do Estado B no cenário hipotético que foi descrito. Se o Estado B optar por estabelecer uma norma interna qualquer que condicione a sua isenção à indedutibilidade dessa despesa no nível do pagador residente no Estado A, essa *decisão política* só poderá ter sido motivada pelo desejo de concretizar, de um lado, um objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional (porque o Estado B não é prejudicado diretamente pela isenção do tributo sobre aquela renda, ao menos não sob o prisma da sua legislação individual), e, do outro lado, um objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional, destinado a garantir que a discrepância do tratamento do título X entre as jurisdições envolvidas não dará ensejo a uma oportunidade de elusão tributária internacional (um apelo à Justiça Fiscal). Está aí bem demarcado o raciocínio empático que empurra as jurisdições para pactuar normas responsivas na seara fiscal internacional. É a perspectiva do Estado B de que a sua posição poderá ser a do Estado A numa outra transação qualquer, ou a de que suas receitas e as receitas do Estado A são coletivamente prejudicadas por essas diferenças entre tratamentos jurídicos conferidos aos tais “instrumentos híbridos” que foram objeto da Ação 2 do Plano de Ação BEPS,⁶⁵⁰ que o compele a emendar a sua própria legislação em atendimento a interesses aparentemente transcendentais (porque transcendem os limites da sua jurisdição fiscal).

A Coordenação Fiscal Internacional também se revela naquelas situações em que diferentes jurisdições adotam normas jurídicas não responsivas entre si, mas destinadas a uma finalidade única (com maior ou menor grau de abstração, o que indica que as normas adotadas poderão ser mais ou menos semelhantes entre si). Um exemplo prático é a adoção de normas antielusivas em ADTs pós-BEPS, tema do qual trataremos no Capítulo 4. Essas normas

⁶⁵⁰ Vide: OCDE. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>. Acesso em: 6 mar. 2020.

antielusivas não são iguais entre si e nem a OCDE pretende que sejam interpretadas para propiciar um *resultado* uno nas jurisdições do *Inclusive Framework* do Plano de Ação BEPS, mas como elas são vocacionadas a uma *finalidade* comum (a de combater a elusão tributária internacional), podemos dizer que elas refletem a busca do objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional.

2.3.2.7 *Harmonização Fiscal Internacional*

O objetivo coletivo de Harmonização Fiscal Internacional pressupõe a busca por uniformidade, seja ela a uniformidade das decisões políticas sobre temas fiscais no mundo (produzindo, portanto, normas jurídicas também uniformes entre si), seja ela a uniformidade da aplicação dos resultados dessas decisões políticas (naquelas situações em que as decisões políticas produzirem normas jurídicas diferentes entre si). Por sua natureza, a Harmonização Fiscal Internacional é singularmente ligada à Cooperação Fiscal Internacional: a depender do objeto da sua atenção, ainda, a Harmonização Fiscal Internacional poderá ser veículo para promover o objetivo coletivo de Justiça Fiscal na Política Fiscal Internacional.

Essa definição que demos não é facilmente identificável na doutrina: há aqueles que, ao tratarem de Harmonização, parecem na verdade se reportar à Coordenação,⁶⁵¹ e há ainda aqueles que consideram que a Harmonização é a uniformização das normas jurídicas tributárias (desconsiderando ou relegando a um segundo plano a Harmonização que se preocupa em buscar a uniformização dos resultados).⁶⁵² Aqui adotamos um significado dual para esse objetivo coletivo, reconhecendo nele uma diferença importante em relação à Coordenação Fiscal Internacional: a preocupação com o resultado uniforme. Um projeto de

⁶⁵¹ “[T]ax harmonization should be seen as a process of organizing the tax systems of different countries along similar lines – that is, the adjustment of national taxation systems according to a common set of economic rules” (PÍRVU, Daniela. *Corporate Income Tax Harmonization in the European Union*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2012. p. 9). No mesmo sentido, vide: SIERRA, María Teresa Mata. La Armonización Fiscal de los Impuestos Especiales. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, León: Universidad de León, nº 5, p. 47-49, 2018.

⁶⁵² Jeffrey Owens chamou essa Harmonização de “harmonização formal”, segundo ele a “estandardização dos sistemas tributários sobre a renda de empresas”. Vide: OWENS, Jeffrey. Globalisation: The Implications for Tax Policies. *Fiscal Studies*, Exeter: IFS, v. 14, nº 3, p. 40, 1993. Vide ainda, referindo-se à CCCTB na União Europeia: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 35. “Porém, não se deve esquecer que o G20 e a OCDE não têm competência para uma harmonização fiscal formal, ao contrário do que acontece no quadro de algumas integrações regionais, de que a União Europeia é o melhor exemplo” (Idem, p. 56). No mesmo sentido: APPEL, Hillary. *Tax Politics in Eastern Europe: Globalization, Regional Integration and Consumption Taxes*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2011. p. 43. Vide ainda: BIRD, Richard M. *Tax Harmonization and Federal Finance: A Perspective on Recent Canadian Discussion*. *Canadian Public Policy*, Toronto: University of Toronto, v. 10, nº 3, p. 255, 1983.

Coordenação Fiscal Internacional, mesmo que seja impulsionado pela Cooperação Fiscal Internacional e mirado para a Justiça Fiscal, propiciará ajustes, mudanças, aproximações entre normas jurídicas tributárias, mas nenhuma delas ocorrerá em prol de um resultado uniforme. Se duas jurisdições aplicarem normas coordenadas, mas diferentes entre si, bastará para o êxito da Coordenação que os seus resultados sejam vocacionados para uma mesma finalidade, sem que as suas eventuais diferenças sejam decisivas para esse “rumo” de Política Fiscal Internacional. Por outro lado, se as jurisdições estiverem engajadas num esforço de Harmonização Fiscal Internacional, mais do que gerar normas que propiciem resultados que se dirijam para uma mesma finalidade, a sua preocupação será a de que a norma X de uma jurisdição X e a norma Y de uma jurisdição Y, *ainda que diferentes entre si*, se orientem, convirjam para o mesmo resultado. Fechando o raciocínio e indicando rudimentos da nossa posição nesta tese, a Harmonização não se contenta com a ciência de que as jurisdições que compõem o *Inclusive Framework* do Plano de Ação BEPS da OCDE editaram normas antielusivas em seus ADTs. Ela exige que o arranjo que seja elusivo sob uma norma X seja igualmente elusivo sob uma norma Y, impedindo com isso que sujeitos passivos quaisquer se aproveitem de assimetrias para frustrar a consecução da Justiça Fiscal.

Por mais razoável que possa parecer o raciocínio vertido no parágrafo anterior, é de se notar que nem a Declaração Explanatória do Plano de Ação BEPS,⁶⁵³ nem o próprio documento que o lançou em 2013,⁶⁵⁴ fazem referência ao objetivo de “harmonizar” as bases tributárias ou *as normas pertinentes* ao Direito Tributário Internacional. Isso se explica pela apreensão do termo: a “harmonização” conhecida na Política Fiscal Internacional parece ser prioritariamente aquela referente à uniformização normativa, como se poderia extrair da referência contida na Sexta Diretiva do Conselho Europeu sobre o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), a qual depois seria substituída por uma Diretiva de 2006, e que trata da “harmonização” de sua base tributável, de seu fato gerador e de suas deduções.⁶⁵⁵ Se vista sob

⁶⁵³ Vide: OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports* cit.

⁶⁵⁴ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit.

⁶⁵⁵ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Sixth Council Directive of 17 May 1977. 77/388/EEC*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31977L0388>. Acesso em: 15 jul. 2020. Num sentido aproximado, Daniel Kalderimis lista como acordos de “harmonização” da OMC o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, o Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, e o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio. A harmonização aqui é dual: regulatória, no sentido de uniformizar nomenclaturas e parametrização de termos utilizados pelas legislações domésticas das jurisdições signatárias, e fiscal internacional, já que impacta a exigibilidade de tributos e a concessão de subsídios. Vide: KALDERIMIS, Daniel. *Problems of WTO Harmonization and the Virtues of Shields over Swords*. *Minnesota Journal of Global Trade*, Minneapolis: University of Minnesota, v. 13, n° 2, p. 320, 2004.

essa definição, a Harmonização Fiscal Internacional seria antes de tudo impraticável. Ela mais pareceria uma imposição supranacional de um padrão qualquer a ser incorporado de qualquer forma nos multiformes ordenamentos jurídicos pelo mundo, o que proporciona complicações e inação política. Evidência disso nós veremos no Capítulo 4: mesmo com um padrão mínimo aprovado por consenso entre as jurisdições do *Inclusive Framework* na Ação 6 do Plano de Ação BEPS, ainda se notam assimetrias entre os ADTs pós-BEPS. Por isso é que não se cogita de uma Harmonização Fiscal Internacional que force a implementação de normas jurídicas uniformes por todo o mundo diante do cenário político internacional atual, mesmo diante de inimigos em comum (e.g., a elusão tributária internacional, os prejuízos causados pela Concorrência Fiscal Internacional) que demandem uma solução harmônica.⁶⁵⁶

A falta de praticidade referente à Harmonização Fiscal Internacional descrita no parágrafo anterior não torna impraticável a busca por uma uniformização de resultados, em especial no tocante à implementação de normas gerais ou especiais antielusivas em ADTs. Essas são normas nascidas com uma finalidade clara: combater práticas de elusão tributária internacional. Se a sua finalidade for essa, daí decorre que mesmo que diferentes jurisdições adotem normas antielusivas diferentes em seus ADTs, essas normas deverão ser aplicadas de maneira uniforme ou convergente para a uniformidade (por isso que nos referimos anteriormente ao termo “busca”: reputar-se-á que diferentes jurisdições estão engajadas em um esforço de Harmonização Fiscal Internacional se essas jurisdições estiverem engajadas nessa “busca”, ainda que essa “busca” não tenha redundado na perfeita igualdade entre os resultados das aplicações das normas relevantes). Sabemos que a OCDE não criou o Plano de Ação BEPS com o intuito de promover a Harmonização Fiscal Internacional (nem mesmo na sua Ação 6),⁶⁵⁷ mas aqui já ensaiamos a nossa oposição formal à OCDE – mais bem lapidada no Capítulo 3 e estabelecida como proposta no Capítulo 5 – no sentido de que,

⁶⁵⁶ Citando as consequências deletérias desse tipo de Harmonização Fiscal Internacional, vide: SALIN, Pascal. *The Case Against “Tax Harmonization”*: The OECD and EU Initiatives. Liberales Institut, 2007. p. 1-17. Disponível em: <http://www.steuerwettbewerb.ch/papers/Pascal-Salin-The-Case-Against-Tax-Harmonisation.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020. Vide ainda: DAVIDSON, Sinclair. *Tax Competition: Much To Do About Very Little. Perspectives on Tax Reform*. The Centre for Independent Studies, nº 13, p. 1-11, 2007. Disponível em: <https://www.cis.org.au/app/uploads/2015/07/pm78.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020. Em sentido contrário: BÉNASSY-QUÉRÉ, Agnès; TRANNOY, Alain; WOLFF, Guntram. *Tax Harmonization in Europe: Moving Forward. Notes du Conseil d’Analyse Économique*, Paris: Conseil d’Analyse Économique, v. 14, nº 4, p. 1-12, 2014.

⁶⁵⁷ Vide: SAINT-AMANS, Pascal. *Enhanced International Tax Coordination Works* cit. “[I]t was clear that an internationally coordinated approach to facilitate and reinforce domestic actions to protect tax bases and provide comprehensive international solutions was very much needed to respond to BEPS issues” (RUSSO, Raffaele. *Base Erosion and Profit Shifting*. In: BOCCIA, Francesco; LEONARDI, Robert (Ed.). *The Challenge of the Digital Economy: Markets, Taxation and Appropriate Economic Models*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 39-54).

particularmente quanto à luta contra a elusão tributária internacional, as jurisdições do *Inclusive Framework* deverão se organizar em torno do objetivo de Harmonização Fiscal Internacional, essencial que é para promover Justiça Fiscal.

2.4 A elusão tributária internacional e os rumos da Política Fiscal Internacional

Em itens anteriores, nós descrevemos os sistemas político e jurídico (e também as suas interações), tratamos dos conceitos adotados nesta tese de “política fiscal internacional” e de “Política Fiscal Internacional” e discorremos sobre os seus objetivos individuais e coletivos, com referências pontuais à interação desses objetivos com a elusão tributária internacional quando cabível. Para concluir este Capítulo, posicionaremos a elusão tributária internacional no *histórico recente* da Política Fiscal Internacional. Com isso, nos será possível compreender melhor as razões para a iniciativa da OCDE entre 2012 e 2013 e como essa iniciativa reflete os rumos da Política Fiscal Internacional nesta primeira metade do século XXI.

Dividiremos este item em três subitens, todos relevantes para discussões que teremos mais adiante. No primeiro item, trataremos de como a OCDE se posicionou como a Organização responsável pelo ajuntamento de jurisdições para discutir temas de Política Fiscal Internacional, entre eles o combate às práticas de elusão tributária internacional no ambiente de ADTs. No segundo item, traremos alguns comentários sob a posição da ONU sobre a elusão tributária internacional em ADTs e sobre o trabalho da OCDE. Por último, comentaremos o posicionamento do Brasil nessas discussões (um país que integra a ONU, participa da OCDE como *Key Partner* e como um dos membros do *Steering Group* do *Inclusive Framework*,⁶⁵⁸ mas não é Estado-membro da OCDE).

2.4.1 Sob a perspectiva da OCDE

A elusão tributária internacional passou a assumir posição de destaque nas ações políticas das jurisdições envolvidas no Plano de Ação BEPS nos últimos anos, mas, enquanto

⁶⁵⁸ O *Steering Group* do *Inclusive Framework* é, segundo a OCDE, um grupo de vinte e quatro jurisdições que “lidera” as discussões tidas pelo *Inclusive Framework*. Essas jurisdições, desde janeiro de 2021, são em ordem alfabética: África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Áustria, Bahamas, Brasil, China, Colômbia, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Itália, Japão, Mongólia, Nigéria, Polônia, Reino Unido, Senegal, Singapura, Suécia e Zâmbia. Vide: OCDE. *Composition of the Steering Group of the Inclusive Framework on BEPS*. Atualizado em janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/steering-group-of-the-inclusive-framework-on-beps.pdf>. Acesso em: 9 de janeiro de 2021.

tema sob análise, sua presença em discussões de Política Fiscal Internacional é bastante antiga. Basta lembrar que o relatório que inspirou as *Transfer Pricing Guidelines* da OCDE de 1995, intitulado *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, foi publicado em 1979.⁶⁵⁹ Além disso, PICCIOTTO registra que a Organização publicou quatro estudos sobre evasão e elusão tributária internacional em 1987, três dos quais tratavam de temas que futuramente fariam parte do escopo do Plano de Ação BEPS (“paraísos fiscais”, abuso de “residência” em ADTs e abuso de ADTs através de “empresas-veículo”).⁶⁶⁰ Esses estudos desempenharam o importante papel de identificar a elusão tributária internacional como algo de interesse para os Estados-membros da OCDE em geral, e não apenas algo relevante para as políticas fiscais internas daqueles que foram pontualmente afetados por alguma estratégia elusiva. Note-se desde já que os estudos de que tratamos foram elaborados no seio da OCDE e não no seio da ONU, que até hoje é conclamada a assumir a liderança (e não meramente um papel revisor) nas discussões sobre a reforma do Direito Tributário Internacional.⁶⁶¹ Mas sobre isso trataremos mais adiante.

WILKIE nos relembra que, em 1991, a OCDE consolidou as suas preocupações com o fenômeno da elusão tributária internacional (e como esse fenômeno afetava os seus Estados-membros) em uma nova publicação.⁶⁶² Foi naquele ano que a OCDE publicou o relatório chamado *Taxing Profits in a Global Economy: Domestic and International Issues*, o qual, segundo o autor, já apontava que as diferenças entre sistemas tributários de diferentes jurisdições complicavam a análise de alternativas viáveis para a Política Fiscal Internacional. Essa análise deveria garantir que a renda fosse tributada de forma justa e que as jurisdições mantivessem um “clima favorável” para o aporte do capital estrangeiro (o que poderia ser entendido como o “equilíbrio” entre a Concorrência Fiscal Internacional e a Cooperação Fiscal Internacional).⁶⁶³ CLARK afirma que aquele relatório da OCDE foi o primeiro

⁶⁵⁹ Vide: OCDE. *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*. Paris: OCDE, 1979. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264167773-en>. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁶⁶⁰ O último estudo tratava do abuso do sigilo bancário e de suas repercussões para a tributação da renda, o que seria objeto de esforços destinados a facilitar a troca de informações para fins fiscais décadas depois (como o MAATM, já citado). Vide: PICCIOTTO, Sol. *International Taxation and Intrafirm Pricing in Transnational Corporate Groups*. *Accounting Organizations and Society*, Londres: Elsevier, v. 17, n° 8, p. 759-792, 1992.

⁶⁶¹ Vide: PAEZ, Sarah. *Groups Urge U.N. Tax Committee to Reconsider OECD Unified Approach*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 98, p. 1430-1431, 2020. “Amidst all of this, there has been a renewed push for the U.N. to assume a larger role in the global debate” (SARFO, Nana Ama. *U.N. Reemerging in Digital Economy Tax Debate*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 99, p. 17-19, 2020).

⁶⁶² Vide: WILKIE, J. Scott. *BEPS One Year In – Taking Stock*. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 62, n° 2, p. 458, 2014.

⁶⁶³ *Idem*, p. 459.

documento reconhecido internacionalmente a comparar as alíquotas marginais efetivas de tributos sobre a renda⁶⁶⁴ de Estados-membros da OCDE, ou seja, o efeito do tributo sobre cada dólar adicional de renda.⁶⁶⁵ Essa medição, distinta da medição de alíquotas médias dos tributos sobre a renda, traz para o debate de Política Fiscal Internacional a diferença entre a renda “pré-tributos” e a renda “pós-tributos”, o que promove a discussão sobre que qualidades dos sistemas tributários sob exame contribuem para modular as decisões de investimento do capital estrangeiro. Uma dessas qualidades, que só viria a ser explorada com maior aprofundamento em 1998, é a permissividade desses sistemas a práticas elusivas. Note-se, portanto, que o relatório é um bom prenúncio para a inserção da elusão tributária internacional no cenário maior da Política Fiscal Internacional, mas a resposta política a esse fenômeno ainda não havia sido promovida pela OCDE na forma do objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional.

Em 1998, a OCDE foi ainda mais além na identificação da elusão tributária internacional como um problema a ser resolvido para que as políticas fiscais internacionais de seus Estados-membros cumprissem com os seus objetivos individuais. Foi o relatório intitulado *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*.⁶⁶⁶ Esse documento chega a ser apresentado como uma das fontes do Plano de Ação BEPS de 2013,⁶⁶⁷ mas a sua análise sobre o fenômeno elusivo foi ancorada nas práticas apontadas como “prejudiciais” dos chamados “paraísos fiscais” e “regimes fiscais privilegiados”, expressões bem conhecidas do Direito Tributário brasileiro. Ou seja, naquela altura, a OCDE se voltava para as próprias jurisdições e para as normas fiscais que empregavam para atrair investimentos estrangeiros e exigia delas uma postura cooperativa para enfrentar a elusão tributária internacional (sem ainda buscar na Coordenação Fiscal Internacional a solução para esse problema). Nos termos do relatório:

⁶⁶⁴ Vide: CLARK, W. Steven. Tax Reform, Tax Planning and Investment. *Federale Overheidsdienst Financien Belge, Documentatie Blad*, v. 68, n° 3. 2008, p. 112. Disponível em: https://finances.belgium.be/sites/default/files/downloads/BdocB_2008_Q_3e_Clark.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁶⁶⁵ Numa definição mais completa, “the marginal [effective] tax rate represents the difference between the pre-tax rate of return on the marginal investment and the after-tax return to those who finance it” (BOADWAY, Robin. Measuring Marginal Effective Tax Rates: Theory and Application in Canada. *Annales d'Économie et de Statistique*, Montreal: Genes, n° 11, p. 74, 1988).

⁶⁶⁶ Vide: OCDE. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* cit. Diferentes autores reconhecem nesse relatório uma iniciativa preliminar da Organização para enfrentar a elusão tributária internacional. Vide, por exemplo: ROCHA, Sérgio André. Direito internacional tributário: das origens ao contexto atual. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, ano 17, n° 102, p. 68, 2012. Vide ainda: GILLEARD, Matthew. The BEPS Special. *International Tax Review*, Londres: ITR, v. 26, n° 10, p. 31, 2016. No mesmo sentido: WILKIE, J. Scott. BEPS One Year In – Taking Stock cit., p. 455-476.

⁶⁶⁷ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 17.

The Report is intended to develop a better understanding of how tax havens and harmful preferential tax regimes, collectively referred to as harmful tax practices, affect the location of financial and other service activities, erode the tax bases of other countries, distort trade and investment patterns and undermine the fairness, neutrality and broad social acceptance of tax systems generally.⁶⁶⁸

É relevante perceber a diferença central entre *relatórios para Estados-membros*, que foi em essência o escopo dos documentos supracitados, e *um Plano de Ação para Estados-membros e jurisdições interessadas*, que foi o que o Plano de Ação BEPS se propôs a ser.⁶⁶⁹ Relatórios, e WILKIE cita em seu levantamento outros tantos publicados pela OCDE entre 1998 e 2013,⁶⁷⁰ discutem as ineficiências na aplicação paralela do Direito Tributário Interno dos Estados-membros e de outras jurisdições, bem como as ineficiências próprias do Direito Tributário Internacional. Já a proposta de um Plano de Ação é congrega diferentes atores políticos em torno dessas ineficiências para que eles, em conjunto, possam minimizá-las. Como comentamos no subitem 2.3.2.6, é apenas neste ambiente cooperativo que a Coordenação Fiscal Internacional dirigida a enfrentar a elusão tributária internacional poderá surgir. A alternativa, como bem observou NOREN, seria a ação descoordenada de jurisdições contra MNEs e os seus estratagemas,⁶⁷¹ o que seria fonte tanto de eventos de múltipla tributação, como de não tributação da renda no âmbito internacional.⁶⁷²

Com a crise de 2008, jurisdições em todo o mundo se viram forçadas a buscar receitas tributárias para custear “redes de proteção” aos desempregados e desenganados pelo mercado financeiro. Foram as pressões ocasionadas por essa crise, em especial na União Europeia,⁶⁷³ que compeliram os governos locais a promover a otimização de suas legislações tributárias, fechando lacunas que permitiam o êxodo de capitais e a elusão tributária. Nesse

⁶⁶⁸ Vide: OCDE. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* cit., p. 8.

⁶⁶⁹ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 25.

⁶⁷⁰ Três dos relatórios apontados pelo autor foram atualizações ao relatório sobre “paraísos fiscais” e “regimes fiscais privilegiados” (publicados pela OCDE em 2001, 2004 e 2006). Vide: WILKIE, J. Scott. BEPS One Year In – Taking Stock cit., p. 455-476. Os outros relatórios trataram de temas que viriam a compor o Plano de Ação BEPS como Ações (a exemplo do relatório *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, de 2012, que viria a fazer parte da Ação 2 a partir do ano seguinte). Idem, p. 460.

⁶⁷¹ Vide: NOREN, David G. Base Erosion and Profit Shifting: A Way Forward. *Taxes: The Tax Magazine*, Nova York: CCH, v. 92, n° 3, p. 54, 2014.

⁶⁷² Para um contraponto a essa diferenciação, sustentando que a OCDE apenas “repetiu” análises feitas antes sobre temas de Direito Tributário Internacional no Plano de Ação BEPS, vide: GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo A. Hernández. A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a New Approach. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 46, n° 4, p. 278-295, 2018.

⁶⁷³ Idem, p. 280. A crise financeira na União Europeia, no entanto, é aliada à crise econômica (do euro) e à crise política (refugiados, saída do Reino Unido, emergência de partidos populistas contrários à União). Vide: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 255.

esforço, essas autoridades perceberam que a sua ação individual seria incapaz de promover a recuperação das suas bases tributárias, o que as levou à procura de uma solução mais ampla e multilateral. Essa demanda política pode ser identificada em declarações do G20 desde a de 2009, em Londres,⁶⁷⁴ até a de 2013, em São Petersburgo,⁶⁷⁵ justamente a declaração que oficializou o apoio do grupo ao Plano de Ação BEPS da OCDE. É evidente: o vínculo entre o G20 e a OCDE se explica antes de tudo pelo número de Estados-membros do G20 que fazem parte da OCDE, mas é também derivado do histórico de iniciativas da OCDE para discutir temas relacionados à elusão tributária e também à Concorrência Fiscal Internacional. Poderíamos arrematar dizendo: entre os anos de 2012 e 2013, quando o Plano de Ação BEPS foi gestado e lançado, não havia outra Organização com o “ferramental” adequado para dar uma resposta competente a essas jurisdições prejudicadas pela crise de 2008 e por todas as suas consequências.

A demanda política expressada pelo G20 e abraçada posteriormente por todas as jurisdições do *Inclusive Framework* foi uma demanda pela consecução de Justiça Fiscal. A forma de buscar essa Justiça Fiscal enquanto objetivo coletivo exigiria o compromisso com outro objetivo coletivo, a saber, o de Cooperação Fiscal Internacional. Por fim, sob a direção da OCDE, as jurisdições deveriam se engajar na Coordenação Fiscal Internacional para “ajustar” as suas normas tributárias de referência, ou ainda as suas normas antielusivas, tudo no intuito de garantir a preservação de suas bases tributárias, o atendimento às suas despesas públicas e a satisfação dos seus jurisdicionados.⁶⁷⁶ Por isso, sob a perspectiva da OCDE, a

⁶⁷⁴ Vide: G20. *G20 Communiqué: London Summit – Leaders’ Statement*. Londres: G20, 2009. Disponível em: https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20_040209.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁶⁷⁵ Vide: G20. *G20 Leaders’ Declaration*. São Petersburgo: G20, 2013. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013-0906-declaration.html>. Acesso em: 19 jul. 2020. Para fins de contexto, e também ressaltando a importância de uma rediscussão de Política Fiscal Internacional para propiciar uma recuperação mais rápida da economia global, vide também G20. *G20 Leaders’ Declaration*. Los Cabos: G20, 2012. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.html>. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁶⁷⁶ Seria possível questionar se o objetivo coletivo de Justiça Fiscal está mesmo no pedido formulado pelo G20 à OCDE (que redundou no Plano de Ação BEPS). A questão poderia ser atrelada a alguma percepção de que o intuito dos Estados-membros do G20 foi meramente arrecadatório. Discordamos dessa posição. Em primeiro lugar, a declaração de São Petersburgo se refere em duas ocasiões diferentes à noção de “*fairness*” (no português, equidade ou justiça) e à noção de “*fair share*” (no português, “parcela justa”, dando a entender que os sujeitos passivos deveriam pagar a “parcela justa” da sua renda como tributo). Vide: G20. *G20 Leaders’ Declaration*. São Petersburgo cit. Em segundo lugar, a conclusão do Plano de Ação BEPS é contrária a essa premissa (de que o intuito teria sido apenas arrecadatório). Para citar um caso emblemático, voltemos à Ação 6 do Plano de Ação BEPS. A OCDE poderia ter estabelecido como padrão mínimo apenas uma cláusula de PPT, ou, melhor ainda, uma cláusula como aquela presente no ADT entre Brasil e Turquia, conferindo ampla discricionariedade para as autoridades fiscais na consideração de possíveis práticas elusivas. Vide: BRASIL. Decreto nº 8.140, de 14 de novembro de 2013 cit. O resultado foi diferente: o padrão mínimo conta com diferentes normas antielusivas a serem escolhidas pelas jurisdições do *Inclusive*

Política Fiscal Internacional que produziu o seu Plano de Ação BEPS parece ter sido pautada por três reconhecimentos:

- O reconhecimento da Justiça Fiscal como objetivo coletivo da Política Fiscal Internacional, a ser perseguido pela comunidade de jurisdições interessadas em prol da preservação de suas próprias economias e da conferência de legitimidade aos seus próprios sistemas tributários;
- O reconhecimento da Cooperação Fiscal Internacional como objetivo coletivo da Política Fiscal Internacional, não somente quanto à troca de informações para fins tributários, mas também quanto à necessidade de coordenar suas ações políticas para propiciar o objetivo coletivo de Justiça Fiscal (ou seja, o reconhecimento de que o esforço coordenativo para promover a Justiça Fiscal deve ser ambientado na Cooperação Fiscal Internacional); e
- O reconhecimento da Coordenação Fiscal Internacional como objetivo coletivo a ser perseguido para, na esteira de atos cooperativos entre as jurisdições interessadas, concretizar o objetivo coletivo da Justiça Fiscal.

Esses três reconhecimentos compõem a tríade formativa dos rumos da Política Fiscal Internacional nesta primeira metade do século XXI – novamente, todos *sob a direção da OCDE*. Esses reconhecimentos são mais do que apenas uma “introdução” ao Plano de Ação BEPS; são, isso sim, a explicação do cenário que permitiu o seu nascedouro. Não foi o Plano de Ação BEPS que trouxe a elusão tributária internacional para o centro das discussões sobre Política Fiscal Internacional: foi o complexo de demandas sociais e econômicas que reagiram à elusão tributária internacional entre 2008 e 2012, movimentaram o sistema de Política Fiscal Internacional, e finalmente produziram a decisão política que conhecemos como o Plano de Ação BEPS da OCDE a partir de 2013. Essa visão sobre a elusão tributária internacional e a Política Fiscal Internacional cumpre dois papéis importantes. Primeiro, esclarece que o Plano de Ação BEPS não é uma mera congregação de jurisdições para trocar experiências sobre temas de Direito Tributário Internacional, entre eles a reforma de ADTs vigentes – fosse essa a realidade, os insucessos do Plano de Ação BEPS após 2015 nada

Framework, e mesmo a cláusula de PPT não é abrangente a ponto de tornar seus termos irrelevantes para a análise prática das operações dos sujeitos passivos. Vide: *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit. Trataremos mais dessas especificidades da Ação 6 no Capítulo seguinte.

representariam para as demandas que inspiraram a decisão do G20 e da OCDE.⁶⁷⁷ Segundo, reforça a ideia de que os méritos ou deméritos do Plano de Ação BEPS devem ser julgados à luz daquilo que os seus subscritores implementaram, ou seja, à luz de como o Plano de Ação BEPS foi instrumental para satisfazer aquelas demandas que trouxeram a elusão tributária internacional ao centro das discussões do G20 e da OCDE. A iniciativa da OCDE terá sido bem-sucedida se, depois de publicadas as suas recomendações e diretrizes, seus subscritores tiverem implementado essas recomendações e diretrizes para promover Justiça Fiscal. Variações nesse “êxito” poderão indicar que o objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional ou não terá sido executado (e de plano discordamos, o objetivo foi executado e tem sido monitorado através dos sistemas de *peer review* no âmbito de cada padrão mínimo), ou terá sido executado e não terá sido capaz de promover Justiça Fiscal. A última possibilidade, para nós antevista no Capítulo 4, será a base para a proposta que apresentaremos no Capítulo 5, *infra*.

2.4.2 *Sob a perspectiva da ONU*

Para qualquer observador, a ONU parece ter as credenciais requeridas para guiar as discussões sobre Política Fiscal Internacional na modernidade, em particular porque é uma organização plural e mais inclusiva que a OCDE (a ONU tem mais de cento e noventa membros e a OCDE tem menos de quarenta).⁶⁷⁸ Além disso, se é correto dizer que a Política Fiscal Internacional merece contribuições de vários atores políticos de diferentes partes do mundo para o seu bom desenvolvimento, e se é também correto dizer que as políticas fiscais internacionais dos países mais abastados não podem propiciar os resultados pretendidos sem atenção às ações políticas de jurisdições mais periféricas, parece razoável concluir que não há fórum mais apropriado do que a ONU para a gestação de todo esse processo político. No entanto, como bem ressalta CHRISTIANS (e o histórico que trouxemos no item anterior assim o

⁶⁷⁷ Uma vez que, como amplamente reconhecido, a OCDE obteve êxito na criação de um Fórum Global para a discussão de temas importantes de Política Fiscal Internacional. Vide, nesse sentido: GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo A. Hernández. *A Historical Analysis of the BEPS Action Plan* cit., p. 290-292. No entanto, se o objetivo do Plano de Ação BEPS fosse apenas esse (i.e., se o que as demandas pretendiam com a movimentação do sistema político tivesse sido criar um Fórum Global para a discussão de Política Fiscal Internacional), aquilo que deu origem ao Plano de Ação BEPS teria sido resolvido com a criação desse Fórum Global, e não veríamos hoje em dia qualquer esforço coordenado de rediscussão da tributação sobre a economia digital e das formas de “limitar” a Concorrência Fiscal Internacional segundo os Pilares Um e Dois do Programa de Trabalho da OCDE, lançado em 2019.

⁶⁷⁸ Vide ONU. *Overview*. Nova York: ONU, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>. Acesso em: 19 jul. 2020. Vide ainda: OCDE. *Members and Partners*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/members-and-partners/>. Acesso em: 19 jul. 2020.

comprova), foi a OCDE que assumiu a dianteira no lançamento de estudos e de relatórios sobre temas de Política Fiscal Internacional há décadas.⁶⁷⁹ Foi a OCDE que recebeu a incumbência de formular e propor o que viria a se tornar o Plano de Ação BEPS e foi a OCDE que desenvolveu trabalhos posteriores sobre a problemática apresentada no Plano de Ação BEPS, a exemplo do Programa de Trabalho acerca da tributação da economia digital. É nesse quadrante empírico que a ONU, credenciada para desempenhar essa função e com até mais legitimidade, acabou cedendo espaço para a OCDE.

Dito isso, é importante ressaltar que Organizações Não-Governamentais (ONGs) e autoridades de países em desenvolvimento pressionaram a ONU para assumir uma posição de maior destaque na governança da Política Fiscal Internacional no mundo, reconhecendo exatamente o déficit de legitimidade que a OCDE possui (mesmo que a Organização tenha feito esforços para incluir Estados não membros e também em desenvolvimento nos debates sobre Política Fiscal Internacional que preside).⁶⁸⁰ Os protestos pelo envolvimento maior da ONU em assuntos de Política Fiscal Internacional requeriam a sua transformação em uma espécie de “Organização Fiscal Mundial”, com poderes para exigir de forma vinculante que diferentes jurisdições pelo mundo adotassem as suas diretivas.⁶⁸¹ A reação do FMI e do Banco Mundial, bem como dos Estados Unidos e de outros Estados-membros da OCDE (com poderes de veto ou influência sobre a ONU) a esses protestos foi negativa, como nos esclarece FUNG:

Both Christine Lagarde, managing director of the IMF, and Jim Yong Kim, president of the World Bank, have questioned the feasibility of such proposals. The former warned that many countries in the world would ‘very strongly oppose’ to the idea of surrendering their power to a global tax body, as ‘levying taxation is considered as an attribute to sovereignty’, while the latter is sceptical about whether adding another institution would provide a real solution to a problem. Self-serving as it may be, the United States and other wealthy OECD countries shared the World Bank’s view and opposed to the establishment of an intergovernmental body at the UN for international cooperation in tax matters, including through upgrading the existing Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters.⁶⁸²

⁶⁷⁹ Vide: CHRISTIANS, Allison. Taxation in a Time of Crisis: Policy Leadership from the OECD to the G20. *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, Chicago: Northwestern University, v. 5, nº 1, p. 19-20, 2010.

⁶⁸⁰ Exemplo recente desse esforço da OCDE para incluir Estados não membros, principalmente aqueles ainda em desenvolvimento, nas discussões sobre o Pilar Um e o Pilar Dois de seu Programa de Trabalho pode ser visto em: OCDE. *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit.

⁶⁸¹ Vide: FUNG, Sissie. The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project. *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, v. 10, nº 2, p. 81, 2017.

⁶⁸² FUNG, Sissie. The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project cit., p. 81.

Não há ainda o apoio político para que a ONU se transforme numa Organização Fiscal Mundial capaz de “ditar” os rumos de Política Fiscal Internacional e os exatos termos da reforma do Direito Tributário Internacional (ou ainda do Direito Financeiro Interno) de seus Estados-membros. No entanto, seria incorreto dizer que a ONU não tem assumido um papel importante de contribuição e análise do Plano de Ação BEPS proposto pela OCDE, sem dúvida fruto da percepção dos seus Estados-membros de que os temas tratados pelo Plano de Ação BEPS são temas nucleares para o desenvolvimento das nações e de suas sociedades. Aqui destacamos os trabalhos do Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU (no inglês, *United Nations Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*), que em um relatório de 2005 já assinalava que o uso inadequado de ADTs (i.e., em hipóteses de elusão tributária internacional) deveria ser combatido através de soluções que equilibrassem segurança jurídica para os investidores e ferramentas adequadas para esse combate por parte da fiscalização local.⁶⁸³ Na verdade, como veremos em detalhes no Capítulo 3, esse Comitê desempenhou um papel importante na veiculação dos pleitos de países em desenvolvimento como propostas a serem incluídas no Plano de Ação BEPS entre os anos de 2013 e 2015.⁶⁸⁴ No entanto, mesmo essa veiculação não satisfaz as demandas por uma maior liderança da ONU sobre problemas tratados pela OCDE, e isso foi inclusive citado e reconhecido por membros do próprio Comitê da ONU em algumas ocasiões.⁶⁸⁵

Para além da sua Convenção-Modelo, se há uma contribuição significativa da ONU para “traduzir” os debates ocorridos no seio do Plano de Ação BEPS para os seus Estados-membros, essa contribuição é o Manual de Tópicos Seleccionados sobre a Proteção da Base Tributável de Países em Desenvolvimento, publicado pela primeira vez em 2015 e

⁶⁸³ Vide histórico das discussões sobre o tema, incluindo atualizações de 2006 e 2007, em: ONU. *Note by the Coordinator of the Subcommittee on Improper use of treaties: Proposed amendments*. Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2008. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/4STM_EC18_2008_CRP2.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁶⁸⁴ “[Carmel Peters] reported that in the first phase of the Subcommittee’s work, its primary function was to facilitate a dialogue with officials in developing countries with a view to ensuring that their views were fed into the Group of 20/OECD Action Plan project and the ongoing work of the Committee” (ONU. *Report on the Eleventh Session* (19-23 October 2015). Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2015. p. 17. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2015/45&Lang=E. Acesso em: 19 jul. 2020).

⁶⁸⁵ Idem, p. 18. Vide, no mesmo sentido, ONU. *Report on the Tenth Session* (27-31 October 2014). Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2014/45&Lang=E. Acesso em: 19 jul. 2020.

reeditado em 2017.⁶⁸⁶ O Manual foi um dos resultados das discussões que culminaram na Agenda de Ações de Adis Abeba de 2015.⁶⁸⁷ Essa Agenda estabeleceu compromissos que incluíram a Cooperação Fiscal Internacional, inclusive com referência à inserção de normas antielusivas em ADTs.⁶⁸⁸ O Manual esclarece que um exame independente do Plano de Ação BEPS é necessário para garantir que países em desenvolvimento tenham a sua voz ouvida nos debates acerca dos objetivos da Política Fiscal Internacional⁶⁸⁹ e igualmente aponta a Coordenação Fiscal Internacional como a melhor solução para tratar os problemas causados a esses países pela elusão tributária internacional.⁶⁹⁰

2.4.3 O posicionamento do Brasil

Como se sabe, o Brasil é um Estado-membro da ONU desde 1945 e atualmente pleiteia uma posição como Estado-membro da OCDE (embora figure como *key partner* da Organização desde 2007).⁶⁹¹ Como outros Estados não membros da OCDE, o Brasil conjuga em sua rede de ADTs dispositivos que mais se assemelham àqueles contidos na Convenção-Modelo da OCDE (como por exemplo o artigo 7º, parágrafo 1º, do ADT entre o Brasil e a Hungria)⁶⁹² e outros que mais se assemelham àqueles contidos na Convenção-Modelo da ONU (como por exemplo o novo artigo 12-A dessa Convenção-Modelo, presente no ADT entre o Brasil e a Suíça como o seu artigo 13).⁶⁹³ Embora a rede de ADTs do Brasil seja

⁶⁸⁶ Vide: ONU. *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*. Nova York: ONU, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/08/handbook-tax-base-second-edition.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁶⁸⁷ Vide: ONU. *Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development*. Nova York: ONU, 2015. Disponível em: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁶⁸⁸ Idem, p. 11-14.

⁶⁸⁹ Vide: ONU. *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries* cit., p. 5-6.

⁶⁹⁰ Idem, p. 7. Sobre outras iniciativas da ONU acerca de temas inerentes ao Plano de Ação BEPS, vide: BINDER, Anna; TURCAN, Laura; WÖHRER, Viktoria. The United Nations' Recent Work in International Taxation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 81, p. 609-615, 2016.

⁶⁹¹ Vide: OCDE. *Active with Brazil*. Paris: OCDE, 2018. p. 4. Disponível em: <http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁶⁹² Vide: BRASIL. Decreto nº 53, de 8 de março de 1991 cit. Vide ainda: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 57. Sobre esse dado da política do Brasil de celebração de ADTs, com a ressalva de que o país optou por adotar a redação do artigo 7º, parágrafo 1º, anterior à edição da Convenção-Modelo de 2010, vide: ROCHA, Sérgio André. *Política fiscal internacional brasileira* cit., p. 52-53.

⁶⁹³ Vide: BRASIL. *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* cit. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 23-25.

relativamente modesta, com menos de quarenta jurisdições participantes, é possível dizer que as diferenças percebidas entre os seus ADTs são explicadas pelas diferenças de visão do Brasil sobre essas jurisdições, que incluem tanto membros do G20 (Canadá, Itália, México), quanto membros da OCDE fora do G20 (Chile, República Tcheca) e outros países que não pertencem a nenhum desses grupos (Filipinas, Venezuela).

O Brasil já lidava com o fenômeno da elusão tributária internacional antes de a OCDE elaborar o seu Plano de Ação BEPS, ao qual o país aderiu como um dos membros de seu *Inclusive Framework*. Cite-se a título de exemplo o Acórdão nº 101-95.802, em caso de 2008, no qual o predecessor do CARF analisou a aplicação das regras brasileiras de CFC em situações envolvendo ADTs.⁶⁹⁴ É ainda possível identificar na rede de ADTs brasileiros normas antielusivas que, se não espelhavam a norma prevista no art. 116, parágrafo único, do CTN, ao menos sinalizavam que o Brasil estava atento à possibilidade do uso de ADTs para subverter o propósito das normas tributárias de referência.⁶⁹⁵ Também seria incorreto afirmar que o Brasil só passou a “tomar conhecimento” dos esforços de Organizações internacionais para limitar a elusão tributária internacional com o Plano de Ação BEPS. Especificamente no tocante à OCDE, o país já manifestava suas posições formais (de Estado não membro) sobre a sua Convenção-Modelo ao menos desde 1996, inclusive sobre dispositivos que tratavam de temas relacionados à elusão tributária internacional.⁶⁹⁶ À luz dessas assertivas, poderíamos

⁶⁹⁴ Vide: BRASIL. Acórdão nº 101-97.070. Primeiro Conselho de Contribuintes, Primeira Câmara. Rel. Cons. Sandra Maria Faroni. Sessão de 17 de dezembro de 2008. Publicado em 3 de março de 2010. O caso é conhecido pela doutrina brasileira como “Eagle 2”. Vide: SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Caso Eagle 2: tributação de lucros auferidos no exterior em virtude de participações societárias. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Org.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Ed., 2010. p. 279-304. É possível questionar se o caso trata mesmo de uma hipótese de elusão tributária internacional ou de elusão tributária interna, já que, segundo as definições que apresentamos no Capítulo 1, as regras de CFC seriam um exemplo de norma especial antielusiva interna. Em resposta, poderíamos dizer que o caso trata do emprego de um ADT para interpor entre a empresa brasileira e a empresa no exterior (“controlada indireta”) uma espécie de “bloqueio” para a aplicação das regras de CFC do Brasil. Sobre o uso de empresas no exterior para fins de “bloqueio” da aplicação de normas tributárias da jurisdição de residência, vide, por exemplo: NG, Stephen. Offshore Hedge Fund Investment Vehicle. *International Tax Journal*, Nova York: CCH, v. 35, nº 2, p. 53-63, 2009.

⁶⁹⁵ Cite-se, por exemplo, o ADT entre Brasil e Israel, que foi celebrado em 2002 e já possuía em seu conteúdo uma cláusula simplificada de LOB. Vide: BRASIL. Decreto nº 5.575, de 8 de novembro de 2005 cit. Por outro lado, seguindo a Convenção-Modelo da OCDE, o Brasil assinou diversos ADTs com artigos 10, 11 e 12 se referindo a “beneficiários efetivos”, o que já permitia a análise de se a residência reclamada pelo sujeito passivo do outro Estado Contratante deveria ser reconhecida ou não pelas autoridades fiscais brasileiras. Vide, por exemplo: BRASIL. Decreto nº 85.985, de 6 de maio de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1981/D85985.html. Acesso em: 20 jul. 2020. Como visto no Acórdão nº 102-49.480, a ausência do qualificativo “efetivo” após a palavra “beneficiário” é relevante para fins da análise do emprego do ADT no caso concreto. Vide: BRASIL. Acórdão nº 102-49.480 cit.

⁶⁹⁶ Como registra a OCDE em sua Convenção-Modelo de 2017, entre 23 de outubro de 1997 e 21 de novembro de 2017, o Brasil reservou para si o direito de estender para *partnerships* a aplicação de sua cláusula de

sustentar que o Brasil mantinha a posição interna e externa de oposição às práticas de elusão tributária internacional, e que sim, as suas autoridades fiscais já estavam a par das discussões sobre o tema em fóruns internacionais (um deles a OCDE, Organização da qual o Brasil não era e ainda não é Estado-membro).

Uma consideração diferente é aquela sobre o *engajamento* do Brasil em atos de Cooperação ou de Coordenação Fiscal Internacional com o intuito de resolver, direta ou indiretamente, os problemas causados pelas práticas de elusão tributária internacional. O Brasil integra o Fórum Global para Transparência e Troca de Informações da OCDE desde 2009 e seu progresso em termos de cumprimento com os padrões internacionais de troca de informações é reconhecido pela Organização.⁶⁹⁷ Percebe-se um engajamento maior do Brasil nessa iniciativa especialmente após a sanção do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)⁶⁹⁸ por parte dos Estados Unidos em 2010, o que serviu de incentivo político para que o Congresso Nacional brasileiro discutisse e aprovasse o Acordo para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos entre ambos, o qual havia sido celebrado em 2007.⁶⁹⁹ Seja como for, esse impulso do Brasil para a Cooperação Fiscal Internacional representou uma modificação daquilo que até então era a sua postura perante outros países (evidência disso pode ser vista no diminuto número de procedimentos amigáveis solucionados pelo Brasil em diálogo com seus parceiros de ADTs antes do ano de 2016).⁷⁰⁰ A noção de Coordenação Fiscal Internacional como forma de enfrentar a elusão tributária internacional pode ser identificada de maneira *indireta* na preocupação do Brasil em se adequar a padrões internacionais de troca de informações (i.e., garantir que a sua legislação interna sobre troca de informações espelhe a de outros países, tudo no intuito de impedir que a assimetria das

“Pessoas Visadas” (artigo 1º). Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 1509. A supressão da referência coincide com a atualização da Convenção-Modelo, que adicionou em seu texto o parágrafo 2º do artigo 1º (para lidar com a aplicação de ADTs a entidades parcial ou totalmente transparentes). Idem, p. 37.

⁶⁹⁷ Vide: OCDE. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2012*. Paris: OCDE, 2012. p. 11. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264168725-en>. Acesso em: 20 jul. 2020. O relatório inclusive cita que o Brasil àquela altura já havia assinado o MAATM, reconhecendo a assinatura como um passo importante do país para a adequação ao padrão internacional de troca de informações. Idem, p. 84.

⁶⁹⁸ Vide: ESTADOS UNIDOS. *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*. Disponível em: <https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁶⁹⁹ Vide: BRASIL. Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8003.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁷⁰⁰ Vide: OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Paris: OCDE, 2019. p. 10. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/12acb5ea-en>. Acesso em: 20 jul. 2020. “Em solo pátrio, o procedimento amigável e, consequentemente, a arbitragem, encontram certa resistência”. Vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, nº 23, p. 309, 2009.

exigências de informações pudesse obscurecer as práticas de sujeitos passivos envolvidos em operações internacionais, o que por sua vez poderia dar causa a situações de elusão tributária internacional). No entanto, só conseguimos identificar um passo concreto na Cooperação Fiscal Internacional do Brasil sobre esse tema (i.e., a prontidão para ajustar o próprio texto das normas antielusivas internacionais para que se tornasse semelhante ao texto de normas antielusivas internacionais “reconhecidas” pela comunidade internacional) com o advento do Plano de Ação BEPS. É forçoso reconhecer, entretanto, que essa realidade não foi um privilégio do Brasil, tendo sido compartilhada por diversos outros Estados não membros nem da União Europeia, nem da OCDE.⁷⁰¹

Com esses comentários queremos deixar claro que o Brasil já combatia a elusão tributária internacional antes do Plano de Ação BEPS, o que o posiciona ao menos como um opositor unilateral dessa prática. Nos anos anteriores ao Plano de Ação BEPS, o Brasil passou a se aproximar da OCDE mediante integração ao seu Fórum Global para Transparência e Troca de Informações, e o fato de o Brasil ser um dos Estados-membros do G20 explica o seu suporte ao Plano de Ação BEPS “em tese”. Sim, o país tem demonstrado concretamente que passou a participar nesses últimos anos dos objetivos coletivos de Cooperação e de Coordenação Fiscal Internacional no âmbito da Política Fiscal Internacional. Resta saber se as decisões políticas concretas do Brasil em relação à sua rede de ADTs correspondem à sua postura de participante da Coordenação Fiscal Internacional que o Plano de Ação BEPS quis inaugurar.

⁷⁰¹ Vide: BURGERS, Irene J. J.; VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. Corporate Taxation and BEPS: A Fair Slice for Developing Countries? *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, v. 10, n° 1, p. 32, 2017. Com isso, para enfatizar, não queremos dizer que as preocupações sobre a elusão tributária internacional não eram conhecidas por outros países (ou que não eram enfrentadas unilateralmente). Queremos, isso sim, dizer que o seu engajamento com a comunidade internacional para lidar diretamente com práticas elusivas só ocorreu mesmo a partir de 2013. Vide, sobre a experiência de países africanos fora da OCDE: OGUTTU, Annet Wanyana. *Tax Base Erosion and Profit Shifting in Africa – Part 1: Africa’s Response to the OECD BEPS Action Plan*. ICTD Working Paper 54, 2016. p. 17. Disponível em: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/1280_2/ICTD_WP54.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

PARTE II

APLICAÇÃO DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

3 O PLANO DE AÇÃO BEPS E AS NORMAS ANTIELUSIVAS RECOMENDADAS PELA OCDE PARA ADTS

Tendo tratado do objeto de estudo desta tese no Capítulo 1 e da área de estudo na qual esse objeto se insere no Capítulo 2, passaremos agora a uma aplicação desse objeto dentro dessa área: o Plano de Ação BEPS da OCDE. Nos itens a seguir, apresentaremos esse Plano de Ação e comentaremos as perspectivas da ONU e do Brasil a seu respeito (não apenas a respeito da confluência entre a elusão tributária internacional e a Política Fiscal Internacional, como nos itens 2.4.2 e 2.4.3). Também isolaremos dentro do Plano de Ação BEPS o padrão mínimo da Ação 6 para ADTs, inserindo esse padrão mínimo no objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional (ao modo da OCDE) e depois no objetivo coletivo da Harmonização Fiscal Internacional (como nós o vemos para a melhor promoção da Justiça Fiscal).

3.1 O Plano de Ação BEPS

O Plano de Ação BEPS foi formalmente comissionado pelo G20 à OCDE através do Comunicado de Los Cabos, de 19 de junho de 2012.⁷⁰² Foi ali que os Estados-membros do G20 oficializaram o seu apoio à iniciativa de combate a situações de erosão de base tributável e desvio de lucros, o que foi reconhecido no relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* de fevereiro de 2013.⁷⁰³

Antes de passarmos à explanação do Plano de Ação BEPS em si, comentaremos esse relatório específico no item a seguir, graças à nossa percepção de que ele estabeleceu as premissas para aquilo que a Organização viria a propor alguns meses mais tarde, em julho de 2013.

⁷⁰² Vide: G20. *G20 Leaders' Declaration*. Los Cabos cit.

⁷⁰³ Vide: OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2013. p. 11. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>. Acesso em: 24 maio 2020.

3.1.1 O relatório “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” de fevereiro de 2013

No relatório de fevereiro de 2013, a OCDE reconhece que as práticas de “*Base Erosion and Profit Shifting*” (no português, as práticas de “Erosão da Base Tributável e Desvio de Lucros”) refletem falhas no Direito Tributário Internacional como o conhecemos. Essas falhas aproveitam a certos sujeitos passivos transnacionais, entre eles as MNEs, e desafiam a serventia do Direito Tributário Internacional para municiar jurisdições em todo o mundo com receitas tributárias suficientes para fazer frente aos seus orçamentos públicos. Ainda de acordo com a OCDE, embora o montante estimado de receitas tributárias perdidas a cada ano em virtude dessas falhas não seja tão representativo diante do PIB dos seus Estados-membros, ainda assim é um dado relevante para a economia mundial.⁷⁰⁴

No relatório, a OCDE reconheceu que parte das falhas identificadas na estrutura do Direito Tributário Internacional se encontra no conteúdo de ADTs.⁷⁰⁵ Em fevereiro de 2013, a Organização pontuou que esses ADTs possuíam um padrão mais ou menos uniforme para tributar os rendimentos auferidos por empresas. Esse padrão era (e continua a ser) geralmente ancorado na identificação da empresa como *residente* de alguma das jurisdições contratantes,⁷⁰⁶ para que a partir dessa condição de residente ela tivesse o acesso a dados benefícios do ADT, entre eles alíquotas reduzidas de tributação sobre a sua renda ou mesmo a abdicação do direito de tributar aquele rendimento por parte da jurisdição da fonte.⁷⁰⁷ Para evitar que esses benefícios fossem auferidos de forma artificiosa por empresas (MNEs) não residentes em qualquer das jurisdições contratantes de ADTs, a OCDE observou que alguns deles já contemplavam algum tipo de norma antielusiva, reflexo do que a Organização disse ser um princípio de “*anti-avoidance*”, ou de vedação à elusão tributária internacional.⁷⁰⁸ Nas

⁷⁰⁴ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 18-21. Diversos estudos sobre o impacto das práticas elusivas sobre as receitas públicas de Estados individuais foram conduzidos nos últimos anos. Vide, por exemplo: BOLWIJN, Richard; CASELLA, Bruno; e RIGO, Davide. *An FDI-driven Approach to Measuring the Scale and Economic Impact of BEPS*. Transnational Corporations, Volume 25, Número 02. Genebra: UNCTAD, 2018, p. 107-143. Ainda, demonstrando que países menos desenvolvidos tendem a ser mais expostos à elusão tributária internacional, vide: JOHANNESSEN, Niels; TØRSLØV, Thomas; e WIER, Ludvig. *Are Less Developed Countries More Exposed to Multinational Tax Avoidance? Method and Evidence from Micro-Data*. The World Bank Economic Review. Oxford: OUP, 2019, p. 01-20.

⁷⁰⁵ Vide: OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 33-34.

⁷⁰⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁰⁷ Idem.

⁷⁰⁸ Idem, p. 37-38.

palavras da OCDE, “[anti-avoidance rules] reduce the risk of abuse of treaties by persons who were not intended to benefit from them, e.g., through the use of conduit companies”.⁷⁰⁹

Mais adiante no relatório, a OCDE afirma que normas antielusivas são diferentes entre países e que muitas dessas diferenças podem ser explicadas por três fatores: tradições jurídicas diferentes, o nível de sofisticação do sistema tributário relevante e a abordagem de tribunais locais à interpretação das normas.⁷¹⁰ Ainda assim, segundo a Organização, é graças a diferenças como essas que a elusão tributária internacional ocorreu e continua a ocorrer – são assimetrias que permitem que MNEs cumpram com o texto das normas relevantes e ao mesmo tempo obtenham benefícios não pretendidos pelo legislador quando as formulou.⁷¹¹ Essa admissão motivará a OCDE a aderir à tríade formativa da Política Fiscal Internacional de que tratamos no subitem 2.4.1: é graças a essa admissão que a OCDE percebeu que a simples Cooperação Fiscal Internacional ainda não é suficiente para promover Justiça Fiscal entre os seus Estados-membros (ou entre eles e as jurisdições do vindouro *Inclusive Framework*). O esforço para promover Justiça Fiscal, ao seu modo de ver, deveria atravessar a Coordenação Fiscal Internacional como passo seguinte à Cooperação Fiscal Internacional.

Tendo citado esses elementos do relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, o qual estabeleceu em fevereiro de 2013 as bases para o Plano de Ação BEPS, seria impróprio dizer que não há incoerências entre aquilo que a OCDE diz pretender e as afirmações que faz para subsidiar essa pretensão. A incoerência textual que mais nos chama a atenção é a que diz respeito a medidas unilaterais, porque o Plano de Ação BEPS cumpre uma missão dual: quer enfrentar a elusão tributária internacional e quer ao mesmo tempo se apresentar como preferível às ações individuais de cada jurisdição contra a elusão tributária internacional (ou seja, quer mitigar os efeitos da Concorrência Fiscal Internacional). Numa das partes do seu relatório, a OCDE afirma:

Failure to collaborate in addressing BEPS issues could result in unilateral actions that would risk undermining the consensus-based framework for establishing jurisdiction to tax and addressing double taxation which exists today. The consequences could be damaging in terms of increased possibility for mismatches, additional disputes, increased uncertainty for business, a battle to be the first to grab taxable income through purported

⁷⁰⁹ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 37-38.

⁷¹⁰ *Idem*, p. 43.

⁷¹¹ “More fundamentally, a holistic approach is necessary to properly address the issue of BEPS. Government actions should be comprehensive and deal with all the different aspects of the issue. [...] It is clear that coordination will be key in the implementation of any solution, though countries may not all use the same instruments to address the issue of BEPS” (*Idem*, p. 49-50).

anti-avoidance measures, or a race to the bottom with respect to corporate income taxes.⁷¹²

A OCDE aqui ecoa as observações de diferentes autores de Direito Tributário Internacional, entre eles BRAUNER,⁷¹³ DOURADO⁷¹⁴ e GREGGI.⁷¹⁵ Todos identificaram o “unilateralismo” como um dos mais gravosos riscos do desacordo, da discordância sobre como combater a elusão tributária internacional. No entanto, a mesma OCDE diz, mais adiante no seu relatório de fevereiro de 2013, o seguinte:

Though governments may have to provide unilateral solutions there is value and necessity in providing a coordinated approach. [...] Coordination in that respect will also limit the need for individual jurisdictions’ unilateral tax measures. Of course, jurisdictions may also provide more stringent unilateral actions to prevent BEPS than those in the coordinated approach.⁷¹⁶

É desafiador conciliar esse trecho do relatório com a passagem anterior ou com a mensagem de Coordenação Fiscal Internacional que permeia toda a proposta da OCDE naquele mês de fevereiro. A conciliação só é possível quando partimos da premissa bem lembrada por VANISTENDAEL: a OCDE (e, para nós, “a OCDE enquanto fonte respeitada de propostas no âmbito da Política Fiscal Internacional”) só existe pela graça da Cooperação Internacional, não possuindo qualquer poder de compelir sequer seus Estados-membros a adotar medidas sem que eles próprios com elas concordem, mesmo em termos gerais.⁷¹⁷ A Organização não pode cercear a soberania fiscal de cada uma das jurisdições engajadas no Plano de Ação BEPS; o que está ao seu alcance é a atribuição de congregar partes interessadas, presidir discussões e emitir recomendações.⁷¹⁸ Sim, com o Plano de Ação BEPS, a OCDE se posicionou como a Organização preferencial para a discussão de temas-chave de

⁷¹² OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 48.

⁷¹³ “The BEPS project’s most fundamental insight to date has been that international coordination of tax policies is a condition for the success of any substantial reform; and that by definition, unilateral action, regardless of its substance, cannot succeed” (BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation. *World Tax Journal*, IBFD: Amsterdã, v. 6, nº 1, p. 12, 2014).

⁷¹⁴ Vide: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 172-173.

⁷¹⁵ Vide: GREGGI, Marco. *Il Contrasto all'Erosione della Base Imponibile e all'Allocazione Artificiosa dei Profitti da Parte dell'OCSE*. Novità Fiscali, Edizione Speciale. Manno: SUPSI, 2013. p. 101.

⁷¹⁶ Idem, p. 51.

⁷¹⁷ Vide: VANISTENDAEL, Frans. Are BEPS, FATCA, and EU Compliance Efforts Moving In the Same Direction? *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 75, p. 395, 2014.

⁷¹⁸ J. C. Sharman explica como a OCDE se promove como uma Organização de especialistas “imparciais” sobre temas de Direito Tributário Internacional e de Política Fiscal Internacional. Essa imagem atribui aos seus relatórios a “autoridade” necessária para que sejam aplicados pelas jurisdições interessadas, mas é uma imagem que foi modificada com o tempo. Vide: SHARMAN, J. C. *Havens in a Storm: The Struggle for Global Tax Regulation*. Ithaca: Cornell University Press, 2006. p. 129-135.

Política Fiscal Internacional, e sim, o Plano de Ação BEPS em si foi uma de suas iniciativas mais contundentes nessa direção.⁷¹⁹ No entanto, apesar de capitanear esse esforço com diversas jurisdições, entre Estados-membros e não membros, a OCDE não pode garantir que o seu resultado será a fiel adesão àquilo que ela própria chancela como “padrões mínimos”, ou ainda “padrões reforçados”, ou também “melhores práticas”. Enfatizando o nosso uso do verbo “capitanear”, é como se a OCDE, timoneira da embarcação, levasse seus tripulantes até o destino que ela acordou junto a eles – chegando a esse destino, contudo, a OCDE pode apenas incentivar os tripulantes a que desembarquem. Não tem ela o poder de forçar a sua descida, a sua efetiva chegada àquele destino.

O comentário *supra* parece ser uma digressão, mas é útil para compreender o Plano de Ação BEPS e o que aconteceu depois do Plano de Ação BEPS. A OCDE não possui o poder sancionador, coator que seria necessário para garantir que suas recomendações sejam implementadas pelos seus Estados-membros ou pelas jurisdições participantes do *Inclusive Framework* que não são seus Estados-membros. Por isso, muito embora as discussões no nível da OCDE a partir de 2013 demonstrem que diferentes jurisdições pelo mundo estavam e estão engajadas em um objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional, não é precisamente *aquele modelo* de Coordenação Fiscal Internacional que será implementado pelas autoridades competentes nos seus respectivos países. Registre-se, por exemplo, o que disseram os membros do Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU em suas reuniões de 2013 e 2014 sobre a voz de países em desenvolvimento no Plano de Ação BEPS: que as demandas desses países encontravam pouco espaço nas Ações do Plano de Ação BEPS e que a ONU deveria contribuir para que essas demandas fossem ouvidas.⁷²⁰ Registre-se ainda que, no mesmo período, a União Europeia formou Grupos próprios para examinar problemas e soluções associados a Ações do Plano de Ação BEPS, Grupos esses cujos relatórios internos seriam utilizados para guiar medidas a serem tomadas no futuro.⁷²¹ São manifestações como essas que explicam a admissão por parte da OCDE de que seus esforços, mesmo com a criação do *Inclusive Framework*, teriam de

⁷¹⁹ Vide: CHRISTIANS, Allison. BEPS and the New International Order. *BYU Law Review*, Provo: BYU, n° 6, p. 1604-1608, 2016.

⁷²⁰ Vide: ONU. *Report on the Ninth Session (21-25 October 2013)*. Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2013. p. 24. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2013/45&Lang=E. Acesso em: 19 jul. 2020. Vide ainda: ONU. *Report on the Tenth Session (27-31 October 2014)* cit.

⁷²¹ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Commissioner Šemeta welcomes G20 Finance Ministers' agreement on new measures to combat corporate tax avoidance*. Bruxelas, publicado em 21 de setembro de 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/semeta/index_en.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

conviver com medidas unilaterais e divergências, porque as suas limitações políticas enquanto Organização não poderiam justificar outra consequência.

3.1.2 O Plano de Ação BEPS de julho de 2013

O Plano de Ação BEPS foi uma iniciativa pioneira da OCDE de reformar o Direito Tributário Internacional como nós o conhecemos. Foi a primeira vez que a Organização se posicionou como “reformadora” de normas de tributação internacional da renda para Estados-membros e também para demais jurisdições interessadas. Sim, a OCDE já pautava os debates sobre o presente e o futuro do Direito Tributário Internacional através dos seus estudos e relatórios, alguns dos quais já foram tratados por nós no subitem 2.4.1, *supra*. Além disso, sim, a OCDE também publicou diferentes versões da sua Convenção-Modelo no decorrer dos anos que, se não foram reproduzidas por ADTs subsequentes, certamente foram tomadas como parâmetro: não por outra razão, Estados-membros e “observadores” comentam regularmente as alterações feitas nessa Convenção-Modelo para esclarecer a seus pares como eles próprios vislumbram a sua aplicação, dispositivo a dispositivo. Por último, sim, desde 2000 a OCDE já havia criado o seu Fórum Global para Transparência e Troca de Informações, o qual exigiu a sua presidência sobre discussões acerca da Cooperação Fiscal Internacional para a assistência administrativa e a troca de informações.⁷²² Nenhuma dessas iniciativas, contudo, teve o escopo (bastante amplo, incluindo temas de regras de CFC, dedutibilidade de juros, regimes fiscais prejudiciais, preços de transferência, procedimento amigável, entre outros) e a pretensão de alcance (doméstico e internacional, incluindo um ajuste multilateral a acordos internacionais já celebrados) que teve o Plano de Ação BEPS.⁷²³ Na esteira do que disse DOURADO, os trabalhos conduzidos pela OCDE a partir de 2013 foram

⁷²² Vide: OCDE. *Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: Multilateral Cooperation Changing the World*. Paris: OCDE, 2009. p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-10-years-report.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

⁷²³ Enfatize-se que não queremos aqui minimizar o trabalho feito pela OCDE através do seu Fórum Global para Transparência e Troca de Informações – se há algo a ser dito sobre os resultados das discussões desse Fórum é que foram mais coordenados que os resultados do Plano de Ação BEPS. Vide, tratando da implementação desses resultados: FERRIS, Tara. CRS Enforcement is Upon Us: Why, When and Where to Prepare. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 99, p. 481-486, 2020. O que nós diríamos é que o consenso sobre a assistência administrativa e a troca de informações para fins fiscais teve de superar menos atritos que aqueles enfrentados pela OCDE no curso do Plano de Ação BEPS. Poderíamos inclusive suportar essa avaliação com o argumento de que, entre os “padrões mínimos” do Plano de Ação BEPS, figura justamente a Ação 13, voltada para a troca de informações relevantes para preços de transferência entre jurisdições (no inglês, *Country-by-Country Reporting*, ou CbCR). Vide: OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports* cit.

ambiciosos e abrangentes, representando um marco histórico no enfrentamento à elusão tributária (nas suas palavras, “*aggressive tax planning*”) por parte de MNEs.⁷²⁴

As razões para a reforma intentada pela OCDE com o seu Plano de Ação BEPS já foram mencionadas no subitem 3.1.1. Vale ressaltar, no entanto, que o documento de julho de 2013 afirma que a erosão da base tributável e o desvio de lucros prejudicam não somente os governos, mas também os próprios sujeitos passivos individuais e as empresas. Governos (leia-se, as autoridades constituídas para assumir as funções executivas de cada jurisdição) são afetados porque as práticas tratadas no Plano de Ação BEPS retiram de si receitas públicas que doutra forma poderiam ter sido auferidas, e, além disso, encarecem a própria fiscalização tributária.⁷²⁵ Sujeitos passivos individuais são afetados porque precisam custear as despesas públicas com parcela maior de sua renda ou patrimônio, dado o desvio de lucros de MNEs que, segundo a OCDE, teriam exercido atividades geradoras desses lucros na jurisdição relevante.⁷²⁶ Por último, a OCDE afirma que as próprias MNEs são submetidas a riscos reputacionais se a sua alíquota efetiva de tributação da renda for percebida como baixa demais. Na esteira do que sustenta a Organização, podemos deduzir ainda que as práticas elusivas de determinadas MNEs poderão desequilibrar a concorrência entre si e as empresas que operam exclusivamente dentro das fronteiras de mercados domésticos.⁷²⁷ Em suma, aquilo que a Organização identificou como práticas elusivas no cenário internacional seria prejudicial para todos, sejam eles sujeitos ativos ou sujeitos passivos, o que justificaria a sua discussão e o seu enfrentamento no Plano de Ação BEPS.

⁷²⁴ Vide: DOURADO, Ana Paula. *May You Live in Interesting Times*. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 44, nº 1, p. 2, 2016.

⁷²⁵ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 8. As afirmações da OCDE aqui não são imunes a críticas. A referência a “governos” e não a “jurisdições” abre margem para a discussão de medidas de aumento de arrecadação a curto prazo, possivelmente dependentes da extensão dos mandatos do Poder Executivo em Estados Democráticos de Direito, e para a sua priorização em detrimento de medidas de sustentabilidade fiscal de médio e longo prazo. É o que se chama de “miopia política”, cuja origem pode ser definida como “the desire of incumbents to improve current performance at the expense of future outcomes in an attempt to increase their probability of re-election” (BONFLIGLIOLI, Alessandra; GANCIA, Gino. *Uncertainty, Electoral Incentives and Political Myopia*. *The Economic Journal*, Oxford: Wiley, v. 123, nº 568, p. 395, 2013). Vide, no mesmo sentido: LEGG, Keith R.; ROBERTS, John M. *Political Strategies for Economic Manipulation: Democratic Reelections in Greece 1960-1985*. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City: University of Utah, v. 44, nº 1, p. 56, 1991. Essa dualidade de interesses, exibida por uma jurisdição enquanto governo e enquanto jurisdição em si mesma, não recebe a atenção da OCDE no Plano de Ação BEPS (o que chama a atenção, porque a aderência a determinadas recomendações do Plano de Ação BEPS poderá trazer a dadas jurisdições um alinhamento seu aos objetivos de Política Fiscal Internacional acordados no nível da Organização, mas esse alinhamento poderá custar a arrecadação de receitas públicas e a perda de investimentos para governos subsequentes).

⁷²⁶ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 8.

⁷²⁷ Idem, *ibidem*.

Como se sabe, o Plano de Ação BEPS foi dividido em 15 (quinze) Ações diferentes, cada uma com um escopo bem definido: discutir e apresentar soluções para falhas específicas do Direito Tributário Internacional (e, quanto à Ação 5, também do Direito Financeiro Interno) a serem seguidas por Estados-membros e jurisdições participantes do *Inclusive Framework*.⁷²⁸ O Plano de Ação BEPS foi formalmente iniciado em 19 de julho de 2013 e teve seus Relatórios Finais (os Relatórios Finais de cada uma das Ações, bem como uma Declaração Explanatória) publicados pela OCDE em 05 de outubro de 2015. À exceção da Ação 1 (sobre a economia digital) e da Ação 15 (sobre o MLI), as demais Ações foram organizadas pela OCDE em três grupos diferentes: Ações voltadas para estabelecer a *coerência* internacional da tributação corporativa sobre a renda, Ações voltadas realinhar essa tributação corporativa sobre a renda ao padrão de *substância*, e, por último, Ações voltadas ao fortalecimento dos padrões de *transparência* do Direito Tributário Internacional.⁷²⁹ Para compreender as recomendações da OCDE nas Ações do seu Plano de Ação BEPS, é fundamental considerar o seguinte:

- Algumas proposições da OCDE foram apresentadas nos Relatórios Finais de 2015 como “padrões mínimos” (no inglês, *minimum standards*).⁷³⁰ Diz a Organização que esses padrões mínimos se aplicam a situações nas quais a inação das jurisdições do *Inclusive Framework* daria ensejo a externalidades negativas, incluindo impactos adversos de competitividade.⁷³¹ Esses padrões mínimos estão nos Relatórios Finais das Ações 5, 6, 13 e 14 do Plano de Ação BEPS, como referido nos subitens a seguir.⁷³²
- Recomendações da OCDE feitas no Plano de Ação BEPS e que se limitam a reforçar padrões já explorados pela Organização nos Comentários à sua

⁷²⁸ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 13-24. É importante ressaltar, contudo, que durante a nona reunião do Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU, registrou-se o seguinte: “Several speakers pointed out that a number of issues of great importance to developing countries were not a focus of the action plan. Furthermore, there were some issues on which many developing countries might take a different view from those of many OECD countries” (ONU. *Report on the Ninth Session (21-25 October 2013)* cit.). No mesmo sentido: AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Hainan. *Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight*. *Harvard Business Law Review*, Cambridge: Harvard University Press, v. 6, nº 2, p. 210-211, 2016.

⁷²⁹ Vide: OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports* cit., p. 6.

⁷³⁰ Idem, *ibidem*.

⁷³¹ Idem.

⁷³² Idem. Vide ainda: SCHIPPERS, Martijn. BEPS and Transfer Pricing but What about VAT and Customs? *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, nº 3, p. 175, 2016.

Convenção-Modelo ou nas suas Diretrizes de Preços de Transferência foram chamadas de “padrões reforçados” (no inglês, *reinforced standards*). Esses padrões reforçados podem ser encontrados nos Relatórios Finais das Ações 7, 8, 9 e 10.⁷³³

- Por último, aqueles padrões sobre os quais houve o menor nível de consenso no âmbito do *Inclusive Framework* foram chamados de “melhores práticas” (no inglês, *best practices*) pela OCDE. São proposições que, para a OCDE, conferem mais efetividade às normas de enfrentamento a práticas elusivas, mas que não serão acompanhadas pelo sistema de *peer review* com o grau de escrutínio dos padrões mínimos. Exemplos incluem as Ações 3, 4 e 12 do Plano de Ação BEPS.⁷³⁴

Reitere-se que o Plano de Ação BEPS da OCDE é uma iniciativa ambientada na Política Fiscal Internacional. É uma iniciativa que congregou Estados-membros e também não membros da OCDE num *Inclusive Framework* para discutir temas próprios de Política Fiscal Internacional (e suas repercussões para o Direito Tributário Internacional e o Direito Financeiro Interno). Essas jurisdições são diferentes entre si, incluindo por exemplo o Reino Unido, o Panamá, o Paquistão e a Romênia.⁷³⁵ Por isso mesmo que qualquer acordo entre os seus representantes seria desafiador, seja sob a presidência da OCDE ou de qualquer outra Organização. Naquelas situações pontuais em que o acordo existiu, e mais, que o acordo foi atrelado a um compromisso de ação efetiva (os padrões mínimos), podemos dizer que houve a materialização do objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional,⁷³⁶ algo singular na história da Política Fiscal Internacional até os dias de hoje.

Antes de isolarmos dentro do Plano de Ação BEPS o padrão mínimo que mais nos interessa, que é o padrão mínimo composto por normas antielusivas propostas pela Ação 6

⁷³³ Vide: OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports* cit., p. 6.

⁷³⁴ Idem, *ibidem*.

⁷³⁵ Vide: OCDE. *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-compositi on.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

⁷³⁶ É interessante observar que o termo “harmonia” ou qualquer de seus derivados não aparece no Plano de Ação BEPS (de julho de 2013) ou na Declaração Explanatória do Plano de Ação BEPS (de outubro de 2015). Vide: OCDE, notas 2 e 3, *supra*. Uma das comprovações de que a Organização jamais esperou que houvesse consenso de todas as jurisdições do *Inclusive Framework* sobre todas as proposições do Plano de Ação BEPS foi a assertiva no seu documento inicial de que os Estados não membros seriam convidados a participar e de que deles seria esperado que se associassem aos resultados do projeto como um todo. Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 25. Em parte alguma do Plano de Ação, afora a menção ao procedimento arbitral na Ação 14, a OCDE usa o termo “vinculante” (no inglês, *binding*).

para ADTs, trataremos brevemente de cada um dos grupos de Ações do Plano de Ação BEPS (i.e., os grupos de coerência, substância e transparência), assim como das Ações que são exceções a esses grupos, nos subitens 3.1.2.1 a 3.1.2.5 a seguir.

3.1.2.1 Ação 1

A Ação 1 do Plano de Ação BEPS se debruça sobre os desafios da tributação da economia digital.⁷³⁷ Ela parte da premissa de que a economia digital, dado o seu caráter disruptivo, não teve o seu tratamento tributário devidamente disciplinado pelas normas então vigentes, o que vinha causando algumas discrepâncias entre a sua tributação e a tributação de negócios ainda alheios à economia digital, aquilo que alguns autores chamam de “*brick and mortar businesses*” (na tradução para o português, “negócios de tijolo e argamassa”).⁷³⁸

Registre-se que as discussões sobre a Ação 1 ocorreram no nível da OCDE entre 2013 e 2015, encerrando-se para o Plano de Ação BEPS com a publicação de um Relatório Final em 05 de outubro de 2015.⁷³⁹ Tendo em vista a falta de consenso entre as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* sobre o mérito da Ação 1, o seu Relatório Final não apresentou recomendações específicas, nativas, para tributar a renda auferida pelas MNEs engajadas na economia digital. A OCDE concluiu, no entanto, que os trabalhos que foram desenvolvidos no âmbito de outras Ações (Ações 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10) cuidariam “substancialmente” das práticas elusivas associadas à economia digital.⁷⁴⁰

⁷³⁷ De acordo com a OCDE, as características principais da economia digital são um papel sem paralelo na história dado aos ativos intangíveis, o uso de dados em enorme quantidade (particularmente dados pessoais), a adoção universal de modelos de negócio multifacetados, modelos que capturam valor de externalidades geradas por produtos gratuitos, e a dificuldade de determinar a jurisdição na qual a criação de valor efetivamente ocorre. Vide: OCDE. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 16. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

⁷³⁸ Vide, por exemplo: HINDMAN, Matthew. *How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2019. p. 164-174. Vide ainda: HINNEKENS, Luc. *New Age International Taxation in the Digital Economy of the Global Society*. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, n° 4, p. 118, 1997.

⁷³⁹ Vide: OCDE. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final Report* cit.

⁷⁴⁰ “It is expected that the implementation of these measures, as well as the other measures developed in the BEPS Project [...] will substantially address the BEPS issues exacerbated by the digital economy at the level of both the market jurisdiction and the jurisdiction of the ultimate parent company, with the aim of putting an end to the phenomenon of so-called stateless income” (Idem, p. 13). Prova de que a expectativa da OCDE nesse tocante não se concretizou é a corrente discussão sobre os Pilares Um e Dois de seu Programa de Trabalho desde 2019, já tratados anteriormente nesta tese.

3.1.2.2 Ações no grupo de coerência

A segmentação de determinadas Ações em “grupos” atende ao didatismo que a Organização procurou imprimir ao Plano de Ação BEPS, e esse didatismo é em tudo louvável: se nada mais, coopera para estabelecer seus estudos e relatórios como fontes de análise para a formação de políticas públicas compreensíveis para as jurisdições e os seus jurisdicionados.⁷⁴¹ O que a OCDE considera como “coerência” guarda sinergia com o que apontamos ser o objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional: em julho de 2013, a Organização afirmou que as interconexões entre as economias domésticas requeriam uma dicção *coerente* (note-se: não uma aplicação “harmônica” ou “harmonizada”) das normas de tributação da renda de MNEs, e as Ações descritas a seguir têm todas esse intuito.

Na Ação 2 do Plano de Ação BEPS, a OCDE identificou oportunidades de elusão tributária advindas das “incompatibilidades de tratamento tributário” (no original em inglês, *mismatches*) de instrumentos híbridos (e.g., um instrumento considerado de dívida em uma jurisdição e de capital em outra jurisdição) e de entidades híbridas (e.g., uma entidade vista como transparente para fins tributários em uma jurisdição e como uma pessoa jurídica em outra jurisdição).⁷⁴² No âmbito de ADTs, a Ação 2 tratou ainda da definição de “Pessoas Visadas” contida no artigo 1º.⁷⁴³ Em seu Relatório Final, a recomendação – que não virou padrão mínimo – para evitar práticas elusivas associadas a esse dispositivo (dentre outras recomendações para instrumentos e entidades híbridos) foi:

- A norma que exige que a renda auferida por uma entidade ou por um “arranjo” considerado total ou parcialmente transparente só será considerada como a renda de um residente de uma jurisdição Contratante se, para os fins da tributação da renda nessa jurisdição, essa renda for tratada como a renda de um de seus residentes.⁷⁴⁴

Na Ação 3, a OCDE se debruçou sobre as já tratadas regras de CFC, especialmente sobre a relevância de implementar regras de CFC coordenadas em diferentes

⁷⁴¹ Vide: SHARMAN, J. C. *Havens in a Storm: The Struggle for Global Tax Regulation* cit.

⁷⁴² Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 15-16. Vide ainda: OCDE. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report* cit., p. 15-19.

⁷⁴³ Vide: OCDE. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report* cit., p. 139-143.

⁷⁴⁴ Recomendação extraída de: OCDE. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report* cit., p. 139. Tradução livre.

jurisdições pelo mundo.⁷⁴⁵ Segundo a Organização, “*CFC rules of many countries do not always counter BEPS in a comprehensive manner*”,⁷⁴⁶ o que permitia que MNEs reestruturassem suas operações para driblar a tributação da renda de CFCs, ou mesmo para impedir que uma “CFC” fosse considerada como CFC para fins de dadas regras internas. O Relatório Final dessa Ação, alvo de intensas discussões no nível da OCDE, apenas estabeleceu uma estrutura normativa básica para tributar lucros auferidos no exterior, estrutura essa que serviria como referencial para o ajuste de regras vigentes ou para a criação de novas regras de CFC pelo mundo.⁷⁴⁷

Na Ação 4, a OCDE tratou de regras de subcapitalização e outras assemelhadas para a dedutibilidade de juros (ou de pagamentos similares a juros), em particular nas operações com partes relacionadas ou com terceiros para obter deduções reputadas como “excessivas”. Nas palavras da Organização, “*the deductibility of interest expense can give rise to double non-taxation in both the inbound and outbound investment scenarios*”.⁷⁴⁸ O Relatório Final dessa Ação é algo similar ao Relatório Final da Ação 3, já apenas estabelece recomendações a título de “melhores práticas”. Aqui a OCDE deu prioridade para limitar a dedutibilidade de juros e outros pagamentos assemelhados a partir de um percentual fixo (de 10% a 30%) dos lucros de uma pessoa jurídica antes de descontadas as despesas com juros, com tributos, com a depreciação e com a amortização (no inglês, *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*, ou EBITDA). A recomendação não é aplicável para MNEs de todos os setores da economia e os seus termos são suplementados por outras regras no Relatório Final, incluindo um percentual de dedução de despesas no nível do “grupo econômico” no qual se insere a pessoa jurídica tomadora da dívida e limites mínimos para aplicação das regras, especialmente para pessoas que possuam níveis baixos de despesas líquidas com juros ou pagamentos assemelhados.⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 16.

⁷⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁴⁷ Vide: OCDE. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules – Action 3: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. Acesso em: 5 out. 2019. Vide ainda: FINLEY, Ryan. *Observers Weigh In On BEPS Final Reports*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 130, 2015.

⁷⁴⁸ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 16.

⁷⁴⁹ Vide: OCDE. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments – Action 4: 2015 Final Report* cit., p. 11-12. Vide ainda, comentando que os Relatórios Finais das Ações 3 e 4 apresentaram às jurisdições envolvidas algo mais parecido com um “menu” de opções do que com uma “receita” do que seguir: GIBSON, Stuart. *The BEPS Final Reports – More of a Menu Than a Recipe*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 101, 2015.

Na Ação 5, a OCDE regressou ao tema do seu relatório de 1998, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, no intuito de aprimorar a sua descrição sobre as práticas de jurisdições reputadas como Concorrência Fiscal Internacional “prejudicial”.⁷⁵⁰ De todas as Ações agrupadas sob o rótulo de coerência, o Relatório Final da Ação 5 é o único que contém um padrão mínimo a ser seguido pelos Estados-membros da OCDE e pelas demais jurisdições do *Inclusive Framework*. O padrão mínimo, ou seja, o compromisso a que essas jurisdições aderiram, foi (i) o de conceder regimes fiscais preferenciais somente se atestada a atividade econômica substancial de MNEs, foi também (ii) o de escalar o nível de transparência de opiniões vinculantes para sujeitos passivos (no inglês, *rulings*) e foi, por último, (iii) o de monitorar os regimes fiscais preferenciais existentes e subsequentes.⁷⁵¹

Na esteira dos comentários feitos na Introdução, registramos que, de todas as Ações do Plano de Ação BEPS agrupadas sob o rótulo de “coerência”, apenas uma propôs uma norma que reputamos antielusiva para ADTs: a Ação 2. Ainda assim, seguindo o corte metodológico adotado neste estudo, as propostas que a OCDE fez nos Relatórios Finais das Ações 2 a 5 não serão analisadas com mais detalhes neste Capítulo ou nos Capítulos seguintes.

3.1.2.3 Ações no grupo de substância

Ao associar as Ações 6 a 10 do seu Plano de Ação BEPS ao termo “substância”, a OCDE afirmou que as normas do Direito Tributário Internacional funcionam bem em várias situações, mas que deveriam ser adaptadas para impedir hipóteses de elusão tributária advindas da sua aplicação em conjunto (umas em convivência com as outras).⁷⁵² Também entendemos que a OCDE, ao invocar o termo “substância”, estabelece as bases para a busca do objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional. O trecho a seguir do Plano de Ação BEPS de julho de 2013 explica ainda como essa busca favorece o objetivo coletivo de Justiça Fiscal, tratado no Capítulo anterior:

In order to preserve the intended effects of bilateral relationships, the rules must be modified to address the use of multiple layers of legal entities inserted between the residence country and the source country. Existing domestic and international tax rules should be modified in order to more

⁷⁵⁰ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 17-18.

⁷⁵¹ Recomendação extraída de: OCDE. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance – Action 5: 2015 Final Report* cit., p. 9-10. Tradução livre.

⁷⁵² Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 18.

closely align the allocation of income with the economic activity that generates that income.⁷⁵³

A Ação 6 do Plano de Ação BEPS contém recomendações que serão objeto da nossa análise detida neste Capítulo 3. Ela foi projetada para enfrentar as práticas elusivas de *treaty shopping*⁷⁵⁴ e a sua estrutura é composta por três Seções: uma Seção A, que contém normas gerais antielusivas e normas especiais antielusivas a serem incluídas em ADTs, uma Seção B, que recomenda a modificação do preâmbulo de ADTs, justamente para impedir que seja interpretado como permissivo de práticas elusivas, e, por último, uma Seção C, que trata de instruções para a negociação de ADTs (com o intuito de que eles não sejam celebrados para eludir o fato gerador dos tributos sobre a renda aplicados pelos Estados Contratantes).⁷⁵⁵ As partes estabelecidas como padrões mínimos e aplicáveis a ADTs estão nas Seções A e B do Relatório Final da Ação 6. No entanto, entre propostas que viraram padrões mínimos e outras que não viraram padrões mínimos, as normas antielusivas para ADTs da Ação 6 são as seguintes:

- A norma geral antielusiva internacional conhecida como cláusula de LOB, composta por uma série de normas de qualificação de residência fiscal para os fins dos ADTs segundo critérios objetivos, com a permissão de que autoridades fiscais analisem casos extraordinários – cujo acesso a benefícios não seria autorizado pelos critérios objetivos da cláusula de LOB – segundo o critério subjetivo de uma cláusula de PPT (ou com o adendo de uma regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo);⁷⁵⁶
- A norma geral antielusiva internacional conhecida como cláusula de PPT, que estabelece que os benefícios de um ADT não serão concedidos ao sujeito passivo se, após uma análise de fatos e circunstâncias, as autoridades fiscais puderem concluir que um dos principais propósitos da sua estrutura ou operação foi obter os ditos benefícios (a cláusula é ainda acompanhada de uma cláusula de alívio discricionário sob pedido, criada para permitir que o

⁷⁵³ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 18.

⁷⁵⁴ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 9.

⁷⁵⁵ *Idem*, p. 9-10.

⁷⁵⁶ *Idem*, p. 20-54.

sujeito passivo peça e comprove que, na ausência da operação reputada como elusiva, o benefício do ADT ainda assim teria sido concedido);⁷⁵⁷

- A norma de “365 dias”, adicionada ao artigo 10, § 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, que impede a obtenção de benefícios de ADTs para o pagamento de dividendos em situações de retenção da participação societária relevante por curtos períodos de tempo;⁷⁵⁸
- A norma de tributação de ganhos de capital segundo o novo texto do artigo 13, § 4º, da Convenção-Modelo da OCDE, a qual estende os direitos de tributação sobre a renda à jurisdição da fonte em situações de alienação de participações similares a participações societárias;⁷⁵⁹
- A norma que ajusta o texto do artigo 4º, § 3º, da Convenção-Modelo da OCDE para modificar a chamada “regra de desempate” de dupla residência de pessoas jurídicas (da sede de direção (no inglês, *Place of Effective Management*, ou “POEM”) para o procedimento amigável);⁷⁶⁰
- A norma antielusiva para situações em que a renda no âmbito de um ADT é auferida por um EP – situado em um Estado terceiro – de uma pessoa jurídica residente em um dos seus Estados Contratantes;⁷⁶¹ e
- A norma que altera o preâmbulo dos ADTs para nele fazer constar o combate à evasão e à elusão tributária como objetivo dos Estados Contratantes.⁷⁶²

A Ação 7 do Plano de Ação BEPS trata das práticas elusivas que se aproveitam dos limites da qualificação de EPs em ADTs. Nas discussões dessa Ação 7, a Organização buscou reformar trechos do artigo 5º da sua Convenção-Modelo para tentar fortificar o já fenecido EP, resquício de uma era analógica do ambiente econômico internacional, mas que ainda apresenta desafios para o intérprete e aplicador do Direito Tributário Internacional.⁷⁶³ O resultado não foi a proposição de normas antielusivas para ADTs enquanto padrões mínimos,

⁷⁵⁷ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 54-69.

⁷⁵⁸ Idem, p. 70-71.

⁷⁵⁹ Idem, p. 71-72.

⁷⁶⁰ Idem, p. 72-75.

⁷⁶¹ Idem, p. 75-78.

⁷⁶² Idem, p. 91-93.

⁷⁶³ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 19.

mas sim enquanto padrões reforçados.⁷⁶⁴ Seja como for, essas normas antielusivas buscaram eliminar as lacunas identificadas na caracterização de EPs em ADTs. São elas:

- A norma que enfrenta práticas elusivas que evitam a classificação de EP através de arranjos que usam “comissários” ou outros agentes dependentes. Essa norma substitui o antigo artigo 5º, parágrafo 5º, da Convenção-Modelo da OCDE, referente a agentes dependentes. A norma inaugura na Convenção-Modelo da OCDE o conceito de “desempenhar o papel principal na conclusão de contratos” para agentes dependentes como forma de aferição de um EP e aplica esse conceito a mais ações desempenhadas em benefício de pessoas jurídicas de alguma das jurisdições Contratantes;⁷⁶⁵
- A norma que enfrenta práticas elusivas que evitam a classificação de EP através de arranjos que usam agentes independentes. Essa norma substitui o antigo artigo 5º, parágrafo 6º, da Convenção-Modelo da OCDE, referente a agentes independentes. A norma inaugura na Convenção-Modelo o conceito de “pessoas estreitamente relacionadas” para agentes independentes como forma de aferição de um EP. O conceito se aplica a pessoas físicas ou jurídicas, nos termos da norma proposta;⁷⁶⁶
- A norma que enfrenta práticas elusivas que exploram a lista de exceções à qualificação de EPs em ADTs. Essa norma substitui o antigo artigo 5º, parágrafo 4º, da Convenção-Modelo da OCDE, referente às exceções ao padrão de EP. A nova norma ajusta a extensão da expressão “atividades de caráter preparatório ou auxiliar” no intuito de impedir que as exceções à qualificação de EP alcancem também o objeto principal das empresas;⁷⁶⁷ e
- A norma que enfrenta a prática elusiva de fragmentar contratos para impedir a qualificação de EPs em ADTs (chamada de “norma de antifragmentação”). Essa norma complementa o artigo 5º, parágrafo 3º, da Convenção-Modelo da OCDE, para estabelecer critérios para a contagem do prazo mínimo para a

⁷⁶⁴ Vide: OCDE. *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status – Action 7: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 9-11. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264_241220-en. Acesso em: 5 out. 2019.

⁷⁶⁵ Idem, p. 16.

⁷⁶⁶ Idem, 16-17.

⁷⁶⁷ Idem, p. 28-29.

qualificação de EPs associados a canteiros de obras, a projetos de construção, montagem e instalação em qualquer das jurisdições Contratantes.⁷⁶⁸

As Ações 8, 9 e 10 tratam de preços de transferência e encerram o grupo de Ações rotuladas pela OCDE como Ações de “substância”. A Ação 8 lidou com a aplicação de regras de preços de transferência a rendimentos advindos de ativos intangíveis, a Ação 9 buscou impedir que a alocação excessiva de riscos e capital entre pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo multinacional e a Ação 10 tratou de operações de “alto risco” que não ocorreriam entre partes independentes.⁷⁶⁹ Originalmente propostas como três Ações separadas, elas foram objeto de análises que redundaram em um só Relatório Final,⁷⁷⁰ e como bem observado por AVI-YONAH e XU, esse documento conferiu às autoridades fiscais uma maior discricionariedade para recharacterizar transações em conformidade com o padrão *arm’s length*.⁷⁷¹ Há uma íntima relação entre essas Ações 8 a 10 e a Ação 13, do grupo de “transparência”, considerando que a Ação 13 trata dos reportes necessários para disseminar informações relevantes sobre MNEs para fins de preços de transferência.⁷⁷²

Na esteira dos comentários feitos na Introdução, registramos que, de todas as Ações do Plano de Ação BEPS agrupadas sob o rótulo de “substância”, apenas duas propuseram normas que reputamos antielusivas para ADTs: a Ação 6 e a Ação 7. Seguindo o corte metodológico adotado neste estudo, analisaremos neste Capítulo e nos Capítulos seguintes apenas as propostas que a OCDE fez nas Seções A e B do Relatório Final da Ação 6 para ADTs, e, entre elas, especificamente aquelas que foram definidas pela Organização como padrões mínimos.

⁷⁶⁸ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6*: 2015 Final Report cit., p. 43.

⁷⁶⁹ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 20-21.

⁷⁷⁰ Vide: OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10*: 2015 Final Report cit. Relembre-se aqui a conhecida posição do Brasil sobre o Relatório Final das Ações 8 a 10, no qual o país afirmou que permitiria acesso ao procedimento amigável nos termos da Ação 14 para resolver conflitos da aplicação das regras de preços de transferência em relação a jurisdições Contratantes de seus ADTs. Idem, p. 185.

⁷⁷¹ Vide: AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Hainan. *Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight* cit., p. 224-227. Vide ainda, comentando os impactos das Ações 8 a 10 para países em desenvolvimento: BURGERS, Irene J. J.; VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. *Corporate Taxation and BEPS: A Fair Slice for Developing Countries?* cit., p. 42-43.

⁷⁷² Vide: OCDE. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting – Action 13*: 2015 Final Report cit.

3.1.2.4 Ações no grupo de transparência

Segundo a OCDE, os contínuos trabalhos do seu Fórum Global para Transparência e Troca de Informações contribuíram para fornecer às autoridades fiscais uma visão mais clara de operações e estruturas criadas por sujeitos passivos para realizar suas atividades em todo o mundo. No entanto, a Organização reconheceu que mesmo esse progresso ainda merecia novas contribuições, agora destinadas a medir a escala e o impacto das práticas elusivas, a tornar mais transparentes as “estratégias de planejamento tributário” desenvolvidas pelos sujeitos passivos, a sistematizar as informações globais sobre as atividades de MNEs sujeitas às regras de preços de transferência e a garantir maior efetividade para o procedimento amigável entre jurisdições contratantes no âmbito de ADTs. Esses são os temas pertinentes às Ações 11 a 14 do Plano de Ação BEPS.⁷⁷³

A Ação 11 do Plano de Ação BEPS recomendou a adoção de indicadores para apurar tanto a escala, quanto o impacto econômico de práticas elusivas, bem como para garantir que ferramentas de controle (e.g., metodologias para análise empírica de medidas adotadas contra as práticas elusivas enfrentadas pelo Plano de Ação BEPS) sejam disponibilizadas para as autoridades fiscais das jurisdições do *Inclusive Framework* com esse intuito.⁷⁷⁴ Em seu Relatório Final, a OCDE estabelece sob o manto da Ação 11 diversos parâmetros para medir as práticas elusivas tratadas no Plano de Ação BEPS, como a concentração de níveis altos de Investimento Estrangeiro Direto (no inglês, *Foreign Direct Investment*, ou FDI) em relação ao PIB, as diferenças entre percentuais de lucratividade de grandes MNEs em relação à alíquota efetiva de tributos que pagam, a razão dos juros pagos por MNEs em relação à sua renda, entre outros.⁷⁷⁵ O monitoramento desses indicadores tem sido feito sob a liderança da OCDE, através do seu sistema de *peer review* (no português, “revisão por pares”), desde 2015.⁷⁷⁶

⁷⁷³ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 21.

⁷⁷⁴ Vide: OCDE. *Measuring and Monitoring BEPS – Action 11: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 193-242. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241343-en>. Acesso em: 2 ago. 2020.

⁷⁷⁵ Idem, p. 46-67.

⁷⁷⁶ Como um dos resultados mais recentes desse processo, a OCDE publicou informações em um relatório de 2019 com detalhes sobre a queda da alíquota nominal dos tributos sobre a renda em 88 (oitenta e oito) das jurisdições do *Inclusive Framework*, bem como com um ranqueamento dessas jurisdições segundo as alíquotas efetivas dos seus tributos sobre a renda no mesmo ano. Vide: OCDE. *Corporate Tax Statistics Database – Second Edition*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-second-edition.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2020.

A Ação 12 do Plano de Ação BEPS tratou da difícil relação entre sujeitos passivos e autoridades fiscais, em especial no tocante às informações sobre “planejamentos tributários agressivos” desenvolvidos pelos primeiros. A OCDE identificou que a disponibilidade dessas informações com antecedência seria fundamental para permitir à fiscalização que apurasse riscos associados e respostas correspondentes.⁷⁷⁷ Por isso, propôs em seu Relatório Final a criação de um reporte que, se instituído pelas jurisdições participantes do *Inclusive Framework*, deveria ser apresentado por MNEs residentes para revelar à fiscalização os seus “planejamentos tributários agressivos”, os quais podem ou não se enquadrar como hipóteses de elusão tributária internacional nos termos que descrevemos no nosso Capítulo 1.⁷⁷⁸

A Ação 13 do Plano de Ação BEPS foi pensada para enfrentar a assimetria do nível de informações sobre MNEs e suas atividades em todo o mundo, particularmente para os fins da aplicação das regras de preços de transferência. A OCDE percebeu que, embora diversas jurisdições já adotassem as suas próprias regras de preços de transferência, faltava a elas uma visão mais global de como as MNEs sujeitas (também) à sua jurisdição alocavam suas funções, seus ativos, seus riscos e sua “geração de valor” entre mercados diferentes.⁷⁷⁹ No seu Relatório Final sobre a Ação 13, a Organização estabeleceu um sistema de reporte de três níveis para MNEs: um “arquivo mestre” (no inglês, *Master File*) contendo informações sobre a política global de preços de transferência de cada grupo empresarial, um “arquivo local” (no inglês, *Local File*) com informações específicas para cada jurisdição, e o CbCR, uma Declaração País-a-País aplicável a MNEs de grande porte e que deve conter informações sobre sua margem de lucro, seu número de funcionários, seus tributos sobre a renda pagos no ano relevante, e ser entregue para as jurisdições em que opera no mundo.⁷⁸⁰ Juntamente com a Ação 5 e partes da Ação 6 e da Ação 14, comentada a seguir, as recomendações da Ação 13

⁷⁷⁷ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 22.

⁷⁷⁸ Vide: OCDE. *Mandatory Disclosure Rules – Action 12: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 9-11. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en>. Acesso em: 2 ago. 2020. A Organização chega a dizer que “esquemas oferecidos a MNEs em condições de confidencialidade” e que “honorários de êxito atrelados à economia tributária após a implementação do esquema” seriam indicadores genéricos para determinar o eventual dever de reportar o “planejamento tributário” por parte do sujeito passivo. Idem, p. 42-43. Indicadores específicos seriam tipos de transações que criam benefícios tributários “suspeitos”, os quais seriam objeto de uma análise mais detalhada por parte das autoridades fiscais após reportados. Idem, p. 45-49. Nenhum dos indicadores apontados pela OCDE está vinculado necessariamente a alguma operação que subverte o propósito das normas tributárias de uma jurisdição qualquer, o que seria requisito essencial para que os apontássemos como indicadores de casos de elusão tributária internacional.

⁷⁷⁹ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 22-23.

⁷⁸⁰ Vide: OCDE. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting – Action 13: 2015 Final Report* cit., p. 9.

foram definidas pela OCDE como padrões mínimos a serem implementados pelas jurisdições participantes do *Inclusive Framework*.⁷⁸¹

A Ação 14 do Plano de Ação BEPS teve por objeto o procedimento amigável em ADTs. A OCDE considerou que as Ações 1 a 13 deveriam ser complementadas por algum mecanismo confiável de resolução de disputas, tanto sob a perspectiva de efetividade (de garantir que as solicitações de procedimento amigável em ADTs seriam resolvidas), quanto sob a perspectiva de transparência (garantindo a publicação das soluções e o acompanhamento por parte dos sujeitos passivos interessados).⁷⁸² No seu Relatório Final, a Organização propôs novas redações para as cláusulas de procedimento amigável em ADTs, incluindo o acesso por parte de sujeitos passivos a autoridades fiscais de ambos os Estados Contratantes, o limite de tempo para a resolução do procedimento amigável e o compartilhamento de dados estatísticos sobre essas decisões administrativas.⁷⁸³ A OCDE incluiu nesse documento da Ação 14 também a recomendação da arbitragem como um último recurso para garantir que o procedimento amigável efetivamente chegue a uma resolução, mas essa recomendação não foi definida como um padrão mínimo (demais recomendações para o próprio artigo que trata de procedimento amigável em ADTs foram divididas entre padrões reforçados e melhores práticas).⁷⁸⁴

Na esteira dos comentários feitos na Introdução, registramos que, de todas as Ações do Plano de Ação BEPS agrupadas sob o rótulo de “coerência”, nenhuma propôs uma norma que reputamos antielusiva para ADTs. Seguindo o corte metodológico adotado neste estudo, as propostas que a OCDE fez nos Relatórios Finais das Ações 11 a 14 não serão analisadas com mais detalhes neste Capítulo ou nos Capítulos seguintes.

3.1.2.5 Ação 15

A Ação 15 do Plano de Ação BEPS é uma consequência natural de duas premissas consideradas pela OCDE: a multiplicidade de alterações recomendadas pela Organização para ADTs e as dificuldades políticas de exigir que essas alterações sejam objeto

⁷⁸¹ Vide: OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports* cit., p. 6.

⁷⁸² Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 23.

⁷⁸³ Vide: OCDE. *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 13-17. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁷⁸⁴ *Idem*, p. 9-10.

de renegociações de milhares de ADTs individuais, um a um, entre as jurisdições do *Inclusive Framework*.⁷⁸⁵ Nesse sentido, o Relatório Final da OCDE estabeleceu para a própria Organização o dever de criar um instrumento multilateral capaz de “importar” para os ADTs então vigentes as proposições do Plano de Ação BEPS para ADTs, e esse instrumento multilateral foi o MLI de 07 de junho de 2017.⁷⁸⁶ Até hoje, o MLI já foi assinado por mais de 90 (noventa) jurisdições em todo o mundo, sendo ausentes dessa lista, entre outros, os Estados Unidos e o Brasil.⁷⁸⁷

O MLI é um instrumento multilateral diferenciado. Ele não é um “Acordo contra a Múltipla Tributação da Renda”. O MLI é mais adequadamente definido como um “acordo sobre acordos”: o seu escopo é emendar, é modificar os termos de ADTs em vigor com o intuito de os alinhar às recomendações do Plano de Ação BEPS, entre padrões mínimos, padrões reforçados e melhores práticas.⁷⁸⁸ Ele se aplica aos chamados ADTs “cobertos” (no inglês, *Covered Tax Agreements*), mas apenas na medida da implementação coordenada de seus dispositivos pelas duas jurisdições signatárias de cada ADT “coberto”. Dito de outra forma, para que um dispositivo qualquer do MLI seja aplicável a um ADT relevante, (i) é necessário que as duas jurisdições signatárias desse ADT tenham definido o ADT para a OCDE como um ADT “coberto” e, ainda, (ii) é necessário que as duas jurisdições tenham decidido implementar o dispositivo em questão de forma coordenada.⁷⁸⁹

⁷⁸⁵ Vide: OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 23-24.

⁷⁸⁶ Vide: OCDE. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties – Action 15: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. p. 9-10. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241688-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

⁷⁸⁷ Vide: OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-signatories-and-parties.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁷⁸⁸ A proposta de emenda ou modificação de acordos internacionais por um acordo multilateral não tem um precedente exato no âmbito do Direito Tributário Internacional, mas precedentes de acordos multilaterais com efeitos sobre acordos preexistentes existem em algumas áreas do Direito Internacional Público. A Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo de 1999, por exemplo, modificou os termos de algumas Convenções preexistentes, entre elas a Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil de 1971 e a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima de 1988. Vide: ONU. *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*. Nova York: ONU, 1999. p. 15. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019. Diga-se o mesmo da Convenção sobre o Cibercrime de Budapeste, celebrada em 2001, que seu artigo 39, parágrafo 1º, modificou disposições de algumas convenções preexistentes, entre elas a Convenção Europeia sobre Extradução de 1957 e a Convenção Europeia para Assistência Mútua em Assuntos Criminais de 1959. Vide: CONSELHO EUROPEU. *Convention on Cybercrime. European Treaty Series – N° 185*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_en.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

⁷⁸⁹ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2017. p. 3-7. Disponível em:

O MLI está estruturado em 39 (trinta e nove) artigos, 24 (vinte e quatro) dos quais trazem propostas presentes nas Ações 2, 6, 7 e 14. Para a nossa análise do padrão mínimo da Ação 6, é relevante posicionar as recomendações do Plano de Ação BEPS no MLI, uma vez que os artigos do MLI diferenciam de forma mais clara entre aqueles que são padrões mínimos (que deveriam ser implementados de uma forma ou de outra) e aqueles que não o são (cuja implementação dependeria da opção expressa das jurisdições signatárias do MLI sobre os ADTs “cobertos”). Os artigos do MLI que tratam do mérito do Plano de Ação BEPS estão divididos em cinco Partes, as Partes II a VI. São elas:

- A Parte II do MLI trata de incompatibilidades de tratamento tributário de entidades e instrumentos híbridos. A Parte II é composta pelo artigo 3º (a norma antielusiva trazida pela Ação 2, comentada no subitem 3.1.2.2, *supra*), pelo artigo 4º (que estabelece o procedimento amigável como solução para o “desempate” da dupla residência de pessoas jurídicas, nos termos da Ação 6, como comentado no subitem 3.1.2.3, *supra*) e pelo artigo 5º (que estabelece três opções para a adoção de métodos de crédito para a eliminação da dupla tributação da renda, outra recomendação da Ação 2).⁷⁹⁰ Nenhum desses artigos foi definido como padrão mínimo pela OCDE.⁷⁹¹
- A Parte III do MLI trata do “abuso de ADTs”. A Parte III é composta pelo artigo 6º (que modifica o preâmbulo de ADTs para definir que os ADTs também têm como propósito evitar a evasão e a elusão tributárias), pelo artigo 7º (que contém as cláusulas de LOB e PPT), pelo artigo 8º (que traz a norma de “365 dias” para dividendos), pelo artigo 9º (que contém a norma sobre a tributação sobre ganhos de capital), pelo artigo 10 (que contém a norma sobre EPs situados em um Estado terceiro) e pelo artigo 11 (que contém a norma que assegura às jurisdições signatárias que elas mantêm o direito de tributar seus próprios residentes, no modelo da “*saving clause*” da Convenção-Modelo dos Estados Unidos,⁷⁹² conforme recomendado pela Ação 6).⁷⁹³ Entre todos os

<https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2020.

⁷⁹⁰ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 03-07.

⁷⁹¹ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 12-19.

⁷⁹² Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention* cit., p. 2-3.

artigos da Parte III do MLI, apenas os artigos 6º e 7º foram definidos como padrão mínimo pela OCDE (ou seja, esses artigos contêm um padrão mínimo do Plano de Ação BEPS). Ainda, entre esses dois artigos, somente o artigo 7º incorpora propostas de normas antielusivas para ADTs.⁷⁹⁴

- A Parte IV do MLI trata de práticas elusivas envolvendo EPs. A Parte IV é composta pelo artigo 12 (que traz as normas que ampliam a qualificação de EPs envolvendo agentes dependentes e independentes), pelo artigo 13 (que trata da lista de exceções à qualificação de EP), pelo artigo 14 (que traz a “norma de antifragmentação”) e pelo artigo 15 (que traz a definição de “pessoas estreitamente relacionadas” para fins dos artigos 12 a 14, segundo as recomendações da Ação 7).⁷⁹⁵ Nenhum desses artigos foi definido como padrão mínimo pela OCDE.⁷⁹⁶
- A Parte V do MLI trata de aprimoramentos para a resolução de disputas. A Parte V é composta pelo artigo 16 (que contém emendas ao texto da cláusula de procedimento amigável em ADTs) e pelo artigo 17 (que adiciona a ADTs a norma de “ajustes correspondentes” presente no artigo 9º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, ou solicita que as jurisdições signatárias solucionem disputas sobre preços de transferência em ADTs através de um procedimento amigável).⁷⁹⁷ Ainda que não tratem de normas antielusivas para ADTs, deve-se destacar que os artigos 16 e 17 foram definidos como padrão mínimo pela OCDE.⁷⁹⁸
- A Parte VI do MLI trata da adoção de um procedimento arbitral como última solução resolver disputas em ADTs. O artigo 18 esclarece que todos os artigos subsequentes (do artigo 19, que estabelece o dever de vinculação das

⁷⁹³ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 8-18.

⁷⁹⁴ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 20-39.

⁷⁹⁵ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 19-23.

⁷⁹⁶ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 39-47.

⁷⁹⁷ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 24-28.

⁷⁹⁸ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 48-54.

jurisdições signatárias ao juízo arbitral, até o artigo 26, que trata da compatibilidade entre o procedimento amigável e a arbitragem nos termos dos artigos da Parte VI) estão submetidos à escolha das jurisdições signatárias,⁷⁹⁹ confirmando que nenhum deles foi definido como padrão mínimo pela OCDE.⁸⁰⁰

A Declaração Explanatória sobre o MLI entra em detalhes sobre como ele deve interagir com ADTs em vigor à época de sua assinatura, mas uma análise detalhada de como o MLI utiliza “cláusulas de compatibilidade” para alterar ou emendar textos de ADTs não faz parte do escopo da nossa Tese.⁸⁰¹ Sabemos que o MLI permite às jurisdições signatárias que escolham adotar seus dispositivos em ADTs ou que, em dadas situações, não escolham, se os dispositivos não tiverem sido estabelecidos como padrões mínimos. Sabemos também que os dispositivos que foram estabelecidos como padrões mínimos no Plano de Ação BEPS permitem uma margem menor de flexibilidade, como por exemplo o cumprimento do padrão mínimo por vias alternativas: o exemplo mais relevante para nós é o padrão mínimo da Ação 6 para evitar as práticas de *treaty shopping*. Aqui, as jurisdições signatárias do MLI podem escolher adotar o artigo 7º do MLI em seus ADTs como uma cláusula de LOB cumulada com uma cláusula de PPT, como uma cláusula de PPT apenas, ou como uma cláusula de LOB que acompanhe uma regra específica para lidar com os chamados arranjos de financiamento através de empresas-veículo. Para exemplificar como o artigo 7º do MLI foi aplicado em um ADT específico, vejamos a seguir o caso do ADT celebrado entre Lituânia e Israel. Tanto Lituânia,⁸⁰² quanto Israel⁸⁰³ escolheram o ADT que têm assinado entre si como um ADT

⁷⁹⁹ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 29-36.

⁸⁰⁰ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 55-65.

⁸⁰¹ Idem, ibidem. Vide ainda, explicando em detalhes as funcionalidades do MLI: BRAVO, Nathalie. The Multilateral Instrument and its Relationship with Tax Treaties. *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 8, nº 3, p. 279-305, 2016. A autora esclarece que as cláusulas de compatibilidade são as disposições operativas do MLI, uma vez que mostram como as recomendações da OCDE devem se aplicar no lugar de ou em conjunção com normas de ADTs preexistentes, submetendo essa aplicação ao acordo de ambas as jurisdições signatárias de cada ADT. Idem, p. 296-300. Compare-se essa função das cláusulas de compatibilidade com as normas de reconhecimento e de limitação de competência em: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 547-549.

⁸⁰² Vide: LITUÂNIA. *MLI Position* (subject to the completion of our internal requirements). Paris: OCDE, 2017. p. 5. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-lithuania.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

⁸⁰³ Vide: ISRAEL. *MLI Position* (subject to the completion of our internal requirements). Paris: OCDE, 2017. p. 4. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-israel.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

“coberto”. Como a Lituânia escolheu aplicar o parágrafo 4º do artigo 7º do MLI⁸⁰⁴ e Israel não manifestou qualquer opção sobre o artigo 7º para a OCDE,⁸⁰⁵ o parágrafo 2º do artigo 7º requer a aplicação do parágrafo 1º do artigo 7º ao ADT entre Lituânia e Israel.⁸⁰⁶ É lá que está a cláusula de PPT, que foi textualmente inserida após o artigo 27 da versão sintetizada desse ADT. No original em inglês, a cláusula inserida foi a seguinte:

Notwithstanding any 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.⁸⁰⁷

A cláusula de PPT foi inserida no próprio texto do ADT entre Lituânia e Israel segundo a recomendação da OCDE no Relatório Final da Ação 15 de que as jurisdições que (i) aderissem ao MLI e (ii) tivessem ADTs “cobertos” em comum publicassem uma versão sintetizada ou consolidada do texto do ADT com as modificações a ele trazidas pelo MLI.⁸⁰⁸ Há uma série de considerações sobre o MLI que serão retomadas no Capítulo 4, entre elas a franquia dada pelo MLI às jurisdições de “escolher a forma de cumprir com os padrões mínimos” do Plano de Ação BEPS. Ínsita a essa franquia está a visão da OCDE de que essas vias alternativas de cumprimento com os padrões mínimos são *equivalentes* para combater as práticas de elusão tributária internacional – dito de outra forma, é como se a OCDE adotasse aqui a postura de que as jurisdições signatárias do MLI coordenam as normas antielusivas entre si *ainda que essas normas antielusivas sejam geneticamente distintas* (como o são a cláusula de LOB, mesmo que seja conjugada a uma cláusula de PPT, e a cláusula de PPT em si, conforme veremos a seguir). Uma outra consideração importante sobre o MLI é a franquia dada às jurisdições para que elas próprias, sob a sua própria avaliação individual (leia-se, a

⁸⁰⁴ Vide: LITUÂNIA. *MLI Position* cit., p. 13.

⁸⁰⁵ Vide: ISRAEL. *MLI Position* cit., p. 14.

⁸⁰⁶ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 9.

⁸⁰⁷ Vide: LITUÂNIA. *Synthesized Text of the MLI and the Convention between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of the State of Israel for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*. Vilnius: VMI, 2019. p. 24. Disponível em: <https://www.vmi.lt/cms/documents/10162/9152916/Israel/c6517f30-6364-4dd5-a8de-6fb06e6b7fab>. Acesso em: 7 ago. 2020.

⁸⁰⁸ Vide: OCDE. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties – Action 15: 2015 Final Report*, p. 50.

avaliação individual das suas autoridades fiscais), afirmem à OCDE que determinadas normas do MLI não devem ser aplicadas a ADTs “cobertos” em particular porque, nos casos desses ADTs, a norma original já atenderia ao padrão mínimo.⁸⁰⁹ É desde já interessante notar que a estrutura modular e flexível do MLI permite às jurisdições que sigam os padrões mínimos do Plano de Ação BEPS de diferentes formas, umas objetivas e outras subjetivas, umas preexistentes e outras vindas do MLI, sem que essas variações sejam apontadas como deletérias nem para o objetivo coletivo de Cooperação Fiscal Internacional, nem para os objetivos coletivos de Coordenação Fiscal Internacional ou de Justiça Fiscal.

Por último, e aqui resgatamos comentários nossos no subitem 1.4.2.2 desta Tese, as jurisdições que assinaram o MLI podem possuir, para além das normas antielusivas em seus próprios ADTs, também normas antielusivas internas. Se a interpretação dos termos das normas antielusivas nos ADTs após o MLI for ponderada pela prática de cada jurisdição com termos iguais ou similares em suas próprias normas antielusivas internas, questiona-se mais uma vez se é mesmo possível dizer que, após o padrão mínimo estabelecido no MLI para ADTs, as jurisdições dele signatárias efetivamente enfrentam a elusão tributária internacional de forma *coordenada*. Essa discussão caminha em paralelo com uma outra, que é a possibilidade de que as jurisdições escolham não aplicar o MLI em absoluto quanto a determinados ADTs de sua rede (basta que decidam não incluir esses ADTs entre os seus ADTs “cobertos”), sob a “expectativa” de que esses ADTs já estejam sendo renegociados de forma bilateral para implementar os mesmos padrões.

Nenhuma dessas considerações, frise-se bem, diminui a importância do MLI enquanto “acordo sobre acordos”, nem tampouco os louváveis esforços da OCDE de ajustar normas antielusivas em ADTs (e outras tantas previstas no MLI) e de promover a sua inclusão nesses ADTs. O que queremos apontar com essas considerações é que não é imediata a conclusão de que, após o MLI, as jurisdições passaram a enfrentar práticas de elusão tributária internacional em seus ADTs segundo o objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional – ao menos não aquele suposto no resultado do Plano de Ação BEPS. O MLI certamente “aproximou” os textos de diversos ADTs em vigor (e, de forma indireta, também de outros ADTs assinados posteriormente) às recomendações do Plano presidido pela OCDE, mas essa “aproximação” convive com assimetrias que podem criar oportunidades para *treaty shopping*,

⁸⁰⁹ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 3.

justamente o mal que em 2013 a OCDE se lançou para eliminar.⁸¹⁰ Disso trataremos mais adiante.

3.2 A perspectiva geral da ONU sobre o Plano de Ação BEPS

Para compreender a perspectiva geral da ONU sobre o Plano de Ação BEPS, nos é necessário agregar comentários feitos por membros do seu Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais entre 2013 e 2017, bem como os Comentários da ONU à sua Convenção-Modelo de 2017, além do Manual de Tópicos Seleccionados sobre a Proteção da Base Tributável de Países em Desenvolvimento reeditado naquele mesmo ano. Isso porque a ONU não estabeleceu um Plano de Ação próprio para contestar a abordagem da OCDE no seu Plano de Ação BEPS, nem publicou um documento unificado com suas posições oficiais sobre todas as recomendações formuladas pela OCDE nos Relatórios Finais de cada uma das quinze Ações. Essa abordagem mais aparentada a um “acompanhamento” por parte da ONU se alinha às observações de FUNG que resgatamos no subitem 2.4.2 desta Tese,⁸¹¹ todas corroboradas por SARFO, para quem a ONU – por pressões políticas internas e dos Estados Unidos – testemunhou a ascensão da OCDE como centro de discussões sobre Política Fiscal Internacional a partir de 1990, sem que esse desenvolvimento tenha sido verificado em sua estrutura no mesmo período.⁸¹² Isso explica o comentário de WITT sobre a proposição de iniciativas fiscais na Agenda de 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU; quando essa Agenda foi anunciada em 2015, ainda pairavam dúvidas sobre se a ONU teria a capacidade administrativa para conduzir um processo de implementação dessas iniciativas fiscais.⁸¹³ Para os fins da nossa exposição neste item, esse relato e os comentários

⁸¹⁰ “The existence of such a remarkable amount of flexibility leaves the implementation of several anti-BEPS measures (such as those related to dividend transfer transactions, avoidance of permanent establishment status and hybrid mismatches) in the hands of specific national interests and makes it susceptible to political pressure” (HAP, Adrián Grant. OECD Multilateral Convention: Flexibility versus the BEPS Project. *IBFD White Paper*. Publicado em 0 de março de 2017. Amsterdã: IBFD, 2017. p. 3). Vide ainda: KLEIST, David. The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS – Some Thoughts on Complexity and Uncertainty. *Nordic Tax Journal*, Varsóvia: De Gruyter, nº 1, p. 34-35, 2018.

⁸¹¹ Vide: FUNG, Sissie. The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project cit., p. 76-88.

⁸¹² Vide: SARFO, Nana Ama. How the OECD Became the World’s Tax Leader. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 98, p. 624-628, 2020.

⁸¹³ Vide: WITT, Daniel A. The New Political Economy of Taxation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 759-762, 2015. Vide ainda: ONU. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Nova York: ONU, 2015. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/800852>. Acesso em: 11 ago. 2020. Entre as iniciativas fiscais propostas na Agenda de 2030, destacam-se a revisão de incentivos fiscais para a produção de combustíveis fósseis (tópico que poderia ser associado ao trabalho da OCDE na Ação 5) e o fortalecimento de sistemas administrativos de países em

anteriores esclarecem melhor o porquê de termos que de certa forma “reconstruir” a perspectiva geral da ONU sobre o Plano de Ação BEPS a partir de diferentes documentos publicados entre 2013 e 2017, e não a partir de um relatório único produzido para “contrapor” a ONU à OCDE em matérias ínsitas à Política Fiscal Internacional.

Como já pontuado, o Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU se comprometeu desde 2013 a trabalhar junto à OCDE para garantir que as demandas de países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos fossem consideradas no Plano de Ação BEPS. Foi naquele ano que o Comitê designou um Subcomitê específico para lidar com temas de Erosão de Base Tributável e Desvio de Lucros – o Subcomitê foi chefiado por Carmel Peters e teve o seu mandato oficial encerrado em 2017.⁸¹⁴ Uma parte relevante do trabalho do Subcomitê foi o envio de um questionário sobre o Plano de Ação BEPS para alguns de seus Estados-membros, entre eles o Brasil (as respostas do Brasil a este questionário serão tratadas no item seguinte). O questionário continha perguntas sobre como as situações de elusão tributária internacional prejudicavam o país respondente, bem como sobre a ordem de prioridade das Ações do Plano de Ação BEPS sob a sua perspectiva individual, entre outras.⁸¹⁵ No relatório do Subcomitê com o sumário das respostas a esse questionário, a ONU apresentou uma perspectiva geral sobre o Plano de Ação BEPS – talvez não sua enquanto Organização,⁸¹⁶ mas certamente sua enquanto promotora das perspectivas de países em distintos estágios de desenvolvimento.⁸¹⁷ Os principais pontos desse Sumário foram:

desenvolvimento, com especial atenção para aumentar a sua capacidade de arrecadar receitas públicas (uma iniciativa em linha com as Ações 11, 12, 13 e 14 do Plano de Ação BEPS). Idem, p. 23-26.

⁸¹⁴ Vide: ONU. *Previous Subcommittees and Working Groups* – Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Nova York: ONU, 2017. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-04/Previous%20Subcommittees%20and%20Working%20Groups.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁸¹⁵ Vide: ONU. *Questionnaire: Countries' experiences regarding base erosion and profit shifting issues*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/BEPS_questionnaire.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁸¹⁶ A publicação do questionário foi precedida por uma “Nota Informativa” do Subcomitê sobre o Plano de Ação BEPS. Essa “Nota Informativa” se limita a resumir considerações feitas pela própria OCDE sobre o Plano de Ação BEPS, deixando essa abordagem clara com uma afirmação introdutória: “[This note] should not be read as expressing views on the substantive issues examined in that project” (ONU. *Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting Issues for Developing Countries* – Information Note. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/BEPS_note.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁸¹⁷ Vide: ONU. *Responses to questionnaire for developing countries from the UN Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/01/10STM_CRP12_BEPS.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

- Para os Estados-membros que responderam ao questionário,⁸¹⁸ os temas de preços de transferência (assim como o tema de informações adequadas sobre preços de transferência, ou de troca de informações para fins fiscais) foram reputados como os mais relevantes de todo o Plano de Ação BEPS, seguidos pelo tema de dedutibilidade de juros e de despesas assemelhadas. Em menor escala, mas ainda entre os temas relevantes, os Estados-membros da ONU afirmaram que práticas de *treaty shopping* e regimes fiscais preferenciais são causadores de perdas de arrecadação associadas a BEPS.⁸¹⁹
- Em termos de Ações individuais apontadas como mais relevantes, a Ação 12 (reporte obrigatório sobre “planejamentos tributários agressivos”) e a Ação 13 (documentação de preços de transferência) foram as mais citadas pelos respondentes. Em termos de citações, essas Ações foram seguidas de perto pela Ação 8 (preços de transferência sobre intangíveis) e pela Ação 10 (preços de transferência sobre operações de alto risco) do Plano de Ação BEPS.⁸²⁰
- Quanto às Ações apontadas como relevantes, mas de menor prioridade para países em desenvolvimento, os respondentes indicaram a Ação 1 (tributação da economia digital) e a Ação 7 (práticas elusivas associadas a EPs).⁸²¹

Registre-se que essas respostas foram apresentadas pelo Subcomitê de BEPS ao Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU por ocasião da sua décima reunião, ocorrida em outubro de 2014.⁸²² Foi ali que Carmel Peters

⁸¹⁸ O grupo de Estados-membros apresentado pela ONU (a Organização faz a ressalva de alguns respondentes que preferiram manter o anonimato) é bastante heterogêneo. É composto por membros do G20 (Brasil, China, Índia e México) e da própria OCDE (Chile e México), além de outros não membros (Bangladesh, Gana, Lesoto, Malásia, Singapura, Tailândia, Tonga e Zâmbia). Idem, p. 2.

⁸¹⁹ Idem, ibidem. Registre-se aqui que o perfil dos respondentes é relevante para esse “sopesamento” de prioridades entre as Ações do Plano de Ação BEPS. Estimamos, por exemplo, que as autoridades fiscais de Singapura e Tonga não incluíram preocupações com *treaty shopping* entre aquelas mais relevantes no Plano de Ação BEPS porque a primeira oferece regimes fiscais privilegiados e a segunda é jurisdição com tributação favorecida (“paraíso fiscal”), se tomarmos como referência a legislação brasileira. Reforçando a influência dos respondentes nesse resultado, o Subcomitê da ONU reconheceu que em um estudo recente do Fundo Monetário Internacional (FMI) o tema de *treaty shopping* foi apontado como um dos temas-chave para a Política Fiscal Internacional de países em desenvolvimento. Vide: FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. Washington D.C.: FMI, 2014. p. 24-28. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁸²⁰ Vide: ONU. *Responses to questionnaire for developing countries from the UN Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 3.

⁸²¹ ONU. *Responses to questionnaire for developing countries from the UN Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 3.

⁸²² Vide: ONU. *Report on the Tenth Session (27-31 October 2014)* cit.

ênfatiou que, conquanto importante, o Plano de Ação BEPS não tratou de todos os assuntos relevantes de Erosão da Base Tributável e de Desvio de Lucros para países em desenvolvimento.⁸²³ Naquela reunião também ficou consignado que o resultado dos trabalhos do Subcomitê de BEPS deveria ser incorporado a uma nova atualização da Convenção-Modelo da ONU, o que seria especialmente relevante para temas ligados às Ações 2, 6, 7 e 14, como visto nos subitens 3.1.2.2 a 3.1.2.4 da nossa Tese.⁸²⁴

Na décima primeira reunião do Comitê,⁸²⁵ ocorrida em 2015, a ONU publicou o seu já mencionado Manual de Tópicos Seleccionados sobre a Proteção da Base Tributável de Países em Desenvolvimento.⁸²⁶ O Manual complementa o trabalho do Subcomitê de BEPS e traz mais detalhes sobre a perspectiva geral da ONU a respeito do projeto da OCDE, ressaltando o projeto iniciado pelo Departamento de Financiamento para o Desenvolvimento (no inglês, *Financing for Development Office*, ou FfDO) do seu Conselho Econômico e Social (no inglês, *Economic and Social Council*, ou ECOSOC) não para se “contrapor” à OCDE, mas sim para construir o que a ONU chama de “desenvolvimento de capacidade”.⁸²⁷ Em essência, o projeto do FfDO elegeu como tópicos de BEPS mais relevantes para países em desenvolvimento todos aqueles ligados ao Plano de Ação BEPS,⁸²⁸ somados a dois tópicos especiais: a preservação dos direitos de tributação de ganhos de capital por parte de países em desenvolvimento⁸²⁹ e a tributação de serviços.⁸³⁰ A propósito, como registrado também por esse Manual, as contribuições da OCDE para aprimorar as regras de preços de transferência

⁸²³ Vide: ONU. *Report on the Tenth Session (27-31 October 2014)* cit., p. 12. Vide ainda: PETERS, Carmel. *Developing Countries' Reactions to the G20/OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 6, n° 3, p. 375-381, 2015.

⁸²⁴ Vide: ONU. *Report on the Tenth Session (27-31 October 2014)* cit., p. 14.

⁸²⁵ Vide: ONU. *Report on the Eleventh Session (19-23 October 2015)* cit.

⁸²⁶ Vide: HALKA, Dominika; TONINO, Harry; TREPELKOV, Alexander (Eds.). *United Nations Handbook of Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*. Nova York: ONU, 2015.

⁸²⁷ Idem, p. 7.

⁸²⁸ Idem.

⁸²⁹ “A core contention of the present chapter is that many of the conventional arguments for limiting the taxation of non-residents on capital gains are weak. The conceptual case for generally taxing nonresidents on such gains is essentially as strong as for any other form of source-based taxation” (HALKA, Dominika; TONINO, Harry; TREPELKOV, Alexander (Eds.). *United Nations Handbook of Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries* cit., p. 154).

⁸³⁰ “The use of services payments to erode the tax base of developing countries is a serious issue that involves several types of services and the provisions of both domestic law and tax treaties. The provisions of the domestic law of developing countries dealing with income from services vary enormously” (Idem, p. 36). A Convenção-Modelo da ONU contém dispositivos mais favoráveis à tributação da renda de serviços por parte do Estado da fonte, tipicamente um importador de capital estrangeiro. São eles o artigo 5º, parágrafo 3º, alínea “b”, que cria o “EP de serviços”, e o recente artigo 12A, que estabelece normas de tributação na fonte para serviços técnicos. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 11, 23-25.

foram consideradas pelo Subcomitê sobre o artigo 9º da Convenção-Modelo da ONU (Empresas Associadas) na elaboração do Manual Prático sobre Preços de Transferência para Países em Desenvolvimento.⁸³¹

Especificamente sobre a Ação 6 do Plano de Ação BEPS, a ONU afirma no Manual de Tópicos Selecionados sobre a Proteção da Base Tributável de Países em Desenvolvimento que uma cláusula de LOB detalhada seria de difícil aplicação por parte das autoridades fiscais dos países em desenvolvimento, dada a sua complexidade.⁸³² A Organização afirma ainda que as estruturas de financiamento contempladas por uma cláusula de LOB são sofisticadas demais para a realidade de países em desenvolvimento, embora a noção de uma cláusula simplificada de LOB (abordagem autorizada pelo padrão mínimo contido no artigo 7º do MLI, decorrente do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS) em ADTs fosse uma “possibilidade”.⁸³³ Por último, a ONU considerou que seria possível enfrentar práticas de elusão tributária internacional envolvendo ADTs através da aplicação da norma geral antielusiva prevista na sua Convenção-Modelo (como uma opção à aplicação das cláusulas propostas pela OCDE), que espelha a cláusula de PPT já citada no subitem 3.1.2.3 desta Tese e comentada com mais detalhes adiante.⁸³⁴ A aplicação dessa norma deveria se ater a “fatos e circunstâncias objetivos” de cada caso sob análise por parte das autoridades fiscais.⁸³⁵

Esse percurso histórico sobre como a ONU analisou as recomendações da OCDE no seu Plano de Ação BEPS é importante para compreender a origem das suas divergências (a preocupação com a posição de países em desenvolvimento) e como essas divergências foram evoluindo com o passar do tempo. Em outubro e dezembro de 2016, após a publicação dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, mas antes da publicação do MLI pela OCDE, o Comitê da ONU realizou suas décima segunda e décima terceira reuniões.⁸³⁶ No relatório que foi publicado sobre essas reuniões, ficou consignado que as sugestões do Subcomitê de BEPS

⁸³¹ Exceção feita à incorporação do “método mais adequado” de cálculo de preços de transferência previsto nas Diretrizes da OCDE de 2016. Especificamente sobre o método transacional de repartição dos lucros (no inglês, *profit split method*), vide: ONU. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* cit., p. 133-144.

⁸³² Vide: ONU. *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries* cit., p. 32-33.

⁸³³ Idem, *ibidem*.

⁸³⁴ Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 55.

⁸³⁵ Idem, *ibidem*.

⁸³⁶ Vide: ONU. *Report on the Twelfth and Thirteenth Sessions* (11-14 October 2016 and 5-8 December 2016). Nova York: 2016. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2016/45. Acesso em: 12 ago. 2020.

para ADTs, resultado da sua avaliação sobre o Plano de Ação BEPS e seu impacto em ADTs, seriam incorporadas como comentários ou artigos à Convenção-Modelo da ONU.⁸³⁷ Especificamente sobre os temas tratados na Ação 6 do Plano de Ação BEPS, foi concluído que Estados-membros da ONU deveriam poder enfrentar práticas elusivas através de uma cláusula de PPT, de uma cláusula de PPT e de LOB, de uma cláusula de LOB com uma regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo, ou com uma cláusula de LOB sem essa regra (na hipótese de a legislação doméstica da jurisdição relevante já possuir alguma regra capaz de enfrentar essa hipótese de elusão tributária).⁸³⁸ O resultado de todo esse processo de análise e incorporação foi refletido no relatório sobre a décima quarta reunião do Comitê,⁸³⁹ ocorrida em 2017, mesmo ano da publicação da versão mais recente da Convenção-Modelo da ONU.

Para encerrar este item, é importante considerar a parcela das propostas da OCDE no seu Plano de Ação BEPS que foi efetivamente importada para a Convenção-Modelo da ONU. De maneira geral, as propostas para ADTs do Plano de Ação BEPS foram trazidas sem maiores ajustes para a Convenção-Modelo da Organização, incluindo até mesmo a norma (opcional) sobre arbitragem do artigo 25, que trata do procedimento amigável.⁸⁴⁰ Quanto às normas antielusivas em particular, registramos que:

- O artigo 1º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da ONU, espelha o artigo 3º, parágrafo 1º, do MLI (e o artigo 1º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE).⁸⁴¹ Essa é a norma que trata de entidades transparentes para fins tributários, como visto anteriormente. Os Comentários da ONU reproduzem os Comentários da OCDE no Relatório Final da Ação 2 sobre essa norma, ressaltando que a sua aplicação pode ser facilitada pela implementação de acordos entre autoridades fiscais dos Estados Contratantes nos termos do artigo 25, que trata do procedimento amigável.⁸⁴²

⁸³⁷ Vide: ONU. *Report on the Twelfth and Thirteenth Sessions* (11-14 October 2016 and 5-8 December 2016) cit., p. 19-21.

⁸³⁸ Idem, *ibidem*.

⁸³⁹ Vide: ONU. *Report on the Fourteenth Session* (3-6 April 2017). Nova York: 2017. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2017/45. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁸⁴⁰ Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 37-38.

⁸⁴¹ Idem, p. 7. Vide ainda: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 3; OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 37.

⁸⁴² Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 67.

- O Título e o Preâmbulo da Convenção-Modelo da ONU fazem referência ao propósito de evitar a evasão e a elusão tributárias.⁸⁴³ Além disso, o artigo 29 traz uma longa cláusula de “Direito a Benefícios” que reproduz não a cláusula simplificada, como dito no Manual de 2015, mas sim a cláusula detalhada de LOB e a cláusula de PPT. Nos Comentários à sua Convenção-Modelo, a ONU pontuou que a decisão pela cláusula detalhada e não pela cláusula simplificada foi decorrente da percepção de que a cláusula detalhada traria uma proteção maior contra *treaty shopping* para países em desenvolvimento.⁸⁴⁴
- Por último, algumas das propostas da OCDE a respeito de práticas elusivas referentes a EPs foram incorporadas ao artigo 5º da Convenção-Modelo da ONU. Exemplos são os parágrafos 4º e 4.1, que tratam das exceções ao conceito de EP, bem como o parágrafo 5º, que possui um texto similar ao artigo 12 do MLI.⁸⁴⁵ Uma importante diferença entre os dispositivos sobre EPs na Convenção-Modelo da ONU e o MLI, contudo, é a cláusula sobre EPs no setor de seguros. No Relatório Final da Ação 7 do Plano de Ação BEPS, tendo discutido a possibilidade de recomendar a adição de uma norma específica sobre EPs nesse setor, a OCDE concluiu pela sua não-recomendação.⁸⁴⁶ A ONU adotou uma posição divergente, afirmando que a prática comum de seguradoras é não autorizar seus agentes dependentes a firmar contratos em seu nome. Por outro lado, agentes independentes criariam uma situação de não-tributação dos lucros das seguradoras na jurisdição da fonte.⁸⁴⁷

⁸⁴³ Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 43-55.

⁸⁴⁴ Idem, p. 699-700.

⁸⁴⁵ Idem, p. 13. Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 19-20.

⁸⁴⁶ A OCDE preferiu tratar de situações envolvendo EPs no setor de seguros através de modificações feitas pelo mesmo Relatório Final às normas sobre agentes dependentes e independentes. Vide: OCDE. *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status – Action 7: 2015 Final Report*, p. 44.

⁸⁴⁷ “Some countries, however, favour extending the provision to allow taxation even where there is representation by such an independent agent. They take this approach because of the nature of the insurance business, the fact that the risks are situated within the country claiming tax jurisdiction, and the ease with which persons could, on a part-time basis, represent insurance companies on the basis of an ‘independent status’, making it difficult to distinguish between dependent and independent insurance agents” (ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 196).

À luz de todas essas manifestações da ONU sobre o Plano de Ação BEPS, podemos “garimpar” a conclusão de que sim, a sua perspectiva geral foi positiva e cooperativa sobre o projeto da OCDE. Suas ressalvas pontuais, não estranhas aos críticos do Plano de Ação BEPS,⁸⁴⁸ foram a de que o seu alcance não foi tão abrangente, que as suas recomendações não foram posicionadas para atender a todas as demandas de países em desenvolvimento, e que o seu enfoque poderia ter sido ajustado para incluir propostas contra práticas elusivas mais comuns aos importadores de capital estrangeiro, tipicamente jurisdições de fonte na dinâmica de ADTs em vigor.

3.3 A perspectiva geral do Brasil sobre o Plano de Ação BEPS

Já consideramos o posicionamento do Brasil a respeito das mudanças recentes na Política Fiscal Internacional no subitem 2.4.3. Quanto ao Plano de Ação BEPS, sabe-se que o Brasil não é apenas integrante do *Inclusive Framework*, mas também compõe o *Steering Group* desse “colégio” de jurisdições.⁸⁴⁹ Não há dúvida, portanto, de que o Brasil optou por se envolver no esforço de Cooperação e de Coordenação Fiscais Internacionais iniciado com o Plano de Ação BEPS. Em complemento a essa observação, considere-se abaixo aquilo que o Brasil respondeu para o Subcomitê de BEPS da ONU a respeito dos trabalhos da OCDE. O documento foi enviado pela própria Receita Federal do Brasil até o final do prazo para envio, em 18 de abril de 2014.⁸⁵⁰ Seus aspectos relevantes são os seguintes:

- À pergunta sobre quais práticas de BEPS mais afetam o Brasil, as autoridades fiscais brasileiras responderam que as práticas elusivas mais corriqueiras são: (i) estabelecer “preços fictícios” (a terminologia em inglês, *fictitious prices*, é infeliz) na importação e na exportação de bens, serviços e direitos entre empresas relacionadas; (ii) os chamados “arranjos corporativos” (novamente, a terminologia usada em inglês, *corporate arrangements*, é infeliz, mas aqui é por ser muito abrangente); (iii) endividamento artificial entre empresas do

⁸⁴⁸ Entre os mais moderados, afirmando que o Plano de Ação BEPS não “reformou”, mas apenas “ajustou” o sistema tributário internacional, vide: BOIDMAN, Nathan; KANDEV, Michael. BEPS: A Spent Force or Radical Change? *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 837-846, 2015. No mesmo sentido, vide: SANTOS, Ramon Tomazela. A Critical Evaluation of the OECD’s BEPS Project. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 79, p. 239-245, 2015.

⁸⁴⁹ Vide: OCDE. *Composition of the Steering Group of the Inclusive Framework on BEPS* cit.

⁸⁵⁰ Vide: BRASIL. *Comments from Brazil – Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting Issues for Developing Countries*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/ta-BEPS-CommentsBrazil.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

mesmo grupo para gerar custos indevidos para empresas brasileiras em operações de mútuo; (iv) “transações fictícias” com residentes em “paraísos fiscais” ou regimes fiscais privilegiados, bem como com jurisdições que restringem o acesso de autoridades brasileiras a informações relevantes sobre sujeitos passivos; e (v) a transferência artificial da residência fiscal para evitar o pagamento de tributos no Brasil.⁸⁵¹

- À pergunta sobre quais das Ações do Plano de Ação BEPS seriam mais relevantes para o Brasil, as autoridades fiscais responderam que seriam a Ação 4 (dedutibilidade de juros e de despesas assemelhadas), as Ações 8 a 10 (preços de transferência), a Ação 12 (a qual trata do reporte obrigatório de “planejamentos tributários agressivos”) e a Ação 13 (documentação de preços de transferência).⁸⁵²
- A ONU listou diversas Ações do Plano de Ação BEPS que seriam as mais importantes para os países em desenvolvimento: Ações 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12 e 13.⁸⁵³ À pergunta sobre quais outras Ações do Plano de Ação BEPS também seriam importantes para países em desenvolvimento *segundo o Brasil*, as autoridades fiscais brasileiras adicionaram à lista da ONU as Ações 1, 3, 5 e 7.⁸⁵⁴ O que isso significa é a exclusão por parte do Brasil da Ação 2 (sobre entidades e instrumentos híbridos), da Ação 14 (procedimento amigável), da Ação 15 (MLI). Mais interessante ainda é notar que, perguntadas sobre outros temas de BEPS deveriam ser tratados pela ONU ou pela OCDE, autoridades fiscais brasileiras responderam algo como “não por enquanto” (no inglês, *not for now*).⁸⁵⁵

É claro, essa manifestação foi enviada para a ONU antes de a OCDE publicar os Relatórios Finais do seu Plano de Ação BEPS em outubro de 2015. Diversas medidas do Governo Federal no Brasil apontam para a sua “receptividade” quanto ao Plano de Ação BEPS desde então: a publicação da Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015, que em seus artigos 7º a 12, tentou trazer para o ordenamento jurídico pátrio o reporte de

⁸⁵¹ BRASIL. *Comments from Brazil* – Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting Issues for Developing Countries cit., p. 1.

⁸⁵² Idem, p. 3.

⁸⁵³ Idem., p. 2.

⁸⁵⁴ Idem, p. 3.

⁸⁵⁵ Idem, *ibidem*.

“planejamentos tributários agressivos” da Ação 12,⁸⁵⁶ a publicação da Instrução Normativa RFB nº 1.669, de 09 de novembro de 2016, que trata do procedimento amigável segundo recomendações do Relatório Final da OCDE na Ação 14,⁸⁵⁷ a publicação da Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016, que criou no Brasil a Declaração País-a-País, fruto do Relatório Final da OCDE na Ação 13,⁸⁵⁸ e as contínuas discussões entre as autoridades brasileiras e a OCDE para ajustar as regras de preços de transferência do Brasil às suas Diretrizes.⁸⁵⁹ Afora essas medidas, o Brasil continua participando do sistema de *peer review* da OCDE sobre os padrões mínimos do Plano de Ação BEPS nas Ações 5, 6, 13 e 14 (trataremos mais sobre o sistema de *peer review*, especificamente para a Ação 6, no contexto do nosso Capítulo 4).

Em contraponto a essas medidas de implementação (consumada ou tentada) das propostas da OCDE no Plano de Ação BEPS, o Brasil manteve a sua posição de política fiscal doméstica e internacional quanto a outras propostas. Até o momento, por exemplo, a legislação brasileira interna não adotou recomendações da OCDE no âmbito da Ação 2.⁸⁶⁰ Além disso, em sua maioria, os ADTs brasileiros ainda não foram ajustados para incorporar as propostas das Ações 6 e 7. Sobre esse ponto, uma divergência importante entre o Brasil e a OCDE foi a assinatura do MLI, como identificou SANTOS:⁸⁶¹ o Brasil decidiu não assinar o MLI e, em vez disso, preferiu adotar os dispositivos do MLI através de negociações bilaterais.

⁸⁵⁶ Vide: BRASIL. Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv685.htm. Acesso em: 12 ago. 2020. “After much debate and outrage by the business and tax law community, these provisions didn’t last long and were not converted into law (although all the other provisions on the Provisional Measure 685 were)” (RASI, Beatriz de Prince. BEPS Action 12 – Analysis of Compatibility with Brazilian and EU Fundamental Freedoms. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, nº 3, p. 37, 2018).

⁸⁵⁷ Vide: BRASIL, nota 333, *supra*. Vide ainda: BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.846, de 28 de novembro de 2018. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=96895>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁸⁵⁸ Vide: BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016 cit.

⁸⁵⁹ Vide: OCDE. *A OCDE e a Receita Federal do Brasil (RFB) convidam os contribuintes para colaborar com questões de preços de transferência relacionadas ao desenvolvimento de regras de safe harbours e outras considerações de comparabilidade*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁸⁶⁰ Por exemplo, a recomendação de que as regras de dedutibilidade de pagamentos que deem origem a um resultado de “dedução/não inclusão” (no inglês, *deduction/non-inclusion*, ou D/NI) devem considerar esses pagamentos indedutíveis na jurisdição da fonte. Algo próximo dessa recomendação está no art. 26 da Lei nº 12.249, de 2010, embora o dispositivo apenas se refira a jurisdições com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados (o que poderia fazer presumir, embora essa presunção seja enganosa, que o rendimento não foi “incluído como renda” na jurisdição de destino). Vide: BRASIL. Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010 cit.

⁸⁶¹ Vide: SANTOS, Ramon Tomazela. *Brazil’s absence from the Multilateral BEPS Convention and the new amending protocol signed between Brazil and Argentina*. Kluwer International Tax Blog. Publicado em 5 de setembro de 2017. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2017/09/05/brazils-absence-multilateral-beps-convention-new-amending-protocol-signed-brazil-argentina/>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Como veremos no Capítulo 4, essa negociação bilateral abre espaço para uma “revisão” dos padrões mínimos da OCDE em ADTs.

Perceba-se que, salvo os casos ainda pontuais de aprovação de emendas a ADTs pós-BEPS por parte do Congresso Nacional no Brasil, a “perspectiva geral” do país sobre o Plano de Ação BEPS se ancora nas iniciativas tomadas ou não tomadas pelo Poder Executivo até hoje. Seja como for, é correto dizer que as autoridades fiscais brasileiras foram receptivas ao Plano de Ação BEPS e também às suas propostas, cooperando com a OCDE para a sua implementação através de diferentes iniciativas a partir de 2013.

3.4 As normas antielusivas para ADTs definidas como padrão mínimo no Plano de Ação BEPS

Avaliaremos no Capítulo 4 se as normas antielusivas propostas pela OCDE como padrão mínimo da Ação 6 do seu Plano de Ação BEPS foram implementadas de forma coordenada nos ADTs das jurisdições que integram o *Inclusive Framework*. Para fazer a análise do Capítulo 4, portanto, nos será necessário descrever com mais detalhes cada uma das normas que se encaixam no nosso corte metodológico: a cláusula de PPT e a cláusula de LOB, cada uma delas com as suas especificações segundo o MLI. É o que faremos nos itens deste item.

3.4.1 Comentários preliminares sobre a exclusão do artigo 6º, parágrafo 1º, do MLI do escopo da nossa análise

O artigo 6º, parágrafo 1º, do MLI traz um dispositivo criado para substituir o texto preambular de ADTs cobertos. À primeira vista, o MLI parece querer incutir nos ADTs apenas um lembrete de que foram estabelecidos não apenas para impedir a dupla tributação da renda, mas também para evitar a evasão e a elusão tributárias. No entanto, o texto específico do MLI diz, na sua versão em inglês, o seguinte:

Intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement 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 agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions).⁸⁶²

O artigo 6º, parágrafo 4º do MLI autoriza que jurisdições signatárias não apliquem o parágrafo 1º aos seus ADTs cobertos se e somente se o texto preambular desses ADTs trazer consigo *no mínimo* uma proteção contra a evasão e a elusão tributárias, incluindo a evasão e a elusão tributárias realizadas através de arranjos de *treaty shopping* destinados à obtenção de benefícios de ADTs que favoreçam indiretamente os residentes de jurisdições terceiras.⁸⁶³ Toda a parte do texto do MLI antes da palavra “including” busca impedir que os Estados signatários de um ADT (bem como o seu Poder Judiciário, como visto de forma mais abrangente nos casos indianos já citados *Azadi Bachao*⁸⁶⁴ e *Vodafone*⁸⁶⁵ e de forma mais específica no caso indiano *Meera Bhatia*⁸⁶⁶ de 2009) leiam esse ADT como “não oposto” a práticas evasivas ou elusivas. Já a parte posterior à palavra “including” trata de práticas evasivas ou elusivas relacionadas não apenas a benefícios do ADTs para sujeitos passivos residentes dos Estados signatários, mas também para sujeitos passivos residentes em uma outra jurisdição qualquer. Segundo o Relatório Final da Ação 6, essa referência (esse exemplo, na verdade) reforça a ideia de que uma das estratégias mais visadas de elusão tributária internacional, ou seja, a prática de *treaty shopping*, é particularmente contraposta ao objeto e ao propósito dos ADTs.⁸⁶⁷

A preocupação da OCDE com o Preâmbulo de ADTs é certamente válida, uma vez que o artigo 31, parágrafo 1º, da VCLT estabelece que “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” e uma vez que o parágrafo 2º do mesmo dispositivo inclui nesse

⁸⁶² Vide: OCDE. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS cit., p. 8.

⁸⁶³ Idem, ibidem.

⁸⁶⁴ Vide: ÍNDIA. *Union of India & Anr v. Azadi Bachao Andolan & Anr 263 ITR 706 (SC)* cit.

⁸⁶⁵ Vide: ÍNDIA. *Vodafone International Holdings BV v. Union of India (2012) 6 SCC 613* cit.

⁸⁶⁶ “To enter or not to enter in a tax treaty which may leave scope for double non-taxation is a conscious decision of the respective Contracting State, but once such a tax treaty, as may leave scope for double non-taxation, is entered into, judicial forums have to interpret the provisions of [the] tax treaty as they exist” (ÍNDIA. *Meera Bhatia v. Income Tax Officer (2009) IT Appeal 1876 of 2006*. Income Tax Appellate Tribunal. Opinião da Corte: Judge Pramod Kumar. Julgado em 29 de outubro de 2009. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/in/5d3163653321bc6e59358610>. Acesso em: 12 ago. 2020). A decisão é mais interessante pelo que diz sobre a relação entre práticas elusivas, ADTs e política fiscal internacional – a situação de fundo, que envolveu a requisição de um benefício no ADT entre Índia e Emirados Árabes Unidos referente a ganhos de capital não tributados nos Emirados Árabes Unidos (em virtude da sua legislação interna), levanta dúvidas sobre se o sujeito passivo se engajou em uma genuína prática de elusão tributária internacional.

⁸⁶⁷ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 91.

contexto o seu preâmbulo.⁸⁶⁸ No entanto, (i) como o Relatório Final da Ação 6 esclareceu que a inserção da parte do texto sobre *treaty shopping* foi decorrente do interesse de trazer um exemplo de práticas evasivas ou elusivas, e (ii) como o texto sem essa parte já seria capaz de contornar essas práticas (porque não as restringe àquelas que gerariam benefícios apenas para residentes das jurisdições signatárias), concluímos que o texto sem essa parte também estaria apto a cumprir com o padrão mínimo da OCDE conforme estabelecido pelo artigo 6º, parágrafo 1º do MLI. Eventual leitura em sentido contrário não encontraria amparo nos Comentários da OCDE⁸⁶⁹ ou nos Comentários da ONU⁸⁷⁰ às suas Convenções-Modelo, bem como tornaria descabida qualquer discussão sobre um “Direito a Benefícios” na esteira de cláusulas de LOB ou de PPT, como será tratado nos itens a seguir.⁸⁷¹

O último comentário a ser feito sobre o novo preâmbulo para ADTs pós-BEPS diz respeito à sua qualificação como norma antielusiva. Respeitando os autores que definem que o preâmbulo possui força normativa,⁸⁷² optamos por considerar para fins deste estudo apenas as *normas antielusivas propriamente ditas* em ADTs pós-BEPS, categoria na qual não se insere o preâmbulo. O preâmbulo dos ADTs, como estabelecido pelo artigo 31 da CVDT, é um suporte interpretativo, um “guia” para o intérprete acerca do objeto e do propósito dos ADTs, mas não é ele próprio uma norma antielusiva (nem mesmo uma norma antielusiva geral – nada há no preâmbulo que esclareça para o intérprete o que as autoridades fiscais devem fazer ao se confrontar com uma prática elusiva, ou qual a discricionariedade com a

⁸⁶⁸ Vide: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 cit.

⁸⁶⁹ “This would be the case, for example, if a person (whether or not a resident of a Contracting State), acts through a legal entity created in a State essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly” (OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 145).

⁸⁷⁰ “[T]he provisions of tax treaties are drafted in general terms and taxpayers may be tempted to enter into arrangements so as to obtain benefits in circumstances where the Contracting States did not intend that these benefits be provided” (ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 70).

⁸⁷¹ As normas previstas num artigo de “Direito a Benefícios” estabelecem critérios para o acesso de sujeitos passivos aos benefícios de um ADT, seja esse acesso *direto* (i.e., patrocinado por um sujeito passivo residente em um dos Estados Contratantes) ou *indireto* (i.e., patrocinado por um sujeito passivo residente em alguma jurisdição terceira). Se dado sujeito passivo não for residente de qualquer dos Estados Contratantes, essa leitura em sentido contrário o autorizaria a explorar indiretamente os benefícios de um ADT, mesmo que o fizesse em violação a uma cláusula de PPT qualquer, argumentando (i) que essa cláusula deve ser interpretada à luz do texto preambular, nos termos do artigo 31, parágrafo 2º, da VCLT, e (ii) que o texto preambular não diz que o propósito do ADT é evitar a elusão tributária internacional que beneficie indiretamente um residente de uma jurisdição terceira. E a leitura seria para nós absurda – contrariaria toda a missão da OCDE com o Plano de Ação BEPS, porque abriria margem para estratégias de elusão tributária internacional ancoradas no silêncio (parcial) do texto preambular.

⁸⁷² Vide: LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial, 2018. p. 41. Vide ainda, se referindo à decisão da Corte Constitucional francesa sobre o tema (ressalvas feitas à comparação com ADTs): HAMON, Francis; e TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 35. ed. Paris: LGDJ, 2014. p. 308-309.

qual podem agir). Ainda, como bem esclarecem BARRETO e TAKANO, por si só, o preâmbulo é incapaz de enfrentar o fenômeno da elusão tributária em ADTs.⁸⁷³ Essa luta, esse combate dependerá de quais normas as jurisdições signatárias decidiram incluir no ADT relevante para lidar com cada estratégia elusiva, e é delas que trataremos a seguir.

3.4.2 Artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI: A Cláusula de PPT

O artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI, contém a conhecida cláusula de PPT. Como esclarece GONZÁLEZ-BARREDA, desde 2003 a OCDE já estabelecia nos Comentários à sua Convenção-Modelo algo próximo à cláusula de PPT como uma espécie de “princípio-guia” (no inglês, *guiding principle*) a ser observado quando da aplicação de ADTs (sendo a distinção entre o princípio e a cláusula de PPT a ênfase, no primeiro caso, no “propósito principal”, e, no segundo, em “um dos propósitos principais”).⁸⁷⁴ Segundo SHEPPARD, a cláusula de PPT surgiu nas discussões sobre a Ação 6 do Plano de Ação BEPS por iniciativa do Reino Unido e de outros países europeus, e como exemplo de dispositivo que deu origem a essa cláusula, a autora cita aquela trazida para o ADT entre Índia e Reino Unido pelo protocolo de 2012.⁸⁷⁵

O Teste do Propósito Principal a que a cláusula de PPT se refere é à primeira vista autoexplicativo. Ainda que outras disposições do ADT permitam um dado benefício, ele só será concedido pela jurisdição competente se for razoável concluir que o sujeito passivo não se engajou em um arranjo ou em uma transação que tenha tido como *um de seus propósitos principais* obter esse benefício. O texto da versão inglesa do MLI, no entanto, contém algumas nuances que devemos explorar neste item. Ele diz:

Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item

⁸⁷³ Vide: BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in BEPS Action 6: A Brazilian Perspective cit., p. 837.

⁸⁷⁴ Vide: GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández. A Historical Analysis of the BEPS Action Plan cit., p. 282. A redação do parágrafo 9.5 dos Comentários ao artigo 1º da Convenção-Modelo foi alterada na versão da Convenção-Modelo de 2017 (renumerada para o novo parágrafo 61, que agora espelha a redação da cláusula de PPT). Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 213.

⁸⁷⁵ Vide: SHEPPARD, Lee A. News Analysis: Is Europe Ready for BEPS? *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 78, p. 874-880, 2015. O dispositivo citado pela autora foi modificado pelo MLI. Vide: REINO UNIDO. *Synthesised Text of the MLI and the Convention between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital Gains*. Publicado em 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/india-tax-treaties>. Acesso em: 16 ago. 2020.

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 the Covered Tax Agreement.⁸⁷⁶

A leitura da cláusula de PPT em si já demonstra que o seu escopo é evitar a elusão tributária internacional em adição ou complemento a quaisquer outros dispositivos do ADT coberto que se proponham a fazer o mesmo⁸⁷⁷ (apenas a elusão que explora um benefício do ADT; não a elusão que explora qualquer outro benefício, como por exemplo o decorrente da legislação interna de qualquer dos Estados contratantes, ou mesmo de uma jurisdição terceira). Perceba-se que ela parte de uma *presunção* para cumprir seu objetivo: segundo os seus termos, *presume-se* que, se o sujeito passivo executou uma operação ou estabeleceu uma estrutura com um dos seus propósitos principais sendo o de obter um benefício do ADT, esse sujeito passivo na verdade cometeu um ato de elusão tributária internacional.⁸⁷⁸ Apesar disso, a cláusula não outorga à fiscalização o poder de denegar o benefício do ADT a um sujeito passivo qualquer segundo a sua simples opinião – antes, a cláusula de PPT estabelece um requisito de que a avaliação fiscal seja *razoável*.⁸⁷⁹ Essa cláusula não exige que a análise da fiscalização de “um dos principais propósitos” seja adstrita exclusivamente a arranjos ou a transações que geraram *diretamente* os benefícios perseguidos no ADT (essa geração pode ser indireta). Por último, a cláusula admite que, em determinadas circunstâncias, mesmo que um dos principais propósitos do arranjo ou da transação tenha sido obter o benefício do ADT,

⁸⁷⁶ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 8-9.

⁸⁷⁷ Dada a referência a *Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement*. Um exemplo do tipo de dispositivo que a cláusula de PPT visa a complementar, funcionando como norma geral antielusiva adicional aos seus termos, é aquele presente no artigo 10, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, que se refere à expressão “beneficiário efetivo” no tratamento tributário de dividendos. Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 63. Vide ainda: THEOPHILOU, Christos A. Treaty Shopping – Is the New Principal Purpose Test a Game Changer? *Tax Management Transfer Pricing Report*, Arlington: Bloomberg BNA, v. 27, n° 26, p. 1-3, 2018.

⁸⁷⁸ Ana Paula Dourado afirma que essa presunção não é compatível com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Vide: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 83. Sobre o tema, vide ainda: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties cit., p. 659. Vide, para fins de comparação: UNIÃO EUROPEIA. *Council Directive (EU) 2016/1164*. Artigo 6º. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1164&from=en>. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁸⁷⁹ Para WEBER, a redação da cláusula de PPT contém um Teste do Propósito Principal precedido por um “Teste de Razoabilidade”. Segundo o autor, esse apelo à razoabilidade “objetifica” o teste subjetivo da cláusula de PPT, porque obriga a autoridade fiscal a avaliar fatos e circunstâncias disponíveis em cada caso. Vide: 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 Law Case Law. *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, v. 10, n° 1, p. 49, 2017.

essa obtenção deve ser permitida porque está em acordo com o objeto e o propósito de seus dispositivos relevantes.

A toda prova, a cláusula de PPT abre espaço para a discricionariedade do Fisco de cada jurisdição signatária, ainda que essa discricionariedade seja temperada por requisitos de “análise razoável” e da possível concessão do benefício do ADT diante do objeto e do propósito de seus dispositivos. É interessante aqui comparar essa evidente norma geral antielusiva com as normas gerais antielusivas de que tratamos no subitem 1.4.1.1, *supra*. A cláusula de PPT se aproxima textualmente do GAAR canadense, já que remete o leitor à noção de propósito principal (inserida numa noção mais ampla de “um dos propósitos principais”). Por outro lado, a cláusula de PPT se diferencia do GAAR chinês, que traz o conceito de “propósito comercial de boa-fé”, e do GAAR indiano, que fala de “uso inadequado” dos dispositivos do *Income Tax Act*, inadequação essa que pode ser revelada por falta de “substância comercial”, como vimos anteriormente.⁸⁸⁰ Regressamos também aqui às observações feitas no subitem 1.2.6, *supra*, sobre o certo “sincretismo terminológico” existente entre as figuras que ora se aproximam, ora se distanciam da elusão tributária como a definimos. Seria possível dizer que a cláusula de PPT – conquanto distinta – quer o mesmo que as normas gerais antielusivas do Capítulo 1, ou seja, enfrentar a elusão tributária (no caso da cláusula de PPT, a elusão tributária no âmbito de ADTs).

Sobre isso, pontuamos que sim, é possível que a cláusula de PPT seja empregada pelas autoridades fiscais para enfrentar diferentes formas de elusão tributária, já que o teste para as enfrentar é subjetivo: requer a avaliação do Fisco sobre se aquele arranjo, seja ele uma simulação, seja ele uma dissimulação, um abuso de forma, entre outros, teve como um de seus principais propósitos o de obter um benefício dado pelo ADT. No entanto, é incorreto dizer que a cláusula de PPT é uma norma amorfa, sem características que lhe são próprias, uma “massa de modelar” à disposição da autoridade fiscal. É incorreto afirmar, tomando como parâmetro o GAAR chinês, que a cláusula de PPT contém um requisito de que todo “planejamento tributário internacional” seja revestido de boa-fé, a não ser que o intérprete

⁸⁸⁰ Embora a organização de um negócio jurídico com “um dos principais propósitos” sendo o de obter um benefício de um ADT possa também ser lida como um “uso inadequado” daquele ADT. Essa leitura seria inclusive coerente com a terminologia empregada pelas Convenções-Modelo da OCDE e da ONU para tratar do tema, que é “uso impróprio de ADTs” (no inglês, de acordo com o texto da OCDE, “*Improper Use of the Convention*”). Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 145. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 84. A discrepância está na referência feita pela legislação indiana à “substância comercial” como um dos critérios reveladores de “uso inadequado” do *Income Tax Act*, algo que não foi previsto pela cláusula de PPT.

tome para si a noção de “boa-fé”, aplicada ao ADT, como a de jamais fazer qualquer operação ou se engajar em qualquer estrutura que possua não como propósito principal, mas como um dos seus propósitos principais a obtenção de um benefício previsto no ADT. Nada na aplicação da cláusula de PPT pressupõe que o sujeito passivo terá agido de má-fé ao buscar um benefício do ADT mediante uma operação ou estrutura qualquer, e nem se diga aqui que a ressalva ao final da cláusula de PPT (uma espécie de “alívio discricionário de ofício” embutido nessa cláusula, comparando com a definição do “alívio discricionário sob pedido” que traremos no subitem 3.4.3 a seguir) é indicativa de que, se o sujeito passivo tiver agido de boa-fé, o Fisco terá que conceder o benefício buscado, porque a ressalva se refere ao objeto e ao propósito do ADT, não à intenção do sujeito passivo. Nem se diga também que, já que o objeto e o propósito do ADT devem ser interpretados à luz da boa-fé de acordo com o artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT, se o sujeito passivo agiu de boa-fé, a cláusula de PPT deve ser operada para dar-lhe o benefício no espaço permitido pela ressalva ao seu final. A uma, esse raciocínio confundiria a boa-fé objetiva requerida para a interpretação dos termos do ADT, que é a boa-fé a que se refere o artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT, com a boa-fé subjetiva do pleiteante.⁸⁸¹ A duas, se o objeto e o propósito de um ADT forem os de prevenir a dupla tributação e evitar a dupla não tributação ou a elusão tributária, tenha o sujeito passivo agido de má-fé ou de boa-fé, a ressalva no fim da cláusula de PPT só se operará a seu favor se esse sujeito passivo *não tiver subvertido* a norma tributária de referência mediante suas ações ou inações (como já pontuado na nossa definição de elusão tributária). Não sendo este o caso, e se confirmado que um dos propósitos principais da operação ou da estrutura foi obter um benefício dado pelo ADT, a autoridade fiscal terá à sua disposição a cláusula de PPT para denegar esse benefício no caso concreto.⁸⁸²

⁸⁸¹ Como ressaltam diferentes autores, a referência à boa-fé no artigo 31, parágrafo 1º, da VCLT se atrela à boa-fé na interpretação dos termos do ADT conforme eles eram compreendidos à época de sua celebração pelas partes signatárias. Vide, por exemplo: SEROIN, Isabelle. L'Application des Règles d'Interprétation de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités dans le Cadre de l'ALÉ, de l'ALÉNA, du GATT et de l'OMC. *Revue Juridique Thémis*, Montréal: Université de Montréal, v. 34, n° 1, p. 236-237, 2000. “In most cases [the good faith requirement of Article 31, Paragraph 1st, of the VCLT] will also align with the expectations of the signatory parties and is a way of interpreting treaties with recourse to good faith. The ordinary meaning of the treaty and the prohibition of creating additional obligations place a limitation on the interpretation” (REINHOLD, Steven. *Good Faith in International Law*. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Londres: UCL, v. 2, p. 62, 2013).

⁸⁸² Há uma referência à expressão “boa-fé” nos Comentários propostos pelo Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS para a Convenção-Modelo da OCDE sobre a nova cláusula de PPT. Vide, referindo-se a “transações de bens e serviços de boa-fé”: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 56. Aqui seguimos a posição de Ana Paula Dourado, para quem a cláusula de PPT proposta pela OCDE em nada permite uma “interpretação segundo a boa-fé” (DOURADO, Ana Paula. *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS*

Tendo dito isso, mesmo na conformação terminológica imposta pela cláusula de PPT, e mesmo admitindo que ela não é uma norma antielusiva amorfa, concordamos com RIBEIRO⁸⁸³ e com DOURADO⁸⁸⁴ no sentido de que a sua implementação abre margem para a insegurança jurídica na aplicação dos demais dispositivos de ADTs que a adotam. Essa abertura textual da própria norma proposta pela OCDE já poderia, por si mesma, levar jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* a deixar de perseguir o mesmo objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional (mesmo numa situação em que todas aplicassem a exata cláusula de PPT inserida em todos os ADTs vigentes – a discricionariedade nativa da cláusula de PPT já nos apresenta um cenário possível de combate “descoordenado” entre jurisdições à elusão tributária internacional).

Reiterando, portanto, a cláusula de PPT foi eleita como parte do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS da OCDE. As jurisdições que compõem o *Inclusive Framework* e que participaram do Plano de Ação BEPS acordaram entre si que a negativa da adoção da cláusula de PPT nos termos do MLI e do Relatório Final da Ação 6 (para ADTs não submetidos ao MLI) só poderia ocorrer em situações bem específicas. São elas, citadas no artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “a” e “b”, e no parágrafo 16, do MLI:

- 15, “a” Se as jurisdições aplicarem ao seu ADT coberto uma combinação de uma cláusula *detalhada* de LOB e ou (i) regras específicas para enfrentar a elusão tributária internacional ocorrida em arranjos de financiamento através de empresas-veículo, ou (ii) um “teste do propósito principal”. Nesses casos, as jurisdições devem entrar em acordo para chegar a uma solução mutuamente satisfatória *que cumpra com o padrão mínimo*.⁸⁸⁵
- 15, “b” Se as jurisdições já tiverem aplicado ao seu ADT coberto dispositivos que denegarem quaisquer benefícios que teriam sido doutra forma concedidos sob o ADT coberto, se o principal propósito ou um dos principais propósitos de qualquer arranjo ou transação, *ou de qualquer pessoa envolvida com um arranjo ou transação*, tiver sido obter esses benefícios.⁸⁸⁶
- 16 Se uma jurisdição tiver escolhido aplicar a cláusula *simplificada* de LOB e a outra jurisdição signatária do ADT coberto não tiver escolhido, a princípio, a jurisdição que escolheu aplicar a cláusula *simplificada* poderá deixar de aplicar todo o artigo 7º do MLI (incluindo a cláusula de PPT). Se isso

cit., p. 56). Entendemos, portanto, que a referência da OCDE no Comentário que propôs para a cláusula de PPT não se alinha ao seu conteúdo, e por isso mantemos a nossa posição de que essa cláusula enfrenta a elusão tributária internacional de modo diferente de normas gerais antielusivas (a exemplo da norma chinesa) que invocam a boa-fé como parâmetro para “testar” as intenções do sujeito passivo.

⁸⁸³ Vide: RIBEIRO, João Sérgio. Mechanisms to Fight Treaty Abuse: An Overview. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, v. 7, p. 264, 2020.

⁸⁸⁴ Vide: DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS cit., p. 42-57.

⁸⁸⁵ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 13.

⁸⁸⁶ Idem, *ibidem*.

ocorrer, as duas jurisdições deverão entrar em acordo para chegar a uma solução mutuamente satisfatória *que cumpra com o padrão mínimo*.⁸⁸⁷

Trataremos mais desses dispositivos no subitem 3.4.5, *infra*. De qualquer forma, a explicação em língua portuguesa desses dispositivos do MLI é relevante para desde já demonstrar que no próprio instrumento criado pela OCDE para simplificar a adoção das suas recomendações do Plano de Ação BEPS para ADTs já moram diversas alternativas oferecidas às autoridades fiscais para não aplicar textualmente a cláusula de PPT, mas ainda assim “cumprir com o padrão mínimo”. Se essa abordagem conduz ou não as jurisdições do *Inclusive Framework* para o objetivo coletivo de promoção de Justiça Fiscal, sobre esse tema trataremos no item 3.6. Ademais, esclarecendo melhor algumas colocações da OCDE nesses dispositivos, o que podemos observar é que, à luz da Declaração Explanatória do MLI, quando a OCDE se refere no artigo 7º, parágrafo 15, alínea “a”, a um teste do propósito principal, quer indicar aquilo que chama de um dispositivo do “tipo” da cláusula de PPT.⁸⁸⁸ Podemos também observar que, no artigo 7º, tanto em seu parágrafo 15, alínea “a”, quanto em seu parágrafo 16, fica claro que o que a OCDE prega é uma solução acordada mutuamente entre as partes signatárias do ADT e que cumpra com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

3.4.3 Artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI: alívio discricionário sob pedido

Admitindo a possibilidade de que a avaliação fiscal sobre os propósitos do sujeito passivo possa ser prejudicada pela falta de informações ou de argumentos, a OCDE propôs no seu MLI uma cláusula que poderíamos chamar de “alívio discricionário” sob pedido (numa tradução do inglês *discretionary relief*). Essa cláusula é peculiar, porque embora o seu conteúdo possa compor o padrão mínimo da OCDE na Ação 6 do Plano de Ação BEPS, sua adoção em ADTs cobertos não é exigida pelo artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI. A cláusula em inglês, com ajustes textuais para fins didáticos, estabelece o seguinte:

⁸⁸⁷ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 13.

⁸⁸⁸ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 28. Todas as nossas observações sobre a cláusula de PPT não ser amorfa devem ser aplicadas à alternativa concedida pela OCDE de o Teste do Propósito Principal poder ser adotado em ADTs através de uma cláusula do “tipo” de uma cláusula de PPT. Seja como for, a OCDE comenta no mesmo parágrafo 110 da Declaração Explanatória do MLI: “[Our reference to ‘the obligation imposed on Contracting Jurisdictions’] is not meant to suggest that any legal obligations are imposed by the BEPS package” (Idem, texto adaptado).

Where a benefit under a Covered Tax Agreement is denied to a person [in accordance with a clause such as the Principal Purpose Test clause], the competent authority of the Contracting Jurisdiction 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. [Before rejecting a request, the Competent Authority is required to consult with the Competent Authority of the other Contracting Jurisdiction.]⁸⁸⁹

A redação do dispositivo é a tortuosa tentativa da OCDE de inculcar num único texto normativo as considerações dos variados membros do *Inclusive Framework* durante os debates que antecederam a publicação do Relatório Final da Ação 6 e do próprio MLI.⁸⁹⁰ Note-se que, como dito anteriormente, esta cláusula permite ao sujeito passivo apresentar um pedido formal à autoridade competente para que ela, avaliando os “fatos e circunstâncias relevantes”, possa chegar não exatamente à mesma conclusão da ressalva feita pela cláusula de PPT, mas sim à conclusão de que, como diz o seu texto em tradução livre para o português, “os benefícios [do ADT] teriam sido concedidos ao sujeito passivo *na ausência da transação ou do arranjo*”.⁸⁹¹ Lá, a avaliação da autoridade competente era a de se uma operação ou estrutura que “falhou” o teste da cláusula de PPT ainda assim atendia ao objeto e propósito do ADT; aqui, a cláusula obriga a autoridade competente a *desconsiderar a operação ou estrutura* implementada pelo sujeito passivo e, analisando a situação sem essa operação ou estrutura presente, avaliar se o benefício do ADT seria ainda assim concedido. Lá, a análise discricionária ainda era requerida para testar a operação ou estrutura do sujeito passivo,⁸⁹² e, aqui, a análise é empreendida sobre uma situação que jamais ocorreu (i.e., a situação despida da operação ou estrutura do sujeito passivo).

⁸⁸⁹ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 9. Texto adaptado.

⁸⁹⁰ A cláusula foi oferecida pela OCDE no Relatório Final da Ação 6 como uma alternativa de *adição* à cláusula de PPT – e a apresentação da cláusula no MLI foi idêntica. Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 64-65.

⁸⁹¹ Sobre a diferenciação entre a ressalva ao final da cláusula de PPT (presente no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI) e a cláusula de “alívio discricionário sob pedido” (presente no artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI), vide comentários de: BIANCO, João Francisco. Principal purpose test in brazilian tax treaties. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, v. 7, p. 250, 2020.

⁸⁹² Analisando as recomendações da OCDE ainda no estágio de discussões sobre a Ação 6 do Plano de Ação BEPS, Michael Lang defende que a referência da cláusula de PPT aos termos “objeto” e “propósito” não indica uma espécie de “carta branca” para as autoridades fiscais. Vide, inclusive se referindo ao artigo 31, parágrafo 1º, da VCLT: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties cit., p. 660.

A OCDE traz em seu Relatório Final um exemplo para explicar em que situação a cláusula de alívio discricionário sob pedido pode ser aplicada pela autoridade competente. Segundo a Organização, suponha-se que um indivíduo R0 residente no Estado R e que detém ações de uma companhia F1 residente num Estado F transfere o seu direito de receber dividendos declarados por essa companhia para uma outra companhia R1 residente no Estado R. R1 possui mais de 10% do capital de F1 e o propósito principal dessa transferência foi garantir seu acesso à alíquota reduzida do tributo retido na fonte do Estado F sobre dividendos, alíquota essa estabelecida no artigo 10, parágrafo 2º, alínea “a”, do ADT entre R e F, baseado na Convenção-Modelo da OCDE (5%). Se neste ADT houver uma cláusula de PPT, parece certo que essa cláusula de PPT deverá ser utilizada para denegar o benefício pretendido por R1. No entanto, se o ADT também contiver uma cláusula de alívio discricionário sob pedido, R1 poderá solicitar à autoridade competente que conceda a si o benefício que teria sido concedido a R0 se a transação jamais tivesse ocorrido (a alíquota reduzida de 15% do artigo 10, parágrafo 2º, alínea “b”, supondo que essa alíquota seja inferior à alíquota da legislação interna de F).⁸⁹³

O exemplo trazido pela OCDE deixa claro algo que BIANCO destacou: a negativa dada ao sujeito passivo pela cláusula de PPT não veda a aplicação a ele do ADT como um todo.⁸⁹⁴ Por isso mesmo é possível à autoridade fiscal oferecer um outro benefício do mesmo ADT se aquele benefício já era assegurado antes de implementada a operação ou estrutura usada para eludir um tributo com amparo no ADT. Assim como dissemos em relação à cláusula de PPT, nada em relação à cláusula de alívio discricionário sob pedido exige da autoridade fiscal que considere a boa-fé do sujeito passivo. Esse é um ponto importante, porque, como a parte final da cláusula permite que as autoridades fiscais das duas jurisdições signatárias consultem entre si antes de uma delas denegar o pedido feito pelo sujeito passivo, seria possível supor que essa “consulta” poderia representar uma espécie de “duplo grau” de avaliação sobre se conceder um benefício qualquer no âmbito do ADT seria permitido

⁸⁹³ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6*: 2015 Final Report cit., p. 65.

⁸⁹⁴ Vide: BIANCO, João Francisco. *Principal purpose test in brazilian tax treaties* cit., p. 249. Vale ressaltar que o benefício a ser solicitado no âmbito da cláusula de “alívio discricionário sob pedido” seria aplicável no nosso exemplo à companhia R1, não ao indivíduo R0. O que a cláusula permite à autoridade fiscal é conceder algum benefício do ADT a quem titulariza o rendimento (i.e., a companhia R1) como se a operação ou estrutura criada para obter um benefício negado nunca tivesse sido criada. A cláusula do ADT não permite que a autoridade competente desrespeite o acordo celebrado entre as partes para fins civis ou comerciais (ou seja, o indivíduo R0 não teria qualquer direito, segundo o acordo celebrado com a companhia R1, de ele mesmo pedir qualquer benefício para a autoridade competente do Estado F).

segundo o seu objeto e o seu propósito. Pensamos que não. Em primeiro lugar, nada na cláusula de alívio discricionário sob pedido autoriza essa avaliação, e em segundo, se presente no ADT uma cláusula de PPT, a cláusula de PPT já terá desempenhado esse papel por completo a título de ressalva, como já vimos.⁸⁹⁵

3.4.4 Artigo 7º, parágrafos 8º a 14 do MLI: a Cláusula de LOB

A “Cláusula de LOB” se refere, enfatize-se, à Cláusula de Limitação de Benefícios já conhecida do Direito norte-americano (e de outras jurisdições) e que serviu de inspiração para os trabalhos da OCDE na Ação 6 do seu Plano de Ação BEPS. Nossas referências a uma cláusula de LOB são fungíveis em relação a cláusulas intituladas “Direito a Benefícios” (no inglês, *Entitlement to Benefits*), já que o Relatório Final da Ação 6 utiliza as duas terminologias.⁸⁹⁶ Mais importante é a forma como a OCDE define essa cláusula de LOB tanto naquele Relatório Final (*a specific anti-abuse rule [...] that limits the availability of treaty benefits to entities that meet certain conditions*),⁸⁹⁷ quanto no artigo 7º, parágrafo 14, do MLI, que diz que a cláusula de LOB do MLI deverá ser aplicada no lugar de uma cláusula preexistente no ADT coberto que condicione o acesso aos benefícios do ADT a residentes qualificados que cumpram com testes categóricos.⁸⁹⁸

⁸⁹⁵ Ainda assim, registre-se que a extensão da “consulta” feita entre as autoridades fiscais neste caso é bastante ampla. Afinal de contas, retornando para o nosso exemplo, se a cláusula de alívio discricionário sob pedido permite que a companhia R1 busque para si o benefício previsto no artigo 10, parágrafo 2º, alínea “b”, do ADT de referência, e se requer que a autoridade competente do Estado F só denegue o benefício após consultada a autoridade competente do Estado R, o termo “consultar” implica alguma avaliação secundária sobre a propriedade da concessão do “benefício originário”, por assim dizer. Não fosse essa a melhor conclusão, teríamos que ler o termo “consultar” como “informar”, e o termo “informar” já é usado pela Convenção-Modelo da OCDE no seu artigo 26 (sobre troca de informações) com um sentido próprio. Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 101. Criticando a referência feita pela OCDE no final da cláusula de alívio discricionário sob pedido, vide: DEBELVA, Filip; SCORNOS, Dina; VAN DEN BERGHEN, Jan; VAN BRABAND, Pieter. *LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS? EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 24, nº 3, p. 141, 2015.

⁸⁹⁶ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 10-11, 21.

⁸⁹⁷ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 9.

⁸⁹⁸ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 12. Interessante também é a forma como os Estados Unidos se referem à cláusula de LOB que ocupava o artigo 22 da sua Convenção-Modelo de 2006 (e que ocupa o artigo 22 da sua Convenção-Modelo desde 2016): “Article 22 contains anti-treaty-shopping provisions that are intended to prevent residents of third countries from benefiting from what is intended to be a reciprocal agreement between two countries. In general, the provision does not rely on a determination of purpose or intention but instead sets forth a series of objective tests. A resident of a Contracting State that satisfies one of the tests will receive benefits regardless of its motivations in choosing its particular business structure” (ESTADOS UNIDOS. *United*

Como veremos nos subitens a seguir, mora aí a diferença fundamental que separa as cláusulas de PPT e de LOB. Enquanto a cláusula de PPT é uma norma geral antielusiva, a cláusula de LOB é essencialmente uma norma específica antielusiva, já que deixa estabelecida a lista de condicionantes para que determinados residentes sejam tratados como “qualificados”, e por isso capazes de pleitear benefícios concedidos pelo ADT em relevo. Na precisa lição de BRAUNER, que critica o “casamento” entre normas tão diferentes no mesmo ADT, segundo uma das alternativas oferecidas para o padrão mínimo da Ação 6, “[t]he striking difference between the LOB and the PPT is obvious. They represent different norms and focuses and they are likely to produce different outcomes”.⁸⁹⁹

Trataremos a seguir da chamada cláusula simplificada de LOB, que é a cláusula que foi inserida nos parágrafos 8º a 14 do artigo 7º do MLI. A cláusula é dita “simplificada” em relação à cláusula detalhada de LOB apresentada no parágrafo 25 do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS,⁹⁰⁰ e a OCDE reconheceu na Declaração Explanatória do MLI que, embora a cláusula detalhada de LOB seja mais minudente em tratar de situações sugestivas de elusão tributária internacional, a sua implementação dependeria daquilo que chamam de uma *substantial bilateral customization* (no português, uma “customização bilateral substancial”).⁹⁰¹ Como a cláusula simplificada de LOB é aquela que consta expressamente do texto do MLI, e como estabelecemos o MLI como parâmetro dos padrões mínimos para ADTs do Plano de Ação BEPS na Introdução deste estudo, trataremos

States Model Technical Explanation Accompanying the United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006. Washington D.C.: 2006. p. 63. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/temod006.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020).

⁸⁹⁹ Vide: BRAUNER, Yariv. Treaties in the Aftermath of BEPS. *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn: Brooklyn Law School, v. 41, n° 3, p. 1005, 2016. O autor traz uma reflexão interessante sobre a origem da cláusula de LOB, que veio justamente complementar, refinar o artigo 4º da Convenção-Modelo norte-americana. “The United States was unwilling to accept a state of affairs that would have effectively made every treaty ‘a treaty with the world,’ at least as far as investment through corporations was concerned. Yet, the United States wanted to maintain such treaties, and the addition of the LOB was considered a good solution for these combined wishes” (Idem, p. 1004-1005). A cláusula de LOB já era evidentemente conhecida no Direito Tributário Internacional antes do Plano de Ação BEPS, e olhando para o exemplo brasileiro, foi “importada” para alguns dos nossos ADTs sem essa referência direta ao artigo 4º, como o ADT entre Brasil e Israel. Vide: BRASIL. Decreto n° 5.575, de 8 de novembro de 2005 cit. Seguindo a tendência de outros países após o Plano de Ação BEPS, o Brasil começou a adotar cláusulas de LOB mais estruturadas em ADTs mais recentes, como por exemplo o ADT com Singapura, que se refere à expressão “pessoa qualificada” no seu art. 28, § 1º. Vide: BRASIL. *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* cit.

⁹⁰⁰ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 21.

⁹⁰¹ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 22.

principalmente dessa cláusula nos subitens seguintes, referindo-nos a comparativos com a cláusula detalhada quando necessário.

Antes de passarmos aos subitens, ressaltamos um aspecto operacional da adoção da cláusula de LOB do MLI. Diz o artigo 7º, parágrafo 6º, do MLI, que a cláusula de LOB será aplicada a um ADT coberto apenas se todas as jurisdições signatárias desse ADT coberto tiverem concordado com a sua aplicação.⁹⁰² Porém, segundo o artigo 7º, parágrafo 16, do MLI, se uma jurisdição signatária optar pela aplicação da cláusula de LOB e a outra optar pela não aplicação, a primeira jurisdição signatária poderá se recusar a aplicar a *totalidade* do artigo 7º, o que – é claro – violaria o padrão mínimo estabelecido na Ação 6 do Plano de Ação BEPS.⁹⁰³ Para contornar esse risco, a OCDE ofereceu duas alternativas no artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI. São elas, com ajustes textuais por motivos didáticos:

- 7, “a” Se, tomando ciência da posição assumida pela *primeira jurisdição* (aquela que optou pela aplicação da cláusula de LOB), a *segunda jurisdição* (que não havia optado pela aplicação da cláusula de LOB) concordar com a aplicação da cláusula de LOB simetricamente.⁹⁰⁴ Nesta situação, ambas as jurisdições aplicarão a cláusula de PPT e a cláusula de LOB nos termos do MLI.
- 7, “b” Se, tomando ciência da posição assumida pela *primeira jurisdição* (aquela que optou pela aplicação da cláusula de LOB), a *segunda jurisdição* (que não havia optado pela aplicação da cláusula de LOB) concordar que a *primeira jurisdição* poderá aplicar a cláusula de LOB assimetricamente.⁹⁰⁵ Nesta situação, a *primeira jurisdição* aplicará a cláusula de PPT e a cláusula de LOB e a *segunda jurisdição* aplicará apenas a cláusula de PPT.

Certamente, o dispositivo do artigo 7º, parágrafo 7º, que mais chama a atenção do intérprete deve ser a sua alínea “b”, que de forma a princípio surpreendente permite que duas jurisdições signatárias de um ADT apliquem cláusulas diferentes em suas respectivas *versões desse ADT*, tudo segundo um acordo previamente celebrado entre elas. A assimetria na adoção de dispositivos em um ADT não é algo estranho em si – exemplos de aplicação assimétrica de dispositivos podem se dar no equivalente do artigo 23A ou B (que trata dos métodos de evitar a dupla tributação da renda através de isenção ou crédito)⁹⁰⁶ ou nos artigos

⁹⁰² Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 9.

⁹⁰³ Idem, p. 13.

⁹⁰⁴ Idem, p. 9. Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 24-25.

⁹⁰⁵ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 9.

⁹⁰⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 90-93. O artigo 23 do ADT entre Brasil e Países Baixos traz um exemplo (envolvendo *matching credit*). Vide: BRASIL. Decreto nº 355, de 2 de dezembro de 1991. Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão

de tributação de rendas passivas (e.g., dividendos, juros, royalties, ganhos de capital)⁹⁰⁷ da Convenção-Modelo da OCDE. Esses exemplos, no entanto, parecem diferentes de uma situação na qual jurisdições (i) que integram o *Inclusive Framework* do Plano de Ação BEPS, (ii) que se comprometeram a adotar determinados padrões mínimos em seus ADTs e (iii) que são partes signatárias de um ADT desejam enfrentar o mesmo mal (a elusão tributária internacional) de maneira distinta. E a maneira é distinta mesmo – já pontuamos que a cláusula de LOB e a cláusula de PPT são diferentes entre si, o que nos obriga a reconhecer que a inserção de uma cláusula de LOB em uma versão do ADT (aquela válida para a jurisdição que escolheu adotar essa cláusula) torna essa versão distinta da outra, que não a apresenta. A presença nesse ADT de uma cláusula de PPT não encaminha as jurisdições signatárias uma forma *coordenada* de combater situações de elusão tributária internacional, porque os testes objetivos da cláusula de LOB, se cumpridos, criarão para uma delas uma presunção favorável à concessão do benefício do ADT ao sujeito passivo. Para a jurisdição adotante da cláusula de PPT e nada mais, essa presunção não existe. Nada em um ADT assimétrico com relação a esse padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS obriga a outra parte, se só possuir a cláusula de PPT na sua versão do ADT, a “reconhecer” como hígido o “planejamento tributário internacional” do sujeito passivo que cumpra com determinadas métricas, ou seja, que por via oblíqua cumpra com os dispositivos da cláusula de LOB que essa jurisdição escolheu não adotar. Já aqui vemos um caso evidente, frontal de ação “descoordenada” advinda do artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI.

Contra a nossa asserção de que o artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI, abriu margem para o enfrentamento da elusão tributária em ADTs de forma “descoordenada”, seria possível sustentar que, se as jurisdições signatárias do ADT assim concordaram, é porque entendem que a adoção da cláusula de LOB por uma delas e não pela outra não representará obstáculo algum ao objetivo maior da Ação 6 do Plano de Ação BEPS – ao qual ambas as jurisdições aderiram nos termos do padrão mínimo. O argumento, entretanto, não merece prosperar. A uma, atribui às próprias autoridades competentes das jurisdições signatárias o julgamento de

Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0355.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁹⁰⁷ Por exemplo, o artigo 10, parágrafos 2º e 3º do ADT entre Canadá e Tailândia (que estabelecem diferentes alíquotas de tributação de renda na fonte sobre dividendos, a depender de qual seja o Estado da fonte e qual seja o Estado da residência). Vide: CANADÁ. *Convention Between Canada and the Kingdom of Thailand for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrada em 11 de abril de 1984. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/department-finance/programs/tax-policy/tax-treaties/country/thailand-convention-1984.html>. Acesso em: 18 ago. 2020.

se seu ADT cumpre ou não com o padrão mínimo da Ação 6 (ou seja, daí seria possível concluir que o artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI, é fruto de uma concessão política que a OCDE fez para que o MLI pudesse ser aprovado – não representa, portanto, o escopo original do Plano de Ação BEPS). A duas, ignora que essas assimetrias são a gênese das práticas de *treaty shopping* que nos trouxeram até o MLI em primeiro lugar. Frise-se bem, ainda não estamos tratando neste item da implementação das normas antielusivas propostas como padrão mínimo para ADTs, tema que abordaremos no Capítulo 4, *infra* – o que pontuamos é que a OCDE, desejosa de que o seu padrão mínimo fosse efetivamente implementado pelas jurisdições do *Inclusive Framework*, conferiu-lhe uma “flexibilidade mínima” que em si mesma gera “descoordenação” e apresenta desafios para a perseguição da Justiça Fiscal.

Concluída essa reflexão sobre o artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI, passemos agora à estrutura da cláusula simplificada de LOB. Os subitens 3.4.4.1 a 3.4.4.6, *infra*, tratarão das diferentes regras que compõem essa cláusula, fazendo remissão à Declaração Explanatória do MLI e ao Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS quando necessário.

3.4.4.1 Parágrafo 8º: disposições gerais sobre residência qualificada

No parágrafo 8º do artigo 7º do MLI, a OCDE estabelece que, para a jurisdição adotante dessa cláusula de LOB, só os chamados “residentes qualificados” poderão ter acesso a benefícios do ADT, salvo três exceções. Os “residentes qualificados” são as mesmas “pessoas qualificadas” de que tratamos no tópico 1.4.1.4.1, *supra*. As três exceções estabelecidas pelo parágrafo 8º, com ajustes textuais para fins didáticos, são as seguintes:

- 8, “a” Benefícios dados a uma pessoa jurídica (“*a person other than an individual*”) sob dispositivos que resolvem a sua residência quando a pessoa jurídica for residente de ambas as jurisdições contratantes;⁹⁰⁸
- 8, “b” Benefícios sob dispositivos que estabeleçam ajustes correspondentes para as chamadas “empresas associadas”,⁹⁰⁹ e
- 8, “c” Benefícios sob dispositivos que permitam aos residentes de uma jurisdição signatária solicitar que a autoridade competente dessa jurisdição considere casos de tributação em desacordo com o ADT coberto.⁹¹⁰

⁹⁰⁸ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 10. O artigo 29, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo da ONU possui diferenças textuais em relação ao MLI, mas não em relação ao dispositivo trazido pelos Comentários ao artigo 29, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo da OCDE de 2017. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 43. Vide ainda: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 1375.

⁹⁰⁹ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 10.

⁹¹⁰ Idem, *ibidem*.

Ao tratarmos a cláusula de LOB como uma norma antielusiva, e assim como norma de combate à elusão tributária internacional, é natural pensar que os benefícios de um ADT são apenas aqueles benefícios perseguidos por práticas elusivas (i.e., economias de tributos). Exemplos em sentido contrário são aqueles previstos nas alíneas do parágrafo 8º: o benefício de resolução da residência para fins do ADT (Artigo 4º, parágrafo 3º, da Convenção-Modelo da OCDE), o benefício de ajuste correspondente advindo da aplicação de normas como as regras de preços de transferência por parte de um dos Estados Contratantes (Artigo 9º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE) e o benefício oferecido ao sujeito passivo de solicitar à autoridade fiscal que resolva casos de tributação que estão em desacordo com o ADT (Artigo 25, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo da OCDE). Para esses casos, não será necessário ao sujeito passivo que se apresente como um “residente qualificado” para obter benefícios do ADT coberto. Os casos excepcionados pelo parágrafo 8º, por assim dizer, destinam-se a esclarecer o propósito da cláusula de LOB, a sua razão de existir no ADT, que é o enfrentamento de hipóteses em que o ADT possa ser “abusado” por pretensos residentes de alguma das jurisdições signatárias (para tomar emprestado o termo equivalente no português do inglês *treaty abuse*).

3.4.4.2 Parágrafo 9º: residentes qualificados

O parágrafo 9º do artigo 7º do MLI já compõe o núcleo duro da cláusula de LOB, porque já começa a explicar para as autoridades competentes e para intérpretes quem são os tais “residentes qualificados” que terão acesso aos benefícios do ADT coberto. Os residentes descritos nas alíneas “a”, “b” e “d”, número “1”, são qualificados sem maiores condicionantes, dado que não são veículos típicos para propiciar estratégias de elusão tributária internacional: são eles os indivíduos, a jurisdição signatária e suas subdivisões político-administrativas e as entidades sem fins lucrativos, embora neste último caso a OCDE tenha admitido na Declaração Explanatória do MLI que a exata caracterização dessas entidades em cada ADT deva ser submetida a negociações bilaterais.⁹¹¹ Essas pessoas são, portanto, instantaneamente definidas pela OCDE no MLI como “residentes qualificados”, e os

⁹¹¹ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 10. Feita a exceção para entidades beneficentes, qualificações automáticas também estão presentes no artigo 22 da Convenção-Modelo norte-americana, que apresenta a cláusula de LOB segundo a experiência daquele país. Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention* cit., p. 42. Vide ainda: PLANSKY, Patrick; SCHNEEWEISS, Hermann. *Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the ACT Group Litigation*. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 35, nº 9, p. 486, 2007.

artigos correspondentes nas Convenções-Modelo tanto da OCDE, quanto da ONU, têm essencialmente a mesma redação.⁹¹²

A alínea “c” do parágrafo 9º diz que será uma “residente qualificada” a sociedade empresária ou outra entidade cuja principal classe de ações for negociada regularmente em uma ou mais bolsas de valores reconhecidas.⁹¹³ A dicção dessa regra já nos ilumina a razão de ter sido incluída na cláusula de LOB: é natural supor que uma companhia de capital aberto, por exemplo, deverá cumprir com uma série de normas de governança corporativa próprias da operação no mercado de ações, o que deve dificultar a sua utilização como um veículo para pleitear benefícios de um ADT a favor de um terceiro não residente (ou não qualificado). A alínea “c” incorpora num dispositivo único aquilo que, na cláusula simplificada de LOB do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, era dividido em duas alíneas, uma para as companhias e outra para outras entidades.⁹¹⁴ A definição dada à expressão “principal classe de ações” pelo parágrafo 13 do artigo 7º, entretanto, abrange tanto as ações de companhias, quanto os “interesses beneficiários” (na tradução literal de “*beneficial interests*”) de entidades.⁹¹⁵ Seu escopo, como o da regra similar na Convenção-Modelo norte-americana, é descrever uma ou mais classes de ações ou interesses que representem a maior parte dos votos e do valor da companhia ou entidade de referência (no caso de companhias abertas, tipicamente a classe de ações comuns ou ordinárias).⁹¹⁶

Aqui é relevante comparar esse dispositivo da cláusula de LOB proposta pelo MLI com o equivalente na cláusula detalhada de LOB. Na cláusula detalhada, a expressão “principal classe de ações” é complementada por outra, a saber, a expressão em parênteses “e qualquer classe desproporcional de ações” – a OCDE afirma num dos Comentários que fez no Relatório Final da Ação 6 que, ainda que uma companhia qualquer possua a sua principal

⁹¹² Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 109. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 43-44.

⁹¹³ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 10.

⁹¹⁴ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 26.

⁹¹⁵ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 12. A Organização afirma que a referência a “interesses beneficiários” se estende também para os “interesses beneficiários” havidos em *trusts*: “[T]he beneficial interests in a trust will be considered to be owned by its beneficiaries in proportion to each beneficiary’s actuarial interest in the trust” (OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 31).

⁹¹⁶ Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention* cit., p. 42. Vide ainda: PLANSKY, Patrick; SCHNEEWEISS, Hermann. *Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the ACT Group Litigation* cit., p. 486.

classe de ações negociada publicamente, se o mesmo não puder ser dito da sua classe desproporcional de ações, ela não será uma residente qualificada para fins do ADT relevante (se nesse ADT for adotada a cláusula detalhada de LOB).⁹¹⁷ Além disso, diz a cláusula detalhada que, durante o período fiscal que inclui o momento no qual o benefício seria doutra forma concedido, ou devem ser as ações negociadas em uma “bolsa de valores reconhecida” que se localiza na jurisdição da qual a companhia ou entidade é residente, ou deve o local primário de sua gestão e controle estar localizado nessa mesma jurisdição. Por último, a cláusula detalhada de LOB permite que companhias ou entidades sejam “residentes qualificadas” se ao menos 50% do poder de voto e do valor de suas ações (e 50% de qualquer classe desproporcional de ações) for titularizado direta ou indiretamente por cinco ou menos companhias ou entidades que forem “residentes qualificadas” pelo requisito de negociação pública de ações já discutido.⁹¹⁸ Essas diferenças dissipam a impressão de que, por ser mais detalhada, a cláusula de LOB seria mais *restritiva* que a sua outra versão. Sim, no quesito de negociação pública de ações, a cláusula é mais restritiva que a versão simplificada porque exige que a bolsa de valores reconhecida ou que o local primário de gestão e controle da companhia ou entidade se localize na jurisdição de que diz ser residente. No entanto, ao oferecer ao sujeito passivo pleiteante a oportunidade de que a qualificação da cláusula de LOB lhe seja conferida por “hereditariedade” (já que se refere aos titulares de suas ações), a cláusula detalhada amplia as possibilidades de qualificação se comparada à cláusula simplificada, que é a que está no MLI. Como bem pontua a OCDE na Declaração Explanatória do MLI, a preferência pela cláusula simplificada é relacionada apenas à sua implementação mais eficiente, mais otimizada em relação à cláusula detalhada.⁹¹⁹ Nada nessa eleição indica que a cláusula simplificada foi adotada no MLI porque seria mais *leniente* com práticas de elusão tributária internacional, portanto.

⁹¹⁷ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 27. Na definição trazida pelo Relatório Final da Ação 6 para a expressão “classe desproporcional de ações” (que não está presente no MLI, já que o dispositivo simplificado não contempla essa expressão), a OCDE diz que são ações sujeitas a termos ou arranjos que permitem os seus detentores a receber uma porção maior da renda da companhia do que aquela que seria esperada na ausência desses termos ou arranjos (essencialmente, espécies de ações preferenciais). *Idem*, p. 49.

⁹¹⁸ A OCDE afirma que, se a titularização das ações for indireta, cada um dos integrantes da “cadeia” deverá também ser um residente qualificado pelo requisito de negociação de ações. *Idem*, p. 27. Como a ONU adotou em sua Convenção-Modelo de 2017 a cláusula detalhada de LOB, esse dispositivo consta da sua versão com uma redação ajustada. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 44.

⁹¹⁹ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 22.

A alínea “d”, número “2”, do parágrafo 9º, diz que uma pessoa estabelecida como uma entidade ou um “arranjo” em uma jurisdição signatária e que seja tratada como um sujeito passivo separado sob a sua legislação tributária poderá ser considerada “residente qualificada” para fins da cláusula de LOB se cumprir com um de dois requisitos. Sob o primeiro requisito, a pessoa será uma residente qualificada se tiver sido estabelecida e funcionar exclusivamente (ou quase) para administrar ou fornecer benefícios previdenciários e outros a eles acessórios ou incidentais para indivíduos, desde que seja regulada nessa capacidade pela jurisdição de que é residente, ou por uma de suas subdivisões políticas ou autoridades locais.⁹²⁰ Sob o segundo, a pessoa será uma residente qualificada se tiver sido estabelecida e funcionar exclusivamente (ou quase) para investir fundos para o benefício de entidades ou “arranjos” citados no primeiro requisito.⁹²¹ A OCDE estabeleceu esse dispositivo para tratar de fundos de pensão e similares (e de fundos que investem em fundos de pensão e similares) e os Comentários à sua Convenção-Modelo ecoam esse mesmo propósito.⁹²²

Por último, a alínea “e” do parágrafo 9º traz aquilo que é chamado no Relatório Final da Ação 6 de “teste de propriedade” (no inglês, *ownership test*).⁹²³ Esse teste diz que, para ser uma “residente qualificada”, uma pessoa jurídica (*a person other than an individual*) deve ter como titulares de pelo menos 50% de suas ações, direta ou indiretamente, pessoas residentes da jurisdição relevante e que sejam qualificadas pelas alíneas anteriores “em ao menos metade dos dias de um período de doze meses que inclui o momento no qual o benefício seria doutra forma concedido”.⁹²⁴ Esse trecho é relevante para diferenciar a alínea “e” dessa cláusula de LOB do MLI do dispositivo correspondente à alínea “c” na cláusula detalhada – uma se refere a todo o período fiscal, enquanto a outra (i) não se refere ao período fiscal e (ii) restringe o período para a metade de um período de doze meses.⁹²⁵ A outra referência digna de nota é que o dispositivo correspondente ao “teste de propriedade” na cláusula detalhada de LOB, que foi replicado pelo artigo 29, parágrafo 2º, alínea “d”, da

⁹²⁰ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 10.

⁹²¹ Idem, *ibidem*.

⁹²² Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 1391-1392.

⁹²³ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 30.

⁹²⁴ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11. Tradução livre.

⁹²⁵ A outra diferença é de escopo: enquanto a cláusula detalhada trata especificamente da titularidade de ações por parte de companhias ou outras entidades com ações ou “interesses beneficiários” negociados publicamente, a cláusula de LOB do MLI trata em seu parágrafo 9º, alínea “e”, da titularidade por qualquer um dos residentes qualificados segundo as alíneas “a” a “d”.

Convenção-Modelo da ONU, atrela esse teste a um “teste de erosão de base tributável” (o qual a cláusula do MLI dispensa).⁹²⁶

3.4.4.3 Parágrafo 10: condução ativa de negócios

No parágrafo 9º do artigo 7º do MLI, podemos perceber que a abordagem da cláusula de LOB em relação ao fenômeno da elusão tributária internacional é bem distinta da abordagem da cláusula de PPT. A cláusula de PPT opera na presunção de que, se um dos principais propósitos da operação ou da estrutura foi o de obter um benefício do ADT, houve elusão e, portanto, o benefício deve ser negado. A cláusula de LOB adota a premissa inversa: ela oferece ao sujeito passivo diferentes alternativas para que tente por uma delas (ao menos) buscar o direito a fruir o benefício do ADT relevante.⁹²⁷ O chamado “teste de condução ativa de negócios” do qual nós trataremos a seguir (no inglês, *active conduct of a business test*) contribui ainda mais para firmar essa diferença.

O parágrafo 10 traz consigo um teste da cláusula de LOB que dispensa a residência qualificada do sujeito passivo. Diz a regra que o sujeito passivo que for residente (ainda que não qualificado) de uma jurisdição terá direito a um benefício do ADT sobre um rendimento derivado da outra jurisdição se estiver engajado na “condução ativa de um negócio” na primeira jurisdição, e desde que toda a renda derivada da outra jurisdição venha desse negócio (ou seja incidental a ele).⁹²⁸ A OCDE exclui da definição de “condução ativa de

⁹²⁶ O teste de erosão de base tributável exige, à exceção de benefícios dados pelo artigo 10 (dividendos), que menos de 50% da renda bruta da sociedade empresária, e menos de 50% do que o texto chama de “renda bruta testada”, para o período fiscal que inclui o momento no qual o benefício seria doutra forma concedido, seja paga ou creditada, direta ou indiretamente, na forma de *pagamentos dedutíveis nesse período fiscal para fins dos tributos cobertos pelo ADT* na jurisdição de residência, a pessoas que não são residentes qualificadas de qualquer das duas jurisdições signatárias. Vide: ONU, nota 314 *supra*, p. 44. O teste abre uma exceção para pagamentos cumpridores do padrão *arm’s length* no curso ordinário de atividades para serviços ou propriedade tangível, e se o grupo for um “grupo testado”, os pagamentos não incluem transações intragrupo. A redação da cláusula no Relatório Final da Ação 6 dispensa a exceção feita ao artigo 10. Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 30.

⁹²⁷ Vide: LIPPERT, Tyler H. OECD Base Erosion and Profit Shifting: Action 6. *Northwestern Journal of Law & Business*, Chicago: Northwestern University, v. 37, nº 3, p. 549-550, 2017. Claro, toda a discussão sobre a propriedade de cláusulas de LOB ou PPT para combater a elusão tributária internacional também envolve a avaliação da capacidade técnica e organizacional das administrações fiscais das jurisdições envolvidas de garantir que essas cláusulas sejam cumpridas. Sobre esses desafios em diferentes jurisdições africanas, vide: OGUTTU, Annet Wanyana. Tax Base Erosion and Profit Shifting – Part 2: A Critique of Some Priority OECD Action Points from an African Perspective – Preventing Excessive Interest Deductions and Tax Treaty Abuse. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Pretória: ICLA, v. 49, nº 1, p. 156-162, 2016.

⁹²⁸ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11.

negócios” aquelas atividades mais circunscritas a investimentos passivos, como operações de companhias *holding* e de financiamento intragrupo de MNEs,⁹²⁹ e exige que, seja a “condução ativa de negócios” realizada apenas pelo sujeito passivo ou por ele e por alguém relacionado (no inglês, *connected person*), o benefício do ADT só será concedido em relação ao rendimento relevante se o Fisco puder concluir, segundo uma análise de fatos e circunstâncias, que a atividade na jurisdição de residência é substancial em relação a qualquer atividade complementar realizada pelo sujeito passivo ou por ele e alguém relacionado na jurisdição de fonte.⁹³⁰ A linguagem do dispositivo é tortuosa, mas a OCDE traz alguns exemplos ilustrativos. Trazemos dois deles a seguir:

- No primeiro exemplo, a OCDE diz que ACO, companhia residente do Estado A e que está engajada na condução de atividades industriais naquele Estado, titulariza 100% das ações de BCO, uma companhia residente do Estado B. BCO é distribuidora de produtos de ACO no Estado B. Diz a Organização que, como as atividades negociais conduzidas por ACO e BCO envolvem os mesmos produtos, o negócio de distribuição de produtos conduzido por BCO deve ser considerado como parte do negócio de industrialização de ACO.⁹³¹ Essa vinculação entre negócios de ACO e BCO serve para permitir que o teste de condução ativa de negócios exija que a atividade de ACO, se ACO pleitear um benefício quanto a um rendimento advindo do Estado B, seja substancial em relação à atividade de BCO (porque a atividade de BCO é desenvolvida no Estado da fonte). Se, numa análise de fatos e circunstâncias, a autoridade fiscal do Estado B concluir que a atividade no Estado A é substancial em relação à atividade no Estado B, poderá conceder o benefício pretendido no ADT entre A e B.

⁹²⁹ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11. “This paragraph recognises that where an entity resident of a Contracting State actively carries on business activities in that State, including activities conducted by connected persons, and derives income from the other Contracting State in connection with, or incidental to, such business activities, granting treaty benefits with respect to such income does not give rise to treaty-shopping concerns regardless of the nature and ownership of the entity” (OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 37).

⁹³⁰ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11.

⁹³¹ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 38.

- No segundo exemplo, a OCDE toma por base o mesmo cenário do primeiro exemplo, mas diz que ACO não industrializa produtos. A empresa ACO opera um laboratório de pesquisa e desenvolvimento que licencia uma propriedade intelectual para afiliadas em todo o mundo, o que inclui a companhia BCO. BCO e outras afiliadas industrializam e são responsáveis pelo marketing dos produtos criados por ACO nos seus respectivos mercados. Diz a Organização que, como as atividades de ACO e de BCO envolvem as mesmas “linhas de produtos” (no inglês, *product lines*), essas atividades são consideradas como formadoras do mesmo negócio.⁹³² Novamente aqui será necessária a análise de fatos e circunstâncias para determinar se a atividade de ACO é substancial em relação à atividade de BCO, para que só então seja possível conceder algum benefício do ADT para um rendimento decorrente dessa atividade (sob o teste de condução ativa de negócios).

A análise de fatos e circunstâncias presente no parágrafo 10 (especificamente na sua alínea “c”) demonstra que o Fisco é chamado a exercer o seu juízo discricionário mesmo em regras pontuais da cláusula de LOB. Ao tratar da expressão *facts and circumstances* e de seu uso em diferentes diplomas legais nos Estados Unidos, HAYASHI levanta em relação a esse parâmetro aquilo que também poderia ser levantado contra a cláusula de PPT: são termos que promovem insegurança jurídica na aplicação das disposições do ADT relevante.⁹³³ Para o autor, análises de fatos e circunstâncias se tornam necessárias do ponto de vista de elaboração normativa (no inglês, *legal design*) quando as consequências jurídicas de determinados atos dependem de informações que são de conhecimento apenas do agente – nessas situações, será necessário que o aplicador da lei infira essas informações a partir daquilo que observa.⁹³⁴ No

⁹³² Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 38.

⁹³³ “[T]he open-ended nature of these inquiries creates uncertainty about their outcomes, which ultimately depend only on the factfinder’s judgment and experience about how the observable facts relate to the hidden factor. Factfinders are generally given little guidance about which facts permit a reliable inference to these hidden factors, and factfinders rarely provide reasons for relying on the facts that they do” (HAYASHI, Andrew T. A Theory of Facts and Circumstances. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa: University of Alabama, v. 69, n° 2, p. 291, 2017). Em sentido contrário, tratando especificamente da cláusula de PPT, vide: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties cit., p. 655-664. Ainda, tratando de como as autoridades fiscais serão obrigadas a “sopesar” fatos e circunstâncias para só então tomar uma posição caso a caso (o que indicaria um caráter mais objetivo para esse teste), vide: 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 Law Case Law. *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, v. 10, n° 1, p. 50, 2017.

⁹³⁴ Vide: HAYASHI, Andrew T. A Theory of Facts and Circumstances cit., p. 293.

entanto, na seara da aplicação de normas tributárias, diz ele que submeter as consequências jurídicas de dados atos a fatos e circunstâncias contribui para incentivar sujeitos passivos a organizar suas atividades com vistas a fabricar esses fatos e circunstâncias, tudo no intuito de convencer as autoridades fiscais⁹³⁵ – é uma narrativa bastante alinhada ao que já pontuamos sobre a noção de elusão tributária interna ou internacional. Entre as ações de sujeitos passivos e a discricionariedade das autoridades fiscais, seja na cláusula de PPT, seja na análise de fatos e circunstâncias do artigo 7º, parágrafo 10, do MLI, as normas antielusivas propostas pela OCDE para ADTs trazem consigo aspectos de incerteza e risco para a aplicação do Direito Tributário Internacional.⁹³⁶

Para nós, a dicção do artigo 7º, parágrafo 10, do MLI, ilustra bem as dificuldades da OCDE de aprovar o texto de um Instrumento Multilateral criado para emendar milhares de ADTs em todo o mundo. É patente que a cláusula de LOB deveria ter um teste de condução ativa de negócios ou algo similar, já que a constatação prática de que uma sociedade empresária conduz negócios num Estado A deveria representar para si o direito de pleitear benefícios dos ADTs entre A e qualquer outra jurisdição. É patente ainda que, se essa sociedade empresária já não cumpre com os requisitos necessários para ser considerada uma residente qualificada, o ADT deve ter redobrada cautela em permitir que seus rendimentos sejam alvo de benefícios, porque esse poderia ser um atalho para permitir práticas elusivas que o parágrafo 9º já impediu, ressalvada a aplicação da cláusula de PPT. Por isso, se constatado que a jurisdição da fonte no caso concreto é não apenas um *mercado* para o sujeito passivo, mas sim um outro local em que o sujeito passivo conduz ativamente seus negócios, surge a natural questão de garantir que esse sujeito passivo seja “residente efetivo” do Estado A (do qual ele afirma ser residente), e não da própria jurisdição da fonte. A referência a uma análise de “fatos e circunstâncias” para aferir qual atividade é substancial em relação à outra nos parece uma concessão de ordem prática: determinar essa “substancialidade” com amparo em percentuais de renda seria submeter a uma mesma régua diferentes modelos de negócios, e se os percentuais não fossem de renda, mas sim de ativos empregados ou funções assumidas, passaríamos a submeter o direito a benefícios em ADTs, por via oblíqua, à divisão formular das regras de preços de transferência. E nem é escopo das regras de preços de transferência autorizar a concessão de benefícios em ADTs, nem é razoável que a cláusula de LOB opere

⁹³⁵ Vide: HAYASHI, Andrew T. A Theory of Facts and Circumstances cit., p. 299.

⁹³⁶ Vide: NAVARRO, Guilherme Neves de Paiva. A Critical Analysis of the Principal Purpose Test Rule's Core Features and Its Practical Applicability. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, v. 7, p. 173-174, 2020.

sob a tutela dessas regras, complexas como são, se o intuito da OCDE com a proposição da cláusula simplificada de LOB no MLI é que seja implementada por diferentes autoridades fiscais em todo o mundo.⁹³⁷

3.4.4.4 Parágrafo 11: beneficiários equivalentes

O parágrafo 11 do artigo 7º do MLI traz uma regra mais removida da noção de “residência qualificada”, já que não se dedica a atribuir essa qualificação ao sujeito passivo em si. Diz a regra que, se um sujeito passivo for residente (ainda que não qualificado) de uma das jurisdições signatárias, ele terá direito a um benefício do ADT em relação a um rendimento qualquer se, em ao menos metade dos dias de um período de doze meses que inclui o momento no qual o benefício seria doutra forma concedido, pessoas que são “beneficiários equivalentes” (no inglês, *equivalent beneficiaries*) titularizem, direta ou indiretamente, pelo menos 75% dos seus interesses beneficiários.⁹³⁸ A definição para “beneficiários equivalentes” é trazida pelo parágrafo 13, alínea “c”, e esclarece melhor o escopo da regra incluída pela OCDE na cláusula de LOB do MLI. O texto original dessa definição em inglês diz o seguinte:

The term “equivalent beneficiary” means any person who would be entitled to benefits with respect to an item of income accorded by a Contracting Jurisdiction to a Covered Tax Agreement under the domestic law of that Contracting Jurisdiction, the Covered Tax Agreement or any other international instrument which are equivalent to, or more favourable than, benefits to be accorded to that item of income under the Covered Tax Agreement; for the purposes of determining whether a person is an equivalent beneficiary with respect to dividends, the person shall be deemed

⁹³⁷ Tendo dito isso, os Comentários da OCDE no Relatório Final da Ação 6 se referem a *connected persons* como *associated enterprises* (no português, empresas associadas), o que remeteria o intérprete ao artigo 9º da Convenção-Modelo (embora a definição de *connected persons* no parágrafo 13, alínea “e”, do artigo 7º do MLI não autorize a equiparação entre essa figura e todos os casos de *associated enterprises*, se vistas como partes relacionadas para fins da aplicação das regras de preços de transferência). No entanto, ao tratar da análise de “substancialidade” de uma atividade em relação à outra, a OCDE diz que ela deve observar, em tradução livre, “a escala comparativa dos negócios em cada um dos Estados Contratantes, a natureza das atividades desenvolvidas em cada Estado Contratante e as contribuições relativas feitas para o negócio em cada Estado Contratante” (OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 40). As análises de funções, ativos, riscos e mercado usadas para os métodos transacionais de preços de transferência nas Diretrizes da OCDE são algo relacionadas à análise de “substancialidade”, mas, para nós, especialmente graças à imprestabilidade de “comparáveis” para aplicar a cláusula de LOB, as conclusões de uma não vinculam a outra.

⁹³⁸ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11.

to hold the same capital of the company paying the dividends as such capital the company claiming the benefit with respect to the dividends holds;⁹³⁹

Em linhas gerais, o espírito da regra de “beneficiários equivalentes” é conceder um benefício do ADT a alguém que faria jus a ele graças a qualquer outra disposição de lei interna ou convencional (incluindo outro ADT), não fosse a interposição daquele sujeito passivo que diz ser residente, mas não consegue ser definido como residente qualificado.⁹⁴⁰ Em um exemplo simples, suponha-se que o Estado A possui um ADT com o Estado B e um outro ADT com o Estado C. No artigo 11, parágrafo 2º, do ADT entre A e B, o limite para a retenção do tributo sobre a renda referente a juros é de 15%. O dispositivo equivalente do ADT entre A e C traz o mesmo limite de 15%, e suponha-se que o limite de ambos os ADTs seja inferior à alíquota aplicável segundo a legislação interna do Estado A, que seria de 30%. Se uma companhia ACO, residente de A, pagar ou creditar juros para uma companhia BCO, residente não qualificada de B, e se nesse exemplo a companhia BCO for controlada em mais de 75% por uma companhia CCO, residente de C, uma regra como aquela apresentada pelo parágrafo 11 do artigo 7º do MLI permitiria que a alíquota do tributo sobre a renda na fonte de 15% fosse aplicada aos juros pagos de ACO para BCO porque, não fosse a interposição de BCO nessa estrutura, CCO já teria direito à mesma alíquota nos termos do ADT entre A e C (ressalvada, como já dito para o parágrafo 10, a aplicação da cláusula de PPT). Nesse cenário, portanto, CCO seria um “beneficiário equivalente” e com apoio nesse *status* BCO poderia pleitear o benefício do ADT entre A e B para si.

No Relatório Final da Ação 6, a OCDE evita dois assuntos delicados ao tratar da regra de beneficiários equivalentes. O primeiro diz respeito a situações nas quais o ADT entre a jurisdição da fonte e a jurisdição dos beneficiários equivalentes conceder a eles um benefício maior do que aquele trazido pelo ADT entre a jurisdição da fonte e a tal “jurisdição intermediária” (a jurisdição de onde é residente o sujeito passivo). Retomando o nosso

⁹³⁹ Vide: OCDE. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS cit., p. 12.

⁹⁴⁰ Disposições com o mesmo nome, porém com estruturas diferentes (e.g., exigindo um percentual maior de controle por parte de “beneficiários equivalentes”, limitando o número de “beneficiários equivalentes”), constam dos ADTs norte-americanos com o México e com os Países Baixos. Segundo H. David Rosenbloom, referindo-se a esse tipo de regra como uma regra de “benefícios derivados” (no inglês, *derivative benefits*), a ideia por trás dessa regra foi a de criar em ADTs dos Estados Unidos uma espécie de defesa contra esforços do Fisco norte-americano para enfrentar práticas de *treaty shopping*. Para ele, essa regra pretende justificar o argumento de que a “jurisdição intermediária” não oferece nenhum benefício especial que investidores não conseguiriam obter de outra forma. Vide: ROSENBLOOM, H. David. *Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy* cit., p. 83. Vide ainda, traçando o histórico de cláusulas de *derivative benefits* até o Protocolo ao ADT entre Estados Unidos e Jamaica de 1981: REINHOLD, Richard L. What is Tax Treaty Abuse? (Is Treaty Shopping an Outdated Concept?). *The Tax Lawyer*, Washington D.C.: ABA, v. 53, n° 3, p. 690-691, 2000.

exemplo supramencionado, se no ADT entre A e C a alíquota de tributação de juros na fonte fosse de 10%, não de 15%, ainda que o residente em C fosse capaz de solicitar às autoridades fiscais de A que os juros fossem tributados à fonte à alíquota de 10%, essa solicitação não poderia ser aceita por A porque não ocorreu o fato gerador definido como “auferimento de renda de juros de C em razão de pagamento feito por A” (toda a construção da regra de beneficiário equivalente é presumida para embasar a decisão de se as autoridades fiscais podem conceder o benefício de 15% ou devem aplicar a sua alíquota interna de 30%).⁹⁴¹ O segundo assunto é central para o Plano de Ação BEPS, mas alheio ao escopo de ADTs, que é a possibilidade de a estrutura buscar não um benefício do ADT entre A e B (que seria, no nosso exemplo original, equivalente ao benefício entre A e C), mas sim um benefício conferido a C pela legislação interna de B. O que isso quer dizer é que, ao estabelecer a cláusula de beneficiários equivalentes, o ADT relevante poderá deixar de onerar em demasia uma estrutura criada com o propósito principal de explorar um benefício tributário interno da jurisdição intermediária (e a cláusula de PPT, como sabemos, nada poderá fazer em relação a esse “propósito principal”, porque aqui esse propósito principal não foi o de obter um benefício do ADT, mas sim o de obter um benefício de legislação interna).⁹⁴²

Por último, é importante observar que a cláusula detalhada de LOB apresenta um teste de erosão da base tributável para além do teste de propriedade da regra de beneficiários equivalentes,⁹⁴³ mas esse teste não foi incorporado à cláusula de LOB do MLI. É relevante

⁹⁴¹ Uma comparação possível seria com a norma que estabelece o conceito de “equiparação à controladora” no art. 83 da Lei nº 12.973, de 2014. Como essa lei modificou o regime até então existente das regras de CFC no Brasil, diferenciando o tratamento tributário a depender de se os lucros no exterior foram auferidos através de uma sociedade controlada ou coligada, tornou-se necessário garantir que os sujeitos passivos não teriam condições de criar “coligadas artificiais” com a pulverização do seu controle. As regras do artigo 83 “somam” as participações societárias do sujeito passivo e de pessoas a ele relacionadas com o intuito de aferir se o somatório representará coligação ou controle. Contudo, se o somatório representar controle, o percentual de lucros auferidos no exterior que serão tributados como renda do sujeito passivo não será o percentual do somatório, mas sim o percentual da sua participação originária (portanto, conclui-se que o somatório é apenas uma construção feita pela lei para aferir se a situação do sujeito passivo em relação à empresa no exterior é de coligação ou de controle, não servindo para atribuir ao sujeito passivo lucros aos quais ele não tem direitos). No mesmo sentido, SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014* cit., p. 176.

⁹⁴² É justo observar que, embora a OCDE não tenha tratado desse “risco de BEPS” nos Comentários à regra de “beneficiários equivalentes”, tratou do risco ao recomendar normas de legislação interna que poderão combater situações como a que citamos (de criar estruturas não para obter benefícios de um ADT, mas, assegurando esses benefícios, buscar alguma vantagem prevista na legislação interna da “jurisdição intermediária”). Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 78-89. A OCDE faz referência a outras Ações do Plano de Ação BEPS e também a Comentários à sua Convenção-Modelo sobre normas gerais e especiais antielusivas.

⁹⁴³ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 42. O teste de erosão da base tributável aqui é similar ao teste adicionado ao parágrafo 9º, alínea “e”, pela cláusula detalhada de LOB. Vide nota 926, *supra*.

notar, no entanto, que mesmo à luz desse teste na cláusula detalhada de LOB, a OCDE narra que alguns Estados consideraram que a regra de beneficiários equivalentes sem um enfoque específico para dividendos criaria riscos inaceitáveis de BEPS, razão pela qual a Organização admitiu que essas jurisdições pudessem adotar uma cláusula modificada nessa parte – com o intuito de aplicar a regra apenas para benefícios concedidos pelo artigo 10 do ADT relevante, se equivalente ao artigo 10 da Convenção-Modelo da OCDE (e da ONU).⁹⁴⁴

3.4.4.5 *Parágrafo 12: alívio discricionário na Cláusula de LOB*

Com o parágrafo 12, o artigo 7º apresenta três regras distintas do chamado “alívio discricionário”: a regra presente na parte final da cláusula de PPT, a regra presente no parágrafo 4º e, agora, esta última regra. A impressão de que todas as regras são na verdade o mesmo “alívio discricionário”, porém com diferentes textos propostos pela OCDE, é imprecisa. O alívio discricionário presente na cláusula de PPT é dado de ofício e permite que as autoridades fiscais testem operações e estruturas à luz do objeto e do propósito do ADT coberto. Por sua vez, o alívio discricionário do parágrafo 4º é dado sob pedido e exige que se considere a situação em que o sujeito passivo estaria se ausente a operação ou estrutura inquinada pela cláusula de PPT. Este alívio discricionário do parágrafo 12 reúne elementos de ambos, mas ainda assim se diferencia deles. Para compreender melhor essa diferença, vejamos o texto em inglês da regra proposta pela OCDE no MLI:

If a resident of a Contracting Jurisdiction to a Covered Tax Agreement is neither a qualified person pursuant to the provisions of paragraph 9, nor entitled to benefits under paragraph 10 or 11, the competent authority of the other Contracting Jurisdiction may, nevertheless, grant the benefits of the Covered Tax Agreement, or benefits with respect to a specific item of income, taking into account the object and purpose of the Covered Tax Agreement, but only if such resident demonstrates to the satisfaction of such competent authority that neither its establishment, acquisition or maintenance, nor the conduct of its operations, had as one of its principal purposes the obtaining of benefits under the Covered Tax Agreement. Before either granting or denying a request made under this paragraph by a resident of a Contracting Jurisdiction, the competent authority of the other Contracting Jurisdiction to which the request has been made shall consult with the competent authority of the first-mentioned Contracting Jurisdiction.⁹⁴⁵

⁹⁴⁴ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 43.

⁹⁴⁵ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11-12.

O alívio discricionário do parágrafo 12 é similar ao alívio discricionário da cláusula de PPT porque se orienta para o objeto e o propósito do ADT coberto. Também é similar ao alívio discricionário do parágrafo 4º porque pressupõe ou um pedido, ou uma solicitação prévia de maiores informações ao sujeito passivo. No entanto, o dispositivo do parágrafo 12 é distinto porque (i) pressupõe a inclusão por parte das jurisdições signatárias do ADT (ou de uma delas, segundo o comentário que já fizemos a respeito do artigo 7º, parágrafo 7º) de uma cláusula de LOB, já que inicia a sua redação fazendo referência aos parágrafos 9º, 10 e 11. Também é distinto porque (ii) é mais exigente que o texto final da cláusula de PPT, uma vez que submete o sujeito passivo não apenas à análise do objeto e do propósito do ADT coberto, mas também ao próprio Teste do Propósito Principal. Por último, o parágrafo 12 se diferencia do “alívio discricionário sob pedido” (iii) porque exige que a jurisdição signatária consulte com a outra jurisdição signatária antes de *conceder ou denegar* o pedido do sujeito passivo (e o “alívio discricionário sob pedido”, como vimos, exige essa consulta apenas nas situações de denegação). Todas essas características da regra do parágrafo 12 se justificam por ser essa regra a última saída do sujeito passivo para obter benefícios de um ADT relevante. Se é verdade que o sujeito passivo não conseguiu cumprir com nenhuma das regras previstas nos parágrafos 9º, 10 e 11 (da cláusula de LOB), podemos dizer que a concessão de um benefício do ADT para esse sujeito passivo só deverá ocorrer em situações excepcionais, e é isso que o parágrafo 12 traz no seu conteúdo.⁹⁴⁶

Um ponto interessante sobre os Comentários da OCDE no Relatório Final da Ação 6 é que, quando a Organização trata da expressão “fatos e circunstâncias” no parágrafo 12 do artigo 7º do MLI, ela qualifica essa expressão com alguns exemplos. Os exemplos trazidos nos Comentários são, em tradução livre para o português, “o histórico, a estrutura, a

⁹⁴⁶ Estudos sobre a regra de “alívio discricionário” tendem a identificar com essa nomenclatura apenas a regra presente no parágrafo 4º, ignorando a regra nativa da cláusula de LOB que também representa uma forma de alívio discricionário e guarda diferenças em relação ao parágrafo 4º e à cláusula de PPT. A aparente justificativa seria a de que o parágrafo 4º é associado à cláusula de PPT (como uma espécie de dispositivo complementar), enquanto o parágrafo 12 é parte da seção optativa do artigo 7º, ou seja, a cláusula de LOB. Notamos, no entanto, a carência de referências comparativas entre essas regras, cujos escopos distintos podem contribuir para a compreensão dos perfis de normas antielusivas em ADTs pós-BEPS. Vide: BIANCO, João Francisco. Principal purpose test in brazilian tax treaties cit. p. 247-251. Vide ainda: VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. *What Does the PPT Say about Global Tax Governance?* Kluwer International Tax Blog, publicado em 26 de julho de 2019. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/07/26/what-does-the-ppt-say-about-global-tax-governance/>. Acesso em: 15 jun. 2020. No mesmo sentido, vide: CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 46, n° 1, p. 18-44, 2018.

titularidade e as operações do residente”,⁹⁴⁷ embora para nós esses exemplos tenham pouca serventia para dirimir dúvidas trazidas pelo uso da expressão “fatos e circunstâncias” em si, como já dito no subitem 3.4.4.3, *supra*. Isso indica que a expressão terá o alcance que as autoridades fiscais da jurisdição signatária entenderem ser mais adequado, seja à luz de sua própria prática administrativa, seja à luz da sua legislação interna vigente.

3.4.4.6 *Parágrafos 13 e 14: definições e incorporação a ADTs cobertos*

O escopo do parágrafo 13 é explicar algumas das expressões utilizadas pela OCDE na cláusula de LOB. Ressalvada a expressão “bolsa de valores reconhecida”, que embora possa ser definida de formas diferentes (i.e., incluindo listagens diferentes das tais bolsas de valores reconhecidas a depender do ADT coberto), parece-nos autoexplicativa, as outras expressões definidas no parágrafo 13 já foram objeto dos nossos comentários em subitens anteriores.⁹⁴⁸ O mais relevante aqui é notar o papel de uma regra sobre definições na aplicação da cláusula de LOB, papel esse que é em tudo semelhante ao papel do artigo 3º da Convenção-Modelo da OCDE (e da ONU).⁹⁴⁹ Para nós é certo que o artigo 3º, parágrafo 2º, de um ADT inspirado nessas Convenções-Modelo, se o ADT também contiver em seu texto a cláusula de LOB, será aplicável para deixar a cargo da legislação interna das jurisdições signatárias a definição de quaisquer termos e expressões não definidos pelo parágrafo 13 ou por outro dispositivo da cláusula de LOB, exceto quando o contexto indicar solução diferente.

A referência do artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE ao termo “contexto” já foi extensamente debatida pela doutrina de Direito Tributário Internacional, mas não é escopo desta tese retomar esses debates.⁹⁵⁰ O que pontuamos é que a antiga controvérsia

⁹⁴⁷ “Whether that resident is a longstanding entity that was recently acquired by non-residents for non-tax reasons, whether the resident carries on substantial business activities, whether the resident’s income for which the benefits are requested is subject to double taxation and whether the establishment or use of the resident gives rise to non-taxation or reduced taxation of the income” (OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 46).

⁹⁴⁸ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 12.

⁹⁴⁹ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 40-41. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 9-10.

⁹⁵⁰ Vide: VAN DER BRUGGEN, Edwin. Unless the Vienna Convention Otherwise Requires: Notes on the Relationship between Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *European Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 43, nº 5, p. 142-156, 2003. Vide ainda: VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN and U.S. cit.*, p. 208-214. No Brasil, vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 134-135. Vide ainda: TORRES, Heleno Taveira. *Pluriritribuição internacional sobre as rendas*

sobre o “poder vinculante” dos Comentários da OCDE à sua Convenção-Modelo – em especial para Estados não membros da OCDE – pode ter que ser superada para permitir a interpretação da cláusula de LOB do MLI, ao menos quanto às observações do Relatório Final da Ação 6. Explica-se. Não há “poder vinculante” dos Comentários da OCDE em relação aos artigos de ADTs que seguem a sua Convenção-Modelo, sejam os ADTs assinados por Estados membros ou não membros.⁹⁵¹ No entanto, esses Comentários da OCDE são usados por julgadores em todo o mundo como um recurso de interpretação dos dispositivos de ADTs, antes de tudo uma deferência ao princípio convencional de *pacta sunt servanda* (sob a lógica de que, recorrendo a uma interpretação equidistante, o ADT não seria aplicado de forma distinta pelas jurisdições signatárias).⁹⁵² A princípio, os Comentários da OCDE nada enunciam sobre o “contexto” no qual duas jurisdições assinaram um ADT entre si, mas o Relatório Final da Ação 6, por outro lado, diz bastante sobre a decisão de duas jurisdições de assentirem com a emenda de um ADT em vigor (ou com a assinatura de um ADT pós-BEPS) contendo uma cláusula de LOB. Essas jurisdições fizeram mais do que apenas usar o MLI como um *modelo* – o que fizeram, isso sim, foi incorporar o MLI aos seus ADTs porque se comprometeram politicamente (i) com a OCDE e, com mais ênfase, (ii) umas com as outras, a implementar padrões mínimos elaborados com o nobre intuito de enfrentar o fenômeno da elusão tributária internacional. O que queremos dizer com isso é que, se a aplicação da cláusula de LOB depender da definição de termos que não estão definidos pelo artigo 7º, parágrafo 13, do MLI, se a definição desses termos segundo a legislação interna da jurisdição signatária relevante divergir da definição trazida pela OCDE (não pelos Comentários da OCDE à Convenção-Modelo em geral, mas sim pelos Comentários que foram acrescentados à Convenção-Modelo pelo Relatório Final da Ação 6), essa definição parece ter de prevalecer em detrimento daquela. A nossa interpretação do termo “contexto” aqui poderia ser orientada a preservar a segurança jurídica da aplicação do ADT relevante (e não deixa de ser incidentalmente orientada a esse propósito), mas é em última análise uma leitura do artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE e dos compromissos políticos assumidos pelas

de empresas cit., p. 649-650. Sustentando a ausência de primazia do contexto em relação ao recurso à legislação interna, vide: ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional* cit., p. 202-205.

⁹⁵¹ A própria OCDE diz isso na Introdução à sua Convenção-Modelo. Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 25-26. Vide ainda: BRUGGER, Florian; LANG, Michael. The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation. *Australian Tax Forum*, Sydney: Tax Institute, nº 23, p. 104-105, 2008.

⁹⁵² Vide, no entanto, sobre a relevância de ressalvas feitas a Comentários da OCDE por Estados-membros (ou de posições firmadas por Estados não membros): HILLING, Maria; LINDERFALK, Ulf. The Use of OECD Commentaries as Interpretative Aids – The Static/Ambulatory-Approaches Debate Considered from the Perspective of International Law. *Nordic Tax Journal*, Aarhus: De Gruyter, nº 1, p. 47, 2015.

jurisdições do *Inclusive Framework* em relação ao Plano de Ação BEPS, conferindo significado prático a eles na aplicação do Direito Tributário Internacional.⁹⁵³

Por último, vale ainda destacar pontualmente a cláusula de compatibilidade presente no parágrafo 14 do artigo 7º do MLI.⁹⁵⁴ O parágrafo assegura o cumprimento do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS ao esclarecer para as jurisdições signatárias que a cláusula de LOB simplificada deverá ser aplicada “no lugar” ou “na ausência” de outras normas que restringem os benefícios de um ADT coberto àqueles sujeitos passivos que cumprem com os requisitos de residência qualificada (e.g., outras cláusulas de LOB predecessoras do MLI).⁹⁵⁵

3.4.5 Artigo 7º, parágrafos 15 a 17: reservas e notificações

Os parágrafos 15 a 17 do artigo 7º do MLI tratam das alternativas de reservas e das notificações a serem apresentadas pelas jurisdições signatárias para a OCDE. A descrição parece algo procedimental, mas há nesses Parágrafos pelo menos dois dispositivos que põem em dúvida a Coordenação Fiscal Internacional relativa ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Vejamos um breve descritivo de cada um desses Parágrafos.

O parágrafo 15 conta com três alíneas. A alínea “a” permite que, em vez de aplicar aos seus ADTs cobertos o artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI (a cláusula de PPT), as jurisdições signatárias do MLI implementem o padrão mínimo da Ação 6 através da combinação de uma cláusula de LOB detalhada e (i) ou regras específicas para arranjos de financiamento através de empresas-veículo, (ii) ou um “teste do propósito principal” (como a

⁹⁵³ O Instrumento Multilateral contém em seu artigo 2º, parágrafo 2º, uma referência equivalente ao artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE. Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 2. Nossos comentários, no entanto, se concentram na aquiescência com os objetivos do Plano de Ação BEPS como “contexto” ao qual se submetem tanto o MLI, quanto as disposições do MLI que as jurisdições participantes do *Inclusive Framework* do Plano de Ação BEPS elegeram incluir em seus ADTs. Para exemplos de declarações políticas e legislação que pode ser considerada como “contexto”, vide: VAN DER BRUGGEN, Edwin. *Unless the Vienna Convention Otherwise Requires* cit., p. 147. “O contexto compreende, além do texto (incluindo preâmbulo e anexos), qualquer acordo relacionado com o tratado que tiver sido celebrado pelas partes em conexão com a conclusão do tratado, [...]. Por sua vez, o Art. 32 da Convenção de Viena acrescenta que é legítimo o recurso a meios de interpretação suplementar, incluindo os trabalhos preparatórios e as circunstâncias de sua celebração” (XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 135).

⁹⁵⁴ Vide: BRAVO, Nathalie. *The Multilateral Instrument and its Relationship with Tax Treaties* cit., p. 279-305.

⁹⁵⁵ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 12. Vide ainda: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 28.

cláusula de PPT).⁹⁵⁶ A OCDE inclusive reforça na alínea “a” que essa reserva compele as jurisdições signatárias de um mesmo ADT coberto a “chegar a uma solução mutuamente satisfatória” que cumpra com o padrão mínimo,⁹⁵⁷ o que para nós já evidencia um risco de distúrbio a esse cumprimento, mas que deve ser contornado mediante o acordo entre as partes. Como essa reserva é alinhada às recomendações da OCDE no Relatório Final da Ação 6 (de possibilidade de cumprimento do padrão mínimo através da adoção de uma cláusula de LOB cumulada ou com a cláusula de PPT, ou com uma regra para arranjos de financiamento através de empresas-veículo), aqui não vemos ainda um dispositivo que ponha em dúvida a Coordenação Fiscal Internacional que o MLI pretende corporificar perante as jurisdições do *Inclusive Framework*. Como veremos no Capítulo 4, as diferentes formas de cumprimento com o padrão mínimo segundo o Relatório Final da Ação 6 podem dar ensejo a diferentes resultados práticos, o que já seria capaz de lançar dúvidas sobre se a sua flexibilidade intrínseca é conducente à consecução do objetivo coletivo de Justiça Fiscal, parte indissociável do projeto da OCDE. Essa alínea “a”, no entanto, em nada inova nessa preocupação já subjacente ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

A alínea “b” do parágrafo 15 é mais problemática. O texto em inglês dessa alínea, citado pontualmente no subitem 3.4.2 e transcrito a seguir, já nos posiciona *fora do padrão mínimo da Ação 6*; entramos naquilo que poderia ser chamado de um “cumprimento equivalente” ao padrão mínimo por parte de cada uma das jurisdições signatárias dos ADTs cobertos e do MLI. Vejamos:

15. A Party may reserve the right: [...]
 (b) for paragraph 1 (and paragraph 4, in the case of a Party that has chosen to apply that paragraph) not to apply to its Covered Tax Agreements that already contain provisions that deny all of the benefits that would otherwise be provided under the Covered Tax Agreement where the principal purpose or one of the principal purposes of any arrangement or transaction, or of any person concerned with an arrangement or transaction, was to obtain those benefits;⁹⁵⁸

Perceba-se que aqui a OCDE nem chega a orientar as jurisdições a que cheguem a uma “solução mutuamente satisfatória”, como dito na alínea “a”. O que a OCDE permite aqui

⁹⁵⁶ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 13.

⁹⁵⁷ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 28.

⁹⁵⁸ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 13.

é que a jurisdição signatária do MLI decida não aplicar a única norma obrigatória do artigo 7º (a cláusula de PPT do parágrafo 1º), ou ela e a cláusula de alívio discricionário sob pedido, se, *segundo a sua própria avaliação*, seu ADT coberto possuir em seu conteúdo dispositivos que deneguem todos os benefícios que doutra forma seriam concedidos sob o ADT naqueles casos em que *o propósito principal ou um dos propósitos principais* de qualquer arranjo ou transação, ou de qualquer pessoa relacionada a esse arranjo ou transação, tiver sido obter esses benefícios. Trataremos mais dos exemplos de jurisdições que optaram por fazer essa reserva no Capítulo 4, mas entre elas destacamos a Alemanha (com relação a quatro de seus ADTs cobertos),⁹⁵⁹ a Espanha (com relação a dois de seus ADTs cobertos)⁹⁶⁰ e a Itália (com relação a um número impressionante de treze ADTs cobertos),⁹⁶¹ todas elas integrantes não apenas do *Inclusive Framework*, mas da própria OCDE enquanto Estados-membros. Além disso, ressalte-se que a Alemanha e a Itália compõem o G20 na condição de Estados-membros (para além da Espanha enquanto integrante da União Europeia).

Antes de tratarmos da alínea “c” do parágrafo 15 e dos parágrafos finais do artigo 7º do MLI, consideremos com mais vagar o que diz a alínea “b”. É uma alínea que permite que as jurisdições signatárias do MLI avaliem, elas próprias, se os seus ADTs contêm algo que seja equivalente à cláusula de PPT – a avaliação é própria porque, se uma jurisdição faz a reserva da alínea “b” do parágrafo 15, a sua posição com relação ao ADT coberto relevante será distinta daquela da outra jurisdição signatária, se a outra jurisdição não fez a mesma reserva (o que, em termos práticos, mantém o ADT como se encontra). Um exemplo que ilustra isso é o que ocorre com o ADT coberto entre Alemanha e China: a Alemanha fez a reserva do artigo 7º, parágrafo 15, alínea “b”, mas a China não fez essa reserva na sua declaração sob o MLI para a OCDE,⁹⁶² o que quer dizer que esse ADT – que possui em seu

⁹⁵⁹ Os ADTs cobertos que foram celebrados com a China, com Israel, com o Japão e com as Ilhas Maurício. Vide: OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., “Federal Republic of Germany”, p. 17. Destaque-se que em 18 de dezembro de 2020 a Alemanha atualizou a sua lista de ADTs cobertos para dela retirar os ADTs com a China, com Israel e com as Ilhas Maurício. No entanto, considerando que essa retirada apenas submete esses ADTs a negociações bilaterais que podem ou não se traduzir na adoção do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS em ADTs, optamos por deixar consignada nessa Tese a primeira manifestação das suas autoridades perante a OCDE.

⁹⁶⁰ Os ADTs cobertos que foram celebrados com a Andorra e com o México. OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., “The Kingdom of Spain”, p. 37.

⁹⁶¹ Os ADTs cobertos que foram celebrados com a Arábia Saudita, com o Azerbaijão, com a Estônia, com Hong Kong, com a Islândia, com o Cazaquistão, com o Kuwait, com a Letônia, com o Líbano, com a Lituânia, com a Mongólia, com o Qatar e com San Marino. Idem, “Italy”, p. 26.

⁹⁶² OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., “People’s Republic of China”, p. 26-27. O que a China fez,

artigo 29 uma “cláusula de PPT” sem um “teste de razoabilidade” cumulada com o recurso a normas antielusivas internas – permanecerá como se encontrava (ao menos no tocante ao padrão mínimo da Ação 6).⁹⁶³ Essa espécie de flexibilidade nos parece ser uma deficiência congênita do MLI e uma violação daquilo que se compreende como padrão mínimo do Plano de Ação BEPS. A reserva que a alínea “b” do parágrafo 15 autoriza – e ressalte-se, aqui não estamos criticando a OCDE em si, mas sim o texto objetivo do MLI que a OCDE confeccionou – parece recuar, não avançar as jurisdições do *Inclusive Framework* no cumprimento do objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional. Por último, é importante destacar que o sistema de *peer review* da Ação 6, sobre o qual trataremos mais adiante no Capítulo 4, não será necessariamente apto a identificar essa reserva como “violadora” do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. A uma, porque essa reserva é permitida pelo próprio texto do MLI – ou seja, aqui não se trata de uma conduta unilateral de um grupo de jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*, e sim uma conduta textualmente permitida pelo instrumento criado pela OCDE. A duas, porque sem a eleição de parâmetros jurisprudenciais que assegurem que o padrão mínimo está sendo aplicado de maneira *harmonizada* em todo o mundo, a aferição de se dada norma antielusiva, reservada sob o artigo 7º, parágrafo 15, alínea “b”, do MLI, cumpre ou não cumpre com o padrão mínimo da Ação 6, torna-se desafiadora (diante da disparidade entre textos dentro de variados ADTs, cada tribunal local poderá julgar casos de elusão tributária conforme suas próprias convicções, ampliando os efeitos das assimetrias). O que podemos dizer no momento é que essa alínea “b” representa uma complicação intrínseca ao padrão mínimo da Ação 6, já que chancela uma avaliação unilateral sobre o “cumprimento equivalente” com a norma prevista no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI.⁹⁶⁴

pelo contrário, foi notificar a OCDE sob o artigo 7º, parágrafo 17, alínea “a”, de que o ADT com a Alemanha não estava sujeito a uma reserva sob o artigo 7º, parágrafo 15, alínea “b”, do MLI (ou seja, a posição manifestada pela China foi a de emendar o ADT com a Alemanha para nele inserir uma cláusula de PPT).

⁹⁶³ Vide, com o texto original do ADT em alemão: ALEMANHA. *Abkommen vom 28. März 2014 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen*. Celebrado em 28 de março de 2014. p. 1665. Disponível em: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Staatenbezogene_Informationen/Laender_A_Z/China/2015-12-29-China-Abkommen-DBA.html. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁹⁶⁴ A nossa posição é compartilhada por Bravo. Diz a autora: “Ideally, reservations would be allowed only in cases in which it can be a priori determined that if states do not ratify the provisions this will not create new opportunities for BEPS practices. Reservations to the provisions that reflect minimum standards should thus not be allowed. [...] [I]t seems that only the consistent implementation of the BEPS tax treaty output will avoid further distortions to the international tax playing field and, thus, avoid the creation of new disparities, which could be used for aggressive tax planning” (BRAVO, Nathalie. *The Multilateral Instrument and its*

A alínea “c” do parágrafo 15 também é preocupante, já que ela cumpre exatamente a mesma função da alínea “b”, porém com o enfoque voltado para a cláusula de LOB. O Chile é um exemplo de jurisdição que optou por essa reserva em relação a quatro de seus ADTs: os ADTs celebrados com a Argentina, com a China, com os Estados Unidos e com o Uruguai.⁹⁶⁵ É importante notar que esses ADTs contêm cláusulas de LOB diferentes entre si, mas a OCDE permitiu no MLI que essas cláusulas fossem mantidas em ADTs pós-BEPS mesmo assim. Feita a ressalva de que a alínea “b” trata da cláusula de PPT, que doutra forma deve ser adotada pelas jurisdições signatárias, e de que a alínea “c” trata da cláusula de LOB, que pode ou não compor os ADTs pós-BEPS segundo o padrão mínimo da Ação 6, a nossa crítica com relação àquela reserva é também aplicável a esta. As reservas autorizadas pelas alíneas “b” e “c” do artigo 7º, parágrafo 15, do MLI, trazem uma “flexibilidade” ao instrumento da OCDE que termina por comprometer a sua eficácia no atingimento do objetivo coletivo de Justiça Fiscal.

O parágrafo 16 apresenta um último dispositivo controverso na estrutura do artigo 7º do MLI. Em suma, esse parágrafo diz que, a não ser que o artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI, seja aplicável, se uma jurisdição signatária escolher aplicar a cláusula de LOB do MLI a um ADT coberto e a outra jurisdição não fizer a mesma escolha, a primeira jurisdição poderá fazer uma reserva para que *todo o artigo 7º* não se aplique a esse ADT coberto.⁹⁶⁶ Ou seja, diante da incompatibilidade de posições assumidas pelas jurisdições signatárias, a OCDE permite que o artigo 7º por inteiro, incluindo o seu parágrafo 1º (que apresenta a cláusula de PPT), não seja aplicado ao ADT coberto. Isso a princípio autoriza que as jurisdições relevantes persigam uma solução própria para enfrentar a elusão tributária internacional, mas o final do parágrafo 16 diz que essas jurisdições devem envidar esforços para chegar a uma solução que seja mutuamente satisfatória e que cumpra com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.⁹⁶⁷ Aqui traçamos a diferença entre as alíneas “b” e “c” do parágrafo 15 e o parágrafo 16: naquelas alíneas, a OCDE essencialmente endossou a possibilidade de que

Relationship with Tax Treaties cit., p. 294-295). Aqui também cabe a crítica feita por Antón no sentido de que as “reservas” do MLI são diferentes das reservas de que tratam os artigos 19 a 23 da CVDT. Para o autor, essas “reservas” do MLI se distanciam das “exceções menores” (no inglês, *minor exceptions*) que as reservas tratadas pela CVDT representam em relação a acordos internacionais. Vide: ANTÓN, Ricardo García. Untangling the Role of Reservations in the OECD Multilateral Instrument: The OECD Legal Hybrids. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 71, nº 10, p. 8-9, 2017.

⁹⁶⁵ Vide: OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., “The Republic of Chile”, p. 11-12.

⁹⁶⁶ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 13.

⁹⁶⁷ Idem, *ibidem*.

jurisdições que assinaram o MLI decidam por não aderir à cláusula de PPT ou à cláusula de LOB, se avaliarem que dados ADTs cobertos de sua rede já contêm normas antielusivas semelhantes. Já quanto ao parágrafo 16, a OCDE deixa a (importante) ressalva de que as jurisdições deverão buscar uma solução que lhes satisfaça e que, ao mesmo tempo, cumpra com o padrão mínimo.⁹⁶⁸

Para encerrar este item, devemos tratar pontualmente do parágrafo 17, o qual apresenta para as jurisdições signatárias as diferentes espécies de notificações que a OCDE espera em relação ao artigo 7º do MLI. Suas alíneas explicam as notificações sobre a cláusula de PPT (a alínea “a”), sobre a cláusula de alívio discricionário sob pedido (a alínea “b”), sobre a cláusula de LOB (a alínea “c”) e sobre a aplicação do artigo 7º, parágrafo 7º (a alínea “d”). Além disso, o parágrafo 17 afirma que, feitas as notificações sobre a cláusula de LOB, essa cláusula substituirá o dispositivo equivalente no ADT coberto.⁹⁶⁹

3.5 A regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo: um padrão mínimo ocasional em ADTs

De modo geral, arranjos de financiamento através de empresas-veículo são aqueles que utilizam uma empresa em uma jurisdição intermediária (a jurisdição que assinou o ADT com a jurisdição de fonte) para financiar projetos ou emprestar recursos, submetendo os juros correspondentes a benefícios típicos de um ADT, como por exemplo os benefícios do artigo 11 da Convenção-Modelo da OCDE (e da ONU). No Relatório Final da Ação 6, a OCDE traz vários exemplos desses tipos de arranjos (no inglês, *conduit arrangements* ou *conduit financing arrangements*). Vejamos dois desses exemplos a seguir, com ajustes textuais para fins didáticos e em tradução livre para o português:

⁹⁶⁸ Na Declaração Explanatória sobre o MLI, a OCDE chega a dizer expressamente que, aplicada a reserva do parágrafo 16 do artigo 7º, o assunto passa a ser decidido através de negociações bilaterais. Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 29. Toda a discussão desse subitem 3.4.5 passa ao largo de uma outra discussão igualmente relevante, trazida por Kleist, que é a insegurança jurídica causada pela multiplicidade de alternativas de reservas em relação ao texto do MLI. O autor, no entanto, não comenta com detalhes as assimetrias que poderão surgir com a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS conforme trazido pelo MLI. Vide: KLEIST, David. *The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 47.

⁹⁶⁹ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 13-14.

- No Exemplo A, a companhia aberta RCO, residente do Estado R, titulariza todas as ações da companhia FCO, residente do Estado F. TCO, companhia residente do Estado T, que não possui um ADT em vigor com o Estado F, deseja adquirir uma participação minoritária em FCO, mas acredita a alíquota interna do tributo retido na fonte sobre dividendos exigida pelo Estado F tornaria o investimento inviável. RCO propõe que, em vez disso, FCO emita para RCO ações preferenciais com um retorno de 4% mais um retorno contingente de 20% dos lucros de FCO. O termo das ações preferenciais é de 20 anos. TCO celebrará um contrato paralelo com RCO segundo o qual TCO se compromete a pagar a RCO um montante igual ao preço de emissão das ações preferenciais e receberá de RCO depois de 20 anos o preço de resgate dessas ações. Durante os 20 anos, RCO pagará a TCO o valor de 3,75% do preço de emissão, mais 20% dos lucros líquidos de FCO. Segundo a OCDE, esse é um arranjo de financiamento que usa RCO como “empresa-veículo” – a razão de interpor RCO nesse arranjo foi obter o benefício de redução da alíquota de dividendos que só se aplica a RCO porque RCO é residente do Estado R, signatário de um ADT com o Estado F.⁹⁷⁰
- No Exemplo B, FCO, uma companhia residente do Estado F, emitiu apenas uma classe de ações que é 100% titularizada por RCO, uma companhia residente de um Estado R. RCO também emitiu apenas uma classe de ações, e todas as ações dessa classe são titularizadas por TCO, uma companhia residente do Estado T. T não possui um ADT em vigor com F. RCO produz componentes eletrônicos e FCO é a distribuidora exclusiva desses produtos no Estado F. Como RCO está engajado na “conduta ativa de negócios” no Estado R, e como essa conduta ativa de negócios é substancial em relação à atividade ocorrida no Estado F, RCO cumprirá com a cláusula de LOB e fará jus aos benefícios correspondentes do ADT. Segundo a OCDE, esse exemplo se refere a uma operação comercial normal (o pagamento de dividendos de FCO para RCO é uma transação empresarial normal). Só a eventual prova de que “um dos principais propósitos” dessa estrutura foi propiciar um fluxo de

⁹⁷⁰ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 66.

dividendos abrigados por benefícios do ADT entre F e R a caracterizaria como um arranjo de financiamento através de uma empresa-veículo.⁹⁷¹

O Exemplo A da OCDE demonstra que arranjos de financiamento com “empresas-veículo” podem apresentar às autoridades fiscais das jurisdições signatárias do MLI algum grau de sofisticação, motivo ainda maior para que sejam tratados por alguma norma antielusiva. Como é evidente, a cláusula de PPT já seria capaz de enfrentar esse tipo de estratégia com o seu texto, mas a premissa da referência a uma regra para enfrentar esses arranjos é que as jurisdições não quiseram acrescentar aos seus ADTs uma cláusula de PPT. Ou seja, contam apenas com regras como aquelas que trouxemos nos parágrafos 9º, 10 e 11 do artigo 7º do MLI. Retornando ao Exemplo A, presume-se que o fato de RCO ser uma companhia aberta já a tornará “residente qualificada”, *ex vi* da regra constante da alínea “c” do parágrafo 9º do artigo 7º do MLI, razão pela qual o Estado F deverá conceder a si os benefícios do ADT entre F e R. Por isso mesmo é que a OCDE insiste que as jurisdições que não consentirem com a adoção da cláusula de PPT deverão se valer de alguma norma vocacionada a tratar especificamente desses arranjos de financiamento usando “empresas-veículo”.⁹⁷²

Dito isso, nota-se que a regra para combater arranjos de financiamento através de empresas-veículo não consta do MLI. É citada como um padrão mínimo a ser adotado por aquelas jurisdições que preferirem incorporar aos seus ADTs a cláusula de LOB sem o adendo da cláusula de PPT.⁹⁷³ No entanto, a própria OCDE reconhece no Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS que a regra pode ser incorporada à legislação interna das jurisdições signatárias, ou pode ser ainda promovida por construção jurisprudencial (no inglês, *judicial doctrine*).⁹⁷⁴ Por esse motivo, como não há previsão expressa de que essa regra deva constar dos ADTs de jurisdições participantes do *Inclusive Framework*,

⁹⁷¹ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 66.

⁹⁷² Durante as discussões da OCDE para a elaboração de propostas no âmbito da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, surgiu a ideia de propor uma norma antielusiva para ADTs que fosse uma espécie de “cláusula de PPT específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo” (ou seja, uma norma que incorporasse o padrão de uma cláusula de PPT a ADTs, mas com o escopo delimitado para esse tipo de estrutura). Enquanto norma convencional, essa cláusula não foi proposta como um padrão mínimo no Relatório Final da Ação 6. Vide, com detalhes sobre essa discussão: OCDE. *Public Discussion Draft – Follow-Up Work on BEPS Action 6: Preventing Treaty Abuse*. Paris: OCDE, 2014. p. 12. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/discussion-draft-action-6-follow-up-prevent-treaty-abuse.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

⁹⁷³ *Idem*, p. 19.

⁹⁷⁴ *Idem*, p. 65.

consideramos que ela é um padrão mínimo ocasional em ADTs – se uma regra com esse intuito específico for identificada entre os ADTs analisados no Capítulo 4, *infra*, a ressaltaremos, mas a sua análise em maiores detalhes foge ao escopo do nosso trabalho.

3.6 As normas antielusivas para ADTs enquanto padrão mínimo e os objetivos coletivos de Coordenação Fiscal Internacional e Justiça Fiscal

Queremos neste item 3.6 posicionar as normas antielusivas para ADTs que foram estabelecidas como padrão-mínimo do Plano de Ação BEPS no objetivo coletivo de Coordenação Fiscal Internacional, ínsito que é à Política Fiscal Internacional que vivemos nos dias de hoje. Queremos também comentar se o padrão mínimo proposto pela OCDE, da forma que foi proposto, direciona mesmo esse esforço coordenativo para a promoção de Justiça Fiscal, fim último do Plano de Ação BEPS.

Voltemos àquilo que foi comentado no subitem 2.4.1 sobre a tríade formativa dos rumos da Política Fiscal Internacional nesta primeira metade do século XXI: Cooperação, Coordenação Fiscal Internacional e Justiça Fiscal. Tenham todas as jurisdições assinado o MLI ou não, fato é que, quanto aos padrões mínimos do Plano de Ação BEPS, elas não só *cooperaram* umas com as outras (para que os padrões mínimos fossem promovidos), como ainda se comprometeram a *coordenar* suas normas com o fito de atingir um objetivo coletivo em comum: no inglês, *fairness*, a própria Justiça Fiscal. Essa assertiva prevalece mesmo que consideremos a posição de algumas jurisdições em relação aos resultados do Plano de Ação BEPS, como, por exemplo, os Estados Unidos na sua capacidade de Estado-membro da OCDE,⁹⁷⁵ e o Brasil na condição de *key partner* da Organização e membro do *Inclusive*

⁹⁷⁵ Como se sabe, durante os trabalhos do Plano de Ação BEPS, os Estados Unidos defenderam a sua posição de não adotar em seus ADTs a cláusula de PPT, mantendo em seus ADTs a tradicional cláusula de LOB como forma de garantir maior segurança jurídica às operações de sujeitos passivos no âmbito internacional. É digno de nota que os Estados Unidos já tenham tido uma experiência prévia com a cláusula de PPT na versão da sua Convenção-Modelo de 1981, embora o dispositivo tenha sido suprimido a partir da versão de 1996. A respeito da oposição norte-americana à cláusula de PPT da Ação 6, vide: PARILLO, Kristen A. Robert Stack – BEPS and the United States. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 76, p. 1055-1056, 2014. Sobre o histórico das normas antielusivas na Convenção-Modelo norte-americana, vide: PETUTSCHNIG, Matthias. Common Consolidated Corporate Tax Base and Limitation on Benefits Clauses. *British Tax Review*, Londres: Sweet & Maxwell, n° 1, p. 74-75, 2018. Mas as razões que levaram os Estados Unidos a não assinar o MLI não incluem a oposição à cláusula de PPT, porque, como vimos, uma das opções de cumprimento com o padrão mínimo era a adoção de uma cláusula de LOB com uma regra de enfrentamento aos *conduit financing arrangements*, que foi a alternativa por eles seguida. Vide: VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. BEPS Principal Purpose Test and Customary International Law. *Leiden Journal of International Law*, Leiden: Leiden University, v. 33, n° 3, p. 757, 2020. Segundo reportagem de Stephanie Soong-Johnston, as objeções dos Estados Unidos ao MLI foram de caráter negocial: sua percepção foi a de que a assinatura do MLI implicaria a concessão de benefícios a jurisdições

Framework.⁹⁷⁶ Ambos deixaram de assinar o MLI, mas se comprometeram com os padrões mínimos do Plano de Ação BEPS ainda assim, e evidência disso está na celebração de novos ADTs por parte do Brasil, alguns deles já supracitados. Daí podermos concluir que, mesmo que essas jurisdições não tenham assinado o MLI, e mesmo que a formalização do padrão mínimo da Ação 6 esteja no MLI, Estados Unidos e Brasil se comprometeram com esse conteúdo do MLI (i.e., o artigo 7º, com as suas diferentes vias de implementação) nas suas futuras negociações bilaterais. Regressando ao *Inclusive Framework*, portanto, quer as jurisdições que o compõem tenham assinado o MLI, quer não tenham, fato é que cooperaram para coordenar, e coordenaram (ou optaram pela Coordenação Fiscal Internacional) em prol da Justiça Fiscal.

Dito tudo isso, é patente que as duas pilastras da tríade citada não garantem que a terceira será produzida, pelo menos não no contexto do padrão mínimo do Plano de Ação BEPS da OCDE. Que o *Inclusive Framework* cooperou com a OCDE para a formalização dessas normas antielusivas para ADTs pós-BEPS, disso não há dúvida. Que se dispôs ainda a coordenar essas normas internamente para suportar “algum nível” de combate às práticas de elusão tributária internacional, isso também não questionamos. O que afirmamos é que a Coordenação Fiscal Internacional em torno do padrão mínimo do Plano de Ação BEPS na Ação 6 não parece ser capaz de propiciar Justiça Fiscal, e isso se explica pelas observações que fizemos a respeito do artigo 7º do MLI. O dispositivo contém as já citadas *alternativas* de cumprimento com o padrão mínimo, o que de partida quer dizer que dois ADTs distintos poderão simultaneamente cumprir com o padrão mínimo e dar causa à resolução de conflitos sobre elusão tributária internacional de maneiras diferentes, porque as suas escolhas políticas dentro do padrão mínimo foram diferentes. O dispositivo ainda permite que uma jurisdição signatária diga, ela própria, que o padrão mínimo já se aplica a alguns de seus ADTs, situação na qual (i) ou a jurisdição não os lista como ADTs cobertos, porque nada a obriga, (ii) ou a jurisdição os lista como ADTs cobertos, mas apresenta uma reserva para a OCDE, seja nos

signatárias de seus ADTs sem contrapartidas favoráveis aos interesses norte-americanos. Vide: SOONG-JOHNSTON, Stephanie. OECD Unlikely to Release Draft Multilateral Instrument. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 82, p. 1037-1038, 2016.

⁹⁷⁶ O Brasil deixou de assinar o MLI assim como os Estados Unidos, mas suas motivações para não assinar foram distintas. Ramon Tomazela Santos reporta que a ausência do Brasil na cerimônia de assinatura do MLI foi decorrente da percepção por parte das autoridades fiscais brasileiras de que a implementação do MLI no Direito pátrio seria complexa – a estrutura do MLI poderia gerar longas discussões no Congresso Nacional e isso poderia atrasar a adoção das normas propostas pela OCDE nos ADTs brasileiros. Vide: SANTOS, Ramon Tomazela. *Brazil's absence from the Multilateral BEPS Convention and the new amending protocol signed between Brazil and Argentina* cit.

termos do artigo 7º, parágrafo 15, alínea “a” ou alínea “b”. Nada disso pode ser devidamente enfrentado pela OCDE no sistema de *peer review* de que trataremos no Capítulo 4, porque a realidade é que as jurisdições que optam por alternativas diferentes de cumprir com o padrão mínimo ou fazem reservas no MLI *estão aderindo ao padrão mínimo* da forma que ele foi proposto pela OCDE. E essa forma, intimamente coordenativa, peca na concretização de um objetivo coletivo de Justiça Fiscal, porque gera assimetrias que poderão ser exploradas por sujeitos passivos transnacionais para (assim como já o faziam antes do Plano de Ação BEPS) se engajar em práticas não de *treaty shopping*, mas sim de “*BEPS implementation shopping*” (numa tradução explicada para o português, a “escolha de ADTs segundo a forma como as suas jurisdições signatárias implementaram o Plano de Ação BEPS”).

Para além dessas considerações, o problema se agiganta quando pensamos ainda nos ADTs celebrados após a assinatura do MLI por parte de diversas jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*, porque nessa arena essas jurisdições estão numa posição similar à posição do Brasil e dos Estados Unidos. Para esses novos ADTs, o MLI passa a ser apenas uma influência, o símbolo de um compromisso político, mas não um “acordo sobre acordos” propriamente dito. Como o MLI não firmou ele mesmo uma única via de cumprimento com o padrão mínimo, que autoridade (mesmo política) a OCDE teria para exigir que jurisdições no ambiente pós-BEPS adotassem em seus ADTs apenas a cláusula de PPT, ou a cláusula de PPT com a cláusula de LOB, enfim? Não teria autoridade alguma. Também não poderia a OCDE exigir que o padrão mínimo fosse inserido em ADTs pós-BEPS no preciso formato que ele teve e tem no MLI, e isso ficará mais bem demonstrado no Capítulo 4, a seguir, no qual trataremos daquilo que chamamos implementação “revisada” do padrão mínimo em ADTs pós-BEPS (e.g., convivendo com recursos à legislação interna ou remissas textuais a termos estranhos ao padrão mínimo, como a “boa-fé”). Poder-se-ia sustentar aqui que essa distinção textual é irrelevante, porque o fim é o mesmo de enfrentar práticas elusivas, mas esse argumento já foi refutado por nós no subitem 1.2.6, *supra*. Novamente, a Coordenação Fiscal Internacional aqui suposta não se apresenta como uma garantia suficiente de condução das jurisdições do *Inclusive Framework* ao objetivo coletivo de Justiça Fiscal.

3.7 As normas antielusivas para ADTs enquanto padrão mínimo e os objetivos coletivos de Harmonização Fiscal Internacional e Justiça Fiscal

À luz dos comentários que fizemos no item anterior, não é surpresa que digamos neste item que a tríade formativa dos rumos da Política Fiscal Internacional nesta primeira

metade do século XXI deve, *em relação às normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 para ADTs pós-BEPS*, deixar de se traduzir em Cooperação, em Coordenação Fiscal Internacional e em ambos como promotores da Justiça Fiscal, para se traduzir em Cooperação e em Harmonização Fiscal Internacional para promover essa Justiça Fiscal. Essa posição que adotamos é ancorada naquilo que foi dito sobre a Harmonização Fiscal Internacional no subitem 2.3.2.7: a Harmonização não se contenta com a ciência de que as jurisdições que compõem o *Inclusive Framework* do Plano de Ação BEPS da OCDE editaram normas antielusivas em seus ADTs. Ela exige que o arranjo que seja elusivo sob uma norma X seja igualmente elusivo sob uma norma Y, impedindo com isso que sujeitos passivos quaisquer se aproveitem de assimetrias para frustrar a consecução da Justiça Fiscal.

Essa “nova” tríade formativa da Política Fiscal Internacional vocacionada para a implementação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS é resultado de uma percepção nossa sobre o trabalho desenvolvido pela OCDE. Com efeito, nem a OCDE, nem tampouco o *Inclusive Framework*, se conjugaram para produzir resultados no Plano de Ação BEPS com essa tríade em mente (e afirmamos isso à luz de toda a exploração do Plano de Ação BEPS neste Capítulo 3). Essencialmente, ao tratarmos da opção pela Harmonização Fiscal Internacional como uma via mais adequada, nosso intuito é aprimorar a aplicação das normas antielusivas recomendadas pela OCDE na Ação 6: queremos que convirjam para um estado de igualdade, de uniformização nos anos vindouros.

Esse desafio próprio da Harmonização Fiscal Internacional parece à primeira vista impossível. Não há como harmonizar os textos das normas antielusivas em ADTs: basta ver a estrutura do padrão mínimo da Ação 6 para compreender que essa uniformização das próprias normas é politicamente utópica. Também não há como garantir que as autoridades fiscais que participaram direta ou indiretamente da elaboração do Plano de Ação BEPS serão capazes de promover essa convergência para uma “uniformidade de aplicação” do padrão mínimo da Ação 6: essas autoridades influenciaram as escolhas das jurisdições do *Inclusive Framework* quanto à forma de implementar o padrão mínimo em cada ADT. Se optaram por uma norma em detrimento da outra, presume-se que querem que a elusão tributária em seus ADTs seja combatida pela primeira, nos termos da primeira, e não pela última. Todas essas posições políticas serão evidenciadas pela análise do Capítulo 4, mas isso deixa a pergunta: qual seria o espaço político para a inserção da Harmonização Fiscal Internacional dentro da tríade formativa que citamos? Onde essa Harmonização poderia gerar o fruto, propiciar esse objetivo coletivo que buscamos de Justiça Fiscal?

Como ficará bem constatado no Capítulo 4, e em linha com a nossa proposta no Capítulo 5, *infra*, a única saída politicamente viável que enxergamos para a busca dessa Harmonização Fiscal Internacional mora na interpretação do padrão mínimo pelos tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*. Acreditamos na vocação do Poder Judiciário de cada jurisdição (ou do Poder Executivo desempenhando a função judicante) de vergar o texto frio da norma antielusiva à perseguição de Justiça Fiscal. Acreditamos ainda que esses julgadores, se inseridos de alguma forma no processo de implementação mundial do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, poderão incentivar a si mesmos e ainda a outros julgadores a que sigam determinadas diretrizes, linhas-mestras de interpretação dos termos empregados pela OCDE no desenho das normas antielusivas contidas no artigo 7º do MLI (ainda que essas linhas-mestras tenham que conviver com ressalvas feitas às reservas ou às revisões promovidas por dadas jurisdições quanto ao conteúdo desse dispositivo). Poder-se-ia dizer em relação a esse raciocínio que os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE, ou mesmo o Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS ou a Declaração Explanatória do MLI, poderiam fazer e fazem esse trabalho de “convergir”, de guiar as jurisdições para o caminho uniformizado de aplicação do padrão mínimo. Sim, a função desses documentos é essa, mas todos carecem de um déficit de legitimidade política: são gestados e promovidos por grupos de especialistas sob a liderança de uma Organização equidistante. São acordados pelos representantes do Poder Executivo das jurisdições do *Inclusive Framework* (ou nem o são, considerando as possibilidades de reserva ou oposição aos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE) através de *consenso*, não através de voto individual. São estabelecidos sem a participação daqueles que dirão a última palavra sobre como o Brasil, a China, a Índia, o Canadá, os Estados Unidos e outras tantas jurisdições efetivamente implementarão na sua rede de ADTs o padrão mínimo da Ação 6, e por isso mesmo sonégam desses atores políticos a contribuição que poderiam trazer para a promoção de Justiça Fiscal. Por isso, concluímos que são documentos menos dignos dessa função do que *os próprios precedentes* gerados por tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework* a respeito das normas antielusivas nos ADTs pós-BEPS. É com amparo na seleção participativa desses precedentes, como se verá no Capítulo 5, que estabeleceremos a nossa proposta de Harmonização Fiscal Internacional.

4 A IMPLEMENTAÇÃO EM ADTS DE NORMAS ANTIELUSIVAS DEFINIDAS COMO PADRÃO MÍNIMO PELO PLANO DE AÇÃO BEPS

No Capítulo 1 desta tese, tratamos do fenômeno da elusão tributária e das normas antielusivas que dele cuidam. No Capítulo 2, discorremos sobre Política Fiscal Internacional e posicionamos em seu âmbito as normas antielusivas internacionais, aquelas que definimos para os fins deste estudo como normas antielusivas inseridas em ADTs. Por sua vez, no Capítulo 3 tratamos do produto dessa confluência entre o fenômeno da elusão tributária internacional, as normas antielusivas e a Política Fiscal Internacional, a saber, o já conhecido Plano de Ação BEPS da OCDE. Foi no Capítulo 3, ainda, que tratamos da Ação 6 e também do seu padrão mínimo para enfrentar a elusão tributária internacional: o preâmbulo a ser incorporado a ADTs e as cláusulas de PPT, de LOB e PPT ou de LOB com a adoção de uma regra específica para arranjos de financiamento por meio de empresas-veículo. Como visto, esse padrão mínimo consta dos artigos 6º e 7º do MLI (sendo relevante para a nossa Tese apenas o padrão mínimo contido no artigo 7º do MLI), embora a própria OCDE reconheça a possibilidade de que o padrão mínimo seja adotado em negociações bilaterais, segundo a conveniência das jurisdições interessadas.

Este Capítulo 4 se preocupa não com o padrão mínimo lançado pela OCDE em seu Plano de Ação BEPS, mas sim com a forma como esse padrão mínimo foi implementado por jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* em seus ADTs, particularmente no tocante às normas antielusivas internacionais. Como assinalado na Introdução a este estudo, nosso enfoque neste Capítulo 4 será direcionado para os chamados “ADTs pós-BEPS”, um grupo bastante abrangente de acordos internacionais que compreende os ADTs preexistentes de jurisdições signatárias do MLI (cobertos e alterados e ainda os não cobertos, desde que tenham sido alterados bilateralmente), os ADTs de jurisdições signatárias do MLI celebrados após 7 de junho de 2017 e ainda os ADTs de jurisdições não signatárias do MLI, mas integrantes do *Inclusive Framework*, desde que emendados ou celebrados após 07 de junho de 2017.

Dividiremos este Capítulo 4 em quatro itens diferentes. No item 4.1, trataremos exemplificativamente de como o próprio padrão mínimo proposto pela OCDE em decorrência da Ação 6 do Plano de Ação BEPS já propicia assimetrias em ADTs de jurisdições do *Inclusive Framework*, o que as poderá conduzir para o tratamento de casos de elusão

tributária internacional de maneiras diferentes. No item 4.2, trataremos das assimetrias causadas pela implementação reservada ou revisada desse padrão mínimo em ADTs pós-BEPS, sejam essas assimetrias autorizadas pelo MLI, sejam posteriores ao MLI ou geradas por aquelas jurisdições do *Inclusive Framework* que não assinaram o MLI. No item 4.3, trataremos das assimetrias que podem surgir na aplicação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs, seja o original, seja o reservado ou “revisado”, graças ao que chamamos de “fatores exógenos” às normas antielusivas em ADTs (particularidades linguísticas, de normas antielusivas internas e internacionais, porém regionais, e de jurisprudência pregressa sobre práticas elusivas), fatores esses que podem ser identificados em jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*. Por último, no item 4.4, trataremos do sistema de *peer review* da OCDE, criado para assegurar que os padrões mínimos do Plano de Ação BEPS serão implementados pelas jurisdições do *Inclusive Framework*. Neste último item, daremos atenção especial às limitações do sistema de *peer review* da OCDE referente à Ação 6 do Plano de Ação BEPS, e é com amparo nessas limitações que nós poderemos apresentar a nossa proposta de Harmonização Fiscal Internacional no Capítulo 5 desta tese.

4.1 Possíveis incompatibilidades na aplicação de normas antielusivas do Plano de Ação BEPS propostas como padrão mínimo para ADTs

Neste item, trataremos primeiramente um sumário sobre a implementação de normas antielusivas em ADTs pós-BEPS (i.e., de normas antielusivas propostas pela OCDE na Ação 6 do seu Plano de Ação BEPS em ADTs de jurisdições signatárias e não signatárias do MLI, mas integrantes do *Inclusive Framework*). Nosso intuito é identificar exemplos de jurisdições que optaram por adotar cláusulas de PPT em seus ADTs, de outras que optaram por cláusulas simplificadas (ou detalhadas) de LOB, supostamente mediante a introdução paralela de uma regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo, e ainda de outras que optaram pela combinação de cláusulas de LOB e de PPT. Em seguida, ainda neste item, trataremos exemplos de como o confronto entre as cláusulas implementadas de LOB e/ou de PPT, em algumas de suas variadas configurações reconhecidas pela OCDE, poderá conduzir diferentes jurisdições à resolução de atos possivelmente qualificáveis como “elusão tributária internacional” de maneiras diferentes. Vejamos essas observações nos itens a seguir.

4.1.1 A opção pela implementação sem reservas ou revisões de normas antielusivas definidas como padrão mínimo pelo Plano de Ação BEPS em ADTs

Com a expressão “implementação sem reservas ou revisões”, queremos indicar aqueles casos em que jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* do Plano de Ação BEPS optaram por implementar afirmativamente em seus ADTs (ainda que não em todos os seus ADTs)⁹⁷⁷ o próprio padrão mínimo da Ação 6: a cláusula de PPT, a cláusula de LOB com a regra para arranjos de financiamento através de empresas-veículo, ou a cláusula de LOB aliada à cláusula de PPT. Aqui adotaremos como referencial as posições que foram formalizadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* para a OCDE, disponíveis em seu sítio eletrônico.⁹⁷⁸

Afora a União Europeia, o G20 é um grupo atualmente composto pelos seguintes Estados soberanos: 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 e Turquia.⁹⁷⁹ Dos Estados soberanos que compõem o G20 em seu próprio nome, apenas o Brasil e os Estados Unidos optaram por não assinar o MLI, o que não implica que não tenham adotado cláusulas previstas no MLI através de alternativas bilaterais. Se nós adicionarmos à lista de membros do G20 também os membros individuais da União Europeia (não contemplados como membros individuais do próprio G20), serão mais vinte e quatro Estados soberanos: Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, Grécia, Hungria, Irlanda, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, República Tcheca,

⁹⁷⁷ A OCDE esclarece no documento que estabeleceu o processo de implementação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS que é preciso distinguir de “casos de não cumprimento do padrão mínimo” aqueles casos nos quais (a) jurisdições não chegam a um acordo sobre a alternativa de padrão mínimo que deve ser adotada em um ADT específico, (b) uma jurisdição não aceita assinar um novo ADT com uma outra jurisdição, e (c) uma jurisdição e a outra aceitam emendar um ADT de acordo com algum padrão mínimo, mas demoram a concluir as negociações e ratificar o protocolo necessário. Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents*. Paris: OCDE, 2017. p. 13. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-6-preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstance-peer-review-documents.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020. A “implementação sem reservas ou revisões” de que tratamos é a implementação afirmativa do padrão mínimo conforme ele tenha sido proposto pela OCDE.

⁹⁷⁸ Vide: OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit.

⁹⁷⁹ Vide: G20. *G20 Participants*. 2020. Disponível em: <https://g20.org/en/about/Pages/Participants.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Romênia e Suécia.⁹⁸⁰ Todos eles, sem exceção, são partes signatárias do MLI, ainda que alguns não o tenham ratificado até a data de conclusão desta tese.

Incluindo o Brasil e os Estados Unidos, e somando os Estados-membros da União Europeia, as posições assumidas pelo G20 em relação ao padrão mínimo da Ação 6 no artigo 7º do MLI, sejam elas conhecidas formalmente através do MLI (para os signatários), sejam elas inferidas através de declarações próprias ou de iniciativas bilaterais (para o Brasil e para os Estados Unidos), estão descritas na Tabela 1 a seguir. A Tabela 1 apresenta a via eleita para implementação do padrão mínimo para ADTs existentes (se através do MLI ou se bilateral), o próprio padrão mínimo escolhido individualmente pela jurisdição, a opção “sim” ou “não” para o alívio discricionário do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI e a opção “sim” ou “não” para a concordância com a adoção de uma cláusula de LOB assimétrica sob o artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI. Vejamos:

Tabela 1 – Estados-membros do G20 e União Europeia e suas posições, formais ou inferidas, sobre o padrão mínimo do Plano de Ação BEPS no artigo 7º do MLI⁹⁸¹

| Jurisdição | MLI ou via bilateral | Padrão mínimo escolhido do Art. 7º do MLI | Alívio discricionário sob pedido do Art. 7º, § 4º, do MLI | Medida para LOB assimétrico no Art. 7º, § 7º do MLI |
|----------------|----------------------|---|---|---|
| África do Sul | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Alemanha | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Arábia Saudita | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Argentina | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Austrália | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Áustria | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Bélgica | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Brasil | Bilateral | LOB e PPT | Não | Inaplicável |

⁹⁸⁰ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Countries*. 2020. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁹⁸¹ Vide: OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., “The Republic of South Africa”, p. 27, “Federal Republic of Germany”, p. 17, “The Kingdom of Saudi Arabia”, p. 23, “Argentine Republic”, p. 11, “Australia”, p. 15, “Republic of Austria”, p. 14, “Kingdom of Belgium”, p. 26-27, “Republic of Bulgaria”, p. 21, “Canada”, p. 22-23, “People’s Republic of China”, p. 26-27, “Republic of Cyprus”, p. 19, “Republic of Korea”, p. 18, “Republic of Croatia”, p. 20, “The Kingdom of Denmark”, p. 20-21, “Slovak Republic”, p. 19, “Republic of Slovenia”, p. 17, “The Kingdom of Spain”, p. 37-38, “Republic of Estonia”, “The Republic of Finland”, p. 20, “France”, p. 31, “Hellenic Republic”, p. 18, “Hungary”, p. 21, “India”, p. 24-25, “The Republic of Indonesia”, p. 15, “Ireland”, p. 22, “Italy”, p. 25-27, “Japan”, p. 12-23, “The Republic of Latvia”, “Republic of Lithuania”, p. 13-14, “Grand-Duché de Luxembourg”, p. 43-44, “Malta”, p. 21, “United Mexican States”, p. 20-22, “The Netherlands”, p. 27, “Republic of Poland”, p. 22, “The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland”, p. 37-40, “Czech Republic”, p. 19, “Romania”, p. 30, “Russian Federation”, p. 23, “The Kingdom of Sweden”, p. 14, “The Republic of Turkey”, p. 22.

| Jurisdicção | MLI ou via bilateral | Padrão mínimo escolhido do Art. 7º do MLI | Alívio discricionário sob pedido do Art. 7º, § 4º, do MLI | Medida para LOB assimétrico no Art. 7º, § 7º do MLI |
|-----------------------|-----------------------------|--|--|--|
| Bulgária | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Canadá | MLI | PPT temporário | Não | Nenhuma |
| China | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Chipre ⁹⁸² | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Coreia do Sul | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Croácia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Dinamarca | MLI | PPT | Não | LOB mútuo |
| Eslováquia | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Eslovênia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Espanha | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Estados Unidos | Bilateral | LOB e regra interna | Não | Inaplicável |
| Estônia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Finlândia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| França | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Grécia | MLI | PPT | Não | LOB assimétrico |
| Hungria | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Índia | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Indonésia | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Irlanda | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Itália | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Japão | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Letônia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Lituânia | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Luxemburgo | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Malta | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| México | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Países Baixos | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Polônia | MLI | PPT temporário | Não | Nenhuma |
| Portugal | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Reino Unido | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Rep. Tcheca | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Romênia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Rússia | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |

⁹⁸² Embora o Chipre não componha a lista de jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*, a jurisdição assinou o MLI em 7 de junho de 2017. Vide: OCDE. *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit.; OCDE. *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS* cit.; e OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit.

| Jurisdição | MLI ou via bilateral | Padrão mínimo escolhido do Art. 7º do MLI | Alívio discricionário sob pedido do Art. 7º, § 4º, do MLI | Medida para LOB assimétrico no Art. 7º, § 7º do MLI |
|------------|----------------------|---|---|---|
| Suécia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Turquia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |

Como se percebe, muitos dos Estados-membros do G20 preferiram adotar em seus ADTs a cláusula isolada de PPT para combater a elusão tributária internacional. Nesse subgrupo, no entanto, há diferenças internas, uma vez que tanto a Austrália, quanto o Reino Unido, optaram por adotar em seus ADTs também a cláusula de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI (que, relembre-se, exige do Fisco que analise a situação como se a operação empreendida com o intuito de obter o benefício do ADT jamais tivesse ocorrido). Quanto à prática do Brasil com os seus ADTs pós-BEPS, a sua preferência “geral” parece ter sido pelas cláusulas de LOB e PPT (combinação notada nos novos ADTs com Singapura e com o Uruguai, bem como no ADT emendado com a Suécia).⁹⁸³ Já os Estados Unidos, como dito anteriormente, mantiveram-se fiéis à cláusula de LOB em seus ADTs e, no âmbito interno, estabeleceram na sua legislação uma regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo.⁹⁸⁴

Analisando as alternativas do padrão mínimo adotadas pelos Estados-membros da União Europeia, percebemos que esses Estados-membros preferiram em sua maioria uma cláusula de PPT isolada em seus ADTs cobertos. Nessa maioria, no entanto, percebemos algumas diferenças internas. Um número expressivo de Estados-membros optou por adotar em seus ADTs a cláusula de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI (Bélgica, Chipre, Hungria, Irlanda, Letônia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos e República Tcheca). Além disso, quanto à cláusula de LOB escolhida não por si, mas sim por parceiros de ADTs, a Dinamarca optou por adotar a *mesma cláusula* (alternativa prevista no

⁹⁸³ Vide: BRASIL. *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* cit.; BRASIL. *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 e seu Protocolo* cit.; e BRASIL. *Acordos para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal* cit.

⁹⁸⁴ Devemos pontuar que a Convenção-Modelo dos Estados Unidos possui sim uma cláusula de “alívio discricionário” no seu artigo 22, parágrafo 6º. Vide: ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention* cit., p. 46. Essa cláusula, no entanto, é mais parecida com a cláusula prevista no artigo 7º, parágrafo 12, do MLI, do que com a cláusula prevista no artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI, já que o seu texto não exige que as autoridades fiscais desconsiderem a operação ou estrutura utilizada especificamente para obter o benefício do ADT relevante.

artigo 7º, parágrafo 7º, alínea “a”, do MLI) e a Grécia optou pela adoção *assimétrica* (do artigo 7º, parágrafo 7º, alínea “b”, do MLI). Todos os demais Estados-membros silenciaram a respeito, o que indica a sua negativa de permitir a adoção assimétrica da cláusula de LOB em ADTs dos quais façam parte (ou de aderir a essa adoção episodicamente).

Passemos agora a uma outra listagem de jurisdições: os Estados-membros daquela que foi a Organização responsável pela condução dos trabalhos do Plano de Ação BEPS, a OCDE. Atualmente, esses Estados-membros são os seguintes trinta e sete:⁹⁸⁵ Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suíça e Turquia. Embora muitos desses Estados-membros já tenham sido contemplados na Tabela 1, eles serão repetidos aqui apenas para fins de melhor apresentar as posições dos Estados-membros da OCDE como um todo. Vejamos:

Tabela 2 – Estados-membros da OCDE e suas posições, formais ou inferidas, sobre o padrão mínimo do Plano de Ação BEPS no artigo 7º do MLI⁹⁸⁶

| Jurisdição | MLI ou via bilateral | Padrão mínimo escolhido do Art. 7º do MLI | Alívio discricionário sob pedido do Art. 7º, § 4º, do MLI | Medida para LOB assimétrico no Art. 7º, § 7º do MLI |
|----------------|----------------------|---|---|---|
| Alemanha | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Austrália | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Áustria | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Bélgica | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Canadá | MLI | PPT temporário | Não | Nenhuma |
| Chile | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Colômbia | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Coreia do Sul | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Dinamarca | MLI | PPT | Não | LOB mútuo |
| Eslováquia | MLI | LOB e PPT | Não | Nenhuma |
| Eslovênia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Espanha | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Estados Unidos | Bilateral | LOB e regra interna | Não | Inaplicável |

⁹⁸⁵ Vide: OCDE. *Members and Partners* cit.

⁹⁸⁶ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “The Republic of Chile”, p. 10-12, “Republic of Colombia”, p. 09, “Iceland”, p. 11, “The State of Israel”, p. 14, “Kingdom of Norway”, p. 13, “Réserves et Notifications de la Confédération Suisse”, p. 4.

| Jurisdição | MLI ou via bilateral | Padrão mínimo escolhido do Art. 7º do MLI | Alívio discricionário sob pedido do Art. 7º, § 4º, do MLI | Medida para LOB assimétrico no Art. 7º, § 7º do MLI |
|-------------------|-----------------------------|--|--|--|
| Estônia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Finlândia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| França | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Grécia | MLI | PPT | Não | LOB assimétrico |
| Hungria | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Irlanda | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Islândia | MLI | PPT | Não | LOB mútuo |
| Israel | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Itália | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Japão | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Letônia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Lituânia | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Luxemburgo | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Noruega | MLI | PPT temporário | Não | LOB mútuo |
| Países Baixos | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Polônia | MLI | PPT temporário | Não | Nenhuma |
| Portugal | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Reino Unido | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Rep. Tcheca | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Suécia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Suíça | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Turquia | MLI | PPT | Não | Nenhuma |

Salvo por reservas e revisões que serão comentadas no item 4.2, a maioria dos Estados-membros da OCDE optou por adotar a cláusula isolada de PPT em seus ADTs cobertos. Igualmente, nesta maioria há uma variedade de jurisdições que adotaram em seus ADTs cobertos o artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI, e há algumas que fizeram opções no artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI (Dinamarca e Grécia, já referidas no Tabela 1, e Islândia e Noruega). Mesmo se considerarmos especificamente o grupo dos seis países que nem fazem parte do G20, nem da União Europeia (Chile, Colômbia, Islândia, Israel, Noruega e Suíça), suas posições no MLI só são unânimes para os seus ADTs cobertos quanto à falta de adoção da cláusula de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI. De resto, uns optaram de maneira expressa pela cláusula de PPT isoladamente (Islândia, Israel e Suíça), a Noruega optou por uma cláusula temporária de PPT e o Chile e a Colômbia optaram pela convivência entre as cláusulas de LOB e de PPT em seus ADTs cobertos. A despeito disso, a

Islândia e a Noruega optaram por aderir à cláusula de LOB se algum dos seus parceiros de ADTs cobertos a tiver adotado como padrão mínimo na sua assinatura do MLI.

Queremos agora apresentar uma lista de jurisdições de baixa pressão fiscal (os chamados “paraísos fiscais”) que assinaram o MLI. Para fins didáticos, a nossa referência das jurisdições que compõem esta lista pode ser encontrada no artigo 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 04 de junho de 2010. Nosso intuito com esta listagem é comparar as posições adotadas pelas jurisdições presentes nas Tabelas 1 e 2 com as posições adotadas por “paraísos fiscais”, supostamente desejosos de cumprir com os padrões mínimos da OCDE e de adequar seus ADTs à missão de combater práticas elusivas que inspirou o Plano de Ação BEPS. Vejamos:

Tabela 3 – “Paraísos Fiscais” segundo o artigo 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010 e suas posições formais sobre o padrão mínimo do Plano de Ação BEPS no artigo 7º do MLI⁹⁸⁷

| Jurisdição | MLI ou via bilateral | Padrão mínimo escolhido do Art. 7º do MLI | Alívio discricionário sob pedido do Art. 7º, § 4º, do MLI | Medida para LOB assimétrico no Art. 7º, § 7º do MLI |
|-----------------------|----------------------|---|---|---|
| Andorra | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Bahrein | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Barbados | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Belize | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Chipre ⁹⁸⁸ | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Curaçao | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Emirados Árabes | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Guernsey | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Hong Kong | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Ilhas Maurício | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Irlanda | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Jersey | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Liechtenstein | MLI | PPT | Sim | Nenhuma |
| Mônaco | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Omã | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Panamá | MLI | PPT | Não | Nenhuma |
| Seychelles | MLI | PPT temporário | Sim | Nenhuma |

⁹⁸⁷ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “The Principality of Andorra”, p. 7, “The Kingdom of Bahrain”, p. 12, “International Business Division – Barbados”, p. 13, “Belize”, p. 7, “Republic of Cyprus”, p. 19, “Curaçao”, p. 07, “United Arab Emirates”, p. 34-35, “Guernsey”, p. 05, “Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China”, p. 10-11, “Mauritius”, p. 14, “Ireland”, p. 22, “Jersey”, p. 06, “Principality of Liechtenstein”, p. 12, “Principality of Monaco”, “Sultanate of Oman”, p. 14, “Republic of Panama”, p. 7, “The Republic of Seychelles”, p. 10-11.

⁹⁸⁸ Vide nota 982, *supra*.

À exceção de Seychelles, todas as demais jurisdições optaram por adotar em seus ADTs a cláusula de PPT do artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI. Mesmo dentro desse grupo, como ocorre em relação às Tabelas anteriores, temos diversas jurisdições que optaram pela adoção da cláusula de alívio discricionário sob pedido (e.g., Curaçao, Ilhas Maurício, Liechtenstein), enquanto outras não fizeram essa opção (e.g., Hong Kong, Omã, Panamá). Não identificamos em nossa pesquisa jurisdições de baixa pressão fiscal, não signatárias do MLI, mas que tenham adotado o padrão mínimo da Ação 6 em seus ADTs (evidentemente, sem que tenham sido celebrados com partes signatárias do MLI).⁹⁸⁹

É importante notar o que foi consignado nos parágrafos anteriores sobre as posições das jurisdições que assinaram o MLI: essas jurisdições “optaram por adotar” a cláusula de PPT ou a cláusula de PPT cumulada com a cláusula de LOB, ou uma cláusula de PPT temporária, seguida por uma cláusula detalhada de LOB. Exceção feita à prática de jurisdições bilateralistas como o Brasil (cujas posições sobre os padrões mínimos da Ação 6 são inferidas apenas a partir de ADTs assinados com outras jurisdições), a transformação dessas opções feitas no âmbito do MLI em normas de ADTs concretos depende da aquiescência das outras jurisdições signatárias dos ADTs relevantes. Se utilizássemos como parâmetro apenas os ADTs que segundo a OCDE deverão ser modificados pelo MLI, esse número deveria ser de mais de mil e seiscentos ADTs,⁹⁹⁰ mas o número é sob certo prisma lateral para o nosso trabalho. Primeiro, porque as jurisdições signatárias do MLI celebraram novos ADTs desde 07 de junho de 2017 e, segundo, porque as jurisdições que não assinaram o MLI (entre elas o Brasil) também assinaram novos ADTs desde 07 de junho de 2017 e adotaram normas antielusivas nesses ADTs pós-BEPS, muitas delas similares, se não iguais, às cláusulas previstas no artigo 7º do MLI. Todos esses ADTs compõem o escopo da nossa análise também.

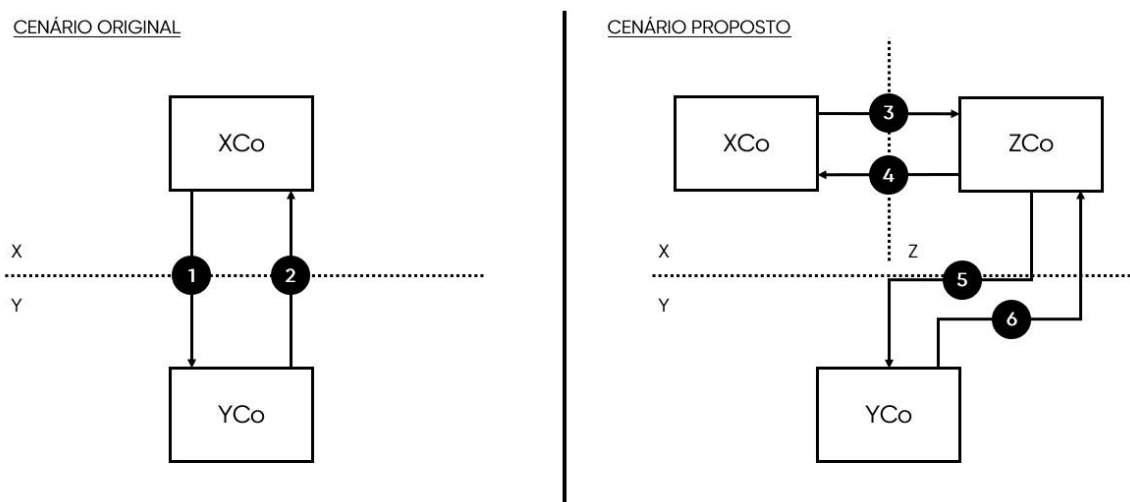
⁹⁸⁹ Entre os ADTs celebrados após 7 de junho de 2017 por jurisdições que estão listadas pelo artigo 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010, mas que não assinaram o MLI, temos notícia do ADT entre Brunei e Camboja (sendo apenas Brunei parte do *Inclusive Framework* da OCDE e uma das jurisdições listadas pelo Brasil como jurisdições com tributação favorecida). Nem Brunei, nem o Camboja assinaram o MLI, e não há no texto do ADT qualquer referência aos padrões mínimos do Relatório Final da Ação 6. Vide: CAMBOJA. *Agreement between the Royal Government of Cambodia and the Government of His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan of Brunei Darussalam*. Celebrado em 27 de julho de 2017. Disponível em: https://www.tax.gov.kh/files/IR/Cambodia-Brunei_DTA_en.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

⁹⁹⁰ Vide: OCDE. *Action 15: Multilateral Instrument*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action15/>. Acesso em: 12 set. 2020. Destaque-se que esse número inclui os ADTs modificados não apenas segundo os “padrões mínimos” da Ação 6, mas também os da Ação 14 (procedimento amigável).

4.1.2 *Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT individual e sob a cláusula de PPT em conjunto com a cláusula de LOB em ADTs*

Considere-se o seguinte exemplo. YCo, companhia residente no Estado Y, negocia com XCo, companhia residente no Estado X, o pagamento de royalties pela exploração de uma patente de XCo no Estado Y. Sabedora de que o ADT existente entre X e Y não concederá a XCo qualquer redução do tributo sobre a renda retido na fonte referente aos royalties, YCo propõe a XCo que ceda temporariamente e sob remuneração os seus direitos de propriedade intelectual para a companhia aberta ZCo, parceira comercial de XCo que reside em um terceiro Estado Z. Como no ADT entre Y e Z há uma redução sobre o tributo retido na fonte referente a royalties em comparação com a legislação interna do Estado Y, e como nos termos do ADT entre Z e X os royalties dessa “cessão de direito” seriam objeto de um crédito tributário inferior ao tributo sobre a renda interno do Estado X, o benefício tributário antevisto por YCo seria aproveitado por XCo, ainda que através de ZCo enquanto intermediária. O diagrama a seguir ilustra tanto o cenário original da operação (entre YCo e XCo, sem a intervenção de ZCo), quanto o cenário que YCo propôs e que foi adotado pelas partes.

Diagrama 1. Exemplo contido no item 4.1.2



No diagrama, (1) representa a cessão do direito de uso da propriedade intelectual de XCo para YCo. (2) representa o pagamento de royalties no cenário original. (3) e (4) representam as mesmas operações de (1) e (2), porém no cenário proposto e entre XCo e ZCo. (5) e (6) representam as mesmas operações de (1) e (2), porém no cenário proposto e entre ZCo e YCo.

Para simplificar a nossa análise, vamos considerar apenas o ADT entre o Estado Y e o Estado Z do cenário proposto. A razão para esse enfoque é concentrar os nossos comentários na decisão do Fisco do Estado Y à luz do ADT com o Estado Z (sobre se concede ou não o benefício de redução do tributo sobre a renda retido na fonte referente aos royalties). Suponha-se primeiro que o ADT seja do tipo que incorporou ao seu conteúdo apenas uma cláusula de PPT individual (a cláusula de PPT presente no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI). Exemplos de ADTs que contêm esta cláusula de PPT individual são os ADTs emendados entre a Áustria e a República Tcheca,⁹⁹¹ entre o Japão e Omã,⁹⁹² e entre a Coreia do Sul e o Uzbequistão.⁹⁹³ Entre os novos ADTs, exemplos incluem o ADT entre o Equador e o Japão⁹⁹⁴ e entre o Chipre e o Egito.⁹⁹⁵

Como diz BURIK, a cláusula de PPT apresenta, ainda que com algumas mudanças terminológicas, algo próximo do “princípio-guia” dos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE:⁹⁹⁶ o seu propósito é o de impedir o emprego de um ADT relevante para

⁹⁹¹ Vide: ÁUSTRIA. *Synthesised Text of the MLI and the Convention Between the Republic of Austria and the Czech Republic for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital*. Artigo 26. Efetivo a partir de 1º de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/austria-czech-republic-2006-income-and-capital-tax-convention-amended-through-2012-mli-synthesized-text-austria/2ctx5>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁹⁹² Vide: JAPÃO. *Synthesised Text of the MLI and the Agreement Between the Government of Japan and the Government of the Sultanate of Oman for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Item 6 do Protocolo. Efetivo a partir de 1º de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/japan-oman-2014-income-tax-agreement-and-final-protocol-mli-synthesized-text-japan/2cyh6>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁹⁹³ Vide: COREIA DO SUL. *Protocol Amending the Convention Between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital signed at Tashkent on February 11, 1998*. Artigo 28. Celebrado em 19 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-protocol-south-korea-uzbekistan-income-tax-treaty-available/2020/09/21/2cz8b>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁹⁹⁴ Vide: EQUADOR. *Convenio entre la República del Ecuador y Japón para Eliminar la Doble Imposición respecto a los Impuestos sobre la Renta y la Prevención de la Evasión y Elusión Tributaria*. Artigo 28. Celebrado em 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.sri.gob.ec/web/guest/fiscalidad-internacional2>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁹⁹⁵ Vide: CHIPRE. *Agreement Between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt for the Elimination of Double Taxation with respect to Taxes on Income and the Prevention of Tax Evasion and Avoidance*. Artigo 28. Celebrado em 08 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-cyprus-egypt-income-tax-treaty-available/2019/12/05/2b62q>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁹⁹⁶ Sobre as diferenças, diz a autora: “one may observe that the ‘main’ purpose subjective test as embedded in the Commentary on article 1 is in contrast to the test of ‘one of the principal purposes’ under the PPT. The ‘more favourable tax position’ wording is missing in the current PPT provision. The burden of proof of abuse for tax authorities seems to be lowered from requiring ‘clear evidence’ to a burden of proof that is ‘reasonable to conclude’. The PPT formulates the objective element of abuse (naming the incompatibility with the object and purpose of the respective provision) rather as an exception to the main part of the PPT, which is not the case in the guiding principle” (BURIK, Svitlana. *The Application of the Principal Purpose*

propiciar situações de elusão tributária internacional.⁹⁹⁷ Se aplicada ao exemplo que nós trouxemos, a linguagem presente na cláusula de PPT parece anunciar que YCo não deverá obter o benefício de redução de tributo sobre os royalties pagos a ZCo. Uma análise de todos os fatos e circunstâncias da operação envolvendo YCo, ZCo e XCo no cenário proposto permite que o Fisco do Estado Y conclua, a nosso ver, que *um dos seus principais propósitos* foi mesmo o de obter a redução de alíquota permitida pelo ADT entre o Estado Y e o Estado Z. É possível concluir ainda que a concessão do benefício de redução de tributo sobre royalties para ZCo não atenderia nem ao objeto, nem ao propósito desse ADT, o que impede que a ressalva final da cláusula de PPT aproveite ao sujeito passivo.

Perceba-se que, conquanto a cláusula de PPT individual exija da autoridade fiscal do Estado Y que investigue as intenções do sujeito passivo na adoção da estrutura sob análise, essa investigação se prende à própria estrutura (o que amplia a investigação para considerar os atos de diferentes sujeitos passivos na sua concepção) e não especificamente ao sujeito passivo que solicita o benefício. Essa observação é importante para demonstrar que mesmo que XCo (um terceiro para fins do ADT entre Y e Z) tivesse proposto às partes o estratagema elusivo, ainda assim o Fisco do Estado Y poderia denegar o benefício sob o argumento de que um dos principais propósitos *da estrutura empregada* foi o eludir o tributo sobre os royalties. Além disso, é importante notar que, salvo talvez pela expressão “análise de todos os fatos e circunstâncias”, nada na cláusula de PPT autoriza o Fisco do Estado Y a considerar qual o nível de atividade econômica de ZCo no seu Estado de residência, ou o fato de ZCo ser uma companhia aberta, como dito no nosso exemplo. Relevante mesmo é o rol de propósitos principais da estrutura analisada, rol esse que será obtido mediante a coleta de todos os instrumentos de prova solicitados pelas autoridades fiscais da jurisdição da fonte.⁹⁹⁸

Passemos agora a tratar o mesmo exemplo, ainda sob a ótica do ADT entre o Estado Y e o Estado Z, mas agora munidos da premissa de que esse ADT incorporou ao seu texto tanto a cláusula de PPT contida no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI, quanto uma cláusula de LOB ao modo daquela prevista no mesmo artigo 7º, Parágrafos 7º a 13, também do MLI.

Test under Tax Treaties. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Tax Treaty Entitlement*. IBFD: Amsterdã, 2019. p. 26).

⁹⁹⁷ Idem, p. 27.

⁹⁹⁸ Para nós, a “análise de todos os fatos e circunstâncias” se destina precipuamente a desvendar se um dos propósitos principais da operação foi a obtenção do benefício sob o ADT relevante. No ambiente pós-BEPS, e especialmente entre jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*, tanto as cláusulas de PPT, quanto de LOB, são conhecidas. Se o ADT pós-BEPS entre o Estado Y e o Estado Z não contém uma cláusula de LOB, não nos é dado ignorar essa ausência, esse verdadeiro silêncio eloquente, na nossa interpretação de como a cláusula de PPT deve ser aplicada pelas autoridades fiscais.

Um exemplo de ADT que contém essas duas cláusulas e que foi emendado por jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* no contexto do MLI é o ADT de 1997 (celebrado e em vigor) entre Índia e Rússia.⁹⁹⁹ Já entre os novos ADTs, um exemplo recente seria o novo ADT entre Brasil e Singapura.¹⁰⁰⁰ Outro exemplo seria o ADT entre o Uruguai e o Paraguai, vigente desde março de 2019, ainda que a cláusula de LOB neste ADT incorpore também o artigo 10 do MLI (referente a lucros de EPs em jurisdições terceiras).¹⁰⁰¹

Aqui, ao contrário do que ocorre com os ADTs que possuem em seu conteúdo apenas uma cláusula de PPT individual, torna-se relevante o fato de ZCo ser uma companhia de capital aberto, especialmente se essa companhia de capital aberto cumprir com os requisitos da regra estabelecida no artigo 7º, parágrafo 9º, alínea “c”, do MLI (regra da qual tratamos no subitem 3.4.4.2, *supra*). Seria possível levantar contra essa assertiva o argumento de que a cláusula de PPT ainda requereria do Fisco do Estado Y que denegasse o benefício pretendido, mas essa conclusão não é tão imediata quanto o seria nos ADTs que só possuem a cláusula de PPT individual. Sim, os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE enfatizam que a aplicação da cláusula de LOB não deve restringir o escopo da aplicação da cláusula de PPT,¹⁰⁰² mas, resgatando o que dissemos no início deste Capítulo 4, a nossa preocupação aqui é menos voltada para as orientações da OCDE e mais voltada para o texto das cláusulas incorporadas aos ADTs pós-BEPS (ou seja, para como essas cláusulas poderão ser aplicadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* em casos concretos). Dizer que a conclusão aqui seria a mesma conclusão do primeiro cenário, aquele em que estávamos considerando apenas

⁹⁹⁹ Vide: ÍNDIA. *Synthesized Text of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI) and the Agreement Between the Government of the Republic of India and the Government of the Russian Federation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income*. Efetivo a partir de 1º de janeiro de 2021 (Rússia) e a partir de 1º de abril de 2021 (Índia). Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/international-taxation/dtaa.aspx>. Acesso em: 8 nov. 2020.

¹⁰⁰⁰ Vide: BRASIL. *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* cit., art. 28. Esse é o único ADT na rede de ADTs de Singapura que conta com ambas as cláusulas em seu conteúdo, fato esse que é ainda contrastante com a posição de Singapura no MLI, que foi a de não incorporar a seus ADTs cobertos a cláusula simplificada de LOB. Vide: NG, Robin; VAN BRUSSEL, Yves. *Singapore. Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 722, 2020.

¹⁰⁰¹ Vide: URUGUAI. *Convenio entre la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión y Elusión Fiscal en Materia de Impuestos sobre Renta y sobre el Patrimonio y su Protocolo*. Lei nº 19.697, de 9 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19697-2018>. Acesso em: 8 nov. 2020. Faça-se um destaque pontual do uso da expressão *derechos y circunstancias relevantes* pelo artigo 27, parágrafo 6º, deste ADT (em vez da expressão *facts and circumstances* no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI).

¹⁰⁰² Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 1373.

a cláusula de PPT individual nos ADTs pós-BEPS, tornaria irrelevante toda a inserção da cláusula de LOB no ADT entre Y e Z.

Há mais a comentarmos sobre o impacto dessa relação entre a cláusula de PPT, que é uma norma geral antielusiva internacional, e a cláusula de LOB, que é uma norma especial antielusiva internacional, resgatando aqui a terminologia que empregamos no Capítulo 1. Para DANON, a forma ideal de resolver conflitos entre essas cláusulas é o recurso ao princípio *lex specialis derogat legi generali*, mas o autor admite que, na medida em que elementos fáticos da operação sob análise não sejam cobertos por uma norma especial, esses elementos fáticos poderão ser usados pelo Fisco para denegar benefícios a sujeitos passivos sob o manto de uma norma geral, ou seja, da cláusula de PPT.¹⁰⁰³ Seguindo essa linha de raciocínio, o Fisco do Estado Y poderia aplicar a cláusula de PPT para denegar o benefício do ADT a ZCo.¹⁰⁰⁴ No entanto, para MORENO, a melhor leitura conjunta das cláusulas de PPT e LOB requereria do intérprete que considerasse a expressão “Não obstante as outras disposições deste Acordo”, que encabeça a cláusula de PPT (e.g., no ADT entre Brasil e Singapura), como indicativa *não da cláusula de LOB*, mas sim de outras normas do ADT como as distributivas e de eliminação da dupla tributação.¹⁰⁰⁵ Essa leitura poderia exigir do Fisco do Estado Y que concedesse o benefício do ADT relevante para ZCo, mesmo que ZCo tivesse sido “interposta” com o intuito de eludir o tributo devido sobre royalties segundo a legislação doméstica da jurisdição da fonte.

Nossa posição é mais alinhada à de MORENO nesse debate, ainda que a posição do autor não se amolde àquela prevista nos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE. Seguimos a posição do autor por julgar que a inserção de uma cláusula de LOB em um ADT qualquer deveria criar para o sujeito passivo uma presunção de cumprimento com as normas de “qualificação de residência” lá previstas, o que deveria gerar para si o direito a benefícios ali oferecidos. Nada compeliu as jurisdições signatárias a incorporar a esse ADT a cláusula de LOB, dado que a cláusula de PPT por si só já seria cumpridora do padrão mínimo da Ação 6

¹⁰⁰³ Vide: 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 cit., p. 53.

¹⁰⁰⁴ No mesmo sentido: RAMHARTER, Lisa; SZUDOCZKY, Rita. Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Tax Treaty Entitlement*. IBD: Amsterdã, 2019. p. 86. Vide ainda: NAVARRO, Guilherme Neves de Paiva. A Critical Analysis of the Principal Purpose Test Rule’s Core Features and Its Practical Applicability cit., p. 178.

¹⁰⁰⁵ Vide: MORENO, Andrés Báez. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 45, nºs 06/07, p. 440-441, 2017.

do Plano de Ação BEPS da OCDE. Se a cláusula de LOB foi incorporada ao texto do ADT, o dever do intérprete é conferir a essa incorporação algum sentido prático, e para nós esse sentido é a qualificação da cláusula de LOB como uma espécie de “*safe harbor*”, uma salvaguarda contra a discricionariedade das autoridades fiscais. Reconhecemos, no entanto, que a aplicação prática de cláusulas de PPT em ADTs que também possuem cláusulas de LOB poderá seguir a posição de DANON, ou ainda a posição de tomar a cláusula de PPT como uma cláusula que se aplica indistintamente a fatos albergados pelas regras da cláusula de LOB ou não. É o imponderável da multiplicidade de aplicações dessas cláusulas pelas jurisdições do *Inclusive Framework*.

Tanto em relação ao primeiro grupo de ADTs pós-BEPS (aqueles que adotaram apenas a cláusula de PPT individual), quanto em relação a esse segundo rol de ADTs, podemos dizer que as suas partes signatárias aderiram ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Perceba-se, no entanto, como essa aderência ao padrão mínimo oferecido pela OCDE, dadas as alternativas que o compõem, já faz nascer para o tributarista dúvidas relevantes sobre se essas alternativas conduzem as jurisdições do *Inclusive Framework* ao mesmo resultado. Veja-se que diante de um único exemplo neste item, nós consideramos distintas opções de resultados à disposição do Fisco do Estado Y, todas elas bem ancoradas no padrão mínimo da Ação 6 e todas igualmente justificadas por uma apreensão sistemática e teleológica de seus termos. É aí que nasce, para nós, o distanciamento entre a Coordenação Fiscal Internacional pretendida pela OCDE e a promoção do objetivo coletivo da Justiça Fiscal. Esse é um dos tipos de assimetrias internas do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS que nos inspiraram a formular a proposta de seleção de precedentes que apresentaremos no Capítulo 5.

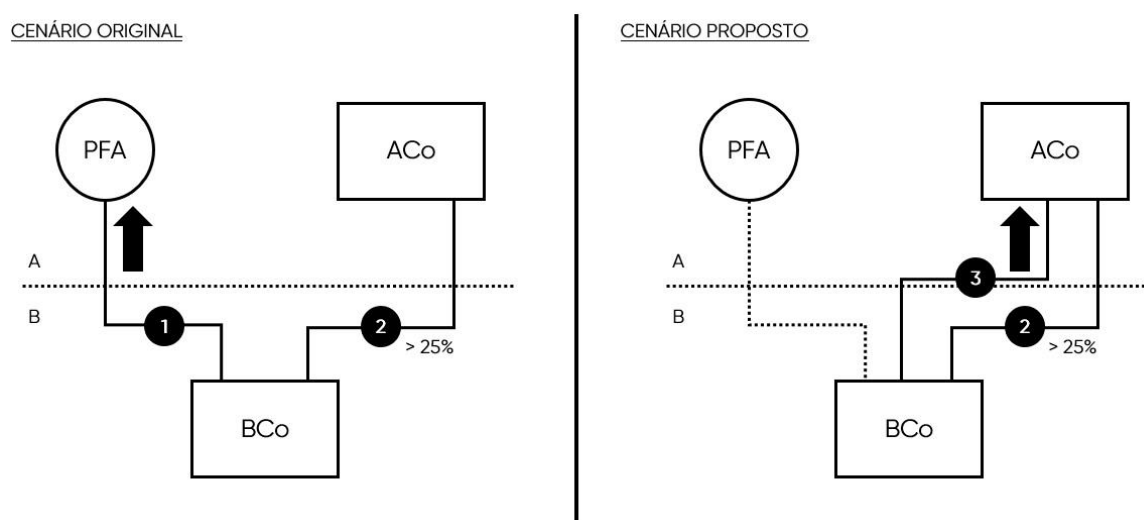
4.1.3 Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT individual e sob a cláusula de PPT em conjunto com a cláusula de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI

Consideremos o seguinte exemplo, este trazido pelos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE.¹⁰⁰⁶ Suponha-se que uma pessoa física qualquer PFA, residente do Estado A, seja acionista de uma companhia BCo, residente do Estado B, sendo o Estado A e o Estado B partes signatárias de um ADT pós-BEPS. PFA cede temporariamente os direitos de receber

¹⁰⁰⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 1473.

dividendos de BCo para outra companhia residente do Estado A, a saber, ACo. ACo detém mais de 25% das ações de BCo, e se estima que o propósito principal dessa cessão tenha sido o de submeter os dividendos que teriam sido pagos a PFA a um tratamento tributário mais vantajoso segundo o artigo 10, parágrafo 2º, alínea “a”, da Convenção-Modelo da OCDE na sua versão de 2014.¹⁰⁰⁷ O diagrama a seguir ilustra tanto o cenário original (sem a cessão para ACo), quanto o cenário proposto e que foi adotado pelas partes.

Diagrama 2. Exemplo contido no item 4.1.3



No diagrama, (1) representa a participação societária de PFA em BCo no cenário original, com o seu direito ao recebimento de dividendos representado por uma seta. (2), em ambos os cenários, representa a participação societária de ACo em BCo. (3) representa a participação em BCo transferida por PFA para ACo, com o seu correspondente direito ao recebimento de dividendos representado por uma seta no cenário proposto.

Já citamos no subitem 4.1.2 alguns exemplos de ADTs modificados pelo MLI com a inserção de uma cláusula de PPT individual. Consideremos primeiramente que o ADT entre o Estado A e o Estado B é semelhante a esses ADTs pós-BEPS. Pois bem, aqui nos pareceria razoável dizer que a cessão de ações feita por PFA para ACo, por ser uma cessão temporária, coincidente com a declaração de dividendos para os sócios de BCo, teve o intuito de eludir o tributo que incidiria sobre os dividendos pagos no cenário original (teria sido não apenas um dos seus propósitos principais, mas sim o seu propósito principal). Por isso, nos termos do ADT entre o Estado A e o Estado B, nos seria possível concluir que a autoridade

¹⁰⁰⁷ Depois de 15 de julho de 2014 e até 21 de novembro de 2017, o artigo 10, parágrafo 2º, alínea “a”, da Convenção-Modelo da OCDE estabelecia que o beneficiário efetivo do pagamento dos dividendos seria aquele que fosse titular de 25% do capital da sociedade empresária respectiva, sem qualquer exigência de período mínimo de titularização de quotas ou ações (de 365 dias a partir da versão de 2017, em linha com uma das recomendações do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS). Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version cit.*, p. 64.

fiscal do Estado B deve denegar o benefício tributário que seria aplicável a esses dividendos pagos no cenário proposto.

Passemos agora a considerar o exemplo do Diagrama 2 sob a ótica de ADTs como o ADT pós-BEPS entre o Reino Unido e a Nova Zelândia, que incorporou tanto o artigo 7º, parágrafo 1º (cláusula de PPT), quanto o artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI (alívio discricionário sob pedido).¹⁰⁰⁸ Outro exemplo seria o ADT pós-BEPS entre a Austrália e os Países Baixos.¹⁰⁰⁹ Suponhamos que o ADT entre o Estado A e o Estado B seja semelhante a esses ADTs pós-BEPS, mas que a sua cláusula sobre o direito de tributar a renda de dividendos espelhe aquela da Convenção-Modelo da OCDE na sua versão de 2014 (a cláusula do artigo 10, parágrafo 2º, alínea “a”).¹⁰¹⁰

Há uma diferença importante entre um ADT que só possua em seu conteúdo uma cláusula de PPT individual e um ADT que a possua em conjunto com uma cláusula de alívio discricionário sob pedido. O primeiro ADT deixa nas mãos das autoridades fiscais a avaliação de se a operação executada pelo sujeito passivo teve como um dos propósitos principais obter um benefício do ADT ou não. Se teve, e se conceder esse benefício realmente viola o objeto e o propósito do ADT *a seu juízo*, o Fisco terá permissão legal para denegar. O segundo ADT, por sua vez, franqueia ao sujeito passivo um pedido de alívio discricionário, pedido esse que demanda do Fisco considerar quais teriam sido os efeitos tributários da operação se o elemento coberto pela cláusula de PPT não tivesse existido. Ressalte-se bem: não é imediata a conclusão de que o Fisco agiria da mesma forma sob o império da cláusula de PPT individual e da cláusula de PPT com a cláusula de alívio discricionário sob pedido. Ainda que equiparássemos o juízo fiscal ao juízo fiscal mediante provocação do sujeito passivo, não seria óbvio dizer que, se o Fisco conclui que a concessão de um benefício “não viola o objeto

¹⁰⁰⁸ Vide: REINO UNIDO. *Synthesised text of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI) and the Convention between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Government of New Zealand for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income and Capital Gains*. Ratificado em 27 de junho de 2018 (Nova Zelândia) e em 29 de junho de 2018 (Reino Unido). Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/753724/Synthesised_Text_of_the_MLI_and_the_1983_New_Zealand-UK_Double_Taxation_Convention.pdf. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹⁰⁰⁹ Vide: AUSTRÁLIA. *Synthesized text of the MLI and the Agreement between Australia and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Protocol, as Amended by the Second Protocol*. Ratificado em 26 de setembro de 2018 (Austrália) e em 29 de março de 2019 (Países Baixos). Disponível em: <https://www.ato.gov.au/law/view/document?DocID=MLI/MLI-Netherlands-agreement>. Acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁰¹⁰ O dispositivo correspondente nos dois ADTs que usamos a título de exemplo (Artigo 11, parágrafo 2º, do ADT entre Reino Unido e Nova Zelândia e artigo 10, parágrafo 2º, do ADT entre Austrália e Países Baixos) estabelece uma alíquota única de 15% como máximo de retenção na fonte sobre dividendos.

e o propósito do ADT”, é evidente que a sua percepção é a de que o benefício deveria ter sido concedido na ausência da “operação sujeita à cláusula de PPT”. Os ADTs pós-BEPS que incorporaram ao seu conteúdo o novo preâmbulo trazido pelo artigo 6º do MLI se destinam a eliminar a dupla tributação da renda sem criar oportunidades para a evasão e a elusão tributárias – perceba-se, não a evasão e a elusão tributárias estritamente propiciadas pelos termos do ADT.¹⁰¹¹ Agora regressemos ao texto específico da cláusula de alívio discricionário sob pedido. Transcrevendo apenas o trecho mais relevante para a nossa análise no original em inglês (a cláusula já foi transcrita por inteiro no subitem 3.4.3, *supra*):

[...] 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. [...].¹⁰¹²

A cláusula de alívio discricionário sob pedido, presente que está no nosso ADT hipotético entre o Estado A e o Estado B, exige do Fisco que analise não se a operação “irreal” (sem o elemento coberto pela cláusula de PPT) deu origem à evasão ou à elusão tributária (que poderia abranger a elusão tributária doméstica, por exemplo), mas sim se essa operação “irreal” teria permitido ao sujeito passivo auferir o mesmo benefício do ADT que a operação “real” tentou obter de forma elusiva. Voltando ao nosso exemplo do Diagrama 2, nem nós, nem a OCDE nos seus Comentários à Convenção-Modelo tratamos da possibilidade de PFA ter um EP na jurisdição de residência, e de os dividendos no cenário original possivelmente serem “efetivamente conectados” a esse EP, nos moldes do artigo 7º, parágrafo 4º, da Convenção-Modelo. Não tratamos igualmente da possibilidade de o maior impacto

¹⁰¹¹ Para LANG, não há justificativa para a interpretação de que a referência aos termos “objeto e propósito” na cláusula de PPT permitiria ao Fisco denegar benefícios do ADT a seu talante. Vide: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties cit., p. 661. O autor chega a dizer que todas as regras do ADT devem ser interpretadas à luz do seu objeto e propósito, asserção com a qual concordamos. O que queremos dizer com a nossa diferenciação entre um ADT com a cláusula de PPT individual e um ADT com essa cláusula e a cláusula de alívio discricionário sob pedido é que o segundo tipo de ADT demonstra uma “concessão” das jurisdições signatárias em relação ao *alcance* do objeto e propósito do ADT (de evitar a evasão e a elusão tributárias). Ou seja, a nosso ver, as jurisdições que optaram pela adoção do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI em seus ADTs, optaram por conceder benefícios pleiteados por sujeitos passivos se ficar demonstrado que, na ausência do “elemento elusivo”, os benefícios teriam sido reconhecidos de qualquer forma. Ou seja, franquearam ao sujeito passivo o direito de pedir que a análise da sua situação seja realizada à luz do ADT (e não à luz do ADT e da legislação doméstica, se tomássemos como universal a atenção das autoridades fiscais para o objeto e o propósito do ADT nos termos do artigo 6º do MLI). Sobre a referência ao objeto e ao propósito do ADT como destinada a situações domésticas e internacionais, vide: KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 44, nº 5, p. 409-412, 2016.

¹⁰¹² Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 9.

dessa cessão de ações ter sido não a redução do tributo retido na fonte, mas sim a redução da carga tributária exigida pela legislação doméstica da jurisdição de residência (na situação da “conexão efetiva” com um EP, por exemplo). Por último, o verbo que empregamos para descrever o nosso exemplo foi “*se estima* [que o propósito principal dessa cessão tenha sido...]”. Nada impediria ACo de reclamar perante as autoridades fiscais do Estado B que alguma disposição de sua lei interna, referente em particular à retenção do tributo sobre a renda na fonte, poderia trazer para PFA um benefício equivalente àquele estabelecido pela cláusula de dividendos. Perceba-se que a análise dessas variáveis seria natural para o Fisco à luz de um ADT que só possuísse em seu conteúdo uma cláusula de PPT individual, mas não seria textualmente permitida à luz de um ADT com as cláusulas de PPT e de alívio discricionário sob pedido, porque nesta última cláusula o Fisco seria a princípio compelido a reconhecer o direito ao benefício se, *levando em consideração apenas esse benefício perseguido nos termos do próprio ADT*, avaliasse que a “supressão” do elemento coberto pela cláusula de PPT não tiraria do sujeito passivo o seu direito. Ao Estado B, diante de alguma dessas variantes que apresentamos, restaria o procedimento amigável que é previsto na própria cláusula de alívio discricionário sob pedido (para esperar do Estado A a sua concordância com a denegação do benefício), mas as nossas observações levantam a suspeita de que, num cenário como o descrito pelo Diagrama 2, o Estado B não teria argumentos suficientes para denegar o benefício requerido por ACo.

Seja o ADT entre o Estado A e o Estado B um ADT semelhante aos ADTs pós-BEPS do primeiro grupo, seja ele semelhante aos ADTs pós-BEPS do segundo grupo, fato é que esse ADT está protegido contra os efeitos de práticas de elusão tributária internacional. É também evidente que o ADT cumpre com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS da OCDE, tanto em um caso, como no outro. No entanto, como comentamos, é possível que a situação apresentada perante as autoridades fiscais do Estado B seja tratada de modo distinto a depender de se a cláusula de PPT no ADT entre o Estado A e o Estado B é ou não acompanhada por uma cláusula de alívio discricionário sob pedido. Isso representa mais uma abertura para assimetrias na aplicação do padrão mínimo da Ação 6 que identificamos entre os ADTs pós-BEPS.¹⁰¹³

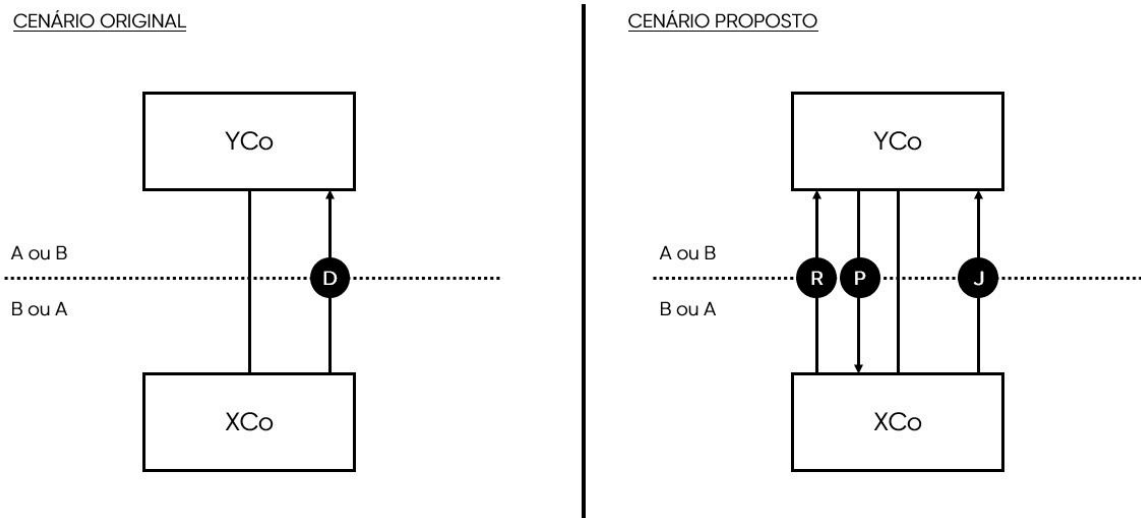
¹⁰¹³ É interessante observar que nem todas as jurisdições do *Inclusive Framework* que optaram pela cláusula de PPT optaram pela cláusula de alívio discricionário sob pedido (a opção foi feita predominantemente por países europeus, e nem todos eles da União Europeia). Há poucas versões sintetizadas de ADTs pós-BEPS emendados pelo MLI até hoje que contemplam a cláusula de PPT do artigo 7º, parágrafo 1º, e também a cláusula de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI, em conjunto.

4.1.4 Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT assimétrica em relação à posição da outra jurisdição signatária (artigo 7º, parágrafo 7º, alínea “b”, do MLI)

Numa parte introdutória ao subitem 3.4.4, *supra*, já trouxemos alguns comentários sobre o artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI, que permitiu a jurisdições signatárias de ADTs aderir ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, pelo menos quanto às cláusulas de PPT e de LOB, não de forma diferente em relação a outros ADTs, mas em relação à sua contraparte no mesmo ADT. Comentamos igualmente o porquê de essa assimetria interna ser peculiar em ADTs, ainda que o texto de ADTs em vigor já permita assimetrias na aplicação de alguns de seus dispositivos. Aquela introdução é igualmente relevante para a nossa análise neste item.

Dada a peculiaridade da situação criada pelo artigo 7º, parágrafo 7º, do MLI, o nosso exemplo aqui terá de ser um pouco diferente. Considere-se uma companhia fechada XCo, residente do Estado A ou do Estado B, que, no cenário original, pague dividendos para uma companhia aberta YCo, residente do Estado B ou do Estado A (o Estado oposto ao Estado de residência da companhia XCo) e controladora de XCo. Considere-se ainda que nem o Estado A, nem o Estado B, possuem em sua legislação interna regras de CFC ou de subcapitalização aplicáveis às companhias XCo e YCo. Desejosa de manter o controle da companhia XCo, mas auferir benefícios de um ADT entre o Estado A e o Estado B *que só foram oferecidos no Estado da fonte para a renda de juros*, a companhia YCo decide reduzir em parte o capital investido em XCo e, ato contínuo, emprestar o mesmo valor em dinheiro das ações resgatadas para XCo, no intuito de ser remunerada mediante o pagamento de juros. Por último, considere-se que, neste cenário proposto, o contrato de empréstimo prevê a renovação contínua e que, ainda, YCo mantém o mesmo controle sobre XCo que possuía no cenário original.

Antes de apresentarmos o Diagrama 3 a seguir, é importante destacar: no ADT pós-BEPS entre o Estado A e o Estado B, o Estado A, como a Grécia, optou por aceitar que seus parceiros de ADT adotem uma cláusula de LOB assimétrica em relação à sua cláusula de PPT individual, enquanto o Estado B, como os Estados Unidos, declarou que irá adotar a cláusula de LOB em seus ADTs (cumulada com uma regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo). O diagrama seguinte ilustra tanto o cenário original, quanto o cenário proposto e que foi posteriormente adotado pelas partes.

Diagrama 3. Exemplo contido no item 4.1.4

No diagrama, (D) representa o pagamento de dividendos no cenário original. (R) representa o resgate de ações e (P) representa o principal do empréstimo de YCo para XCo, enquanto (J) representa o pagamento de juros de XCo para YCo. A linha direta entre YCo e XCo representa o controle societário que existia no cenário original e foi mantido no cenário proposto.

Suponhamos, numa primeira análise, que YCo seja residente do Estado A (que tem em seu “lado” do ADT pós-BEPS uma cláusula de PPT individual) e que XCo seja residente do Estado B (que tem em seu “lado” do ADT pós-BEPS uma cláusula de LOB ao modo da que consta no MLI). A autoridade fiscal responsável pela avaliação do pagamento de juros à luz do ADT entre os Estados A e B seria a autoridade fiscal do Estado B, já que XCo é uma companhia residente do Estado B e está pagando juros para o seu credor no Estado A. Para o Estado B, que só pode testar práticas elusivas internacionais sob a ótica da cláusula de LOB,¹⁰¹⁴ o dispositivo referente a companhias abertas, presente que está no artigo 7º, parágrafo 9º, alínea “c”, do MLI, pareceria permitir a YCo que recebesse o pagamento de juros beneficiados por uma redução ou isenção de tributos segundo o ADT. Ou seja, aqui seria possível concluir que YCo, embora tenha mantido o mesmo nível de controle societário sobre XCo, e embora tenha realizado um empréstimo renovável indefinidamente (e no mesmo valor da redução de capital) com XCo, teria direito ao benefício do ADT por ser *ex ante* considerada uma “residente qualificada” do ADT pela cláusula de LOB.

¹⁰¹⁴ Para fins didáticos, consideramos neste tópico apenas as normas antielusivas em ADTs pós-BEPS como capazes de tratar o fenômeno da elusão tributária internacional, mas essa consideração é uma premissa em si questionável diante da prática internacional (que pode submeter práticas elusivas internacionais a normas que sejam antielusivas, mas inteiramente domésticas). Sobre isso trataremos com mais detalhes no subcapítulo 4.3.

Numa segunda análise, invertamos as posições das duas companhias e analisemos a situação de XCo pagando juros do Estado A para YCo, residente do Estado B. Aqui, o Fisco que deverá analisar se concede ou não o benefício pretendido por YCo no ADT é o Fisco do Estado A, cujo “lado” do ADT possui apenas uma cláusula de PPT individual. Correndo o risco de repetir aqui algumas das considerações que já fizemos no subitem 4.1.2, o que a autoridade fiscal deverá fazer à luz da cláusula de PPT individual é verificar se, na operação realizada pelo sujeito passivo, um dos propósitos principais foi a obtenção do benefício oferecido pelo ADT. Aqui nos parece que a conclusão mais imediata – de que um dos propósitos principais foi sim obter o benefício do ADT – pode oferecer ao Fisco do Estado A um problema prático, que é a operação sobre a qual sua atenção se voltará para fins de aplicação da cláusula de PPT. Se essa operação for o próprio pagamento de juros, o Fisco teria que dizer que o empréstimo de YCo para XCo não é um verdadeiro empréstimo, já que, diante de fatos e circunstâncias a serem investigados, as partes não pretendem que ele seja quitado. Se o pagamento não é de juros, é duvidoso concluir que o Fisco do Estado A pode reconhecer a esse pagamento uma suposta natureza de “dividendos”, porque não há capital investido que lastreie esses “dividendos”¹⁰¹⁵ – o pagamento poderia ser uma espécie de pagamento sem causa, o que poderá inclusive atrair a aplicação do artigo de “Outros Rendimentos” do ADT correspondente. Se esse dispositivo for equivalente ao artigo 21 da Convenção-Modelo da OCDE, a tributação da renda referente ao pagamento só poderá ocorrer no Estado B (o Estado de residência de YCo), o que poderá ser mais benéfico ainda para YCo do que o tratamento tributário para juros no ADT entre o Estado A e o Estado B.¹⁰¹⁶ Por outro lado, se a operação a ser avaliada pelo Fisco do Estado A for a redução de capital, novamente se questiona a conclusão de que (i) não houve redução de capital e de que (ii) o pagamento portanto deve ser tratado como se de “dividendos” fosse, por dois motivos: a uma, o empréstimo permaneceria válido e efetivo entre as partes, e, portanto, os juros seriam devidos nos termos do empréstimo, e, a duas, é possível que XCo não tenha apurado lucro líquido suficiente para que seja distribuído como “dividendos” no período fiscal correspondente. Novamente retornamos à possibilidade de que o Fisco do Estado A caracterize esse pagamento como uma espécie de “pagamento sem causa”, o que poderá atrair a aplicação do artigo 21 da Convenção-Modelo da OCDE no âmbito do ADT relevante.

¹⁰¹⁵ No nosso exemplo, há capital investido por YCo em XCo para lastrear o pagamento de certos dividendos, sem dúvida, mas não do valor referente aos juros do cenário proposto (porque este valor corresponde à redução de capital de XCo em favor de YCo).

¹⁰¹⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 87.

A digressão que fizemos sobre o Diagrama 3 no último parágrafo pode parecer desnecessária, mas não o é. Perceba-se que o artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI, incorporado ao ADT pós-BEPS entre o Estado A e o Estado B, autoriza o Fisco do Estado A a denegar *aquela benefício pretendido* por YCo com o pagamento daquilo que XCo e YCo definiram entre si como juros (suponha-se, algum benefício comum ao artigo 11, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE).¹⁰¹⁷ Já aí poder-se-ia concluir que entre a primeira análise do nosso exemplo (que permitia ao Fisco do Estado B conceder o benefício do ADT) e a segunda análise do nosso exemplo (que permitia ao Fisco do Estado A denegar o benefício do ADT) há uma assimetria na adoção do mesmo padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Mas a nossa digressão aponta para o fato de que a cláusula de PPT não diz que o sujeito passivo perde o direito a todo e qualquer benefício oferecido pelo ADT se, com relação a um benefício pretendido, a sua operação for considerada pelo Fisco como uma prática elusiva. Tratando de uma hipótese em tudo similar à que trouxemos neste item, LANG diz que a consequência mais lógica seria aplicar ao rendimento o tratamento correspondente ao tratamento de “dividendos”, ainda que ele conceda que a cláusula de PPT diz que regra do ADT o Fisco *não deve aplicar* (a regra concessiva do benefício que o sujeito passivo queria obter), e não trata da regra que o Fisco *deve aplicar no seu lugar* (se a do artigo 10 da Convenção-Modelo, se a do artigo 21, se alguma regra de legislação doméstica).¹⁰¹⁸ Aqui nós nos limitamos a dizer que a aplicação da cláusula de PPT pelas autoridades fiscais, ao menos em casos como o que apresentamos, poderá ainda dar causa a novas assimetrias. Essas seriam as assimetrias referentes à aplicação de outro dispositivo do ADT, ou mesmo da legislação doméstica (posição que para nós parece insustentável à luz da dicção do artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI), para algum rendimento que tenha sido “reprovado” numa análise inicial sob essa cláusula de PPT.

¹⁰¹⁷ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – Full Version cit., p. 67.

¹⁰¹⁸ Vide: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties cit., p. 661-662. Ao tratar do mesmo assunto, BURIÁK comenta que é mais adequado compreender a cláusula de PPT como remissiva à legislação doméstica, e não a outro dispositivo do ADT, se for aplicável à operação do sujeito passivo (BURIÁK, Svitlana. *The Application of the Principal Purpose Test under Tax Treaties* cit., p. 33-34). Essa interpretação, repita-se uma vez mais, não corresponde à letra da cláusula de PPT apresentada pelo artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI. A cláusula de PPT presente no MLI (ou no Relatório Final da Ação 6 do plano de Ação BEPS) não oferece ao Fisco das jurisdições do *Inclusive Framework* uma “carta branca” para denegar todo e qualquer benefício de um ADT relevante simplesmente porque, *em relação a um benefício pretendido*, o sujeito passivo se valeu de uma prática elusiva qualquer. Denega-se aquele e, para nós, abrem-se para o sujeito passivo outros dispositivos do ADT, que podem ser menos benéficos para si (o que seria a consequência, digamos, ideal da aplicação da cláusula de PPT) ou mais benéficos para si (que foi a hipótese que levantamos quando nos referimos ao artigo 21 da Convenção-Modelo da OCDE – essa hipótese não se aplica aos ADTs brasileiros porque, salvo em relação ao ADT com a França, os ADTs brasileiros franqueiam a tributação sobre “Outros Rendimentos” tanto para a jurisdição da fonte, quanto para a jurisdição de residência).

Por último, há ainda uma terceira análise possível em relação ao exemplo que está contido no Diagrama 3, mas a análise exige que alteremos uma de nossas premissas. Suponha-se que, em vez de o Estado B adotar como norma antielusiva apenas a cláusula de LOB, sua posição no ADT pós-BEPS com o Estado A tenha sido a de adotar tanto a cláusula de LOB, quanto a cláusula de PPT (ao modo dos ADTs celebrados entre Índia e Rússia, Uruguai e Paraguai e Brasil e Singapura, já comentados anteriormente). Sendo o pagamento feito de XCo no Estado B para YCo no Estado A, voltamos aqui para o problema que foi comentado no subitem 4.1.2, que é o de decidir se a referência feita pela cláusula de PPT a “outras disposições deste Acordo” compreende a cláusula de LOB ou não, e naquele item já comentamos a nossa posição. Ainda que aceitemos a premissa de que a cláusula de LOB, se cumprida, poderá ser “superada” pela cláusula de PPT, teremos que admitir que o Estado A, aplicando o mesmo ADT, mas sem a presença da cláusula de LOB, poderia chegar a uma conclusão mais imediata sobre a prática elusiva do sujeito passivo (e diante disso denegar o benefício pretendido). Isso deixa evidente que o mesmo padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, presente nos dois “lados” do ADT entre o Estado A e o Estado B, poderá conduzir as autoridades fiscais desses Estados a enfrentar a mesma hipótese de elusão tributária internacional de maneiras diferentes.

4.1.5 O apelo à flexibilidade e a crítica à implementação do padrão mínimo da Ação 6 conforme previsto no MLI

Resgatemos aqui um trecho do sumário executivo do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Considerando tanto o Relatório Final, quanto a Declaração Explanatória sobre o MLI, esta é a primeira vez que a OCDE emprega o termo “flexibilidade” para se referir ao resultado dos seus trabalhos na Ação 6:

Countries have therefore agreed to include anti-abuse provisions in their tax treaties, including a minimum standard to counter treaty shopping. They also agree that some flexibility in the implementation of the minimum standard is required as these provisions need to be adapted to each country’s specificities and to the circumstances of the negotiation of bilateral conventions.¹⁰¹⁹

A Declaração Explanatória sobre o MLI é ainda mais incisiva a esse respeito. Diz a OCDE ali que, “given [...] that each of those minimum standards can be satisfied in multiple

¹⁰¹⁹ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 9.

different ways, [...] the [MLI] needed to be flexible enough to accommodate the positions of different countries and jurisdictions while remaining consistent with its purpose”.¹⁰²⁰ Diz ainda a OCDE que o MLI não dá preferência a nenhuma dessas alternativas de cumprimento com o padrão mínimo – se o padrão mínimo em questão permite o seu cumprimento mediante mais de uma alternativa (como é o caso do padrão mínimo da Ação 6), qualquer delas é aceitável de maneira igual. Por último, a OCDE diz na Declaração Explanatória sobre o MLI que, se as jurisdições signatárias de um mesmo ADT coberto optarem por alternativas de cumprimento com o padrão mínimo que são *diferentes entre si*, deverão essas jurisdições envidar esforços para que cheguem a uma “solução mutuamente satisfatória” e que seja ainda “consistente com o padrão mínimo”.¹⁰²¹ Perceba-se quem são os sujeitos dessa última frase: as jurisdições que são partes signatárias de um ADT qualquer. Não as jurisdições em uma espécie de colégio de aplicação do padrão mínimo da Ação 6, nem tampouco as jurisdições em comum acordo após a conclusão dos trabalhos da OCDE em 2015. A OCDE se refere nesse trecho a jurisdições que deverão, duas a duas (ou em maior número, mas duas a duas para os fins desta tese), encontrar um jeito satisfatório de aderir ao padrão mínimo proposto pela Organização.

A crítica à flexibilidade trazida para o padrão mínimo da Ação 6 no MLI é nodal para esta análise. Reiterando considerações que fizemos no Capítulo 3, não ignoramos que as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* devem ter interesses divergentes (dadas as suas variadas capacidades econômicas) e, claro, devem ter sistemas jurídicos também divergentes. No sistema jurídico norte-americano, o legislador dá preferência a critérios claros de subsunção à norma antielusiva, mas seria estranho esperar a mesma preferência de outros sistemas jurídicos, a exemplo do indiano, comentado sob o enfoque de normas antielusivas no subitem 1.4.1.1.3, *supra*, ou mesmo do brasileiro, que conta até hoje com a norma antielusiva presente no art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Nada há no mandato dado à OCDE pelo G20 (para o desenvolvimento do que viria a ser o Plano de Ação BEPS em 2013) que poderia ser visto como uma autorização a *compelir* umas jurisdições a agirem como as demais, salvo se as jurisdições entrarem em algum acordo para agir em harmonia. Esse acordo – poder-se-ia argumentar – foi esse que o Relatório Final da Ação 6 propôs, e a visão parece ser compartilhada por alguns autores.¹⁰²²

¹⁰²⁰ Vide: OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 3.

¹⁰²¹ Idem, *ibidem*.

¹⁰²² Vide: DUFF, David G. Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test – Part 2. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 66, n° 4, p. 1006-1007, 2018. “The process of adoption of the principal purpose test

A preocupação com essa narrativa já poderia ser demonstrada com os comentários que trouxemos nos subitens 4.1.2, 4.1.3 e 4.1.4, *supra*. Ou seja, a flexibilidade oferecida à comunidade internacional no MLI, bem como no próprio Relatório Final da Ação 6, acaba por espalhar nos ADTs pós-BEPS normas diferentes, todas pertencentes ao padrão mínimo, e que nas suas diferenças podem conduzir as autoridades fiscais aplicadoras a diferentes resultados. E essa preocupação não é restrita a esta Tese. RAMHARTER e SZUDOCZKY alertam que a flexibilidade conferida pela OCDE para o padrão mínimo da Ação 6 pode conduzir jurisdições a um nível “incoerente” de proteção contra as práticas elusivas de *treaty shopping*.¹⁰²³ PÉREZ, por sua vez, duvida que as cláusulas oferecidas no âmbito da Ação 6 sejam implementadas sem criar maior complexidade e mais assimetrias.¹⁰²⁴ Tratando especificamente de como o MLI da OCDE permite essas assimetrias, PINELLI diz que elas conduzem as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* a níveis baixos de Harmonização Fiscal Internacional.¹⁰²⁵ Por último, nas palavras de ESCRIBANO, que ressalta o preço político dessa conformação do MLI:

Sospechamos que los motivos no tienen nada que ver con una falta de visión o la incompetencia de sus promotores, sino con el desinterés de los propios sponsors del proyecto (los gobiernos del G20 y de la OCDE) quienes, llegado el momento, no se atrevieron a emprender lo que podría haber sido una auténtica revisión sustancial de un sistema forjado a principios del siglo XX.¹⁰²⁶

demonstrates that it is a state practice that is applied uniformly, extensively, representatively, and consistently by countries” (VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. BEPS Principal Purpose Test and Customary International Law cit., p. 15). Com menor ênfase, mas sem a crítica que para nós seria cabível, vide: CIRILO, Simone Bento Martins; GODOI, Marciano Seabra de. A exigência de um padrão mínimo de combate ao abuso dos tratados tributários (Ação 6 do Projeto BEPS) e a política fiscal internacional brasileira. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília: UCB, v. 15, nº 1, p. 8, 2020.

¹⁰²³ Vide: RAMHARTER, Lisa; SZUDOCZKY, Rita. Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits cit., p. 89.

¹⁰²⁴ Vide: PÉREZ, Juan Zornoza. El Convenio Multilateral: Un Análisis Preliminar. In: CID, José Manuel Almudí; GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras. *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*. Madri: Aranzadi, 2017 (livro digital).

¹⁰²⁵ “La firma della Convenzione BEPS, avvenuta nel mese di giugno del 2017, rappresenta un risultato importante per OCSE nonché il culmine del progetto BEPS, iniziato nel 2013 con un obiettivo straordinariamente ambizioso sia in termini di programma che tempo. Tuttavia, l’implementazione ha inevitabilmente dovuto far fronte ad una serie di aspetti legali, politici, come pure vincoli amministrativi” (PINELLI, Martino. La Convenzione Multilaterale BEPS e il suo Recepimento in Svizzera. *Novità Fiscali*, Manno: SUPSI, nº 9, p. 398, 2018).

¹⁰²⁶ Vide: ESCRIBANO, Eva. ¿Se ha equivocado el Proyecto BEPS en el planteamiento? Los Paradigmas de la Fiscalidad Internacional que no han sido cuestionados. In: CID, José Manuel Almudí; GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras. *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*. Madri: Aranzadi, 2017 (livro digital).

Concordamos com a autora quando poupa a OCDE em si da crítica de “não ter ido mais adiante” na reforma do Direito Tributário Internacional como o conhecemos. A OCDE é cumpridora de um mandato do G20; seu perfil institucional já foi tratado no Capítulo 3 e, aqui, a sua função foi a de congregar diferentes jurisdições para enfrentar os desafios das diferentes Ações do Plano de Ação BEPS. Nem mesmo a ONU, cuja membresia é muito maior e mais diversificada que a membresia atual da OCDE, teria sido capaz de “exigir” das jurisdições interessadas em combater a elusão tributária internacional que adotassem todas em seus ADTs pós-BEPS uma solitária cláusula de PPT. Ou uma cláusula de LOB, simplificada ou detalhada. Ou ambas, acrescidas ou não por uma cláusula de alívio discricionário (seja ele o alívio sob pedido ou o alívio já previsto na cláusula de LOB). Nem a autora, nem nós nesta tese, temos qualquer intuito de menosprezar o trabalho da OCDE no Plano de Ação BEPS. O que se quer é que as normas antielusivas em ADTs pós-BEPS converjam para o objetivo coletivo de Harmonização Fiscal Internacional, uma vez que nós identificamos que as normas antielusivas propostas pela Ação 6 e incorporadas ao MLI não trazem para o Direito Tributário Internacional a segurança jurídica de que serão aplicadas para tratar o fenômeno da elusão tributária internacional da mesma forma. Em nome de combater o fenômeno elusivo, a flexibilização trazida pela OCDE torna diversas jurisdições igualmente fiéis a esse padrão mínimo da Ação 6 e divergentes entre si na sua implementação. Essas divergências contribuem para a manutenção de práticas de *treaty shopping* no ambiente pós-BEPS, agora associadas às preferências de implementação do padrão mínimo por parte das jurisdições que integram o *Inclusive Framework*.

4.2 Possíveis assimetrias com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS causadas pela sua implementação reservada ou revisada em ADTs pós-BEPS

Já tratamos no subitem 3.4.5 sobre as reservas em relação ao padrão mínimo da Ação 6 que foram oferecidas pela OCDE às jurisdições signatárias do MLI. Traremos neste item 4.2 alguns exemplos de como essas reservas foram adotadas em ADTs pós-BEPS, com destaque específico para as reservas permitidas pelo artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e “c”, do MLI. Ressalte-se aqui que, embora o parágrafo 16 também apresente uma alternativa de reserva quanto ao padrão mínimo da Ação 6, entendemos que a parte final do seu texto (que comanda as jurisdições a que busquem alguma solução “mutuamente satisfatória” e que atenda ao padrão mínimo) parece querer impedir o tipo de resultado que é permitido por aquelas duas alíneas.

Outra parte importante deste item será a análise de revisões em relação ao padrão mínimo da Ação 6. Esse é um tema naturalmente mais interessante que a mera identificação de diferentes opções sob o MLI (ou na prática bilateral, se alinhada ao MLI). Essas opções foram de certo modo chanceladas pela OCDE no resultado da Ação 15, o que as legitima sob o prisma formal, mas nem tanto sob o prisma material (que é toda a nossa crítica do subitem 4.1.5). Ocorre que há ADTs pós-BEPS que ou foram celebrados com uma versão distinta do padrão mínimo proposto pela OCDE para combater a elusão tributária internacional, ou foram celebrados sem qualquer norma antielusiva sequer similar às cláusulas de PPT e de LOB. O que mais impressiona é que esses ADTs têm como parte signatária ao menos uma, e em alguns exemplos duas jurisdições do *Inclusive Framework*. São, portanto, jurisdições que participaram da confecção dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS e que conhecem as suas origens e os seus propósitos. Ainda assim, optaram pela celebração de acordos que seguem o seu próprio caminho (seja ele contrário à elusão tributária internacional, mas à sua maneira, seja ele silente sobre o tema, talvez outorgando o seu tratamento para as ferramentas disponíveis no âmbito da legislação doméstica).

Uma digressão será bem-vinda nesta parte introdutória do item 4.2. A descrição que trouxemos anteriormente para as tais “revisões” (e a que trouxemos no âmbito do MLI para as reservas) parece nos remeter àqueles ADTs brasileiros que contêm algum tipo de norma antielusiva que não é exatamente o padrão mínimo oferecido pela Ação 6 do Plano de Ação BEPS. É incerto dizer se esses ADTs são realmente “ADTs pós-BEPS” de acordo com a nossa classificação para esta tese,¹⁰²⁷ porque sim, muitos são anteriores ao Plano de Ação BEPS, mas não temos a certeza (porque o Brasil não assinou o MLI até o momento) de se são vistos pelo Brasil como “aderentes” ao padrão mínimo, ainda que com suas normas diferentes. Tomando um exemplo concreto, pensemos no ADT entre o Brasil e a Turquia. Em seu conteúdo há uma cláusula que recebeu o nome de “Limitação de Benefícios” e que diz que o Fisco de cada país poderá negar os benefícios do ADT 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 [ADT] relativamente aos seus

¹⁰²⁷ Entre os ADTs celebrados pelas jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*, nós excluímos da nossa classificação de ADTs pós-BEPS apenas aqueles que já possuíam normas antielativas iguais às normas da Ação 6 do Plano de Ação BEPS (antes de sua conclusão). Com isso estamos dizendo que as normas previstas em ADTs brasileiros (afora os mais recentes, como o da Suíça e de Singapura) não eram e não são *iguais* às normas que a OCDE propôs como resultado do seu Plano de Ação BEPS.

fins.”¹⁰²⁸ Outro exemplo de ADT brasileiro que possui uma regra similar seria o ADT com o México, embora lá a regra seja acompanhada por uma cláusula de alívio discricionário mais parecida com aquela que compõe a cláusula de LOB do MLI.¹⁰²⁹ Suponha-se que esses ADTs se mantenham como estão sob a perspectiva do Brasil de que cumprem com o padrão mínimo ou de que “em muito” o superam, como dito por CIRILO e GODOI.¹⁰³⁰ O que a presença desses ADTs no cenário global pós-BEPS traz de impactos para o combate ao fenômeno da elusão tributária internacional?

A resposta para essa pergunta pode ser estendida a outros ADTs, e com muito mais propriedade àqueles assinados após a conclusão do Plano de Ação BEPS (ou após o lançamento do MLI), por isso é útil para este item. Em primeiro lugar, para nós é de pouca relevância defender que, se uma jurisdição signatária qualquer acorda com outra alguma forma de “padrão superior” ao padrão mínimo da Ação 6, esse padrão superior seria suficiente para considerarmos que essa jurisdição decidiu combater a elusão tributária internacional em harmonia com outras jurisdições no ambiente pós-BEPS.¹⁰³¹ Em segundo lugar, para nós é evidente que, embora a expressão “padrões mínimos” (no inglês, *minimum standards*) induza o intérprete a pensar em “padrões máximos”, como se o adjetivo “mínimo” fosse relacionado

¹⁰²⁸ Vide: BRASIL. Decreto nº 8.140, de 14 de novembro de 2013 cit.

¹⁰²⁹ Vide: BRASIL. *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*. Artigo 28. Decreto nº 6.000, de 26 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D6000.htm. Acesso em: 19 nov. 2020. O ADT celebrado com a Venezuela possui uma cláusula similar no seu artigo 28, parágrafo 1º, mas lá a cláusula é acompanhada por um “teste de propriedade” similar àquele que consta do artigo 7º, parágrafo 9º, alínea “e”, do MLI. Vide: BRASIL. *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*. Decreto nº 8.336, de 12 de novembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8336.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

¹⁰³⁰ Vide: CIRILO, Simone Bento Martins; GODOI, Marciano Seabra de. A exigência de um padrão mínimo de combate ao abuso dos tratados tributários (Ação 6 do Projeto BEPS) e a política fiscal internacional brasileira cit., p. 27.

¹⁰³¹ CIRILO, Simone Bento Martins; GODOI, Marciano Seabra de. A exigência de um padrão mínimo de combate ao abuso dos tratados tributários (Ação 6 do Projeto BEPS) e a política fiscal internacional brasileira cit. Cirilo e Godoi fazem essa afirmação, o que para nós é ao mesmo tempo equivocado (quando se referem ao ADT entre o Brasil e o México) e pouco relevante para a avaliação dos resultados da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. É equivocado porque a cláusula presente no artigo 28 do ADT com o México é menos sofisticada que a cláusula de LOB e, a pretexto de apresentar uma cláusula de PPT (que seria a princípio o parágrafo 1º do artigo 28), traz uma cláusula que relega à “opinião das autoridades fiscais sobre o abuso” a concessão ou não do benefício pretendido pelo sujeito passivo, sem referência sequer à já abrangente expressão “um dos propósitos principais” presente no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI. Por outro lado, é pouco relevante porque a eleição de vários “padrões” de enfrentamento a práticas elusivas por parte das jurisdições do *Inclusive Framework* está no coração das assimetrias que identificamos neste Capítulo 4 – e que propiciam, elas próprias, ou oportunidades de elusão tributária internacional (se a norma adotada for deficiente em relação ao padrão mínimo), ou o espaço ideal para a perpetuação da Concorrência Fiscal Internacional.

à própria Ação do Plano de Ação BEPS à qual o padrão faz referência, os padrões mínimos (Ações 5, 6, 13 e 14, como já comentamos no Capítulo 3) são “mínimos” em relação a todo o projeto da OCDE. Como disse SAINT-AMANS na conferência de lançamento dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, em 05 de outubro de 2015:

The fifteen measures will translate into different levels of commitment. We do have minimum standards. That’s not a standard ‘a minima’, the least common denominator, or a standard where countries could do more or less. Not the case. The minimum standards are really things that all the countries have committed to implementing fast, no more, no less.¹⁰³²

ADTs que destoam do padrão mínimo da OCDE na Ação 6, ainda que “destoem para cima”, criando uma espécie de proteção mais reforçada contra a elusão tributária internacional, acabam por gerar assimetrias que propiciam o *treaty shopping*, a busca por aqueles ADTs que mais beneficiam as operações de cada sujeito passivo. Para além da dificuldade de distinguir com clareza o que é “destoar para cima”, o problema central é que essa “revisão” importa em uma reavaliação individual ou bilateral daquilo que a Coordenação Fiscal Internacional do Plano de Ação BEPS deveria ter selado para as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*: um padrão mínimo a ser aplicado de forma consistente em todos os ADTs pós-BEPS. Se mesmo esse padrão mínimo já contém alternativas que lhe trazem incoerências internas, muito mais séria deveria ser a situação daquelas jurisdições que, imbuídas da “finalidade” da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, criam para si suas próprias normas antielusivas e as aplicam em paralelo às cláusulas de PPT e de LOB previstas no MLI.

No subitem 4.2.1 a seguir, traremos exemplos de ADTs pós-BEPS com essas marcas distintivas em todo o mundo, procurando ressaltar em quê o texto de suas cláusulas diverge do texto das cláusulas propostas pela OCDE e chanceladas no âmbito do MLI. Nos itens 4.2.2, 4.2.3 e 4.2.4, analisaremos o impacto de alguns desses textos diferentes no combate à elusão tributária internacional, em particular numa comparação com a possível aplicação das cláusulas de PPT e de LOB. Por último, no subitem 4.2.5, traremos uma reflexão sobre o que o surgimento desses ADTs pós-BEPS representa para o estado da Política Fiscal Internacional depois de concluído o Plano de Ação BEPS da OCDE.

¹⁰³² Vide: SAINT-AMANS, Pascal. *News Conference – Launch of the 2015 BEPS Package*. Video Conference. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dVRVflz9c64>. Acesso em: 19 nov. 2020.

4.2.1 Exemplos de ADTs pós-BEPS que implementaram o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS de forma reservada ou revisada

Nossa exposição aqui será diferente da exposição que fizemos no subitem 4.1.1. Em vez de tratarmos das posições assumidas pelas jurisdições signatárias do MLI, nosso enfoque será dirigido para os próprios ADTs pós-BEPS (originais ou emendados) que em seu texto incluíram normas antielusivas distintas daquelas propostas pela OCDE como padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Trataremos, em ordem, dos exemplos de reservas sob as alíneas “b” e “c” do parágrafo 15 do artigo 7º do MLI, e dos exemplos de normas antielusivas revisadas (segregadas entre aquelas que “revisaram” com a adição da legislação doméstica e aquelas que “revisaram” no texto das próprias normas propostas pela OCDE).

Tendo dito isso, é importante destacar que existem diversos ADTs pós-BEPS (no sentido de terem sido celebrados cronologicamente após o lançamento do MLI) que nem incorporaram ao seu texto o preâmbulo do artigo 6º, parágrafo 1º, do MLI, nem qualquer norma antielusiva presente no artigo 7º do MLI, embora tenham sido celebrados por ao menos uma jurisdição participante do *Inclusive Framework*. Alguns exemplos são o ADT entre a Singapura e a Tunísia, de 27 de fevereiro de 2018,¹⁰³³ o ADT entre Malta e Mônaco, de setembro de 2018,¹⁰³⁴ e o ADT entre a China e o Gabão, também de setembro de 2018.¹⁰³⁵ Sim, o silêncio desses ADTs sobre normas propostas pela OCDE como padrão mínimo na Ação 6 é em si mesmo uma forma de revisão, e além disso a sua referência à expressão “beneficiário efetivo” (no inglês, *beneficial owner*) nos artigos 10, 11 e 12 ou equivalentes é indicativa de algum intuito antielusivo, mas queremos concentrar a nossa atenção naqueles ADTs pós-BEPS que apresentaram em seu texto normas antielusivas com um conteúdo

¹⁰³³ Vide: SINGAPURA. *Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Tunisia for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.iras.gov.sg/irashome/Quick-Links/International-Tax/List-of-DTAs--limited-treaties-and-EOI-arrangements/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰³⁴ Vide: MÔNACO. *Convention entre la Principauté de Monaco et la République de Malte afin d'éviter les doubles impositions et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu*. Celebrado em 27 de setembro de 2018. Disponível em: <https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Tax-Compliance/Tax-agreements-signed-by-Monaco>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰³⁵ Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of Gabonese Republic for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 01 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-china-gabon-income-tax-treaty-available/2018/09/18/28ff8>. Acesso em: 21 nov. 2020.

diferente.¹⁰³⁶ É mediante esse comparativo que poderemos identificar possíveis implicações das reservas permitidas pelo artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e “c” do MLI, e da chamada “revisão” do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

Há ainda um último comentário introdutório a ser feito sobre a presença na quase totalidade desses ADTs de menções à expressão “beneficiário efetivo”. Só ressaltaremos a seguir os exemplos que contêm essas referências em cláusulas alheias aos artigos 10, 11 e 12 (naquilo que poderia ser compreendido como uma inserção do conceito de “beneficiário efetivo” na norma geral antielusiva do ADT). Por si mesma, a referência à expressão “beneficiário efetivo” nos artigos 10, 11 e 12 de ADTs pós-BEPS pode dizer algo útil sobre o tratamento dos titulares desses três rendimentos (dividendos, juros e royalties), mas não nos esclarece nada sobre o tratamento de todos os rendimentos do ADT em questão.¹⁰³⁷

Nesta Tabela 4, apresentaremos exemplos de ADTs pós-BEPS que, graças a reservas feitas no âmbito do artigo 7º, parágrafo 15, alínea “b” ou “c” do MLI, se mantêm com normas antielusivas algo distintas das cláusulas de PPT e LOB advindas do padrão mínimo da Ação 6. Há casos em que os ADTs pós-BEPS reservados possuem cláusulas idênticas àquelas contidas no artigo 7º do MLI (e.g., o artigo 24 do ADT celebrado entre Argentina e Chile, objeto de uma ressalva nas alíneas “b” e “c” do parágrafo 15 por parte de ambas as jurisdições),¹⁰³⁸ e é claro que essas cláusulas idênticas não serão alvo da nossa exposição aqui. Nosso intuito é identificar aquelas situações em que a norma antielusiva sob o ADT pós-BEPS é diferente das normas antielusivas do artigo 7º do MLI, e mesmo assim essa norma antielusiva deu causa a uma reserva que foi permitida pela OCDE.

¹⁰³⁶ Há ainda a possibilidade de que esses ADTs que não contêm norma antielusiva alguma (afora referências à expressão “beneficiário efetivo” nos seus Artigos 10, 11 e 12) sejam emendados no futuro, desde que ambas as jurisdições tenham assinado o MLI e desde que ambas tenham selecionado o mesmo ADT e a mesma cláusula correspondente. É improvável que isso ocorra com o ADT entre Malta e Mônaco; ambos são signatários do MLI, mas assinaram o MLI antes de celebrar o ADT. O mesmo ocorre com o ADT celebrado entre China e Gabão. Já o ADT entre Singapura e Tunísia poderá sofrer alterações, a depender de se a Tunísia irá, por ocasião do depósito do seu instrumento de ratificação, indicar o ADT com Singapura como um ADT coberto. Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit.

¹⁰³⁷ Registre-se aqui que o recente artigo 12A da Convenção-Modelo da ONU, que trata de pagamentos por serviços técnicos, contempla em seu parágrafo 2º a figura do “beneficiário efetivo”. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 24. Os ADTs celebrados pelo Brasil com Suíça, Singapura, Emirados Árabes Unidos e Uruguai contêm, todos eles, essa referência em seu artigo 13, parágrafo 2º.

¹⁰³⁸ Vide: CHILE. *Convenio entre la República de Chile y la República Argentina para Eliminar la Doble Imposición en Relación a los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y para Prevenir la Evasión y Elusión Fiscal, su Protocolo y el Memorando de Entendimiento Relativo a su Aplicación*. Celebrado em 15 de maio de 2015. Disponível em: http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_argentina.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

Tabela 4 – Exemplos de ADTs pós-BEPS sujeitos a reservas sob o artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e/ou “c”, do MLI

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|----------------------------|--------------------------------|-----------------------------|--|
| Azerbaijão Itália | Julho de 2004 | Artigo 30 | A dicção da regra em italiano traz tanto uma cláusula de PPT sem o teste de razoabilidade, quanto uma referência ao propósito principal ou a um dos propósitos principais da “criação do sujeito passivo”, e não do “arranjo” em si. Além disso, o parágrafo 2º diz que nada no ADT “ <i>pregiudicano l’applicazione della normativa interna per prevenire l’evasione e l’elusione fiscali [...]</i> ”. ¹⁰³⁹ |
| Alemanha Ilhas Maurício | Outubro de 2011 | Artigo 22 | A dicção da regra em inglês estabelece uma espécie de “cláusula de PPT” que serve como “pré-requisito” para acesso a benefícios em relação a tributos alemães. O conteúdo dessa regra é diferente do conteúdo da cláusula de PPT presente no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI. Além disso, a regra é cumulada com uma cláusula de LOB mais simplificada que aquela presente no artigo 7º, Parágrafos 8º a 14. ¹⁰⁴⁰ |
| Andorra Espanha | Janeiro de 2015 | Item I do Protocolo | A dicção da regra em espanhol, que vem acompanhada de uma referência a normas de CFC e também de cláusula de PPT (Item 1, subitem “3”), diz que as normas de direito interno poderão ser aplicadas por ambas as jurisdições “ <i>respecto a los abusos de la norma (comprendidos los convenios fiscales)</i> ”. ¹⁰⁴¹ |
| Luxemburgo Senegal | Fevereiro de 2016 | Artigo 30 | A dicção do artigo 30 do ADT em francês contém uma cláusula de PPT, mas também |

¹⁰³⁹ Vide: ITÁLIA. *Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica di Azerbaijan per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire le evasioni fiscali, con Protocollo aggiuntivo*. Celebrado em 21 de julho de 2004. Disponível em: https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/galleries/Documenti/Varie/AZERBAIJAN_2004-Testo_G.U._ita_en.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

¹⁰⁴⁰ Vide: ILHAS MAURÍCIO. *Agreement between the Republic of Mauritius and the Federal Republic of Germany for the Avoidance of Double Taxation and of Tax Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 7 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www.mra.mu/download/GNN0210of2012Germany.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020. Ressalte-se que a reserva foi feita perante a OCDE pela Alemanha.

¹⁰⁴¹ Vide: ESPANHA. *Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal*. Celebrado em 08 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/BOE_Andorra.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|-------------------------|--------------------------------|-----------------------------|--|
| | | | contém uma regra que diz que o ADT não impede a aplicação da legislação doméstica para evitar a evasão e a elisão tributárias (“ <i>dans la mesure où cette application ne donne pas lieu à une imposition contraire [...]</i> ”). ¹⁰⁴² |
| Equador Rússia | Novembro de 2016 | Artigo 24 | A regra traz uma cláusula de LOB mais simplificada que aquela proposta pelo artigo 7º do MLI. Além disso, a cláusula de LOB possui uma espécie de “alívio discricionário diferenciado” em linha com a cláusula de PPT (o alívio pode ser concedido pelas autoridades fiscais de uma jurisdição sem que as autoridades fiscais da outra jurisdição sejam consultadas). Vide o parágrafo 3º. ¹⁰⁴³ |

Admitidamente, o número de ADTs pós-BEPS sujeitos a reservas sob o artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e “c” do MLI, é bastante reduzido. O Chile, por exemplo, é uma das jurisdições que optaram por reservas sob essas duas alíneas,¹⁰⁴⁴ mas, feita a exceção ao ADT celebrado com os Estados Unidos em 2010, os seus ADTs pós-BEPS cumprem com o padrão mínimo da Ação 6, ainda que através de negociações bilaterais. Ou seja, nesse caso as reservas do Chile apenas impedem que o MLI venha a emendar aquilo que já foi celebrado sob os auspícios do Plano de Ação BEPS. Quanto aos demais ADTs pós-BEPS, no entanto, chama a atenção como eles são avaliados por uma de suas jurisdições signatárias (nem precisam sê-lo por ambas) e, se segundo essa avaliação cumprirem com o padrão mínimo, não será necessário que o padrão mínimo venha a lhes ser imposto pelo MLI.

Passemos agora às revisões do padrão mínimo antielusivo conforme trazido pelo MLI. Começemos pela Tabela 5, que trata de exemplos de ADTs pós-BEPS (naquilo que

¹⁰⁴² Vide: SENEGAL. *Convention entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg pour l'Élimination de la Double Imposition et la Prévention de l'Évasion Fiscale en Matière d'Impôts sur le Revenu et sur la Fortune*. Celebrado em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.dri.gouv.sn/sites/default/files/an-documents/Loi%202018-08.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰⁴³ Vide: EQUADOR. *Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la Federación de Rusia para Evitar la Doble Tributación y para la Prevención de la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta*. Celebrado em 14 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.sri.gob.ec/web/guest/fiscalidad-internacional2>. Acesso em: 30 nov. 2020. Ressalte-se que a reserva foi feita perante a OCDE pela Rússia.

¹⁰⁴⁴ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “*The Republic of Chile*”, p. 11-12.

possível envolvendo jurisdições diferentes entre si; ou seja, aqui tentamos evitar a citação vários exemplos se referindo a ADTs celebrados por uma mesma jurisdição) que em seu texto incluíram cláusulas permitindo de forma expressa que as jurisdições signatárias pudessem combater práticas de evasão e elusão tributárias, ainda que ocorridas no âmbito internacional, mediante recurso à sua legislação interna. Assim como a Tabela 4, a Tabela 5 apresenta as duas jurisdições signatárias, o mês e o ano de celebração do ADT pós-BEPS, o(s) dispositivo(s) que julgamos que representam uma “revisão” do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, e comentários pontuais numa coluna lateral que explicam essa “revisão” em cada caso:

Tabela 5 – Exemplos de ADTs pós-BEPS que contêm referências à legislação interna para combater situações de evasão e/ou de elusão tributárias

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|-----------------------------|--------------------------------|---|--|
| Espanha Romênia | Outubro de 2017 | Item 1 do Protocolo | A dicção da regra em espanhol, que vem acompanhada de uma referência a normas de CFC e também de cláusula de PPT (Item 1, alíneas “b” e “c”), diz que as normas de direito interno poderão ser aplicadas por ambas as jurisdições “respecto a los abusos de la norma, explícitamente definidas como tal o no, en la medida en que no generen una imposición contraria” ao ADT. ¹⁰⁴⁵ A ressalva de que as normas internas não podem gerar uma “imposição contrária” ao ADT é relevante entre os demais exemplos citados. |
| Colômbia Emirados Árabes | Novembro de 2017 | Artigo 22, parágrafo 3º, e Item 8 do Protocolo | A dicção da regra em espanhol, com relação à Colômbia, refere-se a normas que evitam a “evasión y elusión fiscal”, e, com relação a ambas as jurisdições, refere-se a normas que evitam “la elusión, el diferimiento y el abuso en materia tributaria”. O ADT possui uma cláusula de LOB mais restrita que a cláusula simplificada e também uma cláusula de PPT (Artigo 22). ¹⁰⁴⁶ |

¹⁰⁴⁵ Vide: ESPANHA. *Convenio entre el Reino de España y Rumanía para eliminar la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y prevenir la evasión y elusión fiscales y su Protocolo*. Celebrado em 18 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.hacienda.gob.es/es-es/normativa%20y%20doctrina/normativa/cdi/paginas/cdi_alfa.aspx. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰⁴⁶ Vide: COLÔMBIA. *Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Eliminación de la Doble Tributación con respecto a los Impuestos sobre la Renta y la Prevención de la Evasión y Elusión Tributarias*. Celebrado em 12 de novembro de 2017.

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|----------------------------|--------------------------------|-----------------------------|--|
| Arábia Saudita Bulgária | Novembro de 2017 | Artigo 28, parágrafo 1º | A dicção da regra em inglês, com relação a ambas as jurisdições, diz que nada no ADT (o que se supõe incluir a cláusula de PPT do artigo 28, parágrafo 2º) afetará a aplicação de “domestic provisions to prevent tax evasion and tax avoidance”. ¹⁰⁴⁷ |
| Índia Irã | Fevereiro de 2018 | Item 10 do Protocolo | A dicção da regra em inglês, com relação a ambas as jurisdições, diz que nada na cláusula de PPT (Artigo 28) impedirá o recurso a normas internas referentes a “tax avoidance or tax evasion”. ¹⁰⁴⁸ |
| Finlândia Hong Kong | Maior de 2018 | Artigo 27 | A dicção da regra em inglês, com relação a ambas as jurisdições, diz que nada no ADT (com uma cláusula de PPT no seu artigo 21) impedirá o recurso a normas internas referentes à prevenção de “tax avoidance, whether or not described as such”, desde que não resultem em tributação contrária ao ADT. ¹⁰⁴⁹ |
| Quênia Singapura | Junho de 2018 | Artigo 27 | A dicção da regra em inglês, com relação a ambas as jurisdições, diz que nada no ADT (sem padrão mínimo) impedirá o recurso a normas internas referentes à prevenção de “tax avoidance, whether or not described as |

Disponível em: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/Paginas/ConveniosTributariosInternacionales.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰⁴⁷ Vide: ARÁBIA SAUDITA. *Convention between the Kingdom of Saudi Arabia and the Republic of Bulgaria for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and the Prevention of Tax Evasion*. Celebrado em 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://gazt.gov.sa/en/RulesRegulations/Agreements/Pages/bulgaria-convention.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰⁴⁸ Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Islamic Republic of Iran for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 17 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-india-iran-income-tax-treaty-available/2019/02/14/294k8>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰⁴⁹ Vide: HONG KONG. *Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China and the Government of the Republic of Finland for the Elimination of Double Taxation with respect to Taxes on Income and the Prevention of Tax Evasion and Avoidance*. Celebrado em 24 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap112DE>. Acesso em: 22 nov. 2020. É interessante observar que, no seu instrumento de ratificação do MLI, depositado junto à OCDE em 25 de fevereiro de 2019, a Finlândia não indicou o ADT com Hong Kong como um ADT submetido a emendas pelo MLI (embora o MLI tenha sido assinado pela Finlândia em 2017, ou seja, antes da celebração do ADT, suas autoridades poderiam ter ajustado a sua lista de ADTs cobertos entre a assinatura e o depósito do instrumento de ratificação; um exemplo é o de Singapura em relação ao seu novo ADT com a Tunísia). Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “The Republic of Finland”, “Republic of Singapore”, p. 14.

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|-------------------------|--------------------------------|----------------------------------|--|
| | | | such”, desde que não resultem em tributação contrária ao ADT. ¹⁰⁵⁰ |
| Angola Portugal | Setembro de 2018 | Artigo 28, parágrafo 1º | A dicção da regra em português, com relação a ambas as jurisdições, diz que nada no ADT poderá impedir a aplicação das “disposições antiabuso” previstas na sua legislação interna. O ADT inclui uma cláusula de PPT (Artigo 28, parágrafo 2º). ¹⁰⁵¹ |
| Áustria Reino Unido | Outubro de 2018 | Item 7, alínea “b”, do Protocolo | A dicção da regra em inglês, com relação a ambas as jurisdições, diz que o ADT (que possui uma cláusula de PPT e uma cláusula de alívio discricionário sob pedido no seu artigo 27) não impedirá a aplicação de legislação doméstica sobre a prevenção de “tax evasion or tax avoidance” quando esses dispositivos (das leis domésticas) sejam usados para combater arranjos que constituam um abuso (“abuse”) do ADT. ¹⁰⁵² |
| Israel Sérvia | Novembro de 2018 | Item 1 do Protocolo | A dicção da regra em inglês, com relação a ambas as jurisdições, diz que o ADT (que possui uma cláusula de PPT no seu artigo 27) não impedirá a aplicação de legislação doméstica sobre a prevenção de “tax evasion or tax avoidance” quando esses dispositivos (das leis domésticas) sejam usados para combater arranjos que constituam um abuso (“abuse”) do ADT. ¹⁰⁵³ |

¹⁰⁵⁰ Vide: SINGAPURA. *Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Kenya for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 12 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.iras.gov.sg/irashome/Quick-Links/International-Tax/List-of-DTAs--limited-treaties-and-EOI-arrangements/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹⁰⁵¹ Vide: PORTUGAL. *Convenção entre a República Portuguesa e a República de Angola para Eliminar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e Prevenir a Fraude e a Evasão Fiscal*. Celebrado em 18 de setembro de 2018. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Pages/convencoes.aspx. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹⁰⁵² Vide: REINO UNIDO. *Convention between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains*. Celebrado em 22 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/austria-tax-treaties>. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹⁰⁵³ Vide: TAX NOTES. *Convention between the Government of the Republic of Serbia and the Government of the State of Israel for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 22 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-israel-serbia-income-tax-treaty-available/2019/01/15/291xd>. Acesso em: 22 nov. 2020.

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|-------------------------|--------------------------------|-----------------------------|---|
| Mônaco Montenegro | Maio de 2019 | Artigo 26, parágrafo 1º | A dicção da regra em francês, que vem tanto acompanhada por uma referência universal à expressão “bénéficiaire effectif”, quanto por uma cláusula de PPT (Artigo 26, Parágrafos 2º e 3º), refere-se a “dispositions anti-évitemment prévues dans son droit interne” que poderão ser aplicadas por ambas as jurisdições. ¹⁰⁵⁴ |

Sabemos que a referência desses ADTs pós-BEPS à legislação doméstica é um dos tópicos tratados pela OCDE nos Comentários ao artigo 1º da sua Convenção-Modelo – sobre isso já escrevemos no Capítulo 1, *supra*.¹⁰⁵⁵ Sabemos ainda que esses Comentários foram adicionados à Convenção-Modelo em 21 de novembro de 2017, após o Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS em outubro de 2015 e após o lançamento do MLI em outubro de 2017.¹⁰⁵⁶ Em linha com a posição que adotamos nesta tese e com a nossa perspectiva sobre o objetivo coletivo perseguido pelo Plano de Ação BEPS (o de propiciar Justiça Fiscal), resta-nos apenas criticar a referência feita pela OCDE à possível convivência entre normas antielusivas internas e internacionais para tratar hipóteses de elusão tributária referentes a ADTs. Perceba-se que, só nesta amostragem, identificamos ADTs que nem cláusulas de PPT ou de LOB trazem em seu conteúdo, propondo-se a enfrentar práticas elusivas mediante recurso à norma interna. Outros ADTs até possuem em seu conteúdo normas antielusivas como aquelas previstas no MLI, mas dizem que nada poderá impedir o emprego das suas normas antielusivas internas para lidar com essas hipóteses de elusão tributária internacional. Por último, há ainda os ADTs que possuem cláusulas nativas de PPT, mas que se referem às normas internas como recurso contra a elusão tributária, “desde que não resulte em tributação contrária ao ADT”. Afora toda essa variedade, nota-se ainda que alguns ADTs empregam a palavra “abuso” (ou suas variantes em outros idiomas), termo que

¹⁰⁵⁴ Vide: MÔNACO. *Convention entre la Principauté de Monaco et le Montenegro pour l'Élimination de la Double Imposition et la Prévention de l'Évasion Fiscale en Matière d'Impôts sur le Revenu*. Celebrado em 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Tax-Compliance/Tax-agreements-signed-by-Monaco>. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁰⁵⁵ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 148. Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. 77.

¹⁰⁵⁶ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 215-219. Vide ainda: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 80-85.

como vimos no Capítulo 1 pode ser empregado por diferentes jurisdições com conotações específicas, nenhuma delas automaticamente associável aos testes previstos nas cláusulas de PPT e/ou de LOB. Essa franquia a normas antielusivas internas no ambiente de ADTs permite que as jurisdições que os celebraram apliquem o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS sob uma falsa “padronização”.

Na Tabela 5, o nosso intuito foi o de identificar ADTs pós-BEPS que previam de forma expressa que as jurisdições signatárias poderiam lidar com situações de elusão tributária internacional mediante emprego de normas antielusivas internas. Na Tabela 6 a seguir, vamos apresentar exemplos de ADTs pós-BEPS que contêm aquilo que nós reconhecemos como tipos “revisados” das próprias cláusulas recomendadas pela OCDE na Ação 6 do seu Plano de Ação BEPS. Como as “revisões” são numerosas e diferentes entre si, escolhemos esses exemplos de maneira a refletir tanto o maior número possível de jurisdições (buscando, salvo pela referência a dois ADTs celebrados pela Índia, não citar outros exemplos com jurisdições “repetidas”), quanto o maior número possível de novas normas que identificamos. De plano demonstramos que diversas das diferenças identificadas nas Tabelas 4 e 5 e nesta próxima Tabela 6 têm semelhanças entre si. Não raro, essas normas procuram esclarecer o protagonismo da legislação interna para enfrentar a elusão tributária internacional ou procuram ampliar os poderes discricionários das autoridades fiscais para esse mesmo fim. Vejamos:

Tabela 6 – Exemplos de ADTs pós-BEPS que contêm textos “revisados” das normas antielusivas propostas como padrão mínimo pela Ação 6 do Plano de Ação BEPS

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|-------------------------|--------------------------------|-----------------------------|--|
| Bielorrússia Espanha | Junho de 2017 | Item 1 do Protocolo | O Item 1 do Protocolo, para além de permitir recurso à legislação interna em suas alíneas “a” e “b”, inclui em sua alínea “c” um tipo de “cláusula de PPT” que não possui nem um teste de razoabilidade, nem a ressalva ao objeto ou ao propósito do ADT. Além disso, a alínea “c” é aplicável especificamente aos rendimentos previstos |

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|---------------------------|--------------------------------|-----------------------------|---|
| | | | nos artigos 10, 11 e 12 do ADT (dividendos, juros e royalties). ¹⁰⁵⁷ |
| Arábia Saudita Geórgia | Março de 2018 | Artigo 29, parágrafo 2º | Ambas as jurisdições já depositaram perante a OCDE os seus instrumentos de ratificação do MLI, mas enquanto a Arábia Saudita optou por incluir o ADT com a Geórgia entre os seus ADTs cobertos, a Geórgia não fez o mesmo. O artigo 29, parágrafo 2º, contém uma espécie de “cláusula de PPT” que, além de não possuir o teste de razoabilidade e não possuir a ressalva quanto ao objeto e ao propósito do ADT, refere-se apenas a “um dos propósitos” da criação do sujeito passivo, e não a “um dos propósitos principais”. ¹⁰⁵⁸ |
| Hong Kong Índia | Março de 2018 | Artigo 28 | No seu instrumento de ratificação do MLI, a Índia indicou o ADT com Hong Kong como um ADT coberto, mas não apresentou o seu artigo 28 como um dos dispositivos sujeitos a modificações pelo MLI (o que pode indicar que, mesmo que Hong Kong em seu eventual instrumento de ratificação indique o ADT com a Índia, a assimetria impeça qualquer alteração). Na sua versão em inglês, o artigo 28, parágrafo 3º, do ADT adiciona ao rol de sujeitos passivos (não operações) testados pela cláusula de PPT as “legal entities not having bona fide business activities”. ¹⁰⁵⁹ |

¹⁰⁵⁷ O ADT entre a Bielorrússia e a Espanha foi celebrado em três idiomas, sendo eles o espanhol, o russo e o inglês, todos esses idiomas considerados autênticos. Vide: ESPANHA. *Convenio entre la República de Bielorrusia y el Reino de España para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio*. Celebrado em 14 de junho de 2017. Disponível em: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/BOCG/A/BOCG-14-CG-A-41.PDF. Acesso em: 22 nov. 2020. É importante notar que, embora a Bielorrússia não faça parte do *Inclusive Framework* da OCDE, a Espanha faz. Vide: OCDE. *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit.

¹⁰⁵⁸ O ADT entre a Arábia Saudita e a Geórgia foi celebrado em três idiomas, sendo eles o georgiano, o árabe e o inglês, todos esses idiomas considerados autênticos (e sendo o inglês o idioma a ser utilizado pelas autoridades fiscais para solucionar divergências de interpretação). Vide: TAX NOTES. *Agreement between Georgia and the Kingdom of Saudi Arabia for the Avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion*. Celebrado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-georgia-saudi-arabia-income-and-capital-tax-treaty-available/2018/05/17/28202>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁰⁵⁹ O ADT entre Hong Kong e a Índia foi celebrado em três idiomas, sendo eles o mandarim, o hindi e o inglês, todos esses idiomas considerados autênticos (e sendo o inglês o idioma a ser utilizado pelas autoridades fiscais para solucionar divergências de interpretação). Vide: ÍNDIA. *Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the*

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|-------------------------|--------------------------------|-----------------------------|---|
| Qatar Ucrânia | Março de 2018 | Artigo 28 | A norma prevista no artigo 28 parece ser uma “cláusula de PPT”, mas não apresenta nem o teste de razoabilidade, nem a ressalva do final do artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI (referente ao objeto e ao propósito do ADT). Além disso, a norma não trata do propósito principal (ou um dos propósitos principais) do arranjo ou da transação sob exame, mas sim do propósito principal do residente ou de qualquer pessoa conectada ao residente. Por último, a “cláusula de PPT” do ADT trata da negativa de benefícios, mas especifica que esses benefícios são de “redução de tributo” ou de “isenção de tributo”. ¹⁰⁶⁰ |
| Índia Zâmbia | Abril de 2018 | Artigo 29, parágrafo 6º | No seu instrumento de ratificação do MLI, a Índia indicou o ADT com a Zâmbia como um ADT coberto, mas não apresentou o seu artigo 29 como um dos dispositivos sujeitos a modificações pelo MLI (o que pode indicar que, mesmo que a Zâmbia assine o MLI, a assimetria impeça qualquer alteração). Na sua versão em inglês, o artigo 29, parágrafo 6º, do ADT apresenta uma cláusula de PPT sem o teste de razoabilidade, sem a ressalva quanto ao objeto e ao propósito do ADT, e ainda direciona a análise das autoridades fiscais não para um benefício perseguido, mas para o propósito de “avoid taxes to which this Convention applies”. ¹⁰⁶¹ |

Republic of India for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income. Celebrado em 19 de março de 2018. Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/international-taxation/dtaa.aspx>. Acesso em: 23 nov. 2020. Vide ainda: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “India”, p. 6/24-25.

¹⁰⁶⁰ O ADT entre o Qatar e a Ucrânia foi celebrado em três idiomas, sendo eles o árabe, o ucraniano e o inglês, todos esses idiomas considerados autênticos (e sendo o inglês o idioma a ser utilizado pelas autoridades fiscais para solucionar divergências de interpretação). Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of the State of Qatar and the Government of Ukraine for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income.* Celebrado em 20 de março de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-qatar-ukraine-income-tax-treaty-available/2018/04/19/27zdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹⁰⁶¹ O ADT entre Índia e Zâmbia foi celebrado em dois idiomas, sendo eles o hindi e o inglês, ambos considerados autênticos (e sendo o inglês o idioma a ser utilizado pelas autoridades fiscais para solucionar divergências de interpretação). Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Republic of Zambia and the Government of the Republic of India for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income.* Celebrado em 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-india-zambia-income->

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|---------------------------|--------------------------------|-------------------------------------|--|
| Egito Uzbequistão | Setembro de 2018 | Artigo 28 | A norma prevista no artigo 28 parece ser uma “cláusula de PPT”, mas não apresenta nem o teste de razoabilidade, nem a ressalva do final do artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI (referente ao objeto e ao propósito do ADT). Além disso, a norma não trata do propósito principal (ou um dos propósitos principais) do arranjo ou da transação sob exame, mas sim do propósito principal do residente ou de qualquer pessoa conectada ao residente. ¹⁰⁶² |
| Brasil Emirados Árabes | Novembro de 2018 | Artigo 29, Parágrafos 3º e 4º | O parágrafo 4º do artigo 29 contém uma cláusula de PPT como aquela que foi prevista pelo artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI. No entanto, o parágrafo 3º contém uma regra que se aplica especificamente para sociedades empresárias dos Emirados Árabes Unidos, mas que atrela o teste do propósito principal à obtenção de benefícios “para o proveito de uma pessoa que não é residente dos Emirados Árabes Unidos”. ¹⁰⁶³ |
| Botsuana Rep. Tcheca | Outubro de 2019 | Artigo 26 | O artigo 26 possui dois dispositivos. O do parágrafo 2º permite que normas internas sejam usadas para enfrentar hipóteses de elusão tributária no âmbito do ADT. Já o do parágrafo 1º contém uma norma antielusiva similar àquela presente no ADT entre Brasil e Turquia (de permitir a negativa de qualquer benefício do ADT se, na “opinião” |

tax-treaty-availab le/2019/03/01/2960n. Acesso em: 23 nov. 2020. Vide ainda: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “Índia”, p. 18/24-25.

¹⁰⁶² O ADT entre o Egito e o Uzbequistão foi celebrado em três idiomas, sendo eles o árabe, o uzbeque e o inglês, todos esses idiomas considerados autênticos (e sendo o inglês o idioma a ser utilizado pelas autoridades fiscais para solucionar divergências de interpretação). Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Elimination of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and on Property and the Prevention of Tax Evasion and Avoidance*. Celebrado em 5 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-egypt-uzbekistan-income-and-property-tax-treaty-available/2018/11/13/28gc6>. Acesso em: 22 nov. 2020. É importante notar que, embora o Uzbequistão não faça parte do *Inclusive Framework* da OCDE, o Egito faz. Vide: *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit.

¹⁰⁶³ Vide: BRASIL, nota 378, *supra*. Há diversos ADTs assinados pelos Emirados Árabes Unidos que se distanciam no todo ou em parte das propostas da Ação 6 do Plano de Ação BEPS que foram definidas como padrão mínimo pela OCDE. Vide, por exemplo: TAX NOTES. *Accordo tra il Governo della Repubblica di San Marino e il Governo degli Emirati Arabi Uniti per evitare la Doppie Imposizioni e Prevenire l'Evasione Fiscale in Materia di Imposte sul Reddito*. Celebrado em 11 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/san-marino-united-arab-emirates-2018-income-tax-agreement-and-final-protocol-italian-text/28p9y>. Acesso em: 22 nov. 2020.

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Comentários gerais |
|-------------------------|---|-----------------------------|---|
| | | | das autoridades fiscais, a concessão do benefício constituiria um “abuso” do ADT). ¹⁰⁶⁴ |
| Malta Rússia | Abril de 2013, emendado bilateralmente em outubro de 2020 | Artigo 27, parágrafo 2º | Embora o ADT entre Malta e Rússia seja um ADT coberto e embora as jurisdições tenham concordado com a inserção da cláusula de PPT do artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI, essa cláusula não deverá suprimir do ADT o parágrafo 2º do artigo 27, que condiciona a negativa do teste do propósito principal a um segundo teste, parecido com o teste previsto no artigo 7º, parágrafo 10, do MLI (de condução ativa de negócios), cujos termos na versão inglesa são “substantive business operations”. ¹⁰⁶⁵ |

Boa parte das jurisdições citadas é integrante do *Inclusive Framework* e concordou com o padrão mínimo da Ação 6 para ADTs, corporificado que está no MLI. Seja como for, cada um dos ADTs pós-BEPS listados anteriormente (incluindo o ADT entre Malta e Rússia, que foi emendado após o lançamento do MLI) foi assinado por ao menos uma jurisdição que participou do Plano de Ação BEPS. Pode-se ver que suas normas antielusivas ora subtraem partes da cláusula de PPT, ora acrescentam ao seu conteúdo elementos estranhos como “abuso” e “boa-fé”, e há ainda aquelas situações nas quais as normas antielusivas distorcem a cláusula de PPT para que seja aplicada a pessoas, em vez de operações, ou apenas a alguns rendimentos que compõem o ADT, e não a todos. São sem dúvida normas antielusivas incorporadas a ADTs e que deverão fornecer para as autoridades fiscais das jurisdições signatárias ferramentas para enfrentar a elusão tributária internacional. Só não é possível dizermos, à luz das diferenças que foram apontadas, que essas ferramentas fornecidas

¹⁰⁶⁴ O ADT entre Botsuana e a República Tcheca foi celebrado em dois idiomas, sendo eles o tcheco e o inglês, ambos considerados autênticos. Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the Republic of Botswana for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 29 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-botsswana-czech-republic-income-tax-treaty-available/2019/11/01/2b324>. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹⁰⁶⁵ O ADT entre Malta e Rússia foi celebrado em dois idiomas, sendo eles o inglês e o russo, ambos considerados autênticos. Vide: MALTA. *Convention between the Government of Malta and the Government of the Russian Federation for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 24 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.mfsa.mt/consumers/useful-links-2/international-tax-unit/double-tax-treaties/>. Acesso em: 23 nov. 2020. Vide ainda: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “Malta”, p. 10/24, “Russian Federation”, p. 9.

por esses ADTs pós-BEPS os posicionam entre os ADTs que incorporaram ao seu conteúdo o mesmo padrão mínimo do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

Feita essa exposição, devemos tecer algumas considerações finais. É evidente que há outros ADTs vigentes que não incorporaram a si próprios o padrão mínimo da OCDE contra a elusão tributária internacional. Exemplos incluem diversos dos ADTs da rede dos Estados Unidos, cada um deles detentor de uma cláusula de LOB com sofisticações próprias,¹⁰⁶⁶ outros tantos ADTs da rede brasileira,¹⁰⁶⁷ e os vários ADTs celebrados por jurisdições alheias ao *Inclusive Framework*, mas que convivem com as integrantes desse grupo no cenário global.¹⁰⁶⁸ Esses outros ADTs, é claro, compõem o Direito Tributário Internacional e ladeiam os ADTs pós-BEPS; as assimetrias que deles partem são igualmente prejudiciais para o atingimento do objetivo coletivo de Justiça Fiscal, desde que essas assimetrias propiciem novas oportunidades de elusão tributária posteriores quer ao Plano de Ação BEPS, quer ao MLI. A razão de nos concentrarmos nos ADTs pós-BEPS, já explicada na Introdução, *supra*, é confrontar o que foi publicado pela OCDE com aquilo que foi feito na prática, buscando levantar questões sobre o que essas diferenças nos ilustram a respeito do novo estado da Política Fiscal Internacional (e, ao final, oferecer uma solução nossa para o problema advindo desse estado de coisas).

Além disso, poder-se-ia sustentar que as “revisões” de que tratamos neste item são pontuais em relação ao universo de ADTs assinados pelos membros do *Inclusive Framework* (para fundamentar o argumento de que as “revisões” são um fenômeno de menor importância). Seria ainda possível dizer que, como já nos ilustram as emendas bilaterais de

¹⁰⁶⁶ “This highly sophisticated model clause [of the U.S. Model Convention of 2016] serves as a basis for the limitation on benefits provision of all tax treaties concluded by the United States. Nevertheless, the provisions included in the US treaties are often tailored to specific requirements” (RAMHARTER, Lisa; SZUDOCZKY, Rita. *Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits* cit., p. 59). Vide ainda: GILD, Mimi E. *Tax Treaty Shopping: Changes in the U.S. Approach to Limitation on Benefits Provisions in Developing Country Treaties*. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville: University of Virginia, v. 30, n° 2, p. 582-594, 1990.

¹⁰⁶⁷ Vide nossos comentários sobre os ADTs brasileiros no subitem 1.4.1.4.3 desta tese.

¹⁰⁶⁸ Cite-se, por exemplo, o ADT entre Bangladesh e Nepal, que nem incorporam o preâmbulo definido pelo artigo 6º, nem as normas antielusivas trazidas pelo artigo 7º do MLI. Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of Nepal and the Government of the People’s Republic of Bangladesh for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 5 de março de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-bangladesh-nepal-income-tax-treaty-available/2020/10/15/2d2gf>. Acesso em: 23 nov. 2020. Situação similar ocorre com o ADT entre Bielorrússia e Sudão. Vide: TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Republic of Sudan and the Government of the Republic of Belarus for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-belarus-sudan-income-tax-treaty-available/2019/12/31/2bqsr>. Acesso em: 23 nov. 2020.

ADTs pós-BEPS, e não foram poucas desde 2017, a prática de renovação de ADTs é bastante corriqueira, e nada impede que os ADTs pós-BEPS hoje vistos como “revisados” ou assimétricos se adequem ao padrão mínimo tal e qual ele se encontra no MLI, ou que jurisdições que hoje não compõem o *Inclusive Framework* passem a compor. Quanto ao primeiro argumento, ele ignora o processo formativo das oportunidades para a elusão tributária internacional. A Índia tem uma rede de ADTs com aproximadamente uma centena de jurisdições em todo o mundo. O ADT celebrado pela Índia com as Ilhas Maurício, um país de diminuta área geográfica e cujo PIB o posicionou na 129ª posição entre todos os países pesquisados em 2019,¹⁰⁶⁹ é só mais um no meio dessa multidão. Ainda assim, tornou-se o ADT preferencial para veicular investimentos na Índia com o uso de empresas-veículo (sobre isso já tratamos no Capítulo 1). Diga-se o mesmo do ADT norte-americano com a Hungria, cujo silêncio sobre a limitação de benefícios o tornou por muitos anos um ADT importante para lastrear investimentos destinados a outros países, entre eles o Brasil.¹⁰⁷⁰ Nada há nas “outras jurisdições” signatárias desses ADTs que as torne *ex ante* formidáveis “caminhos” para o trânsito de capital sob uma tributação modesta ou inexistente – são os conteúdos de determinados ADTs seus que acabaram por abrir esses “caminhos”, e, se eles se fecharem, MNEs em todo o mundo buscarão oportunidades para abrir outros, agora com foco na “forma de implementação” do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, por exemplo. Quanto ao segundo argumento, nós concordamos que os ADTs podem ser renovados de tempos em tempos, e para nós não é absurdo sugerir que o padrão mínimo da Ação 6 poderá ganhar adesão ainda maior no futuro, talvez pela adição de novas jurisdições à lista de membros do *Inclusive Framework*. O que fizemos neste subitem 4.2.1 foi reconhecer e valorizar a conduta de jurisdições que já participam do *Inclusive Framework* nas suas primeiras negociações bem-sucedidas de novos ADTs, ou de emendas a ADTs, após o lançamento do MLI; não é descabido dizer que há um descompasso entre o que se esperava do texto de alguns ADTs e aquilo que as jurisdições concordaram em inserir nesses ADTs, especialmente sobre um tema tão universal, tão carente de uma solução harmonizada, quanto o combate à elusão tributária internacional.

¹⁰⁶⁹ Vide: BANCO MUNDIAL. *Gross Domestic Product 2019*. Atualizado até 1º de julho de 2020. Disponível em: <https://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

¹⁰⁷⁰ Vide, tratando do ADT já emendado com a Hungria (embora a emenda ainda não esteja em vigor), e ainda tratando da falta de um ADT entre Estados Unidos e Brasil: MACDONALD, J. Ross. *Time Present and Time Past*: U.S. Anti-Treaty Shopping History, Policy and Rules (or, “Well, Stanley, that’s another nice mess you’ve gotten us into”). *The Tax Lawyer*, Washington D.C.: ABA, v. 70, nº 1, p. 40-85, 2016.

4.2.2 *Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de LOB com alívio discricionário e sob a cláusula de LOB com alívio discricionário diferenciado*

Consideremos a seguinte situação hipotética. Suponha-se que uma companhia TCo seja residente no Estado T para fins tributários. Suponha-se ainda que TCo seja controlada por dez indivíduos, todos igualmente residentes no Estado T e cada um detentor de 10% do total de suas ações. No cenário original, TCo possui 100% das ações de uma sociedade empresária FCo residente no Estado F. FCo auferiu lucros no Estado F e paga dividendos para TCo no Estado T. Sob o artigo 10, parágrafo 2º, do ADT entre F e T, esses dividendos estão isentos de qualquer tributação sobre a renda na fonte (presumamos que a tributação sobre a renda na fonte, aplicável a dividendos segundo a legislação doméstica de F, seria de 15%).

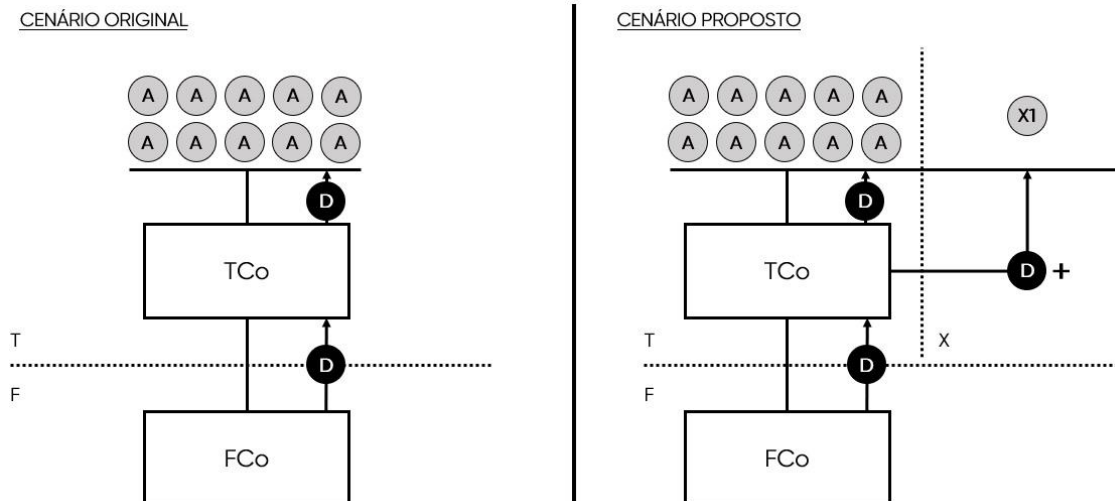
Considere-se agora que, no cenário proposto, os acionistas de TCo recebem uma proposta de investimento de um indivíduo X1. X1 é residente do Estado X para fins tributários, um Estado que não possui um ADT com o Estado F. Para viabilizar o seu investimento no grupo, X1 requer que TCo emita para si o equivalente a 60% do total de suas ações ordinárias e 100% de uma nova classe de ações preferenciais: X1 será um de onze acionistas, terá 60% do total de ações ordinárias, e as ações preferenciais lhe darão o direito de receber dividendos de TCo antes dos demais. Para simplificar a nossa discussão, considere-se que nem X, nem T, possui qualquer regra de CFC em seu ordenamento jurídico.

Num exemplo (1), consideraremos que o ADT entre F e T possui uma cláusula de LOB como aquela prevista pelo artigo 7º do MLI (uma cláusula simplificada, conforme o Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, e que contenha um dispositivo similar ao parágrafo 12, ou seja, um alívio discricionário). Num exemplo (2), consideraremos que o ADT entre F e T possui uma cláusula de LOB como aquela prevista no ADT reservado entre Equador e Rússia – uma cláusula com o chamado “alívio discricionário diferenciado”¹⁰⁷¹ (ou

¹⁰⁷¹ Vide: EQUADOR. *Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la Federación de Rusia para Evitar la Doble Tributación y para la Prevención de la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta* cit. Como explicamos no Capítulo 3, o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS pode ser atendido pela adoção de uma cláusula de LOB no ADT relevante (sem que a cláusula seja cumulada com uma cláusula de PPT), desde que a jurisdição respectiva adote em sua legislação interna uma regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo. Para fazer nossos comentários nesse subitem 4.2.2, elegemos essa revisão específica do artigo 7º, parágrafo 15, alínea “c”, do MLI, porque em outros itens comentamos com mais vagar a cláusula de PPT (e neste temos a oportunidade de explorar a cláusula de LOB).

seja, uma cláusula que assinala que o alívio requerido pelo sujeito passivo pode ser *concedido* pelas autoridades fiscais de uma jurisdição sem que as autoridades fiscais da outra jurisdição sejam consultadas).¹⁰⁷² Veja-se essa situação no Diagrama 4 a seguir:

Diagrama 4. Exemplo contido no item 4.2.2



No diagrama, (D) representa o pagamento de dividendos de FCo para TCo e de TCo para os acionistas em ambos os cenários. (D)+ representa o pagamento de dividendos decorrente da titularidade de ações preferenciais em TCo (no cenário proposto, por X1). (A) são os dez acionistas residentes no Estado T, tanto no cenário original, quanto no cenário proposto.

Seja no exemplo (1), seja no exemplo (2), nosso intuito aqui é discutir o que o Fisco do Estado F poderia fazer em relação ao benefício dado pelo ADT entre F e T para dividendos. Considerando o cenário proposto à luz do exemplo (1), TCo poderia se julgar uma “residente qualificada” se cumprisse ou com o “teste de propriedade” do artigo 7º, parágrafo 9º, alínea “e”, ou com a norma de “beneficiários equivalentes” do artigo 7º, parágrafo 11, do MLI. As duas normas, no entanto, exigiriam ou que o controle de TCo fosse titularizado por “residentes qualificados”, ou que os seus beneficiários fossem em sua maioria residentes do Estado T (num caso, ao menos 50%, e, no outro, ao menos 75%).¹⁰⁷³ Resgatando o que dissemos no subitem 3.4.4.5, a última alternativa à disposição de TCo seria solicitar um *alívio discricionário* para o Fisco do Estado F (ou através de FCo, como responsável tributária pela retenção) no âmbito de um dispositivo equivalente ao artigo 7º, parágrafo 12, do MLI. Para além de o alívio oferecido por essa cláusula ser

¹⁰⁷² A expressão “alívio discricionário diferenciado” não representa uma categoria de “alívio discricionário” nova em relação àquelas já comentadas no Capítulo 3. Utilizamos a expressão apenas para indicar que esse “alívio discricionário”, embora faça parte de uma cláusula de LOB, não é idêntico ao parágrafo 12 do artigo 7º do MLI.

¹⁰⁷³ Vide: OCDE. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS cit., p. 11.

de difícil acesso, incorporando uma análise do objeto e do propósito do ADT e outra análise semelhante àquela que consta da cláusula de PPT, ele ainda depende de uma conferência prévia entre as autoridades fiscais de F e T – seja a decisão de F favorável ou desfavorável. Estimamos que o fato de X1 não ser residente de uma jurisdição que possua um ADT vigente com o Estado F seja relevante para a análise a ser feita pelas autoridades fiscais. À luz dessa situação, no exemplo (1), o Fisco de F poderia considerar que a concessão de um benefício do ADT para uma companhia sujeita ao controle de X1 seria algo contrário ao objeto e ao propósito desse ADT, e por isso tomar a posição de que esse benefício deveria ser denegado.

A situação de TCo parece ser distinta no exemplo (2). Neste caso, o ADT entre F e T possui uma norma similar à cláusula de alívio discricionário presente no parágrafo 12 do artigo 7º do MLI, mas, diferentemente da norma proposta pela OCDE, a que consta do ADT não prevê que a *concessão* do benefício seja precedida por uma conferência entre F e T. Apenas se F decidisse *denegar* o benefício é que deveria antes conferir esse procedimento com a sua contraparte no ADT.¹⁰⁷⁴ O que isso significa em termos práticos é que a *concessão* do benefício pretendido por TCo poderá se tornar mais fácil, menos burocrática (dada a tratativa com uma única jurisdição) do que a sua eventual *denegação* (dada a tratativa com uma jurisdição, mas sujeita a uma conferência com o Fisco do outro Estado).¹⁰⁷⁵ Sobre essa conclusão, não há nada na natureza dessa “conferência”, verdadeiro procedimento amigável que é entre as jurisdições signatárias do ADT, que nos faça supor que a condicionante prevista no exemplo (1) e não no exemplo (2), de conferência prévia para poder *conceder* o benefício

¹⁰⁷⁴ Vide: EQUADOR. *Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la Federación de Rusia para Evitar la Doble Tributación y para la Prevención de la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta* cit., artigo 24, parágrafo 3º.

¹⁰⁷⁵ Kuzniacki diz corretamente que o alívio discricionário, mesmo aquele presente no artigo 7º, parágrafo 12, do MLI, depende de uma solicitação prévia a ser feita pelo sujeito passivo. Vide: KUZNIACKI, Blazej. *Discretionary Benefits Provisions under the MLI: A Virtuous Solution or a Vicious Circle?* *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 87, nº 5, p. 453, 2017. O autor ainda nota uma relevante diferença textual entre o verbo usado pela cláusula no Relatório Final da Ação 6 e o verbo usado pelo parágrafo 12 do artigo 7º do MLI, um deles sendo “deverá” (no inglês, *shall*) e o outro sendo “poderá” (no inglês, *may*). No primeiro caso, o sujeito passivo “deverá” ter acesso aos benefícios do ADT se cumprir com os requisitos da cláusula, e, no outro caso, a autoridade fiscal “poderá” conceder a ele esses benefícios se julgar que os requisitos foram cumpridos. Idem, p. 454. Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 43. Vide ainda: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11-12. Note-se que a cláusula prevista no artigo 24, parágrafo 3º, do ADT entre Equador e Rússia emprega o equivalente ao verbo “deverá”, não “poderá”. No espanhol, a expressão usada é *tendrá derecho* – compare-se com o ADT celebrado entre Argentina e Chile, que diz “*si [...] determina*” no seu artigo 24, parágrafo 4º. Vide: CHILE. *Convenio entre la República de Chile y la República Argentina para Eliminar la Doble Imposición en Relación a los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y para Prevenir la Evasión y Elusión Fiscal, su Protocolo y el Memorando de Entendimiento Relativo a su Aplicación* cit.

pretendido pelo sujeito passivo, será resolvida com um resultado positivo – ou seja, de concordância das jurisdições signatárias quanto à decisão de conceder o benefício. Basta para isso ver a documentação dos procedimentos amigáveis ocorridos após 2015 em ADTs celebrados por jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*, perante a OCDE, no âmbito do sistema de *peer review* do padrão mínimo da Ação 14 do Plano de Ação BEPS. Há jurisdições com experiências como aquelas do Canadá¹⁰⁷⁶ ou dos Países Baixos,¹⁰⁷⁷ cujos procedimentos amigáveis foram em sua maioria concluídos positivamente, e há jurisdições com experiências como aquelas da Itália,¹⁰⁷⁸ mais equilibradas em relação a temas alheios à alocação de base tributária entre EPs e/ou empresas associadas (como seria o tema de concessão ou denegação de benefícios pleiteados por algum sujeito passivo no âmbito de uma cláusula de LOB). Há ainda jurisdições como o Brasil, que têm reduzida experiência com procedimentos amigáveis em seus ADTs – é cedo para dizermos qual será a tendência do Brasil e de outras jurisdições em situação semelhante na discussão de procedimentos amigáveis relacionados à aplicação de normas antielusivas internacionais,¹⁰⁷⁹ o que só reforça para nós a dúvida de se as redações diferentes das cláusulas dos exemplos (1) e (2) conduzirão ao mesmo resultado ou não.

4.2.3 Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT individual e sob a cláusula de PPT cumulada com o recurso a normas antielusivas internas

Consideremos a seguinte situação hipotética. No cenário original, QCo, sociedade residente do Estado Q e submetida a um tributo local sobre a renda de 35%, disponibiliza vídeos e músicas via *streaming* para assinantes também localizados no Estado Q. O Estado Q possui em seu ordenamento jurídico uma norma geral antielusiva ao modo do GAAR chinês, ou seja, uma norma que permite às autoridades fiscais locais fazer um ajuste da renda para que corresponda àquela que teria sido auferida sem

¹⁰⁷⁶ Vide: OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective* – MAP Peer Review Report, Canada (Stage 2). Paris: OCDE, 2019, p. 95. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/67dba2bb-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

¹⁰⁷⁷ Vide: OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective* – MAP Peer Review Report, Netherlands (Stage 2). Paris: OCDE, 2019, p. 97. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/cce92832-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

¹⁰⁷⁸ Vide: OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective* – MAP Peer Review Report, Italy (Stage 2). Paris: OCDE, 2019, p. 113. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/08a4369e-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

¹⁰⁷⁹ “Brazil has modest experience with resolving MAP cases. It has a small MAP inventory, with a small number of new cases submitted each year and 23 cases pending on 31 December 2018.” Vide: OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective* – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1). Paris: OCDE, 2019, p. 9. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/12acb5ea-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

determinado arranjo, desde que se conclua que esse arranjo não teve o propósito comercial de boa-fé, e desde que esse arranjo tenha causado o decréscimo de sua receita ou renda tributável.¹⁰⁸⁰

No cenário proposto, QCo decide transferir o seu controle para uma nova sociedade *holding* constituída nas Ilhas Cayman, a qual em seguida deverá constituir uma sociedade empresária RCo no Estado R (cuja tributação sobre a renda é de apenas 20% e que possui o mesmo GAAR do Estado Q). QCo decide ainda ceder para RCo todos os seus direitos sobre a plataforma de *streaming* que opera, o que tornará RCo a entidade a receber toda a receita de vendas do serviço que antes era prestado aos residentes do Estado Q por QCo. QCo, a partir de então, passará a cobrar apenas um reduzido preço – ainda assim de mercado, alinhado com as regras de preços de transferência – por serviços técnicos prestados a RCo, preço esse que, no âmbito do ADT entre os Estados Q e R, está sujeito ao equivalente do artigo 7º da Convenção-Modelo da OCDE (que prevê tributação apenas no Estado de residência para lucros empresariais). Presumamos, para os fins desta hipótese, que QCo não se torna um EP de RCo em virtude da sua transformação em uma espécie de escritório de apoio de RCo.¹⁰⁸¹ Por último, consideremos que, num exemplo (1), o ADT relevante traz em seu conteúdo apenas uma cláusula de PPT individual, e que, num exemplo (2), esse ADT traz em seu conteúdo uma cláusula de PPT associada a um recurso à legislação doméstica. Em ambos os exemplos, considere-se que os Estados Q e R possuem em suas leis internas um regime de retenção de tributo sobre a renda de serviços de *streaming* e de serviços técnicos à alíquota de 10%.

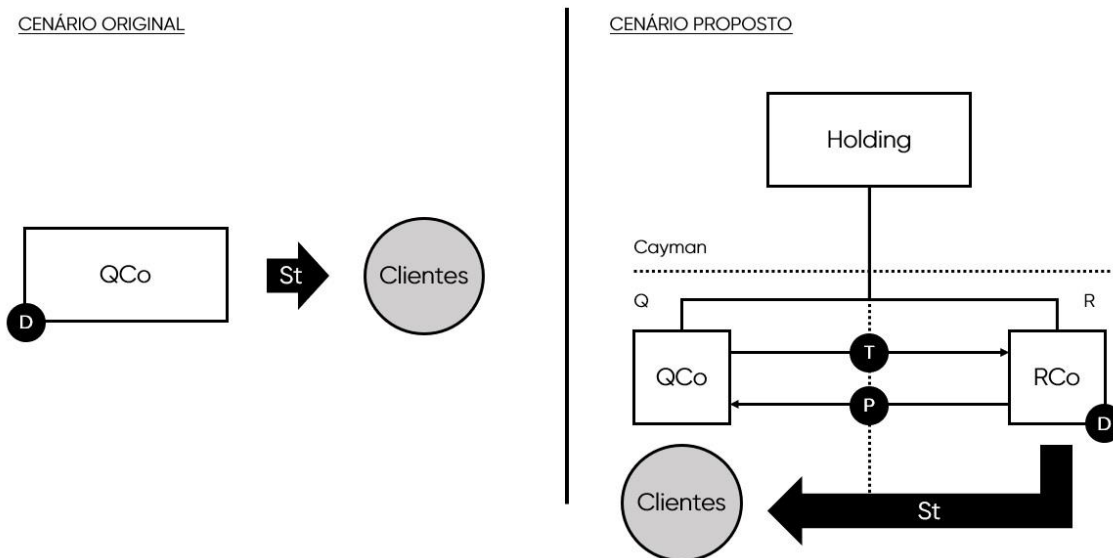
Há diferentes fluxos de rendimentos que poderíamos considerar nesta situação que foi descrita nos parágrafos anteriores. São eles o fluxo de eventuais dividendos antes recebidos por sócios de QCo, e agora presumidamente recebidos por esses sócios como sócios da *holding* nas Ilhas Cayman; o fluxo de pagamentos dos usuários do *streaming* para QCo, que agora serão recebidos por RCo; e o fluxo de pagamento do preço pelos serviços técnicos prestados por QCo a RCo no cenário proposto. Para os fins das considerações sobre os exemplos (1) e (2), tratemos apenas dos fluxos de pagamentos dos usuários para QCo (e no

¹⁰⁸⁰ Vide: CHINADAILY. *Enterprise Income Tax Law* cit.

¹⁰⁸¹ Poderia ser aplicada aqui, por exemplo, a exceção ao conceito de EP prevista no artigo 5º, parágrafo 4º, alínea “e”, da Convenção-Modelo da OCDE. Os Comentários da OCDE a esse dispositivo enfatizam que a sua atividade deve ter um caráter meramente preparatório ou auxiliar, ou “não essencial” (como já seria decorrente das propostas da OCDE no Relatório Final da Ação 7 do Plano de Ação BEPS). Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 49/322-323.

cenário proposto, para RCo) e do novo fluxo de pagamento de RCo para QCo pelos serviços técnicos prestados. Os cenários original e proposto estão apresentados no Diagrama 5 seguinte.

Diagrama 5. Exemplo contido no item 4.2.3



No diagrama, (D) representa os direitos sobre a propriedade intelectual referente à plataforma de streaming de vídeos e serviços (tanto no cenário original, quanto no cenário proposto). (St) representa o serviço de streaming em si (e nesse fluxo está compreendido também o pagamento por esse serviço, embora não esteja individualmente ilustrado no Diagrama). (T) representa os serviços técnicos de suporte prestados por QCo para RCo no cenário proposto e (P) representa o pagamento por esses serviços feito por RCo para QCo.

Consideremos a eventual situação de elusão tributária internacional trazida pelo cenário proposto no exemplo (1), que, para relembrar, é o exemplo no qual o ADT entre Q e R possui apenas uma cláusula de PPT individual. A dicção da cláusula prevista no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI, é essencial para essa análise: devemos avaliar se seria razoável concluir que o “arranjo” entre o cenário original e o cenário proposto teve como um de seus propósitos principais a obtenção direta ou indireta de um benefício do ADT (e, se teve, a nossa negativa dependerá de se a concessão do benefício seria alinhada ao objeto e ao propósito do ADT ou não). Aqui, primeiro devemos identificar se há um benefício do ADT perseguido por QCo ou RCo no cenário proposto. Quanto a QCo, a resposta nos parece ser o benefício de não retenção de tributo sobre a renda na fonte

advinda do artigo 7º;¹⁰⁸² lembre-se de que, em termos de fluxos de rendimentos no cenário proposto, QCo deixa de receber o rendimento pelo serviço de *streaming* e passa a receber um rendimento por serviços técnicos (a princípio, efetivamente prestados – não trouxemos qualquer informação na descrição do cenário proposto no sentido de que os serviços não seriam efetivamente prestados a RCo). Quanto a RCo, a resposta parece ser exatamente a mesma, mas aplicável ao rendimento recebido pelo serviço de *streaming*. Em ambas as situações, o benefício seria a não retenção do tributo sobre a renda de 10%, exigido pelas leis internas dos Estados R e Q, respectivamente.

Considerando que, para autorizar uma negativa de benefício do ADT, a cláusula de PPT exige que “um dos propósitos principais” do “arranjo” (aqui entendido como o cenário proposto) tenha sido a obtenção desse benefício, é no mínimo desafiador sustentar que esse foi o caso do nosso Diagrama 5. A aplicação do artigo 7º do ADT para os rendimentos recebidos por QCo é incidental ao “arranjo” – seu propósito principal (ou qualquer dos seus propósitos principais) foi o de submeter a renda das operações com o *streaming* a uma tributação interna de 20%, em vez dos 35% aplicáveis no cenário original. Já no tocante aos rendimentos de RCo, sim, esses rendimentos antes estavam sujeitos a um tributo de 35% e agora passarão a estar sujeitos a um tributo de 20%, mas a distinção entre um cenário e outro não é a retenção na fonte impedida pelo artigo 7º, e sim a diferença entre as tributações internas dos Estados Q e R. No cenário original, a retenção na fonte sequer existia, porque QCo prestava o serviço de *streaming* para clientes localizados no próprio Estado Q. Não, neste caso, parece-nos evidente que aquilo que o “grupo empresarial” quis obter em termos de benefício diz respeito à tributação interna do Estado Q (é o Estado Q que, economicamente, sofrerá o “ônus” do cenário proposto), e não ao ADT entre os Estados Q e R, nem direta, nem indiretamente. LANG esclarece bem que essa cláusula de PPT não pode ser utilizada pelas autoridades fiscais para negar ao sujeito passivo um benefício obtido no âmbito da legislação doméstica.¹⁰⁸³ Segundo o autor:

¹⁰⁸² Para fins didáticos, presumamos que não há no ADT entre Q e R qualquer referência a “*tax sparing*” ou “*matching credit*” e que o método eleito pelo ADT para evitar a dupla tributação da renda, que seria o método de crédito, é também previsto na legislação doméstica de Q e de R sob o manto da reciprocidade.

¹⁰⁸³ Ressalte-se que, no nosso exemplo, o “benefício” percebido no âmbito da legislação doméstica seria em si mesmo controverso. O Estado Q não concedeu um “benefício” para QCo ao passar a tributar uma renda inferior de QCo no cenário proposto; a alíquota de seu tributo sobre a renda era e continua sendo de 35% e QCo não passou a recolher o tributo sobre a renda sob a égide de nenhuma regra doméstica diferente. Para que fosse possível defender que houve uma espécie de “benefício” concedido no âmbito

The rule refers to “the benefit under this Convention.” Although that rule cannot lead to the conclusion that something else definitely applies beyond its scope of application, tax benefits granted on the basis of domestic tax law could not be denied by invoking that rule.¹⁰⁸⁴

Enfatize-se bem: quanto ao Diagrama 5, não estamos dizendo, por exemplo, que RCo não auferir um benefício decorrente do ADT ao receber os rendimentos pelo serviço de *streaming* prestado a clientes no Estado Q. Auferir, sem dúvida. O que estamos dizendo é que a cláusula de PPT no ADT entre Q e R, por si própria, não municia as autoridades fiscais com o argumento necessário para denegar esse benefício, que para nós seria a aplicação do artigo 7º do ADT. Dito de outra forma, para que as autoridades fiscais do Estado Q pudessem concluir que o benefício do ADT deve ser denegado a RCo, teriam que se valer de alguma outra regra (inexistente no exemplo (1)) que lhes permitisse denegar benefícios do ADT a sujeitos passivos, ainda que os benefícios tenham sido incidentais à operação. Daí poderiam exigir a tributação sobre a renda na fonte à alíquota de 10%, mesmo na presença do ADT entre Q e R.

Consideremos agora o exemplo (2), que contempla os mesmos cenários original e proposto, porém sob a égide de um ADT que possui tanto uma cláusula de PPT, como também uma referência de recurso à legislação doméstica. Como comentamos, tanto o Estado Q, quanto o Estado R, possuem em sua legislação doméstica uma norma antielusiva

da legislação doméstica, o Fisco de Q deveria definir como “benefício” o decréscimo de arrecadação tributária frente à mesma exploração do mercado local (que continua dentro do “grupo empresarial” no cenário proposto, mas gerando renda para RCo). Essa definição – de reconhecimento do “benefício” não pela medida legal que o propiciou, mas pelo resultado auferido – é incompatível com os Comentários da Convenção-Modelo da OCDE sobre o significado do termo “benefício”, que, conquanto aplicável a ADTs, exige que decorra de mudanças no estado do sujeito passivo advindas de normas do ADT em si. Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 56. Vide ainda: BURIÁK, Svitlana. *The Application of the Principal Purpose Test under Tax Treaties* cit., p. 31-34. No entanto, a prática de diferentes países na elaboração de suas normas antielusivas internas (GAARs) tem sido a de reconhecer o “benefício” do sujeito passivo pelo resultado auferido, ainda que esse benefício possa se materializar apenas no futuro (e não diante da aplicação presente de um dispositivo legal “subvertido”). Vide comentários em: ONU. *United Nations Practical Portfolio – Protecting the Tax Base of Developing Countries through the Use of General Anti-Avoidance Rules*. Produzido por Brian Arnold. Nova York: ONU, 2019. p. 104-106. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-09/GAAR_Portfolio_EN.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

¹⁰⁸⁴ Vide: LANG, Michael. *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties* cit., p. 656. “[L]os beneficios tributarios concedidos en virtud de normas de Derecho doméstico o de otros tratados celebrados por uno o ambos de los Estados contratantes no podrán ser denegados invocando la PPT incluida en un CDI cubierto, [...]” (PIÑEROS, Jorge Leonardo Rodríguez. *La Aplicación de la Cláusula de PPT del Plan de Acción BEPS en la Red de Convenios de Doble Imposición Suscritos por Colombia*. *Revista de Derecho Fiscal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, nº 17, p. 35, 2020).

semelhante ao GAAR chinês, e essa norma antielusiva poderá ser utilizada por qualquer de suas autoridades fiscais para denegar benefícios do ADT, desde que essa negativa não propicie qualquer tributação em “desacordo” com o ADT (contudo, é importante destacar que, como vimos no subitem 4.2.1, *supra*, nem todos os ADTs pós-BEPS que contemplam uma regra de recurso à legislação doméstica apresentam essa ressalva). Vejamos individualmente como essa regra adicional muda o cenário proposto pelo lado de Q (quanto à aplicação do artigo 7º do ADT por RCo, sobre o rendimento do serviço de *streaming*) e pelo lado de R (quanto à aplicação do mesmo artigo 7º por QCo sobre o rendimento dos seus serviços técnicos).

Entendemos que a norma antielusiva interna do Estado Q, similar ao GAAR chinês, pode permitir às autoridades fiscais de Q denegar o benefício do artigo 7º para RCo. Dado que essa norma direciona a sua análise para o “propósito comercial” do “arranjo”, as autoridades fiscais de Q passam a contar com uma ferramenta a mais para qualificar o arranjo como elusivo e para a partir daí denegar esse benefício. Poderão questionar se o arranjo foi feito de boa-fé ou não, e é controverso sustentar que um arranjo que muda a localização da fonte produtora da renda, mas preserva o mesmo mercado consumidor no Estado Q (com a manutenção de uma sociedade empresária local como prestadora de serviços técnicos), foi efetivamente um arranjo de boa-fé. Quanto a essa ponderação, seria possível levantar a crítica de que nenhum ADT deve ser interpretado sem atenção à boa-fé, *ex vi* do artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT.¹⁰⁸⁵ Contra essa crítica, deixe-se claro que nós não queremos dizer que a referência à legislação doméstica é necessária para que o ADT entre o Estado Q o Estado R seja interpretado de boa-fé; o que queremos dizer é que, equipado com uma cláusula de PPT individual no exemplo (1), o ADT reflete a posição dessas jurisdições de que a aferição de

¹⁰⁸⁵ No seu Manual Prático para países em desenvolvimento, a ONU é categórica: “It is inconceivable that the provisions of a treaty could be interpreted in good faith in light of its purpose and nevertheless allow treaty abuse. The basic assumption underlying this interpretive approach is that the contracting states do not intend their tax treaties to be abused by taxpayers” (ONU. *United Nations Practical Portfolio* cit., p. 72). No mesmo sentido, vide: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil* cit., p. 135. Vide ainda: TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas* cit., p. 651. Conjugando o artigo 26 e o artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT, poder-se-ia questionar se a “interpretação de boa-fé” não é adstrita ao ADT voltado para a conduta das jurisdições signatárias, em vez de se aplicar também à conduta dos sujeitos passivos na relação tributária. No entanto, como diz Goyette, “[I] est légitime de douter du droit des résidents de ces États d’abuser de la convention en question. À cet égard, il importe de rappeler qu’en [droit] international public, les résidents ont les droits que les États leur reconnaissent et les droits reconnus aux résidents ne sauraient primer sur les droits des parties à la convention” (GOYETTE, Nathalie. *Un Second Regard sur l’Abus des Conventions Fiscales*. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 51, n° 2, p. 723, 2003).

boa-fé do sujeito passivo será pautada pelo juízo de razoabilidade sobre os propósitos principais da operação que realizou. Aqui neste exemplo (2), no entanto, as autoridades fiscais poderão sair dos trilhos impostos pela cláusula de PPT e regressar à sua percepção própria, completamente discricionária, de como estabelecer a boa-fé ou a ausência de boa-fé do sujeito passivo.¹⁰⁸⁶

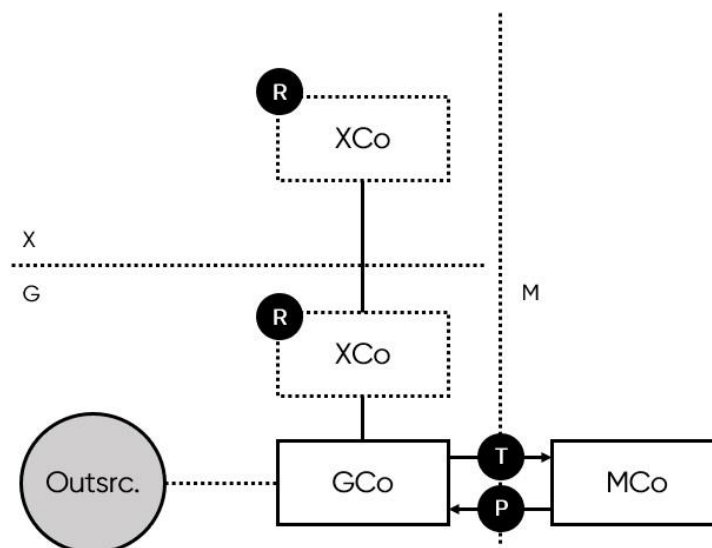
A avaliação de se o exemplo (1) difere do exemplo (2) é mais delicada quanto aos rendimentos auferidos por QCo com a prestação de serviços técnicos a RCo. Para nós é difícil, mesmo sob o prisma de uma análise da boa-fé do sujeito passivo, concluir que a operação foi abusiva e por isso denegar a aplicação do artigo 7º do ADT. Se a dicção da norma antielusiva interna de R fosse similar àquela usada pelo GAAR chinês, seria de se estranhar a alegação das autoridades fiscais de R de que a operação causou “decrécimo da receita ou renda tributável”. No cenário original, QCo não tinha qualquer relação com sociedades empresárias residentes no Estado R (naquela altura, QCo era a fonte produtora de renda para o Estado Q). Além disso, como já dissemos, o cenário proposto do Diagrama 5 pressupõe que os serviços técnicos de QCo para RCo serão efetivamente prestados, dado que empresta ainda mais substância para a defesa de que QCo faz jus à aplicação do artigo 7º do ADT. Aqui, ao contrário do que pontuamos em relação ao fluxo inverso (o pagamento do preço pelos serviços de *streaming* prestados por RCo para os clientes do Estado Q), a nossa conclusão seria a de que a cláusula de PPT individual no ADT e a cláusula de PPT cumulada com o recurso à legislação doméstica provavelmente trariam ao sujeito passivo a mesma concessão do benefício pretendido.

¹⁰⁸⁶ O recurso à avaliação de boa-fé abre as portas para a desconsideração dos efeitos pretendidos pelo arranjo pela via de diversas figuras, algumas das quais comentamos no Capítulo 1. Na decisão da Corte Federal da Suíça no caso *A Holding ApS v. Federal Tax Administration*, de 2005, foi decidido que mesmo diante da ausência de qualquer norma antielusiva no ADT entre Dinamarca e Suíça de 1973, a operação do sujeito passivo (voltada a obter o benefício do ADT referente à restituição do tributo retido na fonte sobre o pagamento de dividendos) poderia ser submetida a uma análise de boa-fé mediante a doutrina do abuso de direito, incorporada à legislação suíça. Vide, com comentários a respeito da decisão: JAIN, Saurabh. *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*. Amsterdã: IBFD, 2013. p. 80. Em sentido contrário, a decisão que já comentamos da Corte Tributária do Canadá no caso *MIL (Investments) S.A. v. The Queen*, de 2006, se recusou a aplicar essa doutrina a um ADT vigente. Vide: CANADÁ, nota 346, *supra*. Compare-se a aplicação da doutrina de abuso de direito nestes casos com a “saída” encontrada neste precedente do CARF, que opinou que a qualificação de um EP no Brasil autoriza a aplicação do IRRF à alíquota prevista na legislação doméstica sobre pagamentos por serviços (em desatenção à dicção do artigo 7º, Parágrafos 1º e 2º, do ADT entre Brasil e França). Vide: BRASIL. *Acórdão nº 2202-003.114*. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Segunda Turma Ordinária, Rel. Cons. Marco Aurélio Barbosa. Sessão de 27 de janeiro de 2016. Publicado em 29 de fevereiro de 2016.

4.2.4 Possíveis diferenças entre as resoluções de hipóteses de elusão tributária internacional sob a cláusula de PPT em conjunto com a cláusula de LOB e sob cláusulas de PPT revisadas em ADTs

Considere-se a seguinte situação. XCo é uma companhia aberta residente no Estado G para fins da legislação interna do Estado G (e paga tributos sobre a renda regularmente para o Estado G), já que XCo é formalmente constituída em seu território. No entanto, para fins do ADT celebrado entre o Estado G e o Estado X, XCo reside no Estado X, uma vez que a sua sede de direção se localiza no Estado X e o ADT entre G e X não aderiu à recomendação da OCDE sobre o artigo 4º, parágrafo 3º, da Convenção-Modelo, no Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Suponha-se que, ciente de sua condição de dupla residência e de seus possíveis efeitos tributários, XCo constitua no Estado G uma companhia fechada GCo. Sob as ordens de XCo, GCo terceiriza a mão de obra necessária para prestar serviços técnicos a uma sociedade empresária MCo, localizada no Estado M. No ADT entre G e M, o pagamento por serviços técnicos está sujeito à retenção de tributo sobre a renda na fonte à alíquota de 10%. Não há qualquer ADT celebrado entre os Estados M e X, razão pela qual o eventual pagamento por serviços técnicos a uma pessoa residente em X estaria sujeito à retenção de tributo sobre a renda na fonte à alíquota de 25%. Por último, considere-se que todos os rendimentos auferidos com a prestação dos serviços técnicos por GCo serão utilizados por GCo para si própria; não há qualquer previsão de que o lucro correspondente a esses rendimentos será distribuído para a empresa XCo a título de dividendos.

Ao contrário dos Diagramas que apresentamos anteriormente, este Diagrama 6 não conta com um cenário original e um cenário proposto, uma vez que o único cenário concreto é aquele cenário no qual GCo presta serviços técnicos a MCo e recebe o pagamento correspondente. No exemplo (1), consideraremos que o ADT entre G e M prevê uma cláusula de PPT cumulada com uma cláusula de LOB simplificada, ao modo daquela que hoje consta do artigo 7º do MLI. Já no exemplo (2), consideraremos que o ADT entre G e M não possui qualquer cláusula de LOB, mas sim uma cláusula de PPT “revisada” (nos mesmos termos empregados por alguns exemplos de ADTs pós-BEPS que trouxemos no subitem 4.2.1). Vejamos o cenário singular para os nossos dois exemplos no Diagrama 6 a seguir:

Diagrama 6. Exemplo contido no item 4.2.4

No diagrama, (R) representa a residência de XCo, que para fins da legislação doméstica do Estado G é no Estado G e para fins do ADT entre o Estado G e o Estado X, é no Estado X. (T) representa os serviços técnicos prestados por GCo para MCo e (P) representa o pagamento do preço por esses serviços técnicos. “Outsrc.” se refere à mão de obra terceirizada de GCo para a prestação dos seus serviços técnicos.

Tratemos primeiro de como as autoridades fiscais do Estado M poderiam avaliar a concessão do benefício da alíquota reduzida na tributação de renda na fonte (10%), previsto no ADT entre G e M, segundo o exemplo (1). Atentemo-nos para o que diz o artigo 4º, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo da OCDE: será considerada “residente de um Estado Contratante” qualquer pessoa que, em virtude da legislação local, esteja sujeita à tributação sobre a renda nesse Estado em razão de seu domicílio, residência, sede de direção ou qualquer outro critério de natureza similar.¹⁰⁸⁷ Para os fins de pleitear benefícios do ADT entre G e X, XCo realmente não é residente de G, mas para os fins de pleitear eventuais benefícios do ADT entre G e M (ou de municiar sua subsidiária para esse pleito), XCo é sim residente de G.¹⁰⁸⁸ Isso quer dizer que – a princípio – a cláusula de LOB do ADT entre G e M deveria ser aplicada para permitir que GCo faça jus ao benefício da alíquota reduzida de tributação em M

¹⁰⁸⁷ No original em inglês: “For the purposes of this Convention, the term ‘resident of a Contracting State’ means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of incorporation, place of management or any other criterion of a similar nature, [...]” (Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version cit.*, p. 45). Vide ainda: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries cit.*, p. 10.

¹⁰⁸⁸ A solução poderia ser diferente se a cláusula fosse emendada de acordo com a recomendação da OCDE no Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS (incorporada ao MLI na forma da disposição optativa do artigo 4º, parágrafo 1º). Ali o sujeito passivo teria que recorrer às autoridades fiscais para a resolução de sua residência através de um procedimento amigável, mas o caso parece distinto daquele de que estamos tratando no Diagrama 6, considerando que aqui a residência – não a residência qualificada – do sujeito passivo (GCo) é incontestável.

sobre os rendimentos da sua prestação de serviços técnicos para MCo (*ex vi* do artigo 7º, parágrafo 9º, alínea “e”, do MLI). Poderíamos a partir daí questionar se a cláusula de PPT do mesmo ADT entre G e M poderia ser empregada pelas autoridades fiscais de M para denegar o benefício a GCo, que já cumpriu com o teste da cláusula de LOB, mas a conclusão favorável ao Fisco nos parece difícil. O arranjo aqui poderia ser analisado tanto sob o prisma da constituição de GCo, que foi lídima na nossa narrativa, quanto sob o prisma da prestação dos serviços técnicos, mas nada neles é falso ou artificial. Para defender que a constituição de GCo teve como “um dos seus propósitos principais” a obtenção do benefício do ADT entre G e M, as autoridades fiscais de M teriam que argumentar que XCo, se prestasse os mesmos serviços técnicos por si própria, não faria jus ao benefício do ADT, o que não nos parece verdade (já que XCo é uma companhia aberta e é regularmente submetida a tributos sobre a renda em G). Disso resulta que GCo, no exemplo (1), deveria ver atendido o seu pleito pela concessão do benefício previsto no ADT entre G e M, de tributação dos rendimentos de serviços técnicos na fonte à alíquota de 10%.

O exemplo (2) trata da concessão ou da negativa do benefício pretendido por GCo sob um ADT entre G e M que possua em si uma cláusula de PPT revisada. Como, de acordo com as nossas observações no subitem 4.2.1, as “revisões” feitas em alguns ADT pós-BEPS têm contornos próprios e distintos entre si, elegemos apenas (2.1) a cláusula de PPT que contém a revisão que dirige o teste do propósito principal não para o arranjo, *mas para o próprio sujeito passivo* (como observado nos ADTs entre Qatar e Ucrânia e entre Egito e Uzbequistão) e, alternativamente, (2.2) a cláusula de PPT que trata não da expressão “um dos propósitos principais”, mas apenas da expressão “o propósito” da criação do sujeito passivo (como visto no ADT entre a Arábia Saudita e a Geórgia).¹⁰⁸⁹ Pois bem, se o ADT entre G e M possuísse em seu conteúdo uma cláusula de PPT revisada ao modo do exemplo (2.1), entendemos que o Fisco de M ainda enfrentaria – para denegar o benefício pretendido – a exata dificuldade que identificamos no exemplo (1), que seria a de comprovar que a constituição de GCo teve como “um dos seus principais propósitos” a obtenção do benefício do ADT. Note-se que o eventual argumento das autoridades fiscais aqui seria ao menos mais

¹⁰⁸⁹ A opção atende a fins didáticos. A norma antielusiva do ADT entre Botsuana e República Tcheca, similar àquela presente no artigo 28 do ADT entre Brasil e Turquia, amplia sobremaneira o nível de discricionariedade conferido às autoridades fiscais na avaliação de se devem ou não conceder benefícios pretendidos pelos sujeitos passivos (dada a referência ao termo “opinião”, sem qualquer ponderação desse termo pelo teste de razoabilidade que está presente no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI). Quanto a outros exemplos de revisões, a nosso ver, eles não trariam maiores contribuições aos nossos comentários sobre o Diagrama 6.

“focado” no sujeito passivo do que o seu argumento diante de uma cláusula de PPT cumulada com uma cláusula de LOB, ambas alinhadas com o MLI da OCDE. Note-se ainda que, ao contrário do que ocorre no exemplo (1), aqui GCo não teria a seu favor o argumento de que cumpriu com o requisito estabelecido pela cláusula de LOB e que, por motivo de segurança jurídica (ou tomando para si o argumento de MORENO, já comentado),¹⁰⁹⁰ deveria ver o seu direito ao benefício do ADT respeitado pelo Fisco de M. Esses fatores são relevantes para a nossa conclusão de que, embora consideremos que a situação de GCo no exemplo (1) e no exemplo (2.1) deveria ser a mesma, as autoridades fiscais de M percorrerão caminhos diferentes em cada exemplo para chegar a essa mesma conclusão, tendo que enfrentar obstáculos distintos em cada um desses caminhos.

A situação do pleito de GCo no exemplo (2.2) parece diferente, porque aqui o ADT contém não uma cláusula de PPT e de LOB, e nem sequer uma cláusula de PPT que direcione o Fisco para os “propósitos principais” do sujeito passivo, mas sim uma cláusula que direciona o Fisco para uma análise sobre “o propósito” da criação do sujeito passivo.¹⁰⁹¹ Aqui nos parece que, se a cláusula se referir a “propósito” como “qualquer propósito”, GCo enfrentará maiores obstáculos para ver o seu pleito de benefício do ADT concedido. Como foi dito, a sua criação foi uma estratégia de XCo para se distanciar da prestação de serviços técnicos e com isso evitar questionamentos das autoridades de M a respeito da sua residência qualificada; para evidenciar ainda mais essa estratégia, registre-se que GCo não presta os serviços técnicos com mão de obra própria (a mão de obra terceirizada poderia ter sido contratada igualmente por XCo). Se, no entanto, a cláusula se referir a “propósito” como “o único propósito”, parece que voltamos à mesma situação de GCo no exemplo (1). Registre-se que a interpretação de “propósito” como “um dos principais propósitos” a título de tentar inculcar no texto do ADT uma cláusula de PPT como aquela presente no MLI seria completamente descabida. A uma, porque a leitura textual dessas expressões conduz o intérprete a juízos de valor distintos: “propósito” pressupõe algo como um objetivo singular e “um dos principais propósitos” pressupõe uma coleção de outros objetivos, todos “principais” entre si. A duas, porque o artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT, orienta-nos a interpretar ADTs de boa-fé, “segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto”, e,

¹⁰⁹⁰ Vide: MORENO, Andrés Báez. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? cit., p. 440-441.

¹⁰⁹¹ A utilização do termo “purpose” no texto em inglês do ADT entre Arábia Saudita e Geórgia se torna ainda mais relevante à luz da assinatura do MLI por parte de ambos os países (e, portanto, da ciência de que a cláusula de PPT conforme apresentada pela OCDE se refere a “one of the principal purposes”). Vide: OCDE, nota 787, *supra*.

ainda, à luz de seu objetivo e finalidade. Pois bem: se for verdade que outros ADTs pós-BEPS celebrados por M possuem em seu conteúdo uma cláusula de PPT, também será verdade que o ADT pós-BEPS entre G e M se refere a “propósito” com a ciência, no “contexto”, de que outros ADTs pós-BEPS contêm uma linguagem diferente. Se o ADT entre G e M for idêntico a outros ADTs pós-BEPS celebrados por M, ainda assim devemos considerar que a opção de G e M por usar o termo “propósito” em sua norma antielusiva foi acordada com a ciência, no “contexto”, do Plano de Ação BEPS (o que inclui a cláusula de PPT recomendada pelo Relatório Final da Ação 6) e do MLI da OCDE.¹⁰⁹² Assim sendo, ainda neste caso poderíamos concluir que a interpretação do termo “propósito” deveria conduzir as autoridades fiscais de M a um resultado diverso do que a interpretação de “um dos principais propósitos” autorizaria, com o adendo de que a cláusula do exemplo (2.2) se refere à criação do sujeito passivo, enquanto a cláusula de PPT se refere ao próprio arranjo, à transação realizada.¹⁰⁹³

4.2.5 *Implicações das reservas ou revisões em relação ao padrão mínimo da Ação 6 nos ADTs pós-BEPS para a Política Fiscal Internacional*

Já o dissemos e enfatizamos: até o momento, parece-nos que o número de ADTs pós-BEPS que contêm alguma espécie de padrão mínimo reservado ou revisado em relação à

¹⁰⁹² “In addition to the context of the particular treaty, treaty practice, the development of treaty terminology, and the OECD and UN models and Commentaries must be referred to” (VOGEL, Klaus. *Double Tax Treaties and their Interpretation*. Berkeley *Journal of International Law*, Berkeley: UC Berkeley, v. 4, n° 1, p. 67, 1986). Adotando uma definição mais restrita para o sentido de “contexto”, vide: JARAMILLO, José Vicente Troya. *La Interpretación y Aplicación de los Tratados en Matéria Tributária*. *Revista de Derecho Foro*, Quito: CEN, n° 4, p. 124, 2005.

¹⁰⁹³ Como devidamente ressaltado por Fernández e León, a doutrina de Direito Tributário Internacional traça uma distinção entre o significado do termo “contexto” no âmbito do artigo 31 da CVDT e o significado do mesmo termo no artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE. O sentido dado ao termo no artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, é mais abrangente (incluindo inclusive outros ADTs e até Comentários à Convenção-Modelo da OCDE) do que aquele dado ao dispositivo da Convenção de Viena. Vide: FERNÁNDEZ, Gilberto Ramos; LEÓN, César Luna-Victoria. “... A Menos que de su Contexto se Infiera una Interpretación Diferente...” *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Lima: IPDT, n° 49, p. 124, 2010. Rocha adota uma posição diferente quanto ao artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo. Para o autor, “havendo uma lacuna [no ADT], busca-se o seu contexto, na forma prevista nos itens 2 e 3 da Convenção de Viena. Permanecendo a lacuna, remete-se a questão ao direito interno dos Estados contratantes. Caso ainda assim haja uma lacuna, aí então será o caso de buscar a solução mediante outros elementos de interpretação, os quais podem viabilizar a criação de sentido a partir do termo utilizado” (ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional* cit., p. 204). Não é o escopo da nossa Tese discutir a ordem de recursos interpretativos que devemos seguir à luz do artigo 3º, parágrafo 2º, da Convenção-Modelo da OCDE, mas, se fôssemos empregar esse dispositivo para a busca por algum sentido para o termo “propósito”, usado no ADT entre G e M no nosso exemplo (2.2), deveríamos fazer a sua leitura em consideração à existência – e à proliferação em todo o mundo – das recomendações da OCDE na Ação 6 do Plano de Ação BEPS (mais até do que às cláusulas efetivamente adotadas pela jurisdição relevante em sua rede de ADTs). Em sintonia com essa posição, vide: ELLIFFE, Craig. *The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All?* *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 11, n° 1, p. 58, 2019.

Ação 6 é bastante reduzido. Várias jurisdições já assinaram o MLI e, nas suas negociações bilaterais após a assinatura do MLI, têm adotado cláusulas de PPT e/ou LOB alinhadas com aquelas propostas pela OCDE. Como visto no item 4.1, contudo, mesmo a flexibilidade do padrão mínimo da OCDE já poderá dar causa a assimetrias na aplicação das cláusulas de PPT e/ou de LOB pelas jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*. Essa flexibilidade, aliada à convivência com ADTs pós-BEPS que reservam ou revisam o padrão mínimo (ainda que mediante breves ajustes terminológicos), contribui para aumentar ainda mais o número dessas assimetrias, o que levanta dúvidas sobre se o Plano de Ação BEPS conseguiu levar a Ação 6 a um esforço coordenativo para promover Justiça Fiscal. Sobre isso temos algumas considerações.

Reiterando comentários feitos no subitem 2.4, *supra*, não é nossa percepção a de que as jurisdições do *Inclusive Framework* (ou fora desse grupo) continuam aprisionadas pelo objetivo coletivo de Concorrência Fiscal Internacional.¹⁰⁹⁴ Também não defendemos nem que a flexibilidade que tornou politicamente viável o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, nem que a revisão do padrão mínimo em alguns ADTs pós-BEPS, é retrato de que o projeto da OCDE falhou em seu intuito de congrega governos de todo o mundo em torno de um mesmo objetivo comum. Pelo contrário: entendemos que as assimetrias possibilitadas pelos dispositivos que comentamos anteriormente dão testemunha de um sistema político que passa por um processo evolucionário. A aquiescência de jurisdições de diferentes partes do mundo (e diferentes entre si) com padrões mínimos de um Plano de Ação capitaneado pela OCDE é talvez a maior prova de que o seu intuito é fomentar a Coordenação Fiscal Internacional, objetivo que as posiciona para a perseguição – para nós, carente de aprimoramento – do objetivo coletivo de Justiça Fiscal. Muitas das jurisdições que compõem o *Inclusive Framework* nem são Estados-membros da OCDE, nem integram o G20. Muitas dessas jurisdições têm redes de ADTs bastante tímidas, o que poderia fazer crer que suas demandas políticas não incluem a discussão de novas normas de Direito Tributário

¹⁰⁹⁴ Aliás, não identificamos nos exemplos de ADTs pós-BEPS trazidos no subcapítulo 4.1 ou mesmo neste subcapítulo qualquer espécie de “permissão deliberada” para o uso de um ADT para fins elusivos. Na verdade, os exemplos que identificamos ora nos apontam para uma acomodação “oficial” do padrão mínimo da Ação 6 (o que para nós seria a tal flexibilidade proposta pelo Relatório Final da Ação 6 e implementada no MLI), ora indicam uma acomodação “oficiosa” desse padrão mínimo (com normas antielusivas em ADTs que contemplam o recurso à legislação doméstica, ou que submetem a avaliação de se a prática foi elusiva à “opinião” das autoridades fiscais, dentre outros exemplos de revisão). O fato gerador dessas assimetrias nos parece ser menos a Concorrência Fiscal Internacional e mais a tensão – natural, esperada, corriqueira no sistema da Política Fiscal Internacional – entre a adesão ao padrão mínimo da OCDE e a busca dos seus fins em obediência às preferências de cada governante.

Internacional para o século XXI. Essa hipótese é desconstruída pela experiência testemunhada em diferentes países após o encerramento do Plano de Ação BEPS em 2015. Comentando o cenário pós-BEPS na Nigéria, OBIKA acena para as expectativas de que o país seguirá o rito de ratificação e de publicação do MLI e que celebrará mais ADTs para fomentar maior investimento e mais atividades empresariais na economia nigeriana.¹⁰⁹⁵ Mesmo reconhecendo os desafios da implementação das propostas da OCDE na Bósnia-Herzegovina, um pequeno país no sudeste europeu (e que conta com uma rede de ADTs prioritariamente firmada com países vizinhos a si), BEĆIROVIĆ e DUJMOVIĆ ressaltam a “admirável” e “comprometida” atitude de seu governo de congregar forças com as demais jurisdições para combater práticas elusivas.¹⁰⁹⁶ Deixando os exemplos individuais e passando a um exemplo coletivo, poderíamos nos referir ao Centro Interamericano de Administrações Tributárias (CIAT), que oferece em seu sítio eletrônico um monitoramento detalhado de como as administrações tributárias dos seus Estados-membros (mais de quarenta hoje em dia, principalmente das Américas) vêm implementando o Plano de Ação BEPS – muitas dessas jurisdições, incluindo o Brasil, compõem o *Inclusive Framework*.¹⁰⁹⁷ Por último, é de se destacar que o CIAT firmou em outubro de 2018 um acordo de cooperação com a OCDE para “la promoción de sistemas y administraciones tributarias justas y eficientes [y] para fortalecer y modernizar las estructuras administrativas tributarias internacionales”, o que reforça ainda mais o seu compromisso com o objetivo perseguido pela OCDE no Plano de Ação BEPS.¹⁰⁹⁸

Se as controvérsias sobre a aplicação “padronizada” do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS fossem evidência de uma aversão generalizada à Coordenação Fiscal Internacional, seria de se esperar que fossem acompanhadas de baixa adesão ao MLI e de pouca repercussão perante as jurisdições do *Inclusive Framework*. O que os possíveis problemas que identificamos no item 4.1 e neste subitem nos indicam é que devemos continuar a envidar esforços para a promoção de Justiça Fiscal mediante propostas feitas pela OCDE na Ação 6. Dito

¹⁰⁹⁵ Vide: OBIKA, Cyril Ikechukwu. Nigeria. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 585-586, 2020. A declaração é alinhada com aquela de KAHRAMAN sobre a Turquia (que é tanto um Estado-membro da OCDE, quanto integrante do G20), em particular sobre o MLI e as ferramentas que oferece para ajudar autoridades fiscais a enfrentarem práticas de elusão tributária internacional. Vide: KAHRAMAN, Abdulkadir. Turkey. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 819-841, 2020. p. 819.

¹⁰⁹⁶ Vide: BEĆIROVIĆ, Azra; DUJMOVIĆ, Ana. Bosnia and Herzegovina. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 191-192, 2020.

¹⁰⁹⁷ Vide: CIAT. *BEPS Monitoring Database*. Atualizado em 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.ciat.org/beps-monitoring-database/?lang=en>. Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁰⁹⁸ Vide: OCDE. *La OCDE y el CIAT unen sus fuerzas para promover sistemas fiscales más sólidos*. Publicado em 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/la-ocde-y-el-ciat-unen-sus-fuerzas-para-promover-sistemas-fiscales-mas-solidos.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

de outra forma, o que as nossas provocações após cada um dos Diagramas 1 a 5 demonstram é que devemos aprimorar a Coordenação Fiscal Internacional com vistas a que produza a Harmonização Fiscal Internacional das normas antielusivas em ADTs.

Uma vez que as jurisdições do *Inclusive Framework* não se encontram sob o comando de uma organização com poderes suprajurisdicionais, apta a sancionar autoridades fiscais que se desviem daquilo que foi acordado no âmbito do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, devemos construir uma solução que ao menos nos assegure que a elusão tributária internacional, ou seja, a subversão de normas jurídicas de referência em ADTs para propiciar ganhos tributários aos sujeitos passivos, seja enfrentada de forma harmônica em diferentes partes do mundo, mesmo diante (i) de normas antielusivas integrantes do padrão mínimo da Ação 6, mas diferentes entre si, (ii) de normas antielusivas reservadas ou revisadas em relação ao padrão mínimo, ou ainda de (iii) normas antielusivas iguais ou semelhantes, mas submetidas à jurisprudência doméstica a respeito de práticas elusivas sob o império de figuras como o “abuso de direito”, como a “substância econômica” e como o “beneficiário efetivo”, entre outras comentadas no Capítulo 1, que é o assunto de que trata o item 4.3 a seguir.

Sem esse esforço direcionado para a Harmonização Fiscal Internacional, que será o tema da nossa proposta no Capítulo 5, *infra*, os ADTs pós-BEPS que revisarem o padrão mínimo poderão gerar novas avenidas para MNEs e suas práticas elusivas, o que colocará em risco a arrecadação de receitas tributárias por parte das jurisdições do *Inclusive Framework*, a higidez dos orçamentos nacionais (em especial após a pandemia do vírus Covid-19) e o próprio objetivo coletivo de Justiça Fiscal no cenário da Política Fiscal Internacional. Pode-se antever que essas diferenças de aplicação do padrão mínimo da Ação 6, a princípio tímidas (supõe-se que ainda deveremos aguardar alguns anos até testemunhar uma jurisprudência internacional sólida sobre a aplicação de cláusulas de PPT e/ou de LOB em ADTs pós-BEPS), pouco a pouco exigirão maior atenção das autoridades fiscais pelo mundo, atenção essa que a nossa pesquisa acadêmica procura destacar desde o tempo presente.

4.3 Possíveis assimetrias na aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS causadas por fatores exógenos e compartilhados por jurisdições do *Inclusive Framework*

Assim como outras Ações do Plano de Ação BEPS, a Ação 6 gerou resultados que foram apresentados à comunidade internacional como se encontrava em outubro de 2015 (os

quais foram incorporados ao MLI a partir de junho de 2017). É dizer, a Ação 6 foi incorporada a um Direito Tributário Internacional que já era compartilhado por diversos ordenamentos jurídicos internos, por ordenamentos jurídicos supranacionais, pelas redes de ADTs e por toda uma jurisprudência sobre conceitos como os de “beneficiário efetivo” e “abuso de direito”. Só nos é possível avaliar o impacto da adoção de cláusulas como a cláusula de LOB ou a cláusula de PPT se partirmos da premissa de que essas cláusulas se incorporam a sistemas jurídicos que são pregressos e reais. Esse truísmo serve de introdução para os nossos comentários neste item.

Anteriormente, tratamos de como as diferentes normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 no MLI podem conduzir as autoridades fiscais que as interpretam a resultados diferentes. No item 4.2, abordamos como as reservas permitidas pelo artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e “c”, do MLI, e as revisões do padrão mínimo identificadas em ADTs pós-BEPS podem também propiciar assimetrias. Aqui pontuaremos que, seja nos casos supranarrados nos itens 4.1 ou 4.2, e mais, seja naquelas situações em que dois ADTs pós-BEPS distintos não apenas adotam o padrão mínimo da Ação 6, mas o adotam da *mesma forma* (e.g., ambos com cláusulas de PPT individuais ou cumuladas com cláusulas de LOB), ainda assim será possível que jurisdições distintas interpretem e apliquem a norma antielusiva internacional relevante assimetricamente. Tudo isso em virtude de três “fatores exógenos” ao próprio padrão mínimo: (1) particularidades linguísticas de cada jurisdição do *Inclusive Framework*, que poderão conduzir seus intérpretes a conclusões distintas sobre o escopo do padrão mínimo, já repleto de termos abrangentes; (2) diferenças entre o padrão mínimo, normas antielusivas internas (que, como vimos, poderão ser aplicadas a casos de elusão tributária havidos no ambiente de alguns ADTs) e também normas antielusivas regionais ou supranacionais, como as estabelecidas no âmbito da União Europeia; e (3) a própria jurisprudência pregressa sobre algumas das figuras comentadas no Capítulo 1 desta tese e historicamente empregadas para enfrentar práticas elusivas. A seguir, trataremos de cada um desses fatores e traremos uma análise crítica a seu respeito.

4.3.1 *Particularidades linguísticas, suas possíveis interpretações e repercussões para a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS*

Preliminarmente, devemos esclarecer a categorização desse fator como um “fator exógeno”. Seria possível sustentar que os idiomas nos quais as cláusulas de LOB, ou de PPT, ou de alívio discricionário sob pedido, são redigidas, seriam na verdade “endógenos” a essas

cláusulas (e não “exógenos”). Sim, reconhecemos a validade do argumento, mas aqui tomamos a posição de que o fator exógeno não é propriamente o idioma da redação da norma jurídica, mas sim as possibilidades de interpretação dos termos nesse idioma e as suas repercussões para a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS pelas jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*. Essas possibilidades e suas repercussões tornam o olhar sobre essas divergências linguísticas um fator exógeno, de sobreposição ao padrão mínimo da Ação 6, proposto pela OCDE e contido no MLI.

O texto empregado pelas normas que compõem o artigo 7º do MLI (e aquelas que o reproduziram, em todo ou em parte, nas negociações bilaterais pós-BEPS) é mais que apenas um ponto de partida para a interpretação do seu sentido – o texto é o que estabelece as arestas para o nosso exercício de interpretar. Essa assertiva ecoa o aforismo do Direito Romano, *verba cum effectu sunt accipienda* (“não se presumem na lei palavras inúteis”) e, aqui conosco, já poderia ser endossada pela dicção do artigo 11, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 95/1998. O propósito da norma deve ser lido à luz do seu texto, daquilo que o legislador (e, no nosso caso, as autoridades signatárias dos ADTs pós-BEPS) optou por redigir, e não o contrário, como se o texto fosse um mero participante (talvez até um obstáculo) no curso do processo hermenêutico.¹⁰⁹⁹

Na sua versão em inglês, a cláusula de PPT contida no artigo 7º, parágrafo 1º, do MLI, possui em seu conteúdo palavras e expressões como *benefit, reasonable, facts and*

¹⁰⁹⁹ Dizem Garner e Scalia que, ao ponderar a relação entre o texto e o propósito da norma jurídica, uma interpretação textualista deve ser pautada por quatro limitações. Primeiro, o propósito da norma deve ser derivado do seu texto, não de fontes exógenas (como o histórico legislativo); segundo, o propósito deve ser definido com precisão; terceiro, o propósito deve ser descrito da forma mais concreta possível, e não em termos abstratos; e, por último, o propósito não deve ser utilizado para contradizer ou suplementar o texto normativo. Vide: GARNER, Brian; e SCALIA, Antonin. *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*. Saint Paul: Thomson/West, 2012. p. 70-71. A lição dos autores sobre a interpretação textualista no Direito norte-americano é cabível ao ambiente de ADTs pós-BEPS mesmo à luz do novo preâmbulo estabelecido pelo artigo 6º do MLI e mesmo à luz do que dizem os artigos 31 e 32 da CVDT. O cerne dos seus comentários não é o de ignorar o propósito da norma que está sendo interpretada, mas sim o de “conformar” essa interpretação ao próprio texto da norma. Trazendo essa colocação para o objeto da nossa Tese, se a cláusula de PPT individual no ADT diz “um dos propósitos principais”, pontuamos que não é dado à autoridade fiscal denegar o benefício pretendido sob esse ADT a um sujeito passivo que realizou uma operação que teve como um de seus propósitos (não um de seus propósitos principais) obter esse benefício (sob o argumento de que o novo preâmbulo determina que o ADT não deve ser empregado para o fim de “elusão tributária”, ainda que essa elusão tributária seja um *minus* em relação à operação do sujeito passivo como um todo). Vide ainda, discutindo a chamada “interpretação liberal” do texto de ADTs: KYSAR, Rebecca M. *Interpreting Tax Treaties. Iowa Law Review*, Iowa City: University of Iowa, v. 101, nº 4, p. 1440-1442, 2016. Haveria mais a ser dito sobre as diferentes formas de interpretação do texto de ADTs, bem como sobre a sua evolução ao longo do tempo; essa exposição desborda o objeto da nossa Tese. O que esclarecemos nos comentários anteriores é o prisma sob o qual nós enxergamos o papel do texto dos ADTs em relação ao seu processo hermenêutico, e, como consequência desse prisma que adotamos, decorrem as nossas observações neste item.

circumstances, one of the principal purposes, e object and purpose. Tomando-se o artigo 28, parágrafo 8º, do ADT entre Brasil e Singapura, como exemplo de tradução dessa cláusula para o português, nenhuma dessas palavras e expressões nos chama a atenção como causadora de possíveis interpretações divergentes. Diga-se o mesmo da tradução para o português lusitano da cláusula de PPT no artigo 28, parágrafo 2º, do ADT celebrado com a Angola em 2018 (já comentado no item 4.2).¹¹⁰⁰ A cláusula francesa, ao contrário das versões anteriores, tem em seu conteúdo a palavra *avantage*,¹¹⁰¹ que poderia ser equivalente ao “benefício” conforme ele é compreendido no âmbito dos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE¹¹⁰² ou não. A etimologia da palavra *avantage* no francês é “ce qui produit une différence”, “ce qui avance; ce que l’on a en plus d’autrui”.¹¹⁰³ Se lida como “aquilo que produz diferença” sob o ADT, a palavra pode ser interpretada à luz do questionamento feito por LANG em relação ao termo *benefit* (e aqui daríamos mais razão ao comentário do autor), de se a apuração desse benefício ou vantagem deveria levar em consideração apenas a tributação no Estado que está aplicando o ADT (e.g., a redução de um tributo exigido na fonte) ou a tributação do sujeito passivo sob o prisma de ambos os Estados Contratantes.¹¹⁰⁴ Por sua vez, no âmbito das cláusulas espanhola e italiana (vide as versões em ambos os idiomas do ADT entre Itália e Uruguai de 2019),¹¹⁰⁵ os termos usados para *arrangement* (no português, algo

¹¹⁰⁰ Vide: PORTUGAL. *Convenção entre a República Portuguesa e a República de Angola para Eliminar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e Prevenir a Fraude e a Evasão Fiscal* cit.

¹¹⁰¹ Como é possível identificar no artigo 28 do ADT entre França e Luxemburgo. Vide: TAX NOTES. *Convention entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement de la République française en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion et la fraude fiscales en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune.* Celebrado em 20 de março de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/france-luxembourg-2018-income-and-capital-tax-convention-and-final-protocol-french-text/27wtb>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹¹⁰² Como diz o item 175 dos Comentários ao artigo 29, parágrafo 9º, da Convenção-Modelo da OCDE em francês, “[l’expression] ‘avantage’ recouvre toutes les formes de limitation (réduction, exonération, report ou remboursement d’impôt) de l’imposition applicable à l’État de la source au titre des articles 6 à 22 de la Convention, l’élimination de la double imposition prévue à l’article 23 et la protection assurée aux résidents et aux nationaux d’un État contractant au titre de l’article 24 ainsi que toute autre limitation similaire. [...] Lorsqu’une convention fiscale prévoit d’autres limitations (comme une disposition prévoyant un crédit d’impôt fictif), les dispositions du présent article s’appliquent également à cet avantage” (OCDE. *Modèle de Convention Fiscale Concernant le Revenu et la Fortune – Version Complète.* Paris: OCDE, 2017, p. 1574. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0faf9b6c-fr>. Acesso em: 5 dez. 2020).

¹¹⁰³ Vide: CNRTL. *Avantage – Étymologie et Histoire.* Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales. Disponível em: <https://www.cnrtl.fr/etymologie/avantage>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹¹⁰⁴ Vide: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties cit., p. 657. Em sentido contrário, defendendo que o benefício de que trata a cláusula de PPT não é global, mas sim unilateral, vide: 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 cit., p. 43.

¹¹⁰⁵ Vide: TAX NOTES. *Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Orientale dell’Uruguay per Eliminare le Doppie Imposizioni in Materia di Imposte sul Reddito e per Prevenire le Evasioni e le Elusioni Fiscali.* Celebrado em 1º de março de 2019 (versões oficiais em espanhol e em italiano). Disponível em:

como “arranjo”) são, respectivamente, *acuerdo* e *intesa*, termos esses que podem pressupor o resultado de uma negociata bilateral.¹¹⁰⁶ Se compararmos o sentido dessas palavras nos seus respectivos idiomas com os Comentários da OCDE sobre o termo em inglês *arrangement* em sua Convenção-Modelo, nos será fácil concluir que o “arranjo” a que se refere a cláusula de PPT comporta os termos *acuerdo* e *intesa*, mas não se restringe a eles – compreende, para além disso, qualquer tipo de entendimento, esquema, transação ou série de transações, sejam elas juridicamente válidas ou não.¹¹⁰⁷ Como a cláusula de PPT no inglês já inclui a palavra *transaction*, e como as versões em espanhol e italiano também a contemplam (respectivamente, *operación* e *transazione*), é possível afiançar que a cláusula de PPT nesses idiomas avança, pelo menos em parte, na sua aproximação aos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE. Resta a dúvida sobre se o seu texto abre margem para que julgadores excluam do âmbito da cláusula de PPT quaisquer tipos de “esquemas” que envolvam o sujeito passivo, mas que não sejam “acordos”, “transações” e congêneres que o sujeito passivo protagonizou.¹¹⁰⁸

Traduzida para o alemão, a cláusula de PPT traz uma peculiaridade interessante. No artigo 26 do ADT celebrado entre a Áustria e o Kosovo, o termo usado para desempenhar a função de *reasonable* (cuja tradução para nós seria “razoável”, como contido na frase “se

<https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/italy-uruguay-2019-income-tax-convention-and-fina-l-protocol-italian-text/2b460>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹¹⁰⁶ REAL Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española* cit. No idioma italiano, o significado do termo “intesa” tem contornos diferentes, mas ainda pressupõe o “entendimento” entre as partes: “Più genericamente, accordo tra persone che si siano intese su un’azione da intraprendere, o che più semplicem. si siano ben intese tra loro” (TRECCANI. *Vocabolario Italiano On Line*. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/intesa/>. Acesso em: 5 dez. 2020).

¹¹⁰⁷ Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 1460.

¹¹⁰⁸ Admitimos que é difícil formular uma hipótese de elusão tributária na qual o sujeito passivo que pleiteia o benefício sob o ADT relevante não tenha ele próprio se engajado em um “acordo” ou em uma “transação” que resultou direta ou indiretamente nesse benefício. Uma possibilidade poderia ocorrer no âmbito da aplicação da cláusula de PPT cumulada com uma cláusula de LOB em um ADT pós-BEPS, particularmente sob o manto do artigo 7º, parágrafo 11, do MLI (“beneficiários equivalentes”). Diante de uma mudança temporária de residência fiscal de um dos sócios para uma jurisdição que possui um ADT que dá “benefícios equivalentes” em relação ao ADT celebrado entre o Estado da fonte e o Estado de residência do sujeito passivo, mudança essa que tornaria o sujeito passivo cumpridor da condição prevista no artigo 7º, parágrafo 11, do MLI, seria difícil esclarecer o porquê de o próprio sujeito passivo ter o seu benefício sob o ADT denegado pelas autoridades fiscais (ele não teria participado de qualquer acordo ou transação capaz de obter esse benefício de maneira artificiosa). Não seria absurdo dizer, no entanto, que a referência à expressão “direta ou indiretamente” poderá suprir esse déficit semântico das palavras *acuerdo* e *intesa* em relação a “*arrangement*”. Nesse sentido, mas tomando como base a versão da cláusula de PPT em inglês, vide: LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties cit., p. 659. Vide ainda: 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 cit., p. 43. Por último, lendo nos termos “*acuerdo u operación*” o mesmo sentido dado pela OCDE, vide: PIÑEROS, Jorge Leonardo Rodríguez. La Aplicación de la Cláusula de PPT del Plan de Acción BEPS en la Red de Convenios de Doble Imposición Suscritos por Colombia cit., p. 35-36.

for razoável concluir”) é *rechtfertigen* (ou seja, “justificar”).¹¹⁰⁹ Uma variante desse termo aparece no sítio eletrônico da OCDE e também no protocolo ao ADT entre a Noruega e a Suíça, que é *gerechtfertigt* (ou seja, “justificado”),¹¹¹⁰ o que por sua vez é diferente da expressão empregada na cláusula de PPT constante do protocolo de 2016 ao ADT entre Áustria e Liechtenstein: *der Schluss naheliegt* (algo como “conduz à conclusão”).¹¹¹¹ Essas diferentes maneiras de redigir a cláusula de PPT parecem apontar para mais de um padrão de prova para formar o convencimento das autoridades fiscais, e isso se confirma pelo que escreveram BECKER e SIMONEK ainda em 2016, depois de publicados todos os Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, mas antes do lançamento do MLI. Lendo a cláusula de PPT na sua versão em inglês, as autoras traduziram *reasonable* por *vernünftigerweise* (que seria mais bem traduzida como “razoavelmente”) e criticaram o que o termo sugeria: um padrão de prova relativamente baixo para formar o convencimento do Fisco, algo bem distante do padrão de “prova cabal” previsto na legislação suíça (no original em alemão, *Vollbeweis*).¹¹¹² A formação de jurisprudência sobre a aplicação da cláusula de PPT é que demonstrará se a diferença terminológica no idioma alemão será responsável pelo constrangimento às autoridades fiscais para que substanciem com mais provas a sua decisão de denegar benefícios de um ADT pós-BEPS (em comparação com outras jurisdições que leem o termo como “razoável”, *reasonable* e similares).

As versões da cláusula de LOB em diferentes idiomas também despertam dúvidas sobre como ela será aplicada pelas autoridades fiscais das jurisdições do *Inclusive*

¹¹⁰⁹ Vide: DWDS. *Der deutsche Wortschatz von 1600 bis heute*. Disponível em: <https://www.dwds.de/wb/rechtfertigen>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹¹¹⁰ Vide: OCDE. *Mehrseitiges Übereinkommen zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Maßnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung*. Versão preparada pelas jurisdições integrantes do Grupo *Ad Hoc*. Paris: OCDE, 2017. p. 10. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-german.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020. Vide ainda: TAX NOTES. *Protokoll Zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Norwegen zur Änderung des Abkommens vom 7. September 1987 Zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Norwegen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen*. Celebrado em 20 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/norway-switzerland-2019-protocol-1987-convention-german-text/29q9v>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹¹¹¹ Vide: TAX NOTES. *Protokoll zur Abänderung des Am 5. November 1969 in Vaduz Unterzeichneten Abkommens Zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Republik Österreich zur Vermeidung Der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen in der Fassung des Am 29. Januar 2013 in Vaduz Unterzeichneten Protokolls*. Celebrado em 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/austria-liechtenstein-2016-protocol-1969-agreement-german-text/1x4ph>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹¹¹² Vide: BECKER, Martina; SIMONEK, Madeleine. *BEPS Action 6 – Principal Purposes Test – Implikationen für die Schweiz?* IFF Forum für Steuerrecht. Saint Gallen: Universität St. Gallen, 2016. p. 117. Vide ainda: LANG, Michael. *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties* cit., p. 658-659.

Framework em ADTs pós-BEPS. No inglês, por exemplo, o artigo 7º, parágrafo 10, alínea “a”, do MLI, diz que o sujeito passivo cumpre com o teste de condução ativa de negócios no Estado de que reclama ser residente se a renda obtida no outro Estado Contratante *emanates from, or is incidental to, that business* (numa versão em português disponível no artigo 28, parágrafo 3º, alínea “a”, do ADT entre Brasil e Singapura, o benefício será dado desde que a renda obtida “provenha, ou seja incidental, desse negócio”).¹¹¹³ Considerando que a Eslováquia foi uma das jurisdições que optou pela adoção do artigo 7º do MLI contemplando tanto a cláusula de PPT, quanto a cláusula de LOB, é relevante notar que a versão eslovaca do ADT celebrado entre si e os Emirados Árabes Unidos, em vez de usar o termo *náhodný* ou o termo *sprievodný*, que seriam traduções mais aproximadas para “incidental”,¹¹¹⁴ no seu artigo 27, parágrafo 1º, alínea “c”, usou a expressão *v súvislosti s ňou*, cuja tradução seria “em conexão com [o negócio]”.¹¹¹⁵ A distinção parece sutil, mas para nós é interessante comparar o emprego desses termos e expressões com o que compreenderíamos no português: algo é “incidental” a um negócio se ocorre como incidente a ele. Algo incidental é “conectado”, não há dúvida, mas o termo “incidental” nos dá a impressão de uma ocorrência episódica, pontual, ou de menor relevância em relação ao todo. Trazendo a distinção para um exemplo prático. Se um sujeito passivo X prestar serviços de processamento de pagamentos para alguém em outra jurisdição e receber rendimentos desse cliente por esses serviços, tais rendimentos seriam “provenientes” desses serviços. Se como parte desses serviços o sujeito passivo X auferir rendimentos com as atividades de controles e reportes, fornecidos ao cliente, para fins de prevenção de fraudes, tais rendimentos seriam “conectados” àquilo que o sujeito passivo X faz na sua condução ativa de negócios. Por último, se o sujeito passivo X prestasse a esse mesmo cliente da outra jurisdição serviços de consultoria sobre assuntos regulatórios

¹¹¹³ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 11. Vide ainda: BRASIL. *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* cit.

¹¹¹⁴ Vide: GLOSBE. *English-Slovak Dictionary*. Disponível em: <https://en.glosbe.com/en/sk/incidental>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹¹¹⁵ Há diferenças textuais entre esse dispositivo e o artigo 7º, parágrafo 10, alínea “a”, do MLI, mas ambos tratam do teste de “condução ativa de negócios” da cláusula de LOB. Vide: TAX NOTES. *Zmluva medzi Slovenskou republikou a Spojenými arabskými emirátmi o zamedzení dvojitého zdanenia a zabránení daňovému úniku v odbore daní z príjmov*. Celebrado em 21 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/slovakia-united-arab-emirates-2015-income-tax-agreement-and-final-protocol-slovak-text/1x409>. Acesso em: 5 dez. 2020. Esse ADT foi celebrado antes do MLI, mas a Eslováquia não o incluiu como um dos ADTs cobertos no seu instrumento de ratificação. Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., “Slovak Republic”.

pertinentes à economia digital, para nós não haveria dúvida de que os rendimentos pagos por essa consultoria pontual seriam “conectados” à condução ativa de negócios do sujeito passivo X, mas eles seriam mais bem definidos como “incidentais” a esses negócios, partindo da premissa de que esse serviço de consultoria foi oferecido ao cliente de forma episódica, pontual, apenas para atender a uma demanda por mais visibilidade acerca da legislação atual sobre um tema de interesse.

Ainda sobre a cláusula de LOB, resgate-se aqui o que diz o artigo 7º, parágrafo 13, alínea “e”, do MLI. Quando o MLI define *connected persons* na versão em inglês, fica claro que a primeira parte da sua definição é específica. O dispositivo trata de algo aquém de controladoras e de subsidiárias ou de pessoas jurídicas submetidas a algum controle comum.¹¹¹⁶ A sua segunda parte, no entanto, conclui dizendo que duas pessoas serão “conectadas” uma à outra, “if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same person or persons”.¹¹¹⁷ Trazendo o dispositivo para a língua portuguesa, vê-se que o ADT entre Brasil e Singapura (Artigo 27, parágrafo 6º, alínea “e”) incorporou ao seu texto a tradução literal do MLI, referindo-se a “pessoas conectadas” e a “controle”.¹¹¹⁸ Essa correspondência com o texto do MLI poderia nos fazer crer que a nossa leitura desses termos será equivalente à leitura daqueles que vêm de jurisdições que têm como idioma oficial o inglês. No entanto, cabe ressaltar aqui que há no nosso ordenamento jurídico dispositivos que tratam de “pessoas vinculadas” (aquelas que foram listadas pelo artigo 23 da Lei nº 9.430/1996). Há ainda distintas definições de controle no Direito brasileiro, seja ele o “controle societário” (no art. 116, alíneas “a” e “b”, e no artigo 243, parágrafo 2º, da Lei nº 6.404/1976), seja ele o “controle final de grupo multinacional” (*ex vi* do artigo 2º, inciso VI da Instrução Normativa RFB nº 1.681/2016), para citar dois exemplos. É difícil considerar que o Fisco brasileiro teria alguma restrição em considerar como “pessoas conectadas”, para os fins do

¹¹¹⁶ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 12. Dizemos “algo aquém” porque o texto se refere a “ao menos 50%”, e não “mais de 50%” do controle. Nos seus Comentários à Convenção-Modelo, a OCDE chega a comparar o texto dessa norma àquele que inseriu no artigo 5º como resultado das discussões havidas na Ação 7 do Plano de Ação BEPS. Diz a OCDE que, ao contrário das pessoas “conectadas”, as pessoas “estritamente relacionadas” (tiramos a expressão em português do novo artigo 5º, parágrafo 5º, do ADT entre o Brasil e a Argentina) devem estar submetidas ao controle de “mais de 50%” uma da outra, ou do controle comum em “mais de 50%”. Vide: OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version* cit., p. 1431-1432. Vide ainda: BRASIL, nota 503, *supra*.

¹¹¹⁷ Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit., p. 12.

¹¹¹⁸ Vide: BRASIL. *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* cit.

teste de “condução ativa de negócios” da cláusula de LOB, o fornecedor estrangeiro e o seu distribuidor exclusivo no país (justamente o caso do artigo 23, inciso X da Lei nº 9.430/1996), lendo no termo “controle” também o “controle econômico”. Nem o MLI do qual o Brasil não é signatário, mas que contém o padrão mínimo da Ação 6, restringiria essa interpretação, nem tampouco o próprio texto do ADT celebrado com Singapura em 2018.

A preocupação refletida nos parágrafos anteriores se aplica também à cláusula de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI, embora não tenhamos identificado entre os ADTs pós-BEPS de jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* um exemplo – relacionado a qualquer de seus termos – que nos trouxesse as mesmas dúvidas que tivemos a respeito das cláusulas de PPT e de LOB. O que para nós parece evidente é que essas considerações de cunho linguístico poderão, elas próprias, gerar assimetrias em relação a como o padrão mínimo da Ação 6 será aplicado no ambiente pós-BEPS. O problema persiste mesmo diante do papel assumido pelo inglês como o idioma a ser utilizado por diversos ADTs para a resolução de controvérsias – a “resolução de controvérsias” pressupõe que a aplicação do ADT por parte de uma jurisdição ou de outra gerará controvérsias a serem resolvidas, o que poderá ocorrer ou não.¹¹¹⁹

4.3.2 Normas antielusivas internas, normas antielusivas supranacionais e sua relação com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS

No Capítulo 1, *supra*, citamos exemplos de normas antielusivas de caráter geral no Canadá, na Índia, na China e no Brasil, cada qual com suas peculiaridades. Citamos ainda no subitem 4.2.1 alguns exemplos de ADTs pós-BEPS que incorporaram ao seu conteúdo não apenas o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, mas também referências às suas legislações domésticas como capazes de enfrentar práticas elusivas sob esses ADTs. Para não nos alongarmos com mais exemplos neste item, aqui

¹¹¹⁹ Nesta tese, nós é que estamos identificando possíveis assimetrias na aplicação do padrão mínimo da Ação 6 e defendendo que essas assimetrias são deletérias para os interesses das jurisdições do *Inclusive Framework* sob o prisma da Política Fiscal Internacional. Essas assimetrias são deletérias, na verdade, para aquilo que o Plano de Ação BEPS foi criado para perseguir: Justiça Fiscal. Mas da nossa visão não emerge o resultado de que, sob a sua perspectiva individual, cada jurisdição integrante do *Inclusive Framework* reputará que a aplicação assimétrica do padrão mínimo da Ação 6 é deletéria para a Justiça Fiscal. As autoridades fiscais de dadas jurisdições poderão se satisfazer com a ciência de que a outra jurisdição está utilizando meios (ainda que assimétricos) para enfrentar a elusão tributária internacional (o que significa dizer que elas poderão, ausente qualquer pressão externa, jamais reconhecer o motivo da “controvérsia” que ensejaria o recurso à língua inglesa, se esse recurso estivesse previsto no ADT relevante).

nos limitamos a registrar que essas normas antielusivas internas, seus testes subjetivos ou objetivos, seus recursos a figuras como a simulação, a dissimulação, o abuso de direito, o propósito negocial e a substância econômica, tudo isso coopera para criar diversos “padrões mínimos” ao sabor da jurisdição relevante. Ao sujeito passivo restará a prática de seus negócios internacionais em um ambiente marcado pela insegurança jurídica, pelo aumento de seus custos de conformidade e, possivelmente contra a expectativa das jurisdições do *Inclusive Framework*, pelas novas oportunidades de *treaty shopping*.¹¹²⁰

Há na preocupação que externamos anteriormente um elemento de crítica à conduta das próprias jurisdições do *Inclusive Framework*, como se fosse uma espécie de “capricho” a sua insistência em fazer constar do ADT que as normas antielusivas internas poderão ser aplicáveis a situações de elusão tributária internacional. Faz-se necessário reconhecer, contudo, que o tal “capricho” pode ser decorrente do cumprimento da jurisdição optante com acordos assumidos perante terceiros, acordos que constroem toda a sua legislação sobre elusão tributária (o que inclui, é claro, a sua legislação sobre elusão tributária internacional). Tratamos aqui de uma espécie de norma antielusiva *supranacional*, cuja discussão individualizada foge ao escopo deste estudo, mas cuja relação com o padrão mínimo da Ação 6 é digna de comentários neste subitem 4.3.2.¹¹²¹

¹¹²⁰ Sobre como as normas antielusivas internas se arraigam aos ordenamentos jurídicos a que pertencem, o que pode condicionar a leitura de julgadores a respeito da elusão tributária internacional (mesmo sob a égide do padrão mínimo da Ação 6), vide: RANZ, Alfredo. Principal Purpose Test y Medidas Aclaratorias y Opcionales de Corte Antiabusivo (Acción 6). In: *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios* (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea. Madri: Aranzadi, 2017 (livro digital). Vide ainda, tratando de como a OCDE lidou com essa relação entre normas internas e normas internacionais na Ação 6 do Plano de Ação BEPS e nos Comentários propostos à sua Convenção-Modelo: DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 43, nº 2, p. 136-137, 2015.

¹¹²¹ A noção de normas antielusivas “supranacionais” pode ser estranha para o Brasil, mas não é muito distante de obrigações assumidas em outros acordos internacionais dos quais o Brasil seja parte – e que tenham o poder de constroer as autoridades fiscais brasileiras na aplicação da sua legislação tributária doméstica. Trazendo um exemplo que toca o Plano de Ação BEPS, mas não a Ação 6, o Brasil é signatário do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (no inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade*, ou GATT) e do Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (no inglês, *Agreement on Trade-Related Investment Measures*, ou TRIMs), ambos incorporados à Organização Mundial do Comércio (OMC). Vide: BRASIL. *Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Acesso em: 6 dez. 2020. O TRIMs estabelece que os chamados “requisitos de conteúdo local” (no inglês, *local content requirements*) violam as obrigações dos países signatários segundo o artigo III, parágrafo 4º, do GATT. No entanto, ao mesmo tempo, o padrão mínimo da Ação 5 do Plano de Ação BEPS requer que as jurisdições que compõem o *Inclusive Framework* concedam regimes tributários preferenciais apenas e tão-somente se esses regimes forem atrelados ao que a OCDE chama de “*atividade substancial*” (requisito esse que se estende para além de regimes dedicados a beneficiar

Consideremos a norma geral antielusiva que foi estabelecida pela União Europeia na Diretiva nº 2016/1164 (no inglês, *Anti-Tax Avoidance Directive*, ou ATAD 1). Segundo o artigo 1º, a ATAD 1 se aplica “to all taxpayers that are subject to corporate tax in one or more Member States, including permanent establishments in one or more Member States of entities resident for tax purposes in a third country”.¹¹²² Em sintonia com esse dispositivo, KEMMEREN esclarece que ADTs – inclusive os ADTs celebrados após a conclusão do Plano de Ação BEPS – devem ser celebrados, interpretados e aplicados de forma consistente com a legislação da União Europeia.¹¹²³ Tendo isso em mente, leiamos o que consta da norma geral antielusiva no artigo 6º, parágrafos 1º e 2º, da ATAD 1:

Article 6 – General anti-abuse rule

1. For the purposes of calculating the corporate tax liability, a Member State shall ignore an arrangement or a series of arrangements which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of the applicable tax law, are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances. An arrangement may comprise more than one step or part.

2. For the purposes of paragraph 1, an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality.¹¹²⁴

Justamente por ser uma norma geral antielusiva, o artigo 6º supratranscrito não é semelhante à cláusula de LOB (que é uma coleção de normas especiais antielusivas contidas em ADTs). A comparação com a cláusula de PPT, no entanto, é digna de alguns comentários. A ATAD 1 não possui em seu texto qualquer referência a um “teste de razoabilidade” – seu comando é para que os Estados-membros ignorem “arranjos ou séries de arranjos” específicos. Mais: como a ATAD 1 se direciona aos Estados-membros, não a um ADT específico, seu texto não trata de arranjos ou transações destinadas a obter um benefício de um ADT. Seu texto diz que esses arranjos “ignoráveis” (i) devem ter sido destinados a obter uma “vantagem tributária” que destrói, derrota, ou, como nós leríamos o termo *defeat*, *subverte* o objeto ou o propósito da norma tributária aplicável, e, além disso, (ii) devem ter

a propriedade intelectual e que pode ou não envolver o condicionamento dos regimes ao cumprimento de “requisitos de conteúdo local”). Vide: OCDE. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance – Action 5: 2015 Final Report* cit., p. 9. Não é impossível conceber regimes preferenciais que, ao atender à OMC, acabem por descumprir limitações criadas pelo padrão mínimo da Ação 5 do Plano de Ação BEPS.

¹¹²² Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Council Directive (EU) 2016/1164* cit.

¹¹²³ Vide: KEMMEREN, Eric. Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion? *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 23, nº 4, p. 193, 2014. Vide ainda: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 104.

¹¹²⁴ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Council Directive (EU) 2016/1164* cit.

sido “não genuínos” à luz de todos os fatos e circunstâncias relevantes. A ATAD 1 ainda esclarece que “não genuínos” serão todos aqueles arranjos que não tenham sido postos em prática por “razões comerciais válidas” e que refletem a “realidade econômica”. Trataremos dos motivos que levaram a União Europeia a criar essa regra com essa dicção no subitem 4.3.3, que é o item dedicado à jurisprudência pregressa sobre elusão tributária internacional, mas nada na cláusula de PPT direciona o intérprete para uma avaliação sobre se o arranjo foi genuíno ou não (essa avaliação é substituída pelo Teste do Propósito Principal), se teve razões comerciais válidas ou não, enfim. Nada na cláusula de PPT investiga, por assim dizer, a artificialidade do estratagema criado pelo sujeito passivo – ela se limita a autorizar a denegação de benefícios sob um ADT relevante se esse estratagema tiver sido montado para obter esses benefícios. Seja como for, para os Estados-membros da União Europeia, se eles adotarem a cláusula de PPT em seus ADTs pós-BEPS, essa cláusula de PPT deverá conviver ainda assim com a ATAD 1. São textos voltados para o combate a práticas de elusão tributária (inclusive a doméstica, no caso da ATAD 1), mas são diferentes entre si.

É interessante notar que a União Europeia tentou inculcar o espírito da norma que consta do artigo 6º da ATAD 1 nos ADTs celebrados por seus Estados-membros (com outros Estados-membros ou não) após a publicação dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS. Veja-se a seguir o que diz a Recomendação C(2016) 271, proposta (a palavra usada no inglês é *encouraged*) para ser adotada nos ADTs dos Estados-membros da União Europeia *no lugar* da cláusula de PPT que veio do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS (à época, o MLI ainda não tinha sido lançado pela OCDE). O grifo está presente no texto original:

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 *it reflects a genuine economic activity or that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.*¹¹²⁵

¹¹²⁵ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Recommendation C(2016) 271*. Publicado em 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/>. Acesso em: 9 dez. 2020. Danon manifesta a posição de que, se lida através dos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE, a cláusula de PPT deve sim ser vista como um teste de se a transação ou operação foi genuína ou não (para, tendo sido ela genuína, conceder o benefício do ADT pretendido pelo sujeito passivo). Vide: 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* cit., p. 47. Weber faz uma consideração similar, citando passagens do Relatório Final da Ação 6 (com referências à boa-fé e a razões comerciais válidas) que atestam que, quando a OCDE estruturou a

Por último, há ainda uma outra diferença a notar entre a ATAD 1 e o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. O artigo 3º da ATAD 1 afirma que os seus dispositivos têm o condão de conferir um “nível mínimo de proteção” contra abusos da tributação doméstica (aí compreendida não apenas a tributação interna, mas a tributação internacional da renda por parte do ordenamento jurídico de cada Estado-membro) sobre a renda de pessoas jurídicas.¹¹²⁶ Se compararmos esse texto com a definição dos padrões mínimos do Plano de Ação BEPS dada por SAINT-AMANS,¹¹²⁷ concluiremos que a ATAD 1 permite, ela sim, “padrões máximos”. Essa característica foi ressaltada por DOURADO, que comentou que seu efeito seria tornar a ATAD 1 um instrumento de duvidosa segurança jurídica.¹¹²⁸ Por seu turno, PISTONE e WEBER afirmam que sim, o artigo 3º da ATAD 1 estabelece um “nível mínimo de proteção”, mas qualquer “máximo” em relação a esse “mínimo” só pode ser implementado pelos Estados-membros se esse “máximo” não se tornar um obstáculo que seja injustificável para o exercício das liberdades necessárias ao mercado interno.¹¹²⁹

Poderíamos tratar aqui de outros exemplos de normas antielusivas supranacionais (e.g., o artigo 1º, Parágrafos 2º e 3º, da *Parent-Subsidiary Directive*, ou PSD, cujo conteúdo reproduz o que consta do artigo 6º da ATAD 1,¹¹³⁰ ou o artigo 1º, parágrafo 1º, da Diretiva nº 2003/49/EC, ou *Interest and Royalty Directive*, ou IRD),¹¹³¹ reais ou hipotéticos, mas o que

cláusula de PPT em particular, ela o fez com o intuito de criar um teste de se a operação era genuína ou não. Vide: WEBER, Dennis. *The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 44, nº 2, p. 108-109, 2016. Já expusemos nesta Tese algumas observações no sentido de que o texto da cláusula de PPT (e o texto da cláusula de LOB) deve ser observado para de lá tirarmos as conclusões cabíveis sobre como a cláusula deverá ser aplicada pelas jurisdições do *Inclusive Framework*. Nossa posição é, portanto, contrária àquela expressada pelos autores.

¹¹²⁶ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Council Directive (EU) 2016/1164* cit.

¹¹²⁷ Vide: SAINT-AMANS, Pascal. *News Conference – Launch of the 2015 BEPS Package* cit.

¹¹²⁸ Vide: DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global* cit., p. 101.

¹¹²⁹ Vide: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis. *An Introduction to the Anti-Tax Avoidance Directive and the Implementation of the BEPS Project in the European Union*. In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis (Ed.). *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*. Amsterdã: IBFD, 2018. p. 10.

¹¹³⁰ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Consolidated Text – Council Directive 2011/96/EU*. Publicado em 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02011L0096-20150217&from=EN>. Acesso em: 9 dez. 2020. WEBER sustenta que o descumprimento com essa recente regra da PSD deve causar para o sujeito passivo a perda dos benefícios tanto da legislação interna, quanto do próprio ADT. Vide: WEBER, Dennis. *The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect* cit., p. 129.

¹¹³¹ “Interest or royalty payments arising in a Member State shall be exempt from any taxes imposed on those payments in that State, whether by deduction at source or by assessment, provided that the beneficial owner of the interest or royalties is a company of another Member State or a permanent establishment situated in another Member State of a company of a Member State” (UNIÃO EUROPEIA. *Council Directive*

queríamos destacar com este item já parece suficientemente claro: há normas internas ou supranacionais que vinculam algumas jurisdições do *Inclusive Framework* e cujos textos poderão influenciar a aplicação das cláusulas de PPT, LOB, e alívio discricionário sob pedido, se presentes nos ADTs de suas redes. ADTs possuem normas diferentes entre si (e o que estamos aventando nesta tese é que, quanto às normas antielusivas, deveríamos buscar Harmonização Fiscal), e se um ADT possui uma cláusula de PPT e outro possui a mesma cláusula, mas “suplementada” por uma ou mais dessas normas antielusivas alheias ao ADT, só podemos concluir que esse “algo a mais” tem valor jurídico e deve ser considerado pelos seus aplicadores diante de situações concretas de elusão tributária internacional.

4.3.3 *A jurisprudência pregressa sobre elusão tributária (doméstica ou internacional) nas jurisdições do Inclusive Framework e sua relação com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS*

Já dissemos que o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS para ADTs foi trazido a um Direito Tributário Internacional preexistente e já populado por figuras, conceitos criados pelo legislador para enfrentar práticas elusivas. Uma análise perfunctória sobre o que vêm decidindo os tribunais de todo o mundo sobre o tema é o suficiente para identificarmos nesses precedentes referências sobre “beneficiários efetivos”, “abuso de direito”, “substância econômica”, “propósito negocial”, entre outras figuras já examinadas por nós no Capítulo 1. É evidente que esses tribunais, essas cortes julgadoras que não capitanearam elas mesmas as discussões que culminaram com a edição dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, terão suas próprias interpretações sobre aquilo que a OCDE propôs ao mundo em 2015 e 2017, e serão decerto inspiradas por aquilo que decidiram à luz das tais figuras (que podem em muito distar dos termos de cláusulas como a de PPT ou a de LOB). Aqui mora talvez o último imponderável da aplicação do padrão mínimo da Ação 6 para ADTs pós-BEPS: a voz daqueles que *decidem os conflitos* entre as autoridades fiscais e os sujeitos passivos, sejam eles os tribunais administrativos ou judiciais.

Ainda no Capítulo 1, citamos alguns precedentes administrativos e judiciais que aplicaram normas antielusivas em diversos países. Em adição àqueles precedentes,

2003/49/EC. Publicado em 3 de junho de 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0049&from=EN>. Acesso em: 9 dez. 2020).

poderíamos citar outros tantos, cada um com suas peculiaridades. Na Tabela 7 a seguir, trazemos esses precedentes ordenados por data (do mais recente ao mais antigo), mas os precedentes não foram agrupados segundo a figura que foi utilizada pelos julgadores para resolver o caso.¹¹³² Estes são exemplos de precedentes de diferentes jurisdições do *Inclusive Framework* da OCDE sobre práticas de elusão tributária internacional até hoje:

Tabela 7 – Exemplos de precedentes administrativos ou judiciais sobre situações de elusão tributária internacional ocorridas no ambiente de ADTs

| Jurisdição, tribunal e id. da decisão | Figura relevante | Data da decisão | Comentários gerais ¹¹³³ |
|---|----------------------|---------------------|--|
| Itália e Suprema Corte (<i>Corte di Cassazione</i>) <i>Sentenza n° 14756</i> | Beneficiário efetivo | 10 de julho de 2020 | O caso tratou de juros sob um empréstimo concedido por uma entidade de Luxemburgo para uma entidade da Itália. A entidade de Luxemburgo era controlada por uma entidade que, por ela mesma, não teria direito aos benefícios da IRD da União Europeia. A discussão do caso era se a entidade teria direito ao benefício, mesmo diante da sua situação de <i>holding company</i> . ¹¹³⁴ Segundo ARGINELLI e TENORE, essa foi uma decisão na qual a Suprema Corte da Itália pontuou que, para se beneficiar da IRD, seria o bastante que a <i>holding</i> tivesse autonomia suficiente na gestão dos bens subjacentes e que não tivesse a obrigação contratual preestabelecida de repassar os recursos recebidos para um terceiro. Ser uma <i>holding</i> em si não seria o suficiente para que o benefício pretendido fosse denegado. Destaque-se a crítica dos autores de que a Suprema Corte misturou em sua decisão as figuras de “beneficiário efetivo” e de “abuso de direito”. ¹¹³⁵ |

¹¹³² Naquelas situações em que tivermos identificado o emprego de mais de uma figura (daquelas que tratou o Capítulo 1 da nossa Tese) para tratar de algum caso de elusão tributária internacional, procuramos elegeer com o apoio de recursos à doutrina e comentários de outros autores aquela figura que seria delas a mais representativa.

¹¹³³ Como o intuito dessa Tabela é demonstrar as diferentes apreensões das cortes de todo o mundo sobre as figuras de que tratamos no Capítulo 1, e como essas diferentes apreensões poderão influenciar a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, nosso intuito com os “Comentários gerais” da Tabela não foi o de tratar amiúde dos elementos fáticos de cada caso.

¹¹³⁴ Vide: ITÁLIA. *Sentenza n° 14756*. Corte di Cassazione. Decisão de 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://it.vlex.com/vid/sentenza-n-14756-della-846612432>. Acesso em: 9 dez. 2020.

¹¹³⁵ Vide: ARGINELLI, Paolo; TENORE, Mario. Italian Supreme Court on the beneficial owner requirement. Corte di Cassazione. *Vakstudie H&I*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 10, p. 3-16, 2020. Disponível em:

| Jurisdição, tribunal e id. da decisão | Figura relevante | Data da decisão | Comentários gerais ¹¹³³ |
|--|----------------------|------------------------|--|
| Suíça e Supremo Tribunal Federal (<i>Bundesgericht</i>) 2C_354/2018 | Abuso de Direito | 20 de abril de 2020 | <p>O caso tratou do benefício de redução na tributação na fonte pleiteado por uma entidade residente na Irlanda para dividendos pagos a si por uma subsidiária residente na Suíça. O benefício foi pleiteado como um reembolso do tributo pago sob o acordo entre a Suíça e a União Europeia. Em questão estavam os empréstimos que financiaram a compra da subsidiária por parte da entidade irlandesa, anteriormente detida por uma entidade dos Países Baixos que não tinha acesso ao benefício do acordo. Além disso, as entidades da Irlanda e dos Países Baixos (compradora e vendedora da participação na entidade suíça) eram ambas controladas por uma mesma sociedade <i>holding</i> residente na Itália.¹¹³⁶</p> <p>Segundo DANON e MALEK, o arranjo que modificou o controle da entidade na Suíça foi considerado abusivo porque (i) os julgadores identificaram uma conexão temporal entre a transferência da participação societária e o pagamento de dividendos e (ii) a entidade na Irlanda não tinha nem funcionários, nem uma sede física própria. Por isso, o benefício de reembolso do tributo pago na Suíça foi denegado pelo Supremo Tribunal Federal (confirmando, nesta sua conclusão, a decisão recorrida).¹¹³⁷</p> |
| Coreia do Sul e Suprema Corte (대한민국 대법원) | Beneficiário efetivo | 29 de novembro de 2018 | O caso envolveu a distribuição de dividendos de uma entidade residente na Coreia do Sul para uma entidade residente na Hungria. Em questão estava o significado da expressão “beneficiário efetivo” presente |

<http://kluwertaxblog.com/wp-content/uploads/sites/59/2020/11/Italian-B.O.-comment-HI.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

¹¹³⁶ Vide: SUÍÇA. 2C_354/2018. Bundesgericht. Decisão de 20 de abril de 2020. Disponível em: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://20-04-2020-2C_354-2018&lang=de&zoom=&type=show_document. Acesso em: 9 dez. 2020.

¹¹³⁷ Vide: DANON, Robert J.; MALEK, Benjamin. *Swiss Supreme Court Refers to the CJEU “Danish cases” in Outbound Dividend Case Involving the Swiss-EU Savings Agreement*. Kluwer International Tax Blog. Publicado em 23 de julho de 2020. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2020/07/23/swiss-supreme-court-refers-to-the-cjeu-danish-cases-in-outbound-dividend-case-involving-the-swiss-eu-savings-agreement>. Acesso em: 9 dez. 2020.

| Jurisdição, tribunal e id. da decisão | Figura relevante | Data da decisão | Comentários gerais ¹¹³³ |
|--|----------------------|-------------------------|--|
| <i>Decision 2018Du38376</i> | | | <p>no artigo 10, parágrafo 2º, do ADT celebrado entre os dois Estados.¹¹³⁸</p> <p>Na decisão, a Suprema Corte reconheceu que a entidade na Hungria, a despeito de repassar os rendimentos de dividendos da Coreia do Sul para a sua controladora nos Estados Unidos, conduzia atividades empresariais relevantes por um período prolongado e baseado em um propósito comercial independente.¹¹³⁹ Por essa razão, o benefício deveria ser concedido. É interessante notar que a Suprema Corte tratou do tema sob o ADT e, em paralelo, sob um dispositivo de legislação doméstica (que estabelece para o país o princípio de tributação substancial).¹¹⁴⁰</p> |
| <p>Canadá e Corte Tributária (<i>Tax Court</i>) <i>Velcro Canada Inc. v. The Queen</i></p> | Beneficiário efetivo | 24 de fevereiro de 2012 | <p>O caso envolveu uma entidade dos Países Baixos que pleiteou um benefício de redução do tributo canadense na fonte sobre royalties. A entidade dos Países Baixos era obrigada a pagar 90% dos royalties recebidos, em 30 dias, para uma afiliada residente nas Antilhas Holandesas.¹¹⁴¹</p> <p>A corte concedeu o benefício para o sujeito passivo, afirmando que, apesar de ele possuir uma obrigação de repassar 90% dos royalties a um terceiro, ele cumpria com os “quatro elementos” do teste de beneficiário efetivo, que seriam a “posse”, o “uso”, o “risco” e o “controle”. A corte afirma que o beneficiário efetivo é aquele que recebe pagamentos para o seu próprio uso e fruição e que assume o risco e o controle do</p> |

¹¹³⁸ Vide: COREIA DO SUL. *Decision 2018Du38376*. 대한민국 대법원. Decisão de 29 de novembro de 2018. Disponível em: https://library.scourt.go.kr/SCLIB_data/decision/68-2018Du38376_CorpTDivIn_jh.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

¹¹³⁹ Idem.

¹¹⁴⁰ O artigo 14, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional (no inglês, *Framework on National Taxes*) da Coreia do Sul, diz: “If any ownership of an income, profit, property, act or transaction which is subject to taxation, is just nominal, and there is other person to whom such income, etc., belongs, the other person shall be liable to pay taxes and tax-related Acts shall apply, accordingly.” Vide COREIA DO SUL. *Framework on National Taxes*. Ato nº 2679, de 21 de dezembro de 1974 (atualizado). Disponível em: https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=46374&type=part&key=20. Acesso em: 11 dez. 2020.

¹¹⁴¹ Vide CANADÁ. *Velcro Canada Inc. v. The Queen – 2012 TCC 57*. Tax Court of Canada, datado de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://decision.tcc-cci.gc.ca/tcc-cci/decisions/en/item/30726/index.do?>. Acesso em: 10 dez. 2020.

| Jurisdição, tribunal e id. da decisão | Figura relevante | Data da decisão | Comentários gerais ¹¹³³ |
|--|---|-------------------------|--|
| | | | pagamento que tiver sido por ele recebido. ¹¹⁴² Segundo JAIN e PREBBLE, a corte tratou este caso como um caso de desconsideração de personalidade jurídica (concluindo por não desconsiderar a personalidade do sujeito passivo). ¹¹⁴³ |
| Israel e Corte Distrital de Tel-Aviv (<i>Tel-Aviv District Court</i>) <i>Yanko-Weiss Holdings (1996) Ltd. v. Assessing Officer of Holon (Income Tax Appeal 1090/06)</i> | Abuso de direito (sob o prisma de boa-fé) | 30 de dezembro de 2007 | No caso, uma entidade foi incorporada em Israel, mas modificou a sua sede de direção para a Bélgica e obteve com isso a residência na Bélgica. Com base nessa residência, a entidade requereu o benefício do ADT entre Bélgica e Israel de redução do tributo retido na fonte sobre dividendos para 5%. A corte israelense decidiu que o benefício não deveria ser concedido porque ADTs devem ser interpretados em boa-fé, de maneira aceitável, sem que seus dispositivos sejam aplicados de maneira imprópria (mesmo que não possuam qualquer cláusula de limitação de benefícios nativa). ¹¹⁴⁴ |
| França e Conselho de Estado (<i>Conseil d'État</i>) <i>Décision N° 283314</i> | Beneficiário efetivo | 29 de fevereiro de 2006 | No caso, um acordo de usufruto firmado por um banco no Reino Unido com uma sociedade nos Estados Unidos permitiu que o banco passasse a receber dividendos pagos por uma empresa na França. Tendo sofrido uma retenção de 25% sobre esses dividendos, o banco alegou que era o beneficiário efetivo desses dividendos nos termos do ADT entre França e Reino Unido e que, portanto, deveria estar submetido a uma retenção de apenas 15%. ¹¹⁴⁵ Considerando o caso, a corte francesa decidiu que, como o banco não assumia qualquer risco típico de investimentos de capital, e como o acordo entre o banco e a sociedade nos Estados Unidos era essencialmente um empréstimo, o |

¹¹⁴² Vide: CANADÁ. *Velcro Canada Inc. v. The Queen* – 2012 TCC 57 cit., item (34).

¹¹⁴³ Vide crítica sobre o caso em: JAIN, Saurabh; PREBBLE, John. Conceptual Problems of Beneficial Ownership and the Corporate Veil. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 73, n° 3, p. 6-9, 2019.

¹¹⁴⁴ Vide comentários sobre o caso em: DUFF, David G. Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test – Part 1. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 66, n° 3, p. 641-642, 2018.

¹¹⁴⁵ Vide: FRANÇA. *Décision n° 283314. Conseil d'État, 3ème et 8ème Sous-sections Réunies*. Datado de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA_TEXT0000_18004870/. Acesso em: 10 dez. 2020.

| Jurisdição, tribunal e id. da decisão | Figura relevante | Data da decisão | Comentários gerais ¹¹³³ |
|---------------------------------------|------------------|-----------------|--|
| | | | beneficiário efetivo dos dividendos seria a sociedade norte-americana (e não o banco). A corte francesa não analisou o caso sob o prisma de “abuso de direito”, mas interpretou a referência do ADT entre França e Reino Unido ao beneficiário efetivo sob o prisma da “substância sobre a forma”. ¹¹⁴⁶ |

Além dos precedentes de jurisdições individuais, poderíamos relatar os precedentes da Corte de Justiça da União Europeia (no inglês, *Court of Justice of the European Union*, ou CJUE) a respeito de casos de elusão tributária internacional. Esses precedentes têm relação direta com os nossos comentários sobre normas supranacionais no item anterior. Relembre-se que o artigo 6º da ATAD 1 incorporou à legislação interna da União Europeia uma cláusula similar à cláusula de PPT, porém com o adendo da expressão “não genuíno”. Pois bem, essa adição é alinhada a precedentes da CJUE que estabeleceram uma espécie de *princípio geral antiabuso* entre os Estados-membros. Na sua decisão no caso *Emsland Stärke*, de 2000, a CJUE havia definido um elemento objetivo (incompatibilidade entre o *telos* da norma de referência e o que o sujeito passivo pleiteia como resultado de sua aplicação) e um elemento subjetivo (a própria intenção do sujeito passivo de se valer de um artifício para obter o benefício pretendido) para compor a noção de abuso de direito.¹¹⁴⁷ Num julgamento posterior da CJUE sobre o famoso caso *Cadbury Schweppes*, de 2006, ficou consignado que planejar negócios escolhendo a jurisdição mais favorável sob o prisma tributário não seria uma forma de abuso no âmbito da União Europeia – para ser abuso, seria preciso comprovar que o arranjo realizado pelo sujeito passivo foi “inteiramente artificial” (no inglês, *wholly artificial arrangement*).¹¹⁴⁸ Um ano mais tarde, a CJUE converteu as suas orientações sobre abuso em um princípio geral aplicável aos Estados-membros sob a

¹¹⁴⁶ Vide: LOSADA, Soraya Rodríguez. La Interpretación Jurisprudencial del Concepto de Beneficiario Efectivo en el Ambito Internacional. *Cronica Tributaria*, Madri: IEF, nº 149, p. 168-169, 2013.

¹¹⁴⁷ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Case C-110/99*. CJUE. Decisão de 14 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45444&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17291497>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹¹⁴⁸ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Case C-196/04*. CJUE. Decisão de 12 de setembro de 2006. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=63874&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17293045>. Acesso em: 10 dez. 2020.

legislação interna da União Europeia ao decidir o caso *Kofoed*,¹¹⁴⁹ embora, como ressaltado por BAERENTZEN, essa decisão não tenha reconhecido o princípio como autoexecutável. A autora sustenta ainda que a CJUE teria definido esse princípio como excepcional, restritivo de direitos e defensivo por natureza.¹¹⁵⁰

A jurisprudência da CJUE é ainda marcada por duas importantes decisões de 2019 sobre seis casos envolvendo as figuras de “beneficiários efetivo” e “abuso de direito”, os quais ficaram conhecidos como os “casos dinamarqueses” (no inglês, *Danish cases*).¹¹⁵¹ Esses são casos que cuidaram de certas aquisições que foram realizadas por pessoas jurídicas não residentes na Dinamarca em sociedades empresárias dinamarquesas (em um dos casos, uma entidade em Luxemburgo assumiu as obrigações de uma das sociedades dinamarquesas), aquisições essas que teriam legitimado a requisição de benefícios tributários sob as Diretivas PSD e IRD da União Europeia (respectivamente, benefícios de não retenção de tributos na fonte incidentes sobre dividendos e incidentes sobre juros).¹¹⁵² Essas pessoas jurídicas eram controladas por fundos de investimento em outros países, o que influenciou a posição do Fisco dinamarquês de que os investidores diretos não eram os beneficiários efetivos dos rendimentos pagos a partir da Dinamarca. Diante da insurgência dos investidores, o caso foi levado à CJUE, que, como apontam HASLEHNER e KOFLER, concluiu que o princípio geral antiabuso da União Europeia deve ser aplicado aos casos de abuso de direito mesmo que a legislação dinamarquesa e/ou ADTs específicos da rede dinamarquesa não contemplem em si qualquer norma

¹¹⁴⁹ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Case C-321/05*. CJUE. Decisão de 5 de julho de 2007. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=61892&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17293639>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹¹⁵⁰ Vide: BAERENTZEN, Susi. Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 12, n° 1, p. 22-23, 2020. “Arguably, the fact that the ECJ in *Kofoed* has stated that a provision such as the anti-abuse clause of the Merger Directive, which expressly aims at contrasting ‘tax evasion’ or ‘tax avoidance’, reflects the general principles of prohibition of abuse of rights, seems to make a conceptual distinction between abuse, evasion and avoidance irrelevant from the practical viewpoint” (CERONI, Luca. The Abuse of Rights in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion. *European Business Law Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 21, n° 6, p. 800, 2010).

¹¹⁵¹ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16*. CJUE. Decisão de 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211053&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2496242>. Acesso em: 10 dez. 2020. Vide ainda: UNIÃO EUROPEIA. *Joined Cases C-116/16 and C-117/16*. CJUE. Decisão de 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211047&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3124710>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹¹⁵² Vide: BAERENTZEN, Susi. Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest cit., p. 8-9.

antielusiva.¹¹⁵³ Tratando das figuras de beneficiário efetivo e de abuso de direito de forma interrelacionada,¹¹⁵⁴ a CJUE foi mais além e definiu que beneficiário efetivo é aquele que se beneficia “economicamente” dos rendimentos, e que os benefícios dados pela legislação interna da União Europeia não podem ser ofertados a grupos que não possuem uma “justificação econômica”.¹¹⁵⁵ Sobre esse resultado – que, ressalte-se, antecede a ATAD 1, mas acaba por se alinhar ao seu artigo 6º – BAERENTZEN comenta o seguinte:

The ECJ has identified six indications of abusive situations and thereby provided some guidelines for where to draw the line. When examining the indications, it is apparent that they bear very little resemblance to a legal assessment just as they have not been spelled out in previous ECJ case law on direct taxation. [...] [I]t is beneficial and perhaps even necessary to go beyond the legal theory and use economic theory to aid the interpretation and promote the application of the abuse test.¹¹⁵⁶

Essa breve exposição de precedentes administrativos e judiciais acerca de práticas elusivas demonstra o palpável desafio de “importar” para os ADTs das respectivas jurisdições (e para os Estados-membros da União Europeia) as normas do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. A cláusula de LOB, munida dos seus testes objetivos de qualificação da residência do sujeito passivo, é totalmente estranha às decisões citadas, que foram ancoradas na autonomia do sujeito passivo (de não estar constrangido contratualmente ao repasse da renda que recebeu), no “propósito comercial” da entidade e, nos casos dinamarqueses da CJEU, na sua “justificação econômica”. A cláusula de PPT, como já comentamos, não tem em seu conteúdo qualquer avaliação sobre se a operação realizada pelo sujeito passivo é “genuína” ou não, nem tampouco requer das jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* que a apliquem sob algum teste de

¹¹⁵³ Vide: HASLEHNER, Werner; KOFLER, Georg. *Three Observations on the Danish Beneficial Ownership Cases*. Kluwer International Tax Blog, publicado em 13 de março de 2019. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/03/13/three-observations-on-the-danish-beneficial-ownership-cases/>. Acesso em: 11 dez. 2020. “The Court has thus held that that principle may be relied on against a taxable person in order to refuse him, inter alia, the right to exemption from VAT, even in the absence of provisions of national law providing for such refusal” (UNIÃO EUROPEIA. *Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16 cit.*, item 102).

¹¹⁵⁴ Essa relação é reconhecida por alguns comentaristas. Vide: SCHWARZ, Jonathan. *Beneficial Ownership: CJEU Landmark Ruling*. Kluwer International Tax Blog. Publicado em 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/02/27/beneficial-ownership-cjeu-landmark-ruling/>. Acesso em: 11 dez. 2020. Vide ainda: DE BROE, Luc; GOMMERS, Sam. Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgements in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 28, n° 6, p. 294-295, 2019. No mesmo sentido, vide: HASLEHNER, Werner; KOFLER, Georg. *Three Observations on the Danish Beneficial Ownership Case cit.*

¹¹⁵⁵ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *Joined Cases C-116/16 and C-117/16 cit.*, item 139.

¹¹⁵⁶ Vide: BAERENTZEN, Susi. Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest *cit.*, p. 38.

autonomia, propósito comercial ou “justificação econômica”. Seria ao mesmo tempo incerto dizer se o resultado das análises sob esses precedentes, ou sob o artigo 6º da ATAD 1, ou sob a cláusula de PPT, seria o mesmo, ou se essa equivalência dependeria do juízo pessoal da autoridade responsável. Daí a nossa assertiva de que esses precedentes – e o que revelam sobre as cortes que os proferiram – podem causar assimetrias na aplicação do padrão mínimo da Ação 6 a casos de elusão tributária internacional.

Por fim, devemos comentar o tema sob a perspectiva brasileira. O Brasil não possui uma jurisprudência formada sequer sobre o conceito de “beneficiário efetivo” no âmbito de sua rede de ADTs, que dirá uma jurisprudência que se debruce sobre a discricionariedade dada às autoridades fiscais em “cláusulas de Limitação de Benefícios” como aquelas estabelecidas nos ADT com o México, a Turquia e a Venezuela. Cláusulas de PPT e de LOB ao modo do padrão mínimo da Ação 6 ainda são novidades episódicas na nossa rede de ADTs, motivo pelo qual não conseguimos ainda prever que efeito os julgados que precedem a adoção dessas cláusulas nos nossos ADTs terão na forma como essas cláusulas serão aplicadas. Essa “influência” de uns precedentes em relação a outros, mesmo tratando de bases normativas distintas, já seria evidente pelo que testemunhamos nos casos dinamarqueses da CJUE. Mas essa influência deve ocorrer no Brasil especialmente graças à vagueza tanto das figuras empregadas para decidir sobre elusão tributária (e.g., “propósito comercial”), quanto dos termos contidos em diferentes trechos das normas do padrão mínimo da Ação 6. O que se estima é que as cortes brasileiras, naquelas ocasiões em que julgarem esse recurso interpretativo como conveniente, utilizarão os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE como suporte para as suas decisões sobre práticas elusivas à luz das cláusulas de LOB e/ou PPT do padrão mínimo da Ação 6.¹¹⁵⁷ Tal aderência em nada nos resolve as preocupações que já externamos sobre possíveis assimetrias pós-BEPS, não apenas em relação a um mesmo ADT ou a todos os ADTs da rede brasileira, mas também em relação aos demais ADTs pós-BEPS celebrados por jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* da OCDE.

¹¹⁵⁷ Esse recurso episódico a Comentários à Convenção-Modelo da OCDE é testemunhado em decisões do CARF sobre ADTs, embora não especificamente sobre práticas elusivas (e.g., Acórdão nº 2202-003.114 e Acórdão nº 1302-004.273), e ainda em decisões colegiadas do Poder Judiciário brasileiro (e.g., AC nº 5034915-36.2013.4.04.7000, do TRF da 04ª Região, e AP nº 0009735-46.2015.4.03.6100/SP, do TRF da 03ª Região).

4.3.4 *Análise crítica sobre os fatores exógenos à luz das políticas fiscais internacionais das jurisdições do Inclusive Framework e à luz da Política Fiscal Internacional*

Elencamos neste item 4.3 três fatores exógenos às normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS: diferenças linguísticas, normas internas e normas supranacionais e, por fim, a jurisprudência pregressa das jurisdições do *Inclusive Framework* sobre casos de elusão tributária internacional. A nosso ver, cada um desses fatores apresenta desafios próprios para as políticas fiscais internacionais das jurisdições do *Inclusive Framework* e para o futuro da Política Fiscal Internacional como um todo.

4.3.4.1 *Diferenças linguísticas e normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 sob o manto das políticas fiscais internacionais e da Política Fiscal Internacional*

Estimamos que as diferenças linguísticas levantadas no nosso subitem 4.3.1 são apenas algumas em meio a um mar de possíveis variações nos idiomas próprios das jurisdições que participaram do Plano de Ação BEPS. Se essas diferenças forem lidas pelas autoridades fiscais de forma a gerar resultados peculiares para a aplicação do padrão mínimo da Ação 6, é difícil aquilatar se esses resultados revelarão um dado da política fiscal internacional da jurisdição respectiva ou uma situação a ser discutida e modificada pelo seu processo político. Antes de ser o veículo para a compreensão do texto normativo, o idioma é expressão maior da identidade cultural de uma comunidade. Essa comunidade perceberá o mundo ao seu redor através dessas lentes, dessas palavras e expressões que ecoam sentimentos próprios.¹¹⁵⁸ É por isso que, para nós, as tais diferenças linguísticas dificilmente compelirão os poderes constituídos das jurisdições relevantes a uma revisão de como internalizaram aos seus ordenamentos jurídicos as cláusulas de LOB e/ou de PPT, bem como qualquer outra norma presente no artigo 7º do MLI.

¹¹⁵⁸ “World cannot be approached other than through language. Any attempt to enunciate a view of the world can only manifest itself within language (as is the case with any attempt to enunciate a view of law)” (LEGRAND, Pierre. What Can You Say, Words It Is, Nothing Else Going. *International Journal for the Semiotics of Law*, Cham: Springer, v. 26, nº 4, p. 805, 2013). Discursando sobre os enunciados como parte da produção normativa, Moussallem diz que “o agente produtor de normas lança no enunciado (enunciados prescritivos) elementos que nos permitem reconstruir sua atividade produtora” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 61). Nossa assertiva é a de que a atividade produtora dessas normas é haurida no Direito enquanto objeto cultural, particular das tradições de cada comunidade. Nesse sentido, vide: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário* cit., p. 6.

Quanto à Política Fiscal Internacional, entendemos que as diferenças linguísticas que gerarem aplicações diferentes das cláusulas do artigo 7º do MLI poderão sim ser discutidas e tratadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework*. Em primeiro lugar, a nossa presunção se ampara nos trabalhos preparatórios¹¹⁵⁹ e no texto da própria CVDT, ambos atentos ao efeito dos idiomas nacionais na aplicação de ADTs. Em segundo lugar, voltamos ao objetivo coletivo que é ou deve ser perseguido pelas jurisdições do *Inclusive Framework* desde a gênese do Plano de Ação BEPS: o objetivo coletivo de Justiça Fiscal. Aplicações das normas antielusivas em ADTs pós-BEPS que abram espaço para práticas elusivas e/ou propiciem maior Concorrência Fiscal Internacional militam contra esse objetivo coletivo e merecem revisão. Tendo dito isso, e o item 4.4 demonstrará essa assertiva com mais clareza, aqui expressamos algo mais próximo de uma *esperança* nossa sobre os rumos da Política Fiscal Internacional (de que as eventuais diferenças linguísticas causadoras de assimetrias deverão ser tratadas e resolvidas pelos membros do *Inclusive Framework*). O dado concreto que temos é que o Poder Executivo (através de representantes no processo de elaboração dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, inclusive o da Ação 6) e o Poder Legislativo (através da incorporação das recomendações desses Relatórios Finais ao ordenamento jurídico pátrio) das jurisdições do *Inclusive Framework* declaram que aderiram ao padrão mínimo da Ação 6 através da linguagem dessas normas antielusivas em seus ADTs. Esse é o panorama por sobre o qual discutimos os resultados da Ação 6 no ambiente internacional pós-BEPS: um panorama composto pelas regras em si e pelas regras como foram implementadas pelas jurisdições interessadas em todo o mundo.

4.3.4.2 Normas internas e supranacionais e normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 sob o manto das políticas fiscais internacionais e da Política Fiscal Internacional

Outra discussão diz respeito a como as normas internas e as normas supranacionais às quais as jurisdições do *Inclusive Framework* aderem se relacionam com as

¹¹⁵⁹ “The plurality of the authentic texts of a treaty is always a material factor in its interpretation, since both or all the texts authoritatively state the terms of the agreement between the parties. [...] The different genius of the languages, the absence of a complete consensus ad idem, or lack of sufficient time to coordinate the texts may result in minor or even major discrepancies in the meaning of the texts” (ONU. *Yearbook of the International Law Commission 1966* – v. II: Documents of the Second Part of the Seventeenth Session and of the Eighteenth Session Including the Reports of the Commission to the General Assembly. Nova York: ONU, 1967. p. 225. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020).

suas políticas fiscais internacionais. De partida, ADTs pós-BEPS que trazem em conteúdo cláusulas de LOB e/ou PPT acompanhadas por uma norma que permite o recurso à legislação interna nos indicam que essa foi uma decisão expressa das autoridades constituídas (poder-se-ia argumentar que, quanto às diferenças linguísticas, a “decisão” pode ser anterior à atividade dessas autoridades, que meramente incorporaram os termos das cláusulas escolhidas para o seu próprio idioma).¹¹⁶⁰ Foi uma decisão, constrangida pelo ordenamento jurídico interno ou não, de submeter práticas elusivas no âmbito de ADTs a uma espécie de “teste de dois níveis”, impedindo que qualquer operação aprovada pela cláusula de PPT, por exemplo, seja usada para suportar o pleito de um sujeito passivo que tenha descumprido a norma – geral ou especial – antielusiva interna. Diga-se o mesmo das normas supranacionais que se aplicam a casos de elusão tributária internacional em virtude de acordos celebrados pelas jurisdições do *Inclusive Framework* antes do MLI ou até mesmo antes do Plano de Ação BEPS. Tudo isso já é a expressão dos atores políticos de que a sua aplicação de normas antielusivas para práticas ocorridas no âmbito de ADTs seguirá esse padrão “dual”, motivo pelo qual intuímos que esse padrão “dual” só será notado, discutido e talvez superado pelas jurisdições respectivas se sua consequência for a vulneração de algum de seus objetivos individuais (como sugerimos no subitem 2.3.1.6, *supra*).

Sob o prisma da Política Fiscal Internacional, assim como comentamos no subitem 4.3.4.1, entendemos que os atores políticos deverão enfrentar as assimetrias surgidas com a aplicação das normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 ao lado de normas internas e normas supranacionais. Ao “complementar” o padrão mínimo com normas que elevam custos de conformidade e que podem trazer maior insegurança jurídica para os sujeitos passivos, essas jurisdições do *Inclusive Framework* replicam no presente o mesmo cenário de Concorrência Fiscal Internacional que compeliu o G20 a solicitar da OCDE a elaboração do Plano de Ação BEPS. Uma vez que esses “padrões máximos” desnaturam a adesão ao padrão mínimo da Ação 6, eles devem ser questionados e talvez modificados no âmbito do sistema de *peer review*.¹¹⁶¹ Contudo, repetindo aqui outra observação feita no

¹¹⁶⁰ Esse argumento comporta uma crítica. Sem dúvida, se o texto em inglês da cláusula de LOB ou de PPT diz X e o texto equivalente no idioma oficial da jurisdição do *Inclusive Framework* diz X e Y, ou diz Y porque não há palavra no seu vocabulário que expresse o sentido X, o argumento para nós é procedente. Mas se o idioma oficial possui um termo que tem o sentido de X e a sua tradução do texto em inglês da cláusula de LOB ou de PPT traz um termo com o sentido de Y (ou mesmo de X e Y), podemos afiançar que houve sim alguma intervenção das autoridades constituídas para optar pelo termo que apresenta esse sentido de Y (ou de X e Y).

¹¹⁶¹ É evidente que essa discussão (sobre a possível geração de assimetrias na aplicação do padrão mínimo da Ação 6 em virtude da sua conjunção com normas internas e/ou supranacionais) é politicamente sensível,

subitem 4.3.4.1, fica claro para nós que essas normas “adicionadas” ao padrão mínimo são mais um dado da realidade do que uma situação a ser alterada pela Política Fiscal Internacional. Essas “adições” representam declarações feitas pelas autoridades das jurisdições do *Inclusive Framework* sobre como pretendem implementar as normas antielusivas pós-BEPS em seus ADTs, e o item 4.4 mostrará que, tanto no primeiro, quanto no segundo ou no terceiro relatórios de *peer review* da Ação 6, a sua presença em ADTs não despertou críticas contundentes de outras jurisdições participantes.

4.3.4.3 *A jurisprudência sobre elusão tributária e o padrão mínimo da Ação 6 sob o manto das políticas fiscais internacionais e da Política Fiscal Internacional*

Os comentários que trouxemos nos subitens anteriores não se aplicam à análise da jurisprudência sobre elusão tributária nas jurisdições do *Inclusive Framework*, de um lado, e das normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6, de outro. Isso porque ainda é cedo para dizer como os julgadores aplicarão essas normas antielusivas (hígidas segundo o MLI, ou reservadas, ou ainda “revisadas”) a casos concretos no ambiente pós-BEPS. Podemos ir além: é cedo para dizer como os julgadores interpretarão o aporte desses dispositivos convencionais ao seu ordenamento jurídico, uma vez que eles não participaram das discussões que culminaram na propositura dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS. Ao contrário do que dissemos sobre os fatores exógenos anteriores, a voz dos julgadores sobre como aplicar as normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 não é um *dado* da realidade; essa voz é uma incógnita cujos efeitos têm relevância ímpar para a consecução do objetivo de Justiça Fiscal. O fator exógeno, claro, é a jurisprudência pregressa sobre elusão tributária, mas é ainda como essa jurisprudência pregressa poderá orientar as decisões administrativas ou judiciais sobre as normas antielusivas pós-BEPS diante de casos concretos de elusão tributária internacional.

Dito isso, é difícil prever se julgadores de tribunais administrativos ou judiciais se atentarão sequer aos objetivos individuais das políticas fiscais internacionais das jurisdições respectivas nas suas decisões sobre o padrão mínimo da Ação 6. Isso porque, para além de tais julgadores não terem sido envolvidos nas tratativas que formaram os Relatórios Finais do

podendo ser invencível à luz de compromissos preexistentes já assumidos. Se não for invencível, a discussão pode representar para qualquer jurisdição relevante a dura decisão de “quem desagradar” no cenário internacional. Sobre isso já tratamos pontualmente na nota 1121, *supra*.

Plano de Ação BEPS ou o MLI, suas decisões tendem a seguir um curso próprio na interpretação de temas de Direito Tributário Internacional (o que indica que, entre a política fiscal internacional das autoridades constituídas perante organismos internacionais como a OCDE e ONU e aquilo que os julgadores compreendem como a política fiscal internacional da sua própria jurisdição, podem existir diferenças relevantes). Esta análise não se presta a fazer um exame profundo das críticas da doutrina especializada a decisões judiciais sobre essa matéria, mas podemos citar aqui a conclusão de ROCHA no sentido de que decisões administrativas e judiciais no Brasil não têm a prática de observar as posições externadas pelo país em relação à Convenção-Modelo da OCDE (e nenhuma das decisões que o autor analisou cita a Convenção-Modelo da ONU ou os seus Comentários).¹¹⁶² Críticas similares são ventiladas por autores de Direito Tributário Internacional em outros países.¹¹⁶³ Isso elucida para nós que, no âmbito doméstico, ainda há um processo de convergência a ser desenvolvido entre os atores políticos para que o Poder Judiciário (ou as cortes administrativas que assumem a função judicante) seja de algum modo *contribuinte* da formação da política fiscal internacional de sua jurisdição.

Se é verdade que as decisões administrativas e judiciais podem dar concretude para a resolução de litígios referentes ao padrão mínimo da Ação 6, também é verdade que é nessa resolução de litígios que mora a resposta sobre como o padrão mínimo da Ação 6 será aplicado pelas jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* de modo definitivo. A assertiva é forte, até porque depende do grau de litigiosidade em matéria tributária verificado no âmbito de cada jurisdição e submete ao intérprete a distinção entre julgados definitivos e não definitivos, mas nós a defendemos. Sejam dois, três, quatro ou milhares de casos submetidos a julgamento sobre a cláusula de LOB e/ou de PPT, a resposta dada pelos julgadores sobre como essas cláusulas deverão ser aplicadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* pautará a luta contra a elusão tributária internacional nos anos vindouros.

¹¹⁶² Vide: ROCHA, Sérgio André. *Política fiscal internacional brasileira* cit., p. 155-156.

¹¹⁶³ Vide, por exemplo, a crítica à decisão da Corte de Apelação do Nono Circuito (no inglês, *Ninth Circuit Court of Appeals*) no caso *Xilinx* em: BRAUNER, Yariv. Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 38, n° 11, p. 561-563, 2010. Vide ainda, tratando do caso *Vodafone* pela Suprema Corte da Índia: KUMAR, Awanish. Ruling in Vodafone Tax Dispute in India: Final or Fallible! *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 41, n° 10, p. 516-541, 2013. Por último, criticando decisões de julho de 2006 da Audiência Nacional (no espanhol, *Audiencia Nacional*) sobre o conceito de beneficiário efetivo contido no ADT entre a Espanha e a Hungria, vide: LOSADA, Soraya Rodríguez. La Interpretación Jurisprudencial del Concepto de Beneficiario Efectivo en el Ambito Internacional cit., p. 169-171.

Sob o prisma da Política Fiscal Internacional, vale a pena acrescentar, o trabalho de confecção das normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 já foi realizado – seus textos já foram debatidos e referendados pelas autoridades das jurisdições do *Inclusive Framework* e sua incorporação aos ADTs pós-BEPS já vem acontecendo ano após ano. Se é que podemos trazer alguma contribuição para tentar garantir que essas normas não serão aplicadas de forma assimétrica a depender dos fatores exógenos que citamos neste item (e ainda do que pontuamos nos itens 4.1 e 4.2), essa contribuição deverá se concentrar naquilo que está pendente de acontecer em relação ao padrão mínimo, que é justamente a apreciação do Poder Judiciário (ou de cortes administrativas assumindo a função judicante) sobre o seu conteúdo. Integrar os precedentes sobre essas normas antielusivas pós-BEPS ao trabalho de Coordenação Fiscal Internacional desenvolvido no âmbito da OCDE, movendo-o para a arena da *Harmonização Fiscal Internacional*, será o intuito da proposta de que trataremos no Capítulo 5.

4.4 O sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS e suas limitações

Já citamos o sistema de *peer review* em outros pontos desta tese, mas ainda não o analisamos sob o prisma do monitoramento da aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Lendo os itens anteriores, seria possível sugerir que todas as possíveis assimetrias que apontamos poderiam ser resolvidas pela regular atividade desse sistema criado pela OCDE, uma vez que o sistema já seria capaz de “corrigir esse curso” por si só. Para nós, como ficará demonstrado a seguir, essa sugestão seria completamente descabida.

Em um relatório de 2003, a OCDE definiu “*peer review*” (no português, “revisão por pares”) como um exame sistemático e uma avaliação de performance de uma jurisdição por outras jurisdições, com o fim precípuo de ajudar a “jurisdição revisada” a reformar políticas públicas, adotar melhores práticas e cumprir com princípios e padrões estabelecidos.¹¹⁶⁴ Essa definição é associada pela OCDE a uma outra, componente natural do sistema de *peer review*, que é *peer pressure* (no português, “pressão por pares”): essa seria a expressão que designa a influência e a persuasão exercidas pelos pares durante o processo de revisão.¹¹⁶⁵ Simbióticas, a *peer review* e a *peer pressure* seriam efetivas para propiciar a troca de experiências entre as autoridades das jurisdições envolvidas, construir

¹¹⁶⁴ Vide: OCDE. *Peer Review: An OECD Tool for Co-operation and Change*. Paris: OCDE, 2003. p. 9. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264099210-en-fr>. Acesso em: 11 dez. 2020.

¹¹⁶⁵ Vide: OCDE. *Peer Review: An OECD Tool for Co-operation and Change* cit., p. 10.

confiança mútua entre os pares, garantir um nível adequado de comprometimento de cada jurisdição com os padrões testados e emprestar credibilidade ao processo de adoção das medidas respectivas.¹¹⁶⁶ De acordo com WOLFE, esse tipo de sistema é usado pela OCDE para “vigiar” o cumprimento dos padrões relevantes através da construção de um entendimento comum sobre como o mundo funciona.¹¹⁶⁷

Aplicado às normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, o sistema de *peer review* seria esse mecanismo adotado pela OCDE para vigiar, monitorar, acompanhar as jurisdições que adotaram essas normas antielusivas nos seus ADTs pós-BEPS. Esse processo de verificação do cumprimento com o padrão mínimo depende da tal *peer pressure*: a adesão de umas jurisdições deve ser assegurada pelo esforço de outras, e essas outras também terão as suas práticas pós-BEPS monitoradas por aquelas primeiras. É razoável dizer que esses esforços revelam, quanto à congregação de jurisdições para a adoção conjunta de um mesmo padrão normativo, o cumprimento do objetivo de Cooperação Fiscal Internacional. Quanto à tentativa de alinhamento das normas antielusivas, os esforços revelam o cumprimento do objetivo de Coordenação Fiscal Internacional. Esses dois objetivos, tanto o cooperativo, quanto o coordenativo, procuram concretizar a missão que a OCDE estabeleceu especificamente para a Ação 6. Segundo afirma a Organização: “The ultimate aim of the work on Action 6 is not simply to see anti-treaty shopping provisions inserted into tax agreements; it is to put an end to treaty shopping itself”.¹¹⁶⁸

A seguir, trataremos com detalhes da estrutura do sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS (4.4.1), dos três relatórios do sistema de *peer review* publicados nos anos de 2019, 2020 e 2021 (4.4.2 a 4.4.4) e de como esses documentos atestam para nós que, como operado pela OCDE hoje, o sistema de *peer review* da Ação 6 permanece algo distante do tratamento das assimetrias textuais e de aplicação das normas antielusivas em ADTs que apontamos em tópicos anteriores (4.4.5).

¹¹⁶⁶ Idem, p. 17. “OECD peer review is a state-to-state governance mechanism that usually involves delegates from the public administration and not representatives of the government or diplomats. The mechanism is managed by internal Committees of the organization” (DIMITROPOULOS, Georgios. *Compliance Through Collegiality: Peer Review in International Law. Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles: Loyola Law School, v. 37, n° 3, p. 305, 2016).

¹¹⁶⁷ Vide: WOLFE, Robert. From Reconstructing Europe to Constructing Globalization: The OECD in Historical Perspective. In: MAHON, Rianne; MCBRIDE, Stephen (Ed.). *The OECD and Transnational Governance*. Vancouver: UBC Press, 2008. p. 29.

¹¹⁶⁸ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping*. Paris: OCDE, 2019. p. 15. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264312388-en.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2020.

4.4.1 A estrutura do sistema de peer review da Ação 6 do Plano de Ação BEPS

Em maio de 2017 (portanto antes da assinatura do MLI), a OCDE publicou em seu sítio eletrônico um documento que contém a estrutura do sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.¹¹⁶⁹ O documento é dividido em seis seções principais. Ele trata (A) dos termos de referência do processo de revisão (ou seja, dos exatos contornos do padrão mínimo que as jurisdições deverão apresentar e revisar), (B) do que o sistema deve produzir como resultado periódico, (C) da metodologia a ser empregada na revisão, (D) das questões sobre interpretação e aplicação do padrão mínimo quando implementado, (E) dos obstáculos ao convencimento de jurisdições contratantes a aderir ao padrão mínimo em ADTs e, por último, (F) da confidencialidade do processo de revisão.¹¹⁷⁰ Consideremos cada uma dessas seções nos parágrafos seguintes.

A seção (A) contém uma descrição do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS como ele foi apresentado para as jurisdições do *Inclusive Framework* no Relatório Final da Ação 6 (publicado em outubro de 2015). Dispensadas as observações sobre como o padrão mínimo foi veiculado pela OCDE no artigo 7º do MLI, e reiterando que esta análise se debruça apenas sobre a porção do padrão mínimo composta por normas antielusivas (excluindo por isso o novo preâmbulo), nota-se já à primeira vista que o “cumprimento” desse padrão mínimo aos olhos da OCDE é sobremodo elástico. Referindo-se ao item 23 do Relatório Final da Ação 6, a OCDE acrescenta ao seu texto um termo importante: *only* (no português, “somente”). No item 23 do Relatório Final da Ação 6, a OCDE afirma que as jurisdições se comprometem a implementar o padrão mínimo em seus ADTs se essa solicitação for feita pela outra jurisdição contratante.¹¹⁷¹ Já na seção (A) do documento que contém a estrutura do sistema de *peer review* da Ação 6, a OCDE afirma que as jurisdições precisam satisfazer o padrão mínimo *somente* se solicitadas a fazê-lo pela outra jurisdição contratante.¹¹⁷² Em termos práticos, isso significa que o sistema de *peer review* não “vigiará” a proposição proativa do padrão mínimo por parte das jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*: duas jurisdições poderão se abster *in totum* de aderir ao padrão mínimo do Plano

¹¹⁶⁹ Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents* cit., p. 13.

¹¹⁷⁰ *Idem*, p. 5.

¹¹⁷¹ Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 19-20.

¹¹⁷² Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents* cit., p. 11.

de Ação BEPS se, mutuamente, não solicitarem uma à outra que o padrão seja cumprido. Diz ainda a OCDE que não há qualquer prazo específico para que as emendas de ADTs ou as celebrações de novos ADTs em linha com o padrão mínimo sejam concluídas.¹¹⁷³ Por último, a OCDE afirma que, se uma jurisdição não tiver ela mesma qualquer preocupação com os efeitos de *treaty shopping* no exercício dos seus direitos como Estado da fonte, não terá a obrigação de incorporar a cláusula de LOB ou de PPT a seus ADTs (ou a um ou mais de seus ADTs, desde que permita que a outra jurisdição contratante adote essas normas segundo a sua vontade).¹¹⁷⁴ Registre-se bem: sob o manto desse sistema de *peer review*, uma jurisdição que tenha adotado o preâmbulo e a cláusula de PPT individual em todos os ADTs da sua rede será tão aderente ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS quanto uma jurisdição que tenha adotado o preâmbulo e a cláusula de PPT (ou de LOB) em uns ADTs, em outros ADTs não o tenha porque ela e a outra jurisdição contratante concordaram pela não adoção, e ainda em outros ADTs não o tenha porque, sob sua avaliação, aqueles ADTs não lhe traziam preocupações sobre *treaty shopping*.

Na sua seção (B), o documento estabelece que, ano a ano, o sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS produzirá um relatório com os resultados do processo de revisão.¹¹⁷⁵ Há dois dados relevantes sobre esse resultado na seção (B). O primeiro é que, como as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework* reportarão à OCDE sobre a adesão ao padrão mínimo da Ação 6 em todos os seus ADTs, inclusive em ADTs celebrados com jurisdições que não fazem parte do *Inclusive Framework*, essas jurisdições “externas” não serão solicitadas a prestar informações similares.¹¹⁷⁶ O segundo dado diz respeito ao poder de veto de publicação de qualquer parte do relatório. Segundo a OCDE, o padrão a ser observado no sistema de *peer review*, mesmo para informações do relatório que se referem a qualquer jurisdição individual, será o “consenso menos um” (no inglês, *consensus minus one*), que é o mesmo padrão usado na publicação de relatórios do Fórum

¹¹⁷³ Idem, p. 12. Neste ponto, sim, a OCDE reproduz o texto do item 23 do Relatório Final da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Vide: OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report* cit., p. 20.

¹¹⁷⁴ Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents* cit., p. 12.

¹¹⁷⁵ Idem, *ibidem*.

¹¹⁷⁶ Idem, p. 12. Na seção (B), a OCDE se refere às chamadas “jurisdições de relevância” (no inglês, *jurisdictions of relevance*). Essas são jurisdições que não fazem parte do *Inclusive Framework*, mas que oferecem regimes preferenciais abordados pela Ação 5 do Plano de Ação BEPS. Vide: OCDE. *Harmful Tax Practices – 2018 Progress Report on Preferential Regimes*. Paris: OCDE, 2019. p. 11. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264311480-en>. Acesso em: 11 dez. 2020.

Global para Transparência e Troca de Informações.¹¹⁷⁷ Em essência, o padrão de “consenso menos um” impede que uma única jurisdição, usualmente a própria jurisdição revisada, consiga por conta própria bloquear a publicação de qualquer parte do relatório. O “consenso menos um” não é o mesmo que “unanimidade menos um”, como fica claro nas observações de RAJAMANI sobre os Acordos Climáticos de Cancun – o consenso, termo geneticamente político que é, se forma pela concordância geral dos atores políticos sem que qualquer deles tenha manifestado objeção expressa (na modalidade “menos um”, a objeção expressa é apenas a da jurisdição que é alvo do relatório).¹¹⁷⁸

A seção (C) cuida da metodologia do processo de revisão. O documento de maio de 2017 afirma que o processo será conduzido pelo Grupo de Trabalho nº 1 (no inglês, *Working Party N° 1*) do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, responsável por acordos internacionais em matéria tributária e questões relacionadas, e será conduzido ainda por todas as jurisdições que sejam integrantes do *Inclusive Framework*.¹¹⁷⁹ O primeiro passo do processo é o preenchimento de uma lista com os ADTs de cada jurisdição (incluindo os ADTs submetidos ao MLI), oportunidade na qual a jurisdição poderá declarar se os seus ADTs cumprem ou não com o padrão mínimo da Ação 6. Em um segundo passo, a Secretaria da OCDE recebe e analisa as listas de ADTs que foram fornecidas pelas jurisdições, com o intuito de (i) apurar e reconciliar divergências entre dados de diferentes jurisdições sobre o mesmo ADT e (ii) verificar se os ADTs listados como sujeitos ao padrão mínimo efetivamente o cumprem. No terceiro passo, o Grupo de Trabalho nº 1 checa os comentários feitos pela Secretaria sobre as listas enviadas pelas jurisdições. No quarto passo, um relatório

¹¹⁷⁷ Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* – Peer Review Documents cit., p. 12.

¹¹⁷⁸ Vide: RAJAMANI, Lavanya. *The Cancun Climate Agreements: Reading the Text, Subtext and Tea Leaves. International and Comparative Law Quarterly*, Londres: British Institute of International and Comparative Law, v. 60, nº 2, p. 516, 2011. Sobre o “consenso menos um” no sistema de *peer review* do Fórum Global para Transparência e Troca de Informações: Valderrama afirma que a legitimidade de uma decisão de publicar seus relatórios poderá ser afetada se a jurisdição que se opõe for a própria jurisdição revisada. Vide: VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. *Legitimacy and the Making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism. World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 7, nº 3, p. 15, 2015. Sob o viés do sistema de *peer review* da Ação 6, teríamos uma posição diferente da autora. Para nós, o “consenso menos um” é um mecanismo politicamente legítimo para essa finalidade (de publicação de relatórios). O mecanismo reúne a concordância geral daqueles que têm o papel de revisores, ou seja, de “garantes” do cumprimento do padrão mínimo, e dispensa a irresignação de quem é revisado, porque as informações sobre o que consta da sua rede de ADTs, em primeiro lugar, não interessam apenas a si (interessam a pelo menos mais uma jurisdição, que é a outra parte contratante), e, em segundo lugar, são fundamentais para que a OCDE cumpra o seu trabalho de enfrentar práticas elusivas em ADTs, trabalho esse que está no centro da busca por Justiça Fiscal que reflete o estado da Política Fiscal Internacional pós-BEPS.

¹¹⁷⁹ Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* – Peer Review Documents cit., p. 12.

preliminar que incorpora as conclusões do Grupo de Trabalho nº 1 sobre o trabalho da Secretaria é circulado para os representantes do Grupo de Trabalho nº 1 junto às jurisdições do *Inclusive Framework*. Por último, o documento final é então revisado através de um procedimento escrito para ser finalizado antes do encerramento do ano-base (o primeiro deles, como descrito no documento da OCDE, foi 2018). Como estabelecido na seção (C), essa metodologia seria (e foi) revisada mais adiante, quando da publicação do relatório de 2020.¹¹⁸⁰

A seção (D) estabelece um processo específico para o tratamento de questões sobre a interpretação e a aplicação do padrão mínimo da Ação 6. Segundo a OCDE, se uma questão não tiver sido resolvida pelo Comitê de Assuntos Fiscais e nem pelos trabalhos do *Inclusive Framework*, a jurisdição que a quiser apresentar poderá fazê-lo por escrito para a Secretaria da OCDE, que se certificará de que a questão será discutida na reunião subsequente do Grupo de Trabalho nº 1.¹¹⁸¹ Discutida a questão e apresentada a resposta do Grupo de Trabalho nº 1, o documento resultante será notificado e submetido à revisão do *Inclusive Framework* para que, se aprovado, conste do relatório anual a ser produzido nos termos da seção (B).¹¹⁸² Perceba-se esse aspecto importante do sistema de *peer review*: a resposta a ser revisada pelo “colégio” de jurisdições do *Inclusive Framework* parte do Grupo de Trabalho nº 1, uma espécie de curador do padrão mínimo da Ação 6 no âmbito desse processo de revisão.

A seção (E) procura distinguir dos casos de descumprimento do padrão mínimo aqueles casos em que há (a) discordância sobre qual das normas sob o padrão mínimo da Ação 6 implementar em um ADT específico, ou (b) recusa de assinar um novo ADT, ou (c) aceitação do padrão mínimo, mas demora na conclusão e ratificação do protocolo necessário. A OCDE pontua que esses casos são inerentes à negociação e ao processo legislativo de ADTs, razão pela qual não seriam exemplos de descumprimento do padrão mínimo da Ação 6.¹¹⁸³ Naqueles casos, entretanto, em que uma jurisdição X enfrentar dificuldades de convencer outra jurisdição Y a aderir ao padrão mínimo, a jurisdição X poderá apresentar essa situação por escrito para a Secretaria da OCDE. A Secretaria então garantirá o contraditório por escrito para a jurisdição Y e o caso será discutido na reunião subsequente do Grupo de Trabalho nº 1. Se, segundo a visão do

¹¹⁸⁰ Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* – Peer Review Documents cit., p. 12-13.

¹¹⁸¹ Idem, *ibidem*.

¹¹⁸² Idem.

¹¹⁸³ Idem, p. 13-14.

Grupo de Trabalho nº 1, for evidente que a jurisdição Y realmente se recusa a cumprir com o seu compromisso de aderir ao padrão mínimo da Ação 6, seu caso será submetido para o *Inclusive Framework* no relatório anual a ser produzido como resultado do sistema de *peer review*.¹¹⁸⁴ Como não poderia deixar de ser, não há no documento da OCDE qualquer espécie de sanção jurídica estabelecida para o descumprimento do padrão mínimo da Ação 6, embora seja possível intuir que a identificação expressa do caso de descumprimento por parte do Grupo de Trabalho nº 1 poderá trazer consequências de cunho político para a jurisdição Y.¹¹⁸⁵

Por fim, a seção (F) do documento da OCDE trata da confidencialidade do processo de revisão por pares. É interessante relacionar o que a OCDE afirmou na seção (B) com o que diz nesta seção (F). Segundo a Organização, nenhuma parte do relatório ou qualquer outro documento produzido pelo sistema de *peer review* poderá ser disponibilizado antes da sua publicação ou antes de as jurisdições do *Inclusive Framework* assentirem que o documento não deve mais ser tratado como confidencial (pelo mecanismo de “consenso menos um”). Se isso ocorrer, o eventual vazamento será trazido perante o *Inclusive Framework* para que cheguem a uma decisão sobre a medida mais adequada a ser tomada.¹¹⁸⁶ É interessante contrastar essa via de resolução com aquelas vias estabelecidas pelas seções (D) e (E): naquelas duas seções, como estava em questão a higidez do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, o sistema de *peer review* conferiu poderes ao Grupo de Trabalho nº 1 para atuar como autor de uma resposta. Aqui na seção (F), entretanto, a higidez de que se cuida é a higidez das próprias informações pertinentes às jurisdições do *Inclusive Framework*, que só podem ser divulgadas ao

¹¹⁸⁴ OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents cit.*, p. 13-14.

¹¹⁸⁵ É aqui que a noção de *peer pressure* pode dar ensejo a práticas retaliatórias no ambiente internacional. O mecanismo de retaliação foi reconhecido e institucionalizado pelo sistema de solução de controvérsias da OMC. No artigo 22 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (no inglês, *Dispute Settlement Understanding*), a OMC estabelece regras para permitir a compensação, a suspensão de concessões ou outras obrigações a serem exigidas no evento de descumprimento de recomendações e decisões por parte do outro Estado-membro. Vide: OMC. *Dispute Settlement Understanding*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#22. Acesso em: 12 dez. 2020. “In this regard, retaliation, under art 22.3 of the DSU, is imposed in the form of the suspension of trade concessions, which should be applied to the same sector in the violating Member, as of that the DSB found to be violated in the retaliating Member” (SHRAIDEH, Saleh Al. Testing WTO Retaliation: Is It Really Working At All. *International Trade and Business Law Review*, Londres: Routledge, v. 18, p. 90-100). Não há no âmbito dos sistemas de *peer review* da OCDE qualquer autorização equivalente à da OMC para práticas retaliatórias, mas a identificação de jurisdições que descumpram os padrões mínimos do Plano de Ação BEPS pode ser empregada por outras jurisdições para justificar essas medidas.

¹¹⁸⁶ Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents cit.*, p. 13.

público após a formação de algum consenso. Consequentemente, a resposta a ser dada a um caso de violação dessa confidencialidade deverá partir do próprio *Inclusive Framework*, o mais imediato e maior interessado em protegê-la.

4.4.2 O relatório do sistema de peer review da Ação 6 publicado em fevereiro de 2019

Em 14 de fevereiro de 2019, a OCDE publicou o seu primeiro relatório do sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. O relatório tem como data de referência o dia 30 de junho de 2018 (as listas da seção (A) da estrutura do sistema de *peer review* foram preenchidas pelas jurisdições participantes com base nos seus ADTs nessa data) e cobre 116 jurisdições, número algo inferior ao número atual de jurisdições componentes do *Inclusive Framework*.¹¹⁸⁷ Exemplos de jurisdições presentes no *Inclusive Framework*, mas ausentes do processo de revisão, são a Albânia, a Jordânia, Montenegro e a República Dominicana.

Diz a OCDE nesse relatório que, à altura do dia 30 de junho de 2018, 82 jurisdições possuíam “alguns ADTs” em sua rede que estavam (i) alinhados ao padrão mínimo da Ação 6 ou (ii) sujeitos a um *complying instrument* (no português, “instrumento de cumprimento”) que os tornaria alinhados em curto período de tempo.¹¹⁸⁸ Aqui é interessante notar o que a OCDE considera como *complying instrument*. A Organização não define essa expressão em maiores detalhes, mas dos exemplos que traz no relatório (notificação do ADT sob o MLI, assinatura de um protocolo bilateral que ainda não entrou em vigor ou assinatura de um novo ADT) é possível inferir que indica qualquer medida adotada pela jurisdição relevante para se alinhar ao padrão mínimo.¹¹⁸⁹ Resgatando o que dissemos no subitem 4.4.1, um *complying instrument* faz parte das informações dadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* na lista da seção (A) do sistema de *peer review*. Essas listas são conferidas pela Secretaria da OCDE, discutidas com o Grupo de Trabalho nº 1, apresentadas em um relatório preliminar e posteriormente publicadas como resultado do processo de revisão (pela regra de “consenso menos um”). Daí é possível concluir que, se identificarmos nas listas que foram apresentadas nesse primeiro relatório uma referência a algum *complying instrument*, essa

¹¹⁸⁷ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 11. Vide ainda: *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit.

¹¹⁸⁸ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 11.

¹¹⁸⁹ Idem, p. 36. Se o ADT é apresentado como sujeito a um *complying instrument*, a OCDE diz que ele não está (ainda) de acordo com o padrão mínimo. Para fins didáticos, no entanto, consideraremos que o ADT sujeito a um *complying instrument* é supostamente cumpridor do padrão mínimo da Ação 6 (ainda que no futuro).

referência só chegou à publicação sem qualquer ressalva se tiver sido “aprovada” por toda essa cadeia de revisores.¹¹⁹⁰

Essa colocação sobre *complying instruments* é importante porque, como a própria OCDE reconhece, em 30 de junho de 2018 o MLI ainda não tinha entrado em vigor sequer para as jurisdições que o assinaram em 07 de junho de 2017.¹¹⁹¹ Por isso é que, de todos os quase dois mil ADTs celebrados entre integrantes do *Inclusive Framework*, apenas treze já cumpriam com o padrão mínimo da Ação 6 como se encontravam naquela data (segundo a OCDE, através da adoção do preâmbulo e, quanto a normas antielusivas, através da adoção da cláusula de PPT, ou da cláusula de PPT cumulada com uma cláusula de LOB).¹¹⁹² Os demais ADTs estavam submetidos a um *complying instrument* multilateral ou bilateral.

Confrontaremos no próximo item o que foi afirmado pelas jurisdições do *Inclusive Framework* no sistema de *peer review* da Ação 6 com aquilo que identificamos em ADTs pós-BEPS no curso dos itens 4.2 e 4.3 (tendo em vista que alguns dos ADTs listados nas nossas Tabelas 4, 5 e 6 foram assinados após 30 de junho de 2018). É interessante, no entanto, notar algumas conclusões não numéricas da OCDE no âmbito desse primeiro relatório. Diz a Organização que, em linhas gerais, “a large majority of Inclusive Framework members have made substantial progress towards implementing the minimum standard”,¹¹⁹³ mas essa implementação não prescindiu de ajustes. Quanto às questões sob a seção (D) do sistema de *peer review*, por exemplo, embora a OCDE afirme que as recebeu no curso da elaboração do primeiro relatório, comentou ao fim que essas questões foram “resolvidas” e não deram origem a qualquer recomendação.¹¹⁹⁴ Já no tocante aos casos de descumprimento do padrão mínimo no âmbito da seção (E), a OCDE nota que algumas jurisdições se posicionaram contra a adoção de qualquer processo específico para esse primeiro relatório, pontuando que o contraditório e a avaliação do

¹¹⁹⁰ “The Secretariat analysed these lists to verify and reconcile any divergent information. Jurisdictions were free to make any comments they wished in the comment box. At its September 2018 meeting, WP1 reviewed this information with a view to identifying any difficulties and discrepancies in the underlying data. On the basis of a discussion of general principles at WP1, the Secretariat then prepared a first draft of this report, which was sent to WP1 delegates in October 2018. It was revised through a written procedure and sent to the Inclusive Framework for consideration at its meeting in January 2019” (OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 22).

¹¹⁹¹ *Idem*, p. 26.

¹¹⁹² A OCDE nota ainda que, em 30 de junho de 2018, dos 1.940 ADTs celebrados entre jurisdições que compõem o *Inclusive Framework*, cerca de 1.260 ADTs já estavam listados como ADTs cobertos pelo MLI. A OCDE complementa essa observação com o dado de que cerca de 500 ADTs foram listados como cobertos no âmbito do MLI e estavam “em espera” por uma combinação com a posição da outra jurisdição contratante. *Idem*, p. 27.

¹¹⁹³ *Idem*, p. 32.

¹¹⁹⁴ *Idem*, p. 28.

caso de descumprimento por parte dos revisores poderá submeter a jurisdição revisada a uma exposição indesejada.¹¹⁹⁵ Por último, a Organização conclui o relatório dizendo:

The ultimate aim of the BEPS work on Action 6 is not simply to see anti treaty shopping provisions inserted into tax treaties; it is to put an end to treaty shopping itself. But it was outside the scope of the monitoring exercise to consider whether the implementation of the minimum standard has had an impact on treaty shopping and it is too soon to do so.¹¹⁹⁶

O que esse parágrafo evidencia é que o resultado do primeiro relatório do sistema de *peer review* da Ação 6 não comprovou para a OCDE que o seu padrão mínimo propiciava o cumprimento da missão de pôr um fim às práticas elusivas de *treaty shopping*. Essa revisão por pares se limitou a atestar que alguns ADTs continham o padrão mínimo e que outros tantos estavam prestes a adotá-lo através dos tais *complying instruments*.

4.4.3 O relatório do sistema de peer review da Ação 6 publicado em março de 2020

Em março de 2020, a OCDE publicou o seu segundo relatório do sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Como o relatório de 2019 em relação a 2018, esse relatório de 2020 tem como data de referência o dia 30 de junho de 2019. O seu conteúdo cobre 129 jurisdições, número ainda inferior ao número atual de jurisdições que compõem o *Inclusive Framework*.¹¹⁹⁷ Quanto aos exemplos que trouxemos no subitem 4.4.2, *supra*, todas as jurisdições deixaram de participar do processo de revisão por pares à exceção da República Dominicana.

Há uma sensível evolução no processo de alinhamento ao padrão mínimo da Ação 6 por parte das jurisdições do *Inclusive Framework* entre o primeiro e o segundo relatórios. Aqui, diz a OCDE que 91 jurisdições “começaram a atualizar” a sua rede de

¹¹⁹⁵ OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 32.

¹¹⁹⁶ Idem, p. 33. A OCDE afirma que parte desse monitoramento ocorrerá no âmbito da Ação 11 do Plano de Ação BEPS. O relatório produzido pela OCDE na esteira da Ação 11 em julho de 2020 é silente a respeito de práticas de *treaty shopping* e “medidas de enfrentamento” (no inglês, *countermeasures*) como o padrão mínimo da Ação 6. Vide: OCDE. *Corporate Tax Statistics – Second Edition*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-second-edition.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020. Em um outro relatório de julho de 2020 sobre o progresso das iniciativas do *Inclusive Framework* após a conclusão do Plano de Ação BEPS, a OCDE pontua que os resultados da Ação 6 serão revisados no biênio seguinte. Vide: *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit., p. 20.

¹¹⁹⁷ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping*. Paris: OCDE, 2020, p. 07-09. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/prevention-of-treaty-abuse-second-peer-review-report-on-treaty-shopping.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ADTs e estavam adotando o padrão mínimo (incluindo-se a adoção através de *complying instruments*).¹¹⁹⁸ O número de ADTs inseridos nas listas da seção (A) entre as jurisdições do *Inclusive Framework* subiu para 2.145 e contemplou ainda cerca de outros 1.020 ADTs celebrados entre jurisdições integrantes e não integrantes do *Inclusive Framework*.¹¹⁹⁹ Segundo a Organização, parte desse resultado positivo se deve ao percebido êxito do MLI enquanto instrumento para implementar o padrão mínimo da Ação 6 no âmbito de ADTs.¹²⁰⁰

É interessante notar que, ao contrário do que fez no seu primeiro relatório, aqui a OCDE não chega a citar que jurisdições submeteram para a sua Secretaria questões quanto à interpretação e a aplicação do padrão mínimo. Quanto às dificuldades de implementação sob a seção (E), a OCDE se limitou a citar o caso do acordo multilateral da Comunidade do Caribe (no inglês, *Caribbean Community* ou CARICOM), um acordo que possui várias divergências estruturais¹²⁰¹ tanto em relação à Convenção-Modelo da OCDE, quanto em relação à Convenção-Modelo da ONU.¹²⁰² Nada foi dito a respeito de quaisquer das possíveis assimetrias que identificamos anteriormente, o que nos remete à observação ao final do item anterior: assim como no primeiro relatório, neste segundo relatório o resultado não comprovou para a OCDE que o seu padrão mínimo propiciava o cumprimento da missão de pôr um fim às práticas elusivas de *treaty shopping*. A revisão

¹¹⁹⁸ “The data compiled for this peer review demonstrate that the MLI has been the tool used by the vast majority of jurisdictions that have begun to implement the minimum standard. By 30 June 2019, the MLI had already modified around 60 bilateral agreements. The MLI’s impact was expected to increase quickly as jurisdictions ratified it and that number has, as of 1 January 2020, increased to 180 bilateral agreements. Further, the MLI’s coverage is also expected to increase as other jurisdictions with a large network of tax treaties are considering joining it” (Idem, p. 8). Três das jurisdições que a OCDE apontou como possuidoras de uma vasta rede de ADTs e interessadas em assinar o MLI (i.e., Bahrein, Jordânia e Macedônia do Norte) eventualmente o assinaram entre o final de 2019 e o final de 2020. Vide: OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* cit.

¹¹⁹⁹ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 9. A OCDE notou que, em relação a 30 de junho de 2019, dos 2.145 ADTs celebrados entre jurisdições do *Inclusive Framework*, cerca de 1.330 se tornariam ADTs cobertos sob o MLI (porque as duas jurisdições signatárias indicaram esses ADTs como cobertos perante a OCDE). Outros 430 ADTs “em espera” poderiam ser modificados pelo MLI no futuro. Idem, p. 10.

¹²⁰⁰ Idem, p. 7.

¹²⁰¹ “The CARICOM Agreement provides for an almost exclusive source-based taxation of all income, gains and profits. Some income – for instance dividends – are also entirely exempted from tax under the CARICOM Agreement” (Idem, p. 283). A maioria das jurisdições signatárias do acordo CARICOM integra também o *Inclusive Framework* (e.g., Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Trinidad e Tobago). Salvo por uma referência parcial no artigo 11 (sobre juros), o acordo não cita sequer a figura de “beneficiário efetivo”. Vide: TAX NOTES. *1994 CARICOM Tax Agreement*. Celebrado em 6 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/1994-caricom-income-tax-agreement/1wvcwy>. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹²⁰² Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, p. 11.

por pares se limitou a mostrar para a OCDE quais ADTs das redes das jurisdições do *Inclusive Framework* foram afetados – ou seriam afetados segundo um *complying instrument* – pelo texto, pela letra do preâmbulo e das normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6.

Feitas essas observações, resta-nos a tarefa de confrontar os ADTs pós-BEPS citados exemplificativamente nas Tabelas 4, 5 e 6, *supra*, com as informações dadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* nas listas da seção (A) neste segundo relatório. Nosso intuito com essa comparação é identificar se esses ADTs pós-BEPS foram listados (e ainda confirmados tanto pela Secretaria da OCDE, quanto pelo Grupo de Trabalho nº 1) como ADTs alinhados com o padrão mínimo ou não. Vejamos na Tabela 8 a seguir:

Tabela 8 – Comparativo entre os ADTs pós-BEPS listados nas Tabelas 4, 5 e 6 e as informações prestadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* no segundo relatório do sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS

| Tabela 4 – Exemplos de ADTs pós-BEPS sujeitos a reservas sob o artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e/ou “c”, do MLI | | | |
|---|---------------------------------------|------------------------------------|--|
| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Informado como “cumpridor” do padrão mínimo da Ação 6? |
| Azerbaijão Itália | Julho de 2004 | Artigo 30 | Sim, através de um <i>complying instrument</i> ¹²⁰³ |
| Alemanha Ilhas Maurício | Outubro de 2011 | Artigo 22 | Sim, através de um <i>complying instrument</i> ¹²⁰⁴ |
| Andorra Espanha | Janeiro de 2015 | Item I do Protocolo | Sim, através de um <i>complying instrument</i> ¹²⁰⁵ |
| Luxemburgo Senegal | Fevereiro de 2016 | Artigo 30 | Sim ¹²⁰⁶ |
| Equador Rússia | Novembro de 2016 | Artigo 24 | Sim, através de um <i>complying instrument</i> ¹²⁰⁷ |

¹²⁰³ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, p. 131.

¹²⁰⁴ Idem, p. 101 e 171.

¹²⁰⁵ Idem, p. 22 e 241.

¹²⁰⁶ Idem, p. 160 e 223.

¹²⁰⁷ Idem, p. 213.

| Tabela 5 – Exemplos de ADTs pós-BEPS que contêm referências à legislação interna para combater situações de evasão e/ou de elusão tributárias | | | |
|--|---------------------------------------|--|--|
| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Informado como “cumpridor” do padrão mínimo da Ação 6? |
| Espanha Romênia | Outubro de 2017 | Item 1 do Protocolo | Sim, através de um <i>complying instrument</i> ¹²⁰⁸ |
| Colômbia Emirados Árabes | Novembro de 2017 | Artigo 22, parágrafo 3º, e Item 8 do Protocolo | Não consta ¹²⁰⁹ |
| Arábia Saudita Bulgária | Novembro de 2017 | Artigo 28, parágrafo 1º | Sim ¹²¹⁰ |
| Índia Irã | Fevereiro de 2018 | Item 10 do Protocolo | Sim ¹²¹¹ |
| Finlândia Hong Kong | Mai de 2018 | Artigo 27 | Sim ¹²¹² |
| Quênia Singapura | Junho de 2018 | Artigo 27 | Não consta ¹²¹³ |
| Angola Portugal | Setembro de 2018 | Artigo 28, parágrafo 1º | Não consta ¹²¹⁴ |
| Áustria Reino Unido | Outubro de 2018 | Item 7, alínea “b”, do Protocolo | Sim ¹²¹⁵ |

¹²⁰⁸ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, p. 211 e 242.

¹²⁰⁹ Embora assinado em 12 de novembro de 2017 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre Colômbia e Emirados Árabes Unidos tinha sido ratificado, mas ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²¹⁰ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 53 e 221.

¹²¹¹ Idem, p. 119.

¹²¹² Idem, p. 90 e 111.

¹²¹³ Embora assinado em 12 de junho de 2018 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre Quênia e Singapura ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²¹⁴ Embora assinado em 18 de setembro de 2018 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre Angola e Portugal ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²¹⁵ Vide: OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents* cit., p. 35 e 269.

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Informado como “cumpridor” do padrão mínimo da Ação 6? |
|-------------------------|--------------------------------|-----------------------------|--|
| Israel Sérvia | Novembro de 2018 | Item 1 do Protocolo | Não consta ¹²¹⁶ |
| Mônaco Montenegro | Maior de 2019 | Artigo 26, parágrafo 1º | Não consta ¹²¹⁷ |

Tabela 6 – Exemplos de ADTs pós-BEPS que contêm textos “revisados” das normas antielusivas propostas como padrão mínimo pela Ação 6 do Plano de Ação BEPS

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Informado como “cumpridor” do padrão mínimo da Ação 6? |
|---------------------------|--------------------------------|-----------------------------|---|
| Bielorrússia Espanha | Junho de 2017 | Item 1 do Protocolo | Não consta ¹²¹⁸ |
| Arábia Saudita Geórgia | Março de 2018 | Artigo 29, parágrafo 2º | Arábia Saudita: sim, através de um <i>complying instrument</i> . Geórgia: não. ¹²¹⁹ |
| Hong Kong Índia | Março de 2018 | Artigo 28 | Hong Kong: não. Índia: sim, através de um <i>complying instrument</i> ¹²²⁰ |

¹²¹⁶ Embora assinado em 22 de novembro de 2018 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre Israel e Sérvia ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²¹⁷ Embora assinado em 29 de maio de 2019 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre Mônaco e Montenegro ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²¹⁸ O ADT entre Bielorrússia e Espanha substituiu o ADT assinado em 1985. O novo ADT, embora assinado em 14 de junho de 2017 (pouco depois do lançamento do MLI no mesmo ano) ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²¹⁹ A linha 13 da lista de ADTs fornecida pela Arábia Saudita para a Secretaria da OCDE contém uma referência ao ADT com a Geórgia como “cumpridor” do padrão mínimo através de um *complying instrument*. Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 221. No entanto, na linha 43 da lista de ADTs fornecida pela Geórgia, o mesmo ADT consta como “não cumpridor” do padrão mínimo. Idem, p. 99. Não há qualquer explicação dessa diferença (que deveria ter sido corrigida no segundo passo da metodologia de revisão descrita na seção (C) do documento de 2017) nas listas da Arábia Saudita e da Geórgia, nem tampouco a OCDE a esclarece em qualquer outra parte do relatório do sistema de *peer review*.

¹²²⁰ A linha 28 da lista de ADTs fornecida pela Índia para a Secretaria da OCDE contém uma referência ao ADT com Hong Kong como “cumpridor” do padrão mínimo através de um *complying instrument*. Idem, p. 119. Compare-se com a linha 11 da lista de ADTs fornecida por Hong Kong. Idem, p. 111. Note-se aqui que Hong Kong chega a esclarecer que o ADT com a Índia deverá ser incluído numa lista de ADTs que Hong Kong deseja cobrir através do MLI ou de negociações bilaterais (o que reforça a hipótese de que o “não” de Hong Kong pode ter sido consciente da diferença que apontamos na Tabela 6).

| Jurisdições signatárias | Mês e ano de celebração do ADT | Dispositivo(s) relevante(s) | Informado como “cumpridor” do padrão mínimo da Ação 6? |
|---------------------------|---|-------------------------------------|--|
| Qatar Ucrânia | Março de 2018 | Artigo 28 | Não consta ¹²²¹ |
| Índia Zâmbia | Abril de 2018 | Artigo 29, parágrafo 6º | Índia: sim, através de um <i>complying instrument</i> Zâmbia: não ¹²²² |
| Egito Uzbequistão | Setembro de 2018 | Artigo 28 | Não consta ¹²²³ |
| Brasil Emirados Árabes | Novembro de 2018 | Artigo 29, Parágrafos 3º e 4º | Não consta ¹²²⁴ |
| Botsuana Rep. Tcheca | Outubro de 2019 | Artigo 26 | Não consta ¹²²⁵ |
| Malta Rússia | Abril de 2013, emendado bilateralmente em outubro de 2020 | Artigo 27, parágrafo 2º | Sim, através de um <i>complying instrument</i> ¹²²⁶ |

A comparação impressiona pelo que já conhecemos sobre esses ADTs pós-BEPS. Salvo os casos dos ADTs entre Arábia Saudita e Geórgia, Hong Kong e Índia e Índia e

¹²²¹ Embora assinado em 20 de março de 2018 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre Qatar e Ucrânia ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²²² A linha 95 da lista de ADTs fornecida pela Índia para a Secretaria da OCDE contém uma referência ao ADT com a Zâmbia como “cumpridor” do padrão mínimo através de um *complying instrument*. Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 120. No entanto, na linha 08 da lista de ADTs fornecida pela Zâmbia, o mesmo ADT consta como “não cumpridor” do padrão mínimo. Idem, p. 281. Não há qualquer explicação dessa diferença (que deveria ter sido corrigida no segundo passo da metodologia de revisão descrita na seção (C) do documento de 2017) nas listas da Índia e da Zâmbia, nem tampouco a OCDE a esclarece em qualquer outra parte do relatório do sistema de *peer review*.

¹²²³ Embora assinado em 5 de setembro de 2018 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre Egito e Uzbequistão tinha sido ratificado, mas ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²²⁴ Embora assinado em 12 de novembro de 2018 (portanto, após o lançamento do MLI em 07 de junho de 2017), o ADT entre o Brasil e os Emirados Árabes Unidos ainda não tinha entrado em vigor no dia 30 de junho de 2019.

¹²²⁵ O ADT entre Botsuana e República Tcheca foi celebrado em 29 de outubro de 2019, depois da data do envio das listas para a Secretaria da OCDE no segundo relatório do sistema de *peer review* (30 de junho de 2019).

¹²²⁶ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 169 e 214. É interessante que o ADT entre Malta e Rússia conste das listas das duas jurisdições como “cumpridor” do padrão mínimo segundo um *complying instrument* porque, a rigor, o protocolo a esse ADT só foi assinado no dia 1º de outubro de 2020.

Zâmbia (em relação aos quais as respectivas denegações de “cumprimento” do padrão mínimo por parte da Geórgia, de Hong Kong e da Zâmbia pelo menos sinalizam a identificação das disparidades entre os textos dos ADTs e das cláusulas contidas no MLI), e salvo os casos de ADTs que ainda não figuram nos relatórios do sistema de *peer review*, todos os demais foram confirmados pelas jurisdições do *Inclusive Framework* como “cumpridores” do padrão mínimo perante a OCDE. Mais: suas listas não foram enfrentadas nem pelo Grupo de Trabalho nº 1, nem pelo “colégio” das jurisdições do *Inclusive Framework*, porque foram publicadas na versão final do relatório em 2020. Além disso, registre-se que nenhum desses casos foi objeto de qualquer levantamento de “questões” (no inglês, *concerns*) segundo a OCDE, o que quer dizer que, por enquanto, as jurisdições ou não se debruçaram sobre o tema, ou ainda não consideram que as reservas feitas sob o artigo 7º, parágrafo 15, alíneas “b” e “c” do MLI, ou a adição do recurso à legislação interna, ou as diferenças textuais entre as cláusulas presentes no MLI e aquelas que foram incorporadas aos ADTs são dignas de preocupação.¹²²⁷

Por último, é ainda interessante comentar o que foi apresentado à OCDE em relação aos ADTs celebrados pelo Brasil. Na sua própria lista, o Brasil apresentou um total de 33 (trinta e três) ADTs celebrados e em vigor. De todos esses, o Brasil afirmou que o padrão mínimo da Ação 6 é cumprido por apenas dois: o ADT com a Argentina (já “cumpridor” graças à entrada em vigor do protocolo que alterou o ADT em 2018) e o ADT com a Suécia (assinado em 2019, mas ainda pendente de ratificação). É relevante notar que esse novo protocolo ao ADT com a Suécia, para além de incorporar ao seu texto as cláusulas de LOB e PPT, altera o protocolo anterior para nele inserir uma norma de recurso à legislação interna (como o fazem alguns dos ADTs que citamos nas Tabelas 4, 5 e 6).¹²²⁸ Também é relevante apontar que, ao contrário do Brasil, vários parceiros de ADTs da sua rede afirmaram à OCDE que o ADT brasileiro cumpre com o padrão mínimo através de um *complying instrument*: exemplos incluem a Bélgica,¹²²⁹ a Dinamarca,¹²³⁰ a Finlândia,¹²³¹ a Índia,¹²³² Israel¹²³³ e

¹²²⁷ A única questão que identificamos nas listas submetidas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* foi aquela levantada pela Colômbia em relação ao acordo multilateral da Comunidade Andina. A justificativa dada pela Colômbia para levantar a questão é o fato de a Bolívia e o Equador, signatários desse acordo, não serem integrantes do *Inclusive Framework*. *Idem*, p. 66 e 286.

¹²²⁸ O item 7, alínea “b”, do novo protocolo ao ADT entre Brasil e Suécia diz que “as disposições da Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional visando combater a evasão e elisão fiscais” (BRASIL. *Protocolo de Emenda à Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda*, cit.).

¹²²⁹ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 41.

¹²³⁰ *Idem*, p. 78.

Luxemburgo.¹²³⁴ Poder-se-ia dizer que essa referência ao *complying instrument* por parte dessas jurisdições diz respeito a como elas pretendem implementar o padrão mínimo com o Brasil (não a como assinaram um instrumento com esse objetivo), mas a Coreia do Sul¹²³⁵ e a Rússia,¹²³⁶ por exemplo, indicaram que o ADT brasileiro não cumpre com o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS e, ao mesmo tempo, declararam perante a Secretaria da OCDE que os seus ADTs seriam submetidos a um *complying instrument* a ser celebrado com o Brasil.

4.4.4 O relatório do sistema de peer review da Ação 6 publicado em abril de 2021

Em abril de 2021, a OCDE publicou o seu terceiro relatório do sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Diferentemente dos relatórios anteriores, este não faz referência a uma data de corte específica (parecendo se reportar a todo o ano de 2020).¹²³⁷ Suas maiores revelações são o salto de quase 500% no número de ADTs “de acordo” com o padrão mínimo da Ação 6 (de 60 ADTs para mais de 350)¹²³⁸ e, além disso, a informação de que o mesmo padrão mínimo vem sendo aplicado pelos membros do *Inclusive Framework* de forma “irregular” (no inglês, *unevenly*).¹²³⁹ Apesar de ter apresentado essa informação, no entanto, a OCDE não esclareceu se a forma “irregular” é decorrente de alternativas ao padrão mínimo, ou se é decorrente do fato de as jurisdições estarem aderindo a esse padrão mínimo com diferentes graus de “velocidade” (umas mais adiantadas, outras menos).

Seja como for, as diferenças entre os relatórios de 2020 e de 2021, especialmente no que toca o tema desta tese, são bastante pontuais. Sobre as informações contidas na Tabela 8, a Alemanha modificou a sua referência sobre o ADT com as Ilhas Maurício (de submetido a um *complying instrument* para não submetido, embora as Ilhas Maurício tenham mantido a posição do relatório anterior),¹²⁴⁰ Angola e Portugal passaram a listar o seu ADT como sujeito

¹²³¹ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 89.

¹²³² Idem, p. 118.

¹²³³ Idem, p. 128.

¹²³⁴ Idem, p. 159.

¹²³⁵ Idem, p. 147-148.

¹²³⁶ Idem, p. 213.

¹²³⁷ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Third Peer Review Report on Treaty Shopping*. Paris: OCDE, 2021, p. 08-10. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/d6cecb8-en>. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹²³⁸ Idem, p. 12.

¹²³⁹ Idem, p. 19.

¹²⁴⁰ Idem, p. 115 e 182.

ao padrão mínimo (por ser um ADT novo, não constava da listagem do relatório anterior)¹²⁴¹ e Israel e Sérvia fizeram o mesmo em relação ao seu ADT.¹²⁴² As únicas modificações mais relevantes foram aquelas sobre os ADTs do Qatar e da Ucrânia e do Egito e do Uzbequistão. Em ambos os casos, os ADTs passaram a ser listados no relatório de *peer review*, mas como não cumpridores do padrão mínimo da Ação 6.¹²⁴³

4.4.5 *Análise crítica sobre o sistema de peer review da Ação 6*

O sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS serve à OCDE e às jurisdições do *Inclusive Framework* como fórum para discussões sobre as normas antielusivas refletidas no artigo 7º do MLI (e sobre o novo preâmbulo estabelecido pelo artigo 6º do MLI). É um sistema que monitora a inserção multilateral ou bilateral dessas normas antielusivas em ADTs das redes das jurisdições participantes, e nota-se que um dos seus objetivos é o de demonstrar – para o mundo – que o padrão mínimo da Ação 6 vem ganhando maior adesão com o passar dos anos. Vimos que esse monitoramento, a despeito do seu mérito, ainda não foi capaz de identificar as diferenças textuais que apontamos em diferentes ADTs pós-BEPS nas Tabelas 4, 5 e 6, as quais integram – e não exaurem – o rol de avenidas para possíveis assimetrias na aplicação do padrão mínimo da Ação 6. Questões como a adesão de ADTs pós-BEPS a normas antielusivas diferentes dentro do mesmo padrão mínimo e a interação desses instrumentos com os fatores exógenos que apontamos no item 4.3, possivelmente alheias às atenções do Grupo de Trabalho nº 1, não foram refletidas nos relatórios finais do sistema de *peer review* de fevereiro de 2019, de março de 2020 ou de abril de 2021.

De todos os elementos dos relatórios do sistema de *peer review*, dois nos chamaram a atenção. Um deles foi a ausência de qualquer questionamento público (não resolvido) sobre a interpretação e sobre a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Se, como dito pela OCDE no âmbito do primeiro relatório, todas as dúvidas manifestadas pelas jurisdições participantes têm sido resolvidas pelo próprio Grupo de Trabalho nº 1, ou o Grupo de Trabalho nº 1 as está resolvendo com estrito amparo nos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE (que não são vinculantes nem para os seus próprios Estados-membros), ou as está resolvendo sem amparo nesses Comentários, o que

¹²⁴¹ Vide: OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Third Peer Review Report on Treaty Shopping* cit., p. 32 e 218.

¹²⁴² *Idem*, p. 144 e 240.

¹²⁴³ *Idem*, p. 99, 223 e 281.

demandaria que as questões e suas respostas fossem publicadas nos relatórios anuais. Para nós, a primeira alternativa é mais razoável, o que nos resgata o déficit de legitimidade de usar os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE como parâmetros para a aplicação de normas jurídicas (entre elas as normas antielusivas) pelas autoridades de cada jurisdição. Concordamos com a posição de ROCHA e SANTOS quando os autores afirmam que esses Comentários não podem ser usados nem como “contexto interno” nos termos do artigo 31, nem como “meios suplementares de interpretação” nos termos do artigo 32 da CVDT, considerando que “[nem] foram elaborados em conexão com a conclusão dos acordos de bitributação, [nem] constituem trabalhos preparatórios de tratados internacionais específicos”,¹²⁴⁴ e notamos a sua ressalva em relação à Declaração Explanatória do MLI,¹²⁴⁵ mas para nós a questão se posiciona melhor como um problema de legitimidade. Enquanto Organização restrita, custeada por seus Estados-membros e destinada a velar pelos seus interesses, a OCDE não apresenta os seus Comentários à sua Convenção-Modelo de forma a representar o pleito da comunidade internacional. Por isso dizemos que, se as respostas dadas pelo Grupo de Trabalho nº 1 às dúvidas das jurisdições do *Inclusive Framework* no âmbito da seção (D) do sistema de *peer review* forem ancoradas nos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE, esse vínculo pouco contribuirá para emprestar a esse sistema a genuína congregação de interesses que reputamos necessária para a consecução do padrão mínimo da Ação 6, e, com isso, do objetivo coletivo de Política Fiscal Internacional traduzido na própria Justiça Fiscal.

O outro aspecto dos relatórios do sistema de *peer review* que nos chamou a atenção foi o número de diferenças identificadas entre as listas enviadas pelas jurisdições do *Inclusive Framework* nas suas descrições sobre os mesmos ADTs (inclusive brasileiros). Como descrito na seção (B) da estrutura do sistema de *peer review*, a Secretaria da OCDE deveria ter corrigido essas diferenças entre as listas antes de sua publicação como parte dos

¹²⁴⁴ Vide: ROCHA, Sérgio André; SANTOS, Ramon Tomazela. A Convenção Multilateral da OCDE e a Ação 15 do Projeto BEPS. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, ano 16, nº 93, p. 177, 2018. Em sentido contrário, vide: HILLING, Maria; LINDERFALK, Ulf. The Use of OECD Commentaries as Interpretative Aids cit., p. 58. Considerando os comentários como “contexto” para os fins do artigo 31 da CVDT, vide: MARRES, Otto; WATTEL, Peter. The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties. *European Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 43, nº 7, p. 222-235, 2003. “If a double taxation convention is, in principle, based on the OECD Model and a certain provision follows the wording of the OECD Model, it is then only reasonable to assume that the contracting states intended such a provision to have the meaning it has in the OECD Model, as outlined in the OECD Commentary” (BRUGGER, Florian; LANG, Michael. The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation cit., p. 107).

¹²⁴⁵ Vide: ROCHA, Sérgio André; SANTOS, Ramon Tomazela. A Convenção Multilateral da OCDE e a Ação 15 do Projeto BEPS cit., p. 177-178.

relatórios de 2019, de 2020 e mesmo de 2021, o que nos faz questionar se houve algum equívoco nesse processo ou se, tendo submetido essas diferenças às jurisdições participantes, a Secretaria da OCDE recebeu como resposta a posição de que essas diferenças deveriam ser mantidas (i.e., as jurisdições reconheceram que alguns de seus parceiros de ADTs os categorizaram de forma diferente, mas mesmo assim não buscaram um consenso). Seja como for, a publicação de listas com essas discrepâncias parece indicar que arestas ainda deverão ser aparadas até que as jurisdições do *Inclusive Framework* adotem a mesma visão sobre o padrão mínimo da Ação 6 em seus ADTs. Isso repete para nós a preocupação que externamos quanto às respostas dadas pela Secretaria da OCDE na seção (D) do sistema de *peer review*, mas agora sob um outro ângulo. Ali, o nosso comentário era direcionado para a legitimidade e para a representatividade da solução oferecida pela OCDE, fundamental que é para aprimorar a compreensão do padrão mínimo da Ação 6 e, naquilo que importa para a nossa tese, de suas normas antielusivas. Aqui, o nosso comentário diz respeito à necessidade de harmonizar o cumprimento do padrão mínimo entre as jurisdições integrantes do *Inclusive Framework*. Considerando que, à luz das nossas observações no subitem 4.3.4, *supra*, as normas em si são dados da realidade, já referendadas e implementadas em ADTs pós-BEPS, resta a nós buscar uma solução interpretativa que suplemente o sistema de *peer review* da Ação 6, tudo no intuito de o tornar mais voltado não à Cooperação Fiscal Internacional, nem tampouco à Coordenação Fiscal Internacional, mas sim à Harmonização Fiscal Internacional. É dessa proposta que trataremos no Capítulo 5 a seguir.

PARTE III

PROPOSTA

5 A HARMONIZAÇÃO FISCAL INTERNACIONAL SOBRE AS NORMAS ANTIELUSIVAS DO PADRÃO MÍNIMO DA AÇÃO 6 ATRAVÉS DO SISTEMA DE SELEÇÃO DE PRECEDENTES

A proposta que exploraremos neste Capítulo 5 é conceitualmente simples: nosso intuito é suplementar o sistema de *peer review* da OCDE com um novo sistema de seleção de precedentes judiciais (ou precedentes administrativos em certos casos) acerca da interpretação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS no nível das jurisdições do *Inclusive Framework*. Proporemos um sistema que assegure a participação de representantes dessas jurisdições e a discussão com a comunidade científica sobre cada precedente submetido a voto. Com esse sistema, queremos gerar um Repositório de Precedentes Aprovados (RPA) pelas jurisdições do *Inclusive Framework* que servirá como um veículo para harmonizar a interpretação do padrão mínimo em ADTs pós-BEPS, tudo em consonância com o que dispõe o texto do artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT.

No item 5.1, o nosso objetivo será apresentar a proposta com enfoque em cada um de seus processos internos, levantando alguns questionamentos sobre a sua estrutura e trazendo respostas. No item 5.2, comentaremos algumas alternativas à nossa proposta e os nossos motivos para a opção pela nossa proposta em detrimento de cada uma dessas alternativas. Por último, no item 5.3, trataremos da nossa expectativa sobre o futuro da Política Fiscal Internacional e do Direito Tributário Internacional com a possível adesão da OCDE e do *Inclusive Framework* à nossa proposta.

É importante ressaltar, antes de adentrarmos os itens a seguir, que o sistema de seleção de precedentes que propomos se destina à Ação 6 do Plano de Ação BEPS (ainda que apenas à parcela dessa Ação 6 que foi considerada “padrão mínimo” no Relatório Final de 2015). É evidente que a Ação 6 do Plano de Ação BEPS é composta por mais recomendações do que aquelas de que tratamos nesta tese, ou seja, daquelas especificamente voltadas para as normas antielusivas em ADTs pós-BEPS. A Ação 6 contempla a introdução de um novo texto como preâmbulo de ADTs, como já visto no Capítulo 3 e presente no artigo 6º do MLI. Seu objetivo é mais amplo que aquele de que tratamos neste estudo, cuidando tanto da luta contra a elusão, quanto também contra a evasão tributária. Nossas referências nestes itens às normas antielusivas, ou a precedentes que tratem de casos de elusão tributária internacional, podem ser aplicadas a precedentes que tratem dos efeitos do novo preâmbulo na interpretação de

ADTs pós-BEPS, ou ainda a normas como a cláusula de PPT aplicadas a situações de evasão tributária internacional. Decidimos omitir referências a esses tipos de precedentes apenas para fins didáticos; essa omissão não representa uma dispensa nossa sobre a sua admissão e votação no sistema de seleção de precedentes proposto neste Capítulo.

5.1 O sistema de seleção de precedentes como suplemento ao sistema de *peer review* da Ação 6 do Plano de Ação BEPS

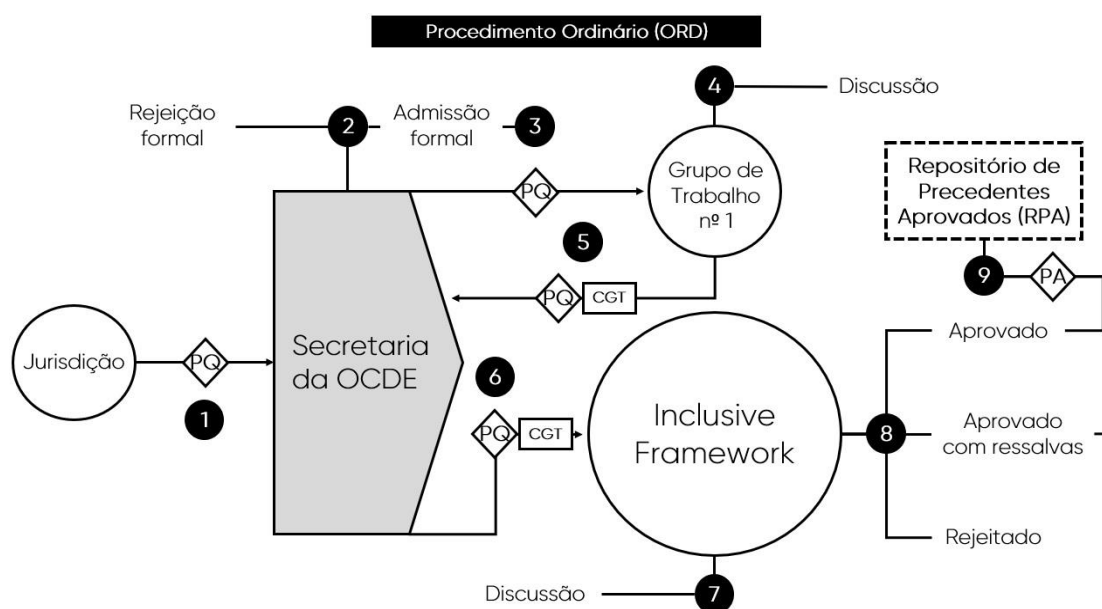
Nossa proposta move a implementação do padrão mínimo da Ação 6 de um estágio de Coordenação Fiscal Internacional para um estágio precário, mas participativo e construtivo, de Harmonização Fiscal Internacional. A Harmonização Fiscal Internacional que pretendemos estabelecer para o padrão mínimo da Ação 6 é precária porque não é ordenada por nenhuma norma supranacional à qual todas as jurisdições do *Inclusive Framework* devem se submeter (nada na nossa proposta exige dos tribunais administrativos e judiciais dessas jurisdições que sigam os precedentes contidos no RPA). Por outro lado, a nossa proposta é participativa porque investe representantes de jurisdições do *Inclusive Framework* da capacidade de integrar o processo de implementação do padrão mínimo da Ação 6 a nível global, não através da leitura e citação de Comentários à Convenção-Modelo por parte da OCDE, mas através da submissão dos precedentes emanados de seus tribunais à apreciação de um fórum (ou seja, o “colégio” das jurisdições do *Inclusive Framework*) que poderá ser presidido, mas não será composto pela OCDE. Por último, esta nossa proposta é construtiva porque contribui para o Direito Tributário Internacional um RPA que poderá influenciar as decisões dos tribunais locais sobre o padrão mínimo da Ação 6 no futuro. É um RPA que poderá ser atualizado com a aprovação de novos precedentes, com a exclusão e possível substituição de precedentes já superados, com sua revisão completa de cinco em cinco anos, e através de um procedimento extraordinário iniciado por uma maioria qualificada no próprio *Inclusive Framework*.

Os itens seguintes conterão, portanto, os nossos comentários sobre os quatro tipos de procedimento que compõem a nossa proposta de um sistema de seleção de precedentes: o Procedimento Ordinário (ORD), a Exclusão e a Substituição de Precedentes por Solicitação Individual (ESPSI), a Revisão Quinquenal (RQ) e o Procedimento Extraordinário (EXT). Dentro de cada um desses itens, o nosso intuito é apresentar o procedimento proposto e, etapa a etapa, a sua justificativa enquanto componente do sistema de seleção de precedentes para o RPA.

5.1.1 O Procedimento Ordinário (ORD)

O ORD é o componente central do sistema de seleção de precedentes que queremos agregar ao sistema de *peer review* do padrão mínimo da Ação 6. As jurisdições cujos tribunais locais produzam Precedentes Qualificados (PQs) poderão submeter esses precedentes para a avaliação e a consideração da OCDE (através da sua Secretaria e do Grupo de Trabalho nº 1, respectivamente para fins de avaliação formal e de análises formal e material) e do *Inclusive Framework* (para fins de deliberação e de votação). Se esses PQs forem aprovados, ainda que com alguma ressalva, se tornarão Precedentes Aprovados (PAs) e passarão a compor o RPA, que será um repositório de precedentes aprovados e voltados para a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs celebrados pelas jurisdições do *Inclusive Framework*. No Diagrama 7 a seguir, apresentaremos a nossa proposta para a estrutura do ORD. Para atingir o objetivo a que se propõe, que é a formação do RPA, essa estrutura deverá ser composta por nove etapas distintas. Vejamos:

Diagrama 7. Estrutura do Procedimento Ordinário (ORD) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.1



As etapas (1) a (9) serão explicadas em mais detalhes nos subitens a seguir. No diagrama, (PQ) indica o precedente qualificado a ser submetido pela jurisdição interessada à Secretaria da OCDE. (CGT) indica os comentários a serem enviados pelo Grupo de Trabalho nº 1 acerca do PQ que lhes foi submetido para análise. (PA) indica o PQ após a sua aprovação ou a sua aprovação com ressalvas, momento a partir do qual sua denominação será a de "precedente aprovado", ou PA.

Nos subitens a seguir, trataremos de cada uma das nove etapas que foram referidas no Diagrama 7. Em cada um dos subitens, nosso intuito será explicar a etapa correspondente e, sendo o caso, levantar dúvidas (com as respectivas respostas) sobre a sua implementação.

5.1.1.1 Etapa (1): *submissão do Precedente Qualificado (PQ)*

Na etapa (1) da estrutura do ORD, a jurisdição interessada enviará para a Secretaria da OCDE um PQ proferido por um de seus tribunais judiciais (ou, no caso específico a ser comentado a seguir, por um de seus tribunais administrativos). Quando dizemos que a jurisdição é “interessada”, queremos sugerir que esse envio do PQ é voluntário, não obrigatório. Assim como os tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework* não serão compelidos a aplicar os precedentes do RPA à sua análise de casos de elusão tributária internacional, também os próprios representantes de cada uma das jurisdições não serão compelidos a submeter um PQ (ainda que o possuam em seu ordenamento jurídico, embora esse dado seja relevante para as considerações do Grupo de Trabalho nº 1 na etapa (3)) para o ORD do sistema de seleção de precedentes. A submissão do precedente, se ocorrer, deverá ser inteiramente voluntária.¹²⁴⁶

¹²⁴⁶ Contra essa posição, seria possível sustentar que a discricionariedade do Poder Executivo de não submeter PQs para a Secretaria da OCDE seria contrária ao interesse do sujeito passivo se um desses PQs for favorável à sua causa. Em resposta, nossa preferência pela submissão voluntária se deve ao propósito dessa submissão *aos olhos da jurisdição de origem* (i.e., da jurisdição que envia um PQ para a Secretaria da OCDE). Submeter o PQ em nada altera o seu poder vinculante para os jurisdicionados, uma vez que o PQ é *ex ante* um precedente sobre a aplicação do padrão mínimo da Ação 6. Portanto, faltaria aos sujeitos passivos o interesse direto na pretendida “obrigação” para o Poder Executivo de submeter o PQ (seu direito ao benefício autorizado pelo precedente subsiste com ou sem a submissão). Quanto ao interesse indireto (i.e., replicar na jurisprudência de outras jurisdições o precedente benéfico da sua jurisdição de origem para que, por exemplo, outras empresas do seu grupo multinacional se aproveitem do precedente depois de sua inserção no RPA), é difícil sustentar que esse interesse deve ser forçosamente patrocinado pelo Poder Executivo da jurisdição de origem. Mas aqui concedemos o ponto: não é impossível conceber que, desejosos de escudar as suas posições jurídicas sobre o padrão mínimo da Ação 6 no RPA, representantes das jurisdições do *Inclusive Framework* passem a submeter para o sistema de seleção de precedentes apenas aqueles que tiverem sido favoráveis ao Fisco. A solução para esse problema não seria permitir que os próprios sujeitos passivos, ou que grupos e associações que os representem, submetam PQs na etapa (1) – isso a nosso ver tiraria do sistema de seleção de precedentes parte de sua legitimidade, porque o processo deve partir dos *representantes das jurisdições* e ser resolvido pelos *representantes das jurisdições* (elas é que assentiram com a conferência do *status* de padrão mínimo para aquele recorte das recomendações da Ação 6). Para nós, esse problema só poderia ser satisfatoriamente resolvido com a instituição de um processo preliminar de submissão de PQ por parte dos sujeitos passivos a um órgão paritário interno, capaz de decidir se esse PQ deverá ser submetido à Secretaria da OCDE ou não. A instituição desse processo preliminar seria alheia à estrutura do nosso sistema de seleção de precedentes, mas pode ser recomendada a depender da demanda política interna de cada jurisdição.

Definido que a submissão do PQ na etapa (1) do ORD deverá ser voluntária, surge a dúvida sobre que precedentes poderão ser considerados como PQs para os fins do ORD e do sistema de seleção de precedentes de forma geral. Em primeiro lugar, empregamos aqui não o termo “decisões”, mas sim “precedentes”, porque qualquer PQ deverá necessariamente ser um precedente na sua jurisdição de origem.¹²⁴⁷ Considerando o caráter universal da nossa proposta (i.e., a sua aplicação a jurisdições marcadas por diferentes tradições jurídicas), nossa definição do termo precisa ser moldável aos ordenamentos jurídicos representados pelos vários membros do *Inclusive Framework*. Por isso, definimos precedente como a parcela das decisões judiciais colegiadas definitivas ou, em certos casos, das decisões administrativas colegiadas definitivas, à qual seja atribuído o poder de vincular (i) todas as decisões judiciais e administrativas da jurisdição relevante sobre a mesma matéria, se a decisão da qual a parcela for extraída for judicial, ou (ii) todas as decisões administrativas sobre a mesma matéria, se a decisão da qual a parcela for extraída for administrativa. A nosso ver, essa parcela – essa que é capaz de se converter em precedente – é a “razão de decidir” (no latim, *ratio decidendi*) da decisão.¹²⁴⁸ Admitimos a possibilidade de que uma decisão administrativa gere um PQ porque conhecemos jurisdições nas quais as decisões em matéria de tributos sobre a renda são predominantemente advindas de cortes inseridas no Poder Executivo (e.g., o processo tributário na França,¹²⁴⁹ o processo tributário no México).¹²⁵⁰ A condicionante,

¹²⁴⁷ O intuito dessa restrição é impedir que sejam submetidos ao sistema de seleção de precedentes (através da avaliação por parte da Secretaria da OCDE, como veremos no subitem 5.1.1.2) quaisquer decisões judiciais ou mesmo administrativas que não configurem precedentes. Notando a diferenciação, vide por exemplo: ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo normativo dos precedentes e a vinculação formal e material*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 309. “Voltando-se aos tribunais superiores, deve-se consignar que não é qualquer decisão de tais Cortes que já pode ser considerada precedente, mas apenas aquela que reflita o entendimento dos seus membros, seja porque proferida pelo órgão responsável em (*sic*) uniformizar o tema dentro do tribunal, seja porque todos os órgãos que decidem sobre o tema perfilham o mesmo entendimento” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177). A razão de restringir é a promoção de segurança jurídica: queremos que os PQs reflitam a posição sedimentada dos tribunais locais sobre os temas afeitos ao padrão mínimo da Ação 6.

¹²⁴⁸ “Ratio decidendi is equal with the binding element of a previous decision vis-à-vis the subsequent court’s legal discretion, extending the normative impact of the earlier case beyond the *res judicata* or the facts originally ruled upon by the first court” (SILTALA, Raimo. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Portland: Hart, 2000. p. 65). Vide ainda, tratando do conceito de precedente no âmbito da Corte Internacional de Justiça: SHAHABUDDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. Cambridge: CUP, 1996. p. 6-9.

¹²⁴⁹ Vide: FRANÇA. Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987. *Conseil Constitutionnel*. Publicado em 25 de janeiro de 1987, item 15. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm>. Acesso em: 15 dez. 2020. Vide ainda: MOTTA, Eduarda Cardoso. O sistema tributário da França. In: ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vitor Pimentel. *Sistemas tributários no mundo: a tributação no direito comparado*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 277.

¹²⁵⁰ Vide: ÁLVAREZ, Sonia Venegas. *Derecho fiscal*. Cidade do México: OUP, 2010. p. 661-673. Vide ainda: LOBATO, Raúl Rodríguez. *Derecho fiscal cit.*, p. 265-267.

portanto, para que uma decisão emanada de um tribunal administrativo gere um PQ no nosso sistema de seleção de precedentes é que ela não seja tipicamente submetida a uma reapreciação de mérito pelo Poder Judiciário local e que a ela seja reconhecido o poder de vincular demais decisões administrativas na jurisdição relevante.¹²⁵¹

A par dessas considerações, um precedente só deverá ser reputado como PQ para os fins do nosso sistema se julgar o mérito da demanda apresentada e se esse julgamento aplicar o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS a uma situação de elusão tributária internacional no âmbito de um ADT celebrado pela jurisdição de origem. É possível que um precedente aplique tanto o padrão mínimo da Ação 6 (e.g., cláusula de LOB), quanto uma norma antielusiva interna, à luz dos exemplos de ADTs trazidos no Capítulo 4. Se o precedente contiver esse “teste de dois níveis”, não será por esse motivo que deixará de ser um PQ no nosso sistema – sua eventual aprovação na etapa (8), no entanto, deverá ser apresentada com ressalvas. Disso trataremos com mais detalhes no subitem 5.1.1.8. Dito isso, um precedente deixará de reunir os requisitos básicos para ser considerado um PQ se a sua tratativa da elusão tributária internacional se der exclusivamente sob amparo de uma norma antielusiva interna, ou de uma norma antielusiva supranacional, ou de uma “doutrina judicial” a exemplo daquelas que examinamos no Capítulo 1.¹²⁵²

¹²⁵¹ Parte da nossa definição de precedentes é que sejam “colegiados”. Não é impossível cogitar de alguma decisão monocrática capaz de gerar um precedente para as demais decisões de tribunais locais da jurisdição de origem (precisamente porque o *Inclusive Framework* é composto por jurisdições de diferentes tradições jurídicas, umas mais e outras menos relacionadas entre si). Admitir que decisões monocráticas – de juízos singulares ou de um julgador singular dentro de um órgão colegiado – sejam PQs seria, contudo, trazer para o âmbito do *Inclusive Framework* decisões que não representam a discussão de diferentes julgadores nos níveis administrativo e judicial (ou administrativo apenas). O argumento em sentido contrário poderia ser o de que esses “precedentes” serão rejeitados pelo *Inclusive Framework* (ou seja, de que não haveria prejuízo em admitir esses “precedentes” como PQs sob o aspecto formal na etapa (2) porque a etapa (8) poderia por si só garantir a integridade e o valor do RPA como meio de interpretação). Discordamos dessa visão: há benefício em rejeitar formalmente os “precedentes” que tenham sido emitidos por decisão monocrática na jurisdição de origem. Quanto mais pudermos selecionar para a apreciação do *Inclusive Framework* apenas aqueles precedentes que sejam resultado de debates profundos, verdadeiramente paradigmáticos nos tribunais que os proferiram (debates esses que, supomos, seriam mais limitados no contexto de uma decisão monocrática), maior valor deverá ser reconhecido ao seu processo de seleção e ao próprio RPA, fruto desse processo.

¹²⁵² Reconhecemos que distinguir entre precedentes nos quais o padrão mínimo da Ação 6 foi invocado como *razão de decidir* (ainda que em conjunção com outras normas) e aqueles nos quais ele foi invocado como um *argumento acessório* (no latim, *obiter dictum*) pode ser uma tarefa desafiadora, especialmente considerando as peculiaridades do processo administrativo e/ou judicial de cada jurisdição do *Inclusive Framework*. O sistema que propomos possui três instâncias revisoras – uma delas exclusivamente formal, que é a Secretaria da OCDE, e as duas outras são de caráter formal e material, uma sem poder decisório, que é o Grupo de Trabalho nº 1, e outra com poder decisório, que é o “colégio” de jurisdições do *Inclusive Framework* – que poderão impedir a adição de precedentes em que o padrão mínimo seja citado apenas a título de argumento acessório. Trataremos mais desse assunto nos subitens seguintes.

Há um último tema do qual devemos tratar neste subitem. É a possibilidade de submissão, por parte de uma jurisdição do *Inclusive Framework*, de um precedente proferido por um tribunal que não seja interno, mas sim supranacional. Um exemplo que nos traz essa preocupação é a CJUE. Precedentes da CJUE podem ser enviados por jurisdições do *Inclusive Framework* que também sejam Estados-membros da União Europeia? Se a nossa resposta fosse negativa (porque a CJUE não é um tribunal local, interno da jurisdição de origem), acabaríamos por restringir parcial ou totalmente as submissões de PQs por parte dos Estados-membros da União Europeia. Além disso, vedar a inclusão de precedentes da CJUE no RPA poderia trazer (i) a esses Estados-membros a irrelevância do RPA como suporte interpretativo, e (ii) às demais jurisdições do *Inclusive Framework* um RPA sem precedentes que vêm da CJUE e que podem ser bem fundamentados sobre a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 a uma prática elusiva no âmbito de algum ADT pós-BEPS (e da legislação interna). À luz dessas observações, nossa opção é pela resposta positiva, desde que o PQ seja submetido para a Secretaria da OCDE por uma jurisdição que seja ao mesmo tempo parte do *Inclusive Framework* e um dos Estados-membros da União Europeia. Como os PQs advindos da CJUE deverão aplicar o padrão mínimo da Ação 6 em conjunção com uma norma supranacional qualquer (e.g., o artigo 6º da ATAD 1), estima-se que eles deverão ser submetidos à votação e aprovados com ressalvas, se a decisão do *Inclusive Framework* não for a de rejeitar o precedente na etapa (8).

5.1.1.2 Etapa (2): avaliação formal do PQ pela Secretaria da OCDE

Recebido o precedente que a jurisdição de origem considera como um PQ, caberá à Secretaria da OCDE realizar a sua avaliação sob o prisma formal. O objetivo dessa avaliação será apenas atestar se o precedente recebido pela Secretaria é um PQ ou não. No nosso sistema, é imperativo que a Secretaria da OCDE rejeite qualquer precedente se, de forma categórica, o precedente deixar de cumprir com as regras estabelecidas para PQs no subitem 5.1.1.1, *supra*. Se o precedente cumprir com as regras ou se a Secretaria da OCDE não chegar a uma conclusão definitiva sobre se o precedente cumpre ou não com as regras definidas no subitem 5.1.1.1, é dever seu admitir formalmente o precedente como um PQ. É preferível que a Secretaria da OCDE não rejeite o precedente como um PQ se tiver dúvidas sobre o seu cumprimento com as regras estabelecidas no subitem 5.1.1.1. O sistema de seleção de precedentes proposto é acima de tudo participativo para o *Inclusive Framework*: sua implementação pretende posicionar as jurisdições no centro das decisões sobre os

precedentes que irão compor o RPA. Sim, é importante que a Secretaria da OCDE filtre precedentes que claramente não são PQs, mas casos de dúvida devem ser resolvidos a favor da admissão formal do precedente para a etapa (3).

Duas dúvidas que poderiam surgir em relação à nossa proposta para a etapa (2) são (i) o porquê da escolha da Secretaria da OCDE para fazer esse trabalho de avaliação formal e (ii) se haverá a possibilidade de interpor recurso contra a decisão de rejeição da Secretaria, e, se sim, a quem esse recurso será dirigido e como será processado. Quanto ao ponto (i), o papel da Secretaria aqui é semelhante ao seu papel na estrutura do sistema de *peer review* (e.g., como o papel da Secretaria ao receber as listas na seção (B) ou ao receber os pedidos sobre as recusas de cumprimento com o padrão mínimo na seção (E)). Seu objetivo precípua é o de garantir o bom andamento dos processos que integram o sistema de seleção de precedentes, exceção feita somente à presidência dos trabalhos do “colégio” de jurisdições do *Inclusive Framework* na etapa (8). Quanto ao ponto (ii), é evidente que conseguimos imaginar situações nas quais a decisão da Secretaria da OCDE de rejeitar o precedente como um PQ poderá ser resistida pela jurisdição de origem, convicta de que o precedente em questão é mesmo um PQ e que deveria ser submetido ao sistema de seleção de precedentes. A nosso ver, admitir a possibilidade de um recurso nessa ocasião poderia tornar todo o sistema mais complexo (o que queremos evitar, a despeito das várias etapas descritas neste Capítulo 5) e, o pior, mais contencioso. Sim, é de se supor que a deliberação sobre PQs na etapa (8) despertará o embate político entre as jurisdições do *Inclusive Framework*, patronas que são dos seus diferentes interesses. Mas acrescentar ao nosso sistema uma alternativa de recurso contra as decisões de avaliação formal da Secretaria da OCDE dirigiria a disputa mais própria dos membros do *Inclusive Framework* entre si na etapa (8) para a relação entre a jurisdição de origem e a Secretaria da OCDE (ou seja, a primeira desejosa de ver o seu precedente admitido como um PQ e a segunda com a posição contrária) ou para a relação entre a Secretaria da OCDE e as jurisdições do *Inclusive Framework* (se o recurso fosse admitido e o “colégio” das jurisdições do *Inclusive Framework* decidisse reverter a decisão da Secretaria). Em primeiro lugar, é improvável que a OCDE adira a um sistema de seleção de precedentes que comporte a submissão de recursos – as suas funções nas sessões de discussão sobre o Plano de Ação BEPS foram de congregação e facilitação, não de julgamento. A avaliação formal da etapa (2) tem como escopo garantir a higidez do sistema de seleção de precedentes, impedindo que decisões que não sejam precedentes e precedentes que não sejam PQs sejam submetidas à votação do “colégio” das jurisdições do *Inclusive Framework*. Admitir recursos das

jurisdições de origem contra as decisões da Secretaria da OCDE na etapa (2) poderia gerar para os tribunais locais – e para a opinião pública – a percepção de que quem julga e decide sobre PQs é a própria OCDE (o que ficaria destacado quando do julgamento de recursos em contrariedade ao que a Secretaria decidiu na etapa (2)). Em segundo lugar, o que se espera é que a Secretaria da OCDE realize a avaliação formal de cada precedente submetido em contínuo diálogo com os representantes das respectivas jurisdições de origem, tudo no intuito de garantir que a decisão de rejeitar cada precedente, se for proferida, seja bem discutida e compreendida por ambas as partes.

Um último comentário sobre a avaliação formal a ser realizada pela Secretaria da OCDE: seu resultado não é definitivo para a decisão judicial (ou administrativa) em questão. É possível que, no tempo presente, uma decisão de um tribunal local ainda não reúna todos os requisitos descritos no subitem 5.1.1.1 (para ser considerada um precedente e, em seguida, um PQ), mas esses requisitos poderão ser cumpridos posteriormente (e.g., uma decisão judicial que, a despeito de aplicar o padrão mínimo da Ação 6 a uma prática elusiva do sujeito passivo no âmbito de um ADT, ainda não se tornou definitiva). O fato de uma decisão ter sido rejeitada na etapa (2) em um momento não significa que essa mesma decisão não possa ser admitida na etapa (2) *a posteriori*. Reiterando o comentário que fizemos acerca do ponto (ii), *supra*, caberá à Secretaria da OCDE realizar a sua avaliação formal do precedente submetido em contínuo diálogo com os representantes da jurisdição de origem – esse diálogo servirá para esclarecer quando uma submissão é rejeitada porque não reúne os requisitos do subitem 5.1.1.1, nem hoje, nem no futuro, e quando uma submissão é rejeitada apenas porque não os reúne no presente.

5.1.1.3 Etapa (3): submissão do PQ para o Grupo de Trabalho nº 1

Se a Secretaria da OCDE decidir pela admissão formal do precedente enquanto um PQ no âmbito do sistema de seleção de precedentes, a próxima etapa do ORD será enviar esse PQ para o Grupo de Trabalho nº 1, cuja função será a de analisar o PQ sob os prismas formal e material. Logo trataremos dessas análises, ambas realizadas pelo Grupo de Trabalho nº 1 a título *consultivo*, mas devemos antes explicar o porquê de o Grupo de Trabalho nº 1 assumir essa atribuição no nosso sistema de seleção de precedentes. Em primeiro lugar, a atribuição é similar àquela que é assumida pelo Grupo de Trabalho nº 1 no sistema de *peer review* (e.g., o relatório preliminar elaborado pelo Grupo de Trabalho nº 1 sobre as listas de ADTs recebidas pela Secretaria da OCDE na seção (C)). Em segundo lugar, como parte do

Comitê de Assuntos Fiscais, o Grupo de Trabalho nº 1 tem exatamente essa função de contribuir para o debate sobre a aplicação das recomendações discutidas no âmbito do Plano de Ação BEPS.¹²⁵³ O que se retira dele no nosso sistema (parcialmente, uma vez que o nosso sistema é projetado com o objetivo de suplementar, não de substituir o sistema de *peer review*), e isso será mais relevante para a nossa explicação nos subitens 5.1.1.7 e 5.1.1.8, *infra*, é parte da sua função de *curador* do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Especificamente quanto ao RPA, essa “curadoria” passa a ser exercida pelo “colégio” de jurisdições do *Inclusive Framework*.

Retomando a análise “sob os prismas formal e material” que deverá ser conduzida pelo Grupo de Trabalho nº 1. Quanto à análise formal, seria possível sustentar que essa é uma ineficiência do sistema, já que a Secretaria da OCDE já fez esse trabalho na etapa (2). Da nossa parte, o comentário é que a avaliação formal da Secretaria é distinta da análise formal do Grupo de Trabalho nº 1. Essa análise formal do Grupo de Trabalho nº 1 procura compreender o PQ na estrutura do sistema judicial (ou administrativo) que ele integra: por exemplo, se a corte respectiva já proferiu algum outro precedente sobre a mesma matéria, qual a regularidade com que a jurisdição de origem revoga precedentes anteriores, se há algum julgamento pendente perante a mesma corte que poderá modificar ou complementar o PQ, entre outros aspectos. A avaliação formal conduzida pela Secretaria é *individual* (se aquilo que foi submetido é um PQ ou não), enquanto a análise formal conduzida pelo Grupo de Trabalho nº 1 é *estrutural* (como o PQ deve ser compreendido no contexto do sistema judicial ou administrativo da jurisdição de origem).¹²⁵⁴ Quanto à análise material, ela será uma investigação sobre o próprio mérito daquilo que foi decidido: qual foi a situação elusiva sob espreque, qual foi a norma do padrão mínimo da Ação 6 que o tribunal aplicou na jurisdição de origem, em relação a que ADT essa norma foi aplicada, se outra norma

¹²⁵³ “In order to achieve [its] objectives, the Committee will focus its work on delivering outputs of high quality and with high policy impacts and shall regularly assess whether these targets are being met. In particular, the Committee shall: a) develop standards, guidelines and best practices in areas where international coordination is desirable and monitor the practical implementation of them and other recommendations; [...]” (OCDE. *Online Guide to Intergovernmental Activity* – Committee on Fiscal Affairs. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://oecdgroups.oecd.org/Bodies/ShowBodyView.aspx?BodyID=963&Lang=en>. Acesso em: 18 dez. 2020).

¹²⁵⁴ A compreensão da estrutura do sistema judicial ou administrativo da jurisdição de origem pode ser fundamental para a apreciação do PQ por parte do “colégio” de jurisdições do *Inclusive Framework* na etapa (7). Como veremos mais adiante, o RPA deve ser revisado apenas de cinco em cinco anos, o que quer dizer que os precedentes que o compõem – salvo situações excepcionais ou de iniciativa da própria jurisdição de origem – lá permanecerão por pelo menos esse período. A visão estrutural do sistema que abriga o PQ poderá justificar uma rejeição do PQ na votação ocorrida na etapa (8), dada a possível presunção de que esse precedente seja revogado ou seja modificado/complementado por outro precedente a ser produzido pela mesma corte.

antielusiva fora do ADT também foi empregada pelos julgadores, e, por fim, quais foram as razões de decidir expressadas pelos julgadores sobre o caso concreto. Como veremos no subitem 5.1.1.5, o resultado das análises do Grupo de Trabalho nº 1, ultrapassada a etapa (4) a seguir, deverá ser a elaboração de Comentários (CGT) a serem enviados para a Secretaria da OCDE juntamente com o PQ.

5.1.1.4 Etapa (4): discussão sobre o PQ aberta pelo Grupo de Trabalho nº 1

Concluída a análise formal e material do PQ por parte do Grupo de Trabalho nº 1, seu conteúdo deverá ser submetido à discussão pública (e.g., na esteira dos trabalhos da OCDE no curso do próprio Plano de Ação BEPS e em relação a iniciativas posteriores, a exemplo dos Pilares Um e Dois). Queremos que a etapa (4) seja o momento de exposição das conclusões do Grupo de Trabalho nº 1 para a comunidade acadêmica e profissional (bem como para outros interessados), para que eles contribuam com a apreciação do PQ como candidato a se tornar um Precedente Aprovado (PA) dentro do RPA. A contribuição trazida pela discussão pública deverá anteceder a elaboração dos CGT por parte do Grupo de Trabalho nº 1, justamente para emprestar mais fundamentação teórica, prática e de perspectivas diversas para os CGT.¹²⁵⁵

5.1.1.5 Etapa (5): submissão de PQ e CGT pelo Grupo de Trabalho nº 1 para a Secretaria

Na etapa (5), o Grupo de Trabalho nº 1 deverá encaminhar para a Secretaria da OCDE tanto o PQ, quanto os resultados das suas análises e da discussão pública nos CGT. Essa submissão deverá ser feita para a Secretaria e não para o *Inclusive Framework* por duas razões. A primeira é que, como dissemos no subitem 5.1.1.2, o objetivo precípua da

¹²⁵⁵ No âmbito do sistema de *peer review*, não há previsão de participação pública como suporte às respostas do Grupo de Trabalho nº 1 (e.g., na seção (D)). Isso porque, como dissemos, o Grupo de Trabalho nº 1 atua no sistema de *peer review* como o “curador” do padrão mínimo da Ação 6. A distinção é criticável, uma vez que a publicação de Esboços para Discussão Pública (no inglês, *Public Discussion Drafts*) foi e tem sido uma das marcas distintivas do trabalho da OCDE na discussão de temas sobre Política Fiscal Internacional (e Direito Tributário Internacional) nos últimos anos. Um argumento contra a crítica poderia ser o de que a OCDE abriu o processo de elaboração do padrão mínimo à apreciação da academia, do setor privado e de outros, mas, findo esse processo, a OCDE não teria motivos para submeter o seu “parecer” sobre a implementação do padrão mínimo novamente ao escrutínio de terceiros. Nossa perspectiva é diferente. Mesmo no sistema de *peer review*, essas respostas dadas às jurisdições sobre a implementação do padrão mínimo são relevantes para a opinião pública e deveriam ser integradas pela perspectiva de terceiros, entre eles os especialistas em matéria tributária.

Secretaria nesse sistema eleitoral é o de garantir o bom andamento dos seus processos. Como gestora processual que é, a Secretaria da OCDE deve, na etapa (5), reconhecer e registrar a conclusão da análise e das discussões promovidas pelo Grupo de Trabalho nº 1 sobre o PQ.¹²⁵⁶ A segunda razão é de cunho eminentemente político: para o nosso sistema é fundamental que o Grupo de Trabalho nº 1 assuma, perante o “colégio” de jurisdições do *Inclusive Framework*, um papel de órgão consultor, quase de *amicus curiae*, embora o “colégio” seja apenas um fórum para votações e não um tribunal propriamente dito. Entendemos que um envio direto do PQ e dos CGT pelo Grupo de Trabalho nº 1 para o *Inclusive Framework* poderia incutir nos tribunais locais e na opinião pública a impressão de que a OCDE ainda mantém algum poder decisório sobre o mérito dos precedentes a serem submetidos para o RPA. Em sintonia com a nossa observação sobre o papel da Secretaria no subitem 5.1.1.2, o nosso projeto, com todas as constrições políticas que se lhe impõem, é o de desconstruir esse controle da OCDE sobre o futuro do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs e o repassar aos representantes das próprias jurisdições.

Tendo dito isso, há ainda uma última consideração a ser feita sobre o teor de C, uma que diz respeito à sua parte final. Ao refletir sobre a estrutura da etapa (5), uma questão que precisamos analisar foi a seguinte: deveríamos permitir que C fosse enviado pelo Grupo de Trabalho nº 1 *com uma recomendação sua* sobre se o PQ deve ser aprovado, aprovado com restrições ou rejeitado pelo *Inclusive Framework*? Contra essa permissão, teríamos a mesma ressalva apresentada no parágrafo anterior: a de que a OCDE não deve ela própria decidir sobre o mérito do PQ como um possível PA. A favor, teríamos o fator preexistente da natureza dos trabalhos do Comitê de Assuntos Fiscais (que inclui o Grupo de Trabalho nº 1): analisar temas fiscais e oferecer recomendações à comunidade internacional. Consideramos que a simples presença de uma recomendação final sobre o que ser feito com o PQ a partir da etapa (7) do ORD não é suficiente para emprestar ao Grupo de Trabalho nº 1 a imagem de

¹²⁵⁶ Poderíamos conjecturar uma situação na qual o Grupo de Trabalho nº 1 se limita a enviar para a Secretaria da OCDE um PQ sem CGT, ou um PQ com CGT que não representam a análise formal/material e a discussão pública de que tratamos na etapa (4). Daí seria possível defender a inserção de uma etapa preliminar à etapa (5), que seria similar à etapa (2) no sentido de permitir à Secretaria rejeitar a submissão do Grupo de Trabalho nº 1. De nossa parte, entendemos que a sugestão seria descabida: a etapa (2) trata da avaliação formal do precedente enquanto PQ, avaliação essa que é fundamental para inserir o documento submetido pela *jurisdição de origem* à OCDE. Aqui, pelo contrário, estamos tratando de dois órgãos que compõem a mesma Organização: a Secretaria e o Grupo de Trabalho nº 1. Suas funções diferentes no sistema de seleção de precedentes (e no *peer review*) não justificam a interposição de uma alternativa de “rejeição” na etapa (5), ou numa etapa preliminar à etapa (5). Para fins de garantir a máxima simplicidade do processo (bem como a sua celeridade), o que se recomenda é que ambas as partes dialoguem entre si sobre o adequado cumprimento das etapas (3) e (4) como o fator condicionante de execução da etapa (5).

“decisor” sobre os precedentes que devem ou não compor o RPA. A par dessa observação, seria peculiar que a OCDE pudesse formular recomendações práticas sobre aspectos do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS em ADTs (que é o que, por exemplo, a seção (D) do *peer review* lhe permite), mas que, no âmbito do sistema de seleção de precedentes, fosse impedida de formular qualquer recomendação.¹²⁵⁷

5.1.1.6 Etapa (6): submissão de PQ e CGT pela Secretaria para o *Inclusive Framework*

Na etapa (6), a Secretaria da OCDE deverá submeter o PQ e os CGT para o “colégio” de jurisdições do *Inclusive Framework*, dando assim início às últimas três etapas do ORD no sistema de seleção de precedentes que propomos. Aqui se materializam as vantagens que as etapas anteriores trouxeram para o ORD. Na etapa (6), o “colégio” de jurisdições receberá para a sua análise formal e material um PQ que já foi avaliado formalmente pela Secretaria da OCDE, que já foi submetido a uma análise formal e material pelo Grupo de Trabalho nº 1 e que já foi inclusive discutido publicamente com terceiros interessados (e.g., academia, setor privado, ONGs). Seu trabalho será municiado pelos trabalhos que foram realizados nas etapas (2), (3) e (4).

Antes de explorarmos as últimas três etapas do ORD, é chegado o momento de refletir sobre o uso do termo “colégio” para se referir ao *Inclusive Framework*. Embora o termo seja estranho ao sistema de *peer review* que conhecemos hoje, entendemos que é o termo mais adequado para expressar aquilo que propomos que o *Inclusive Framework* deve ser no âmbito do nosso sistema de seleção de precedentes. O comparativo é útil: no sistema de *peer review*, as jurisdições se comportam mais como um coletivo. Suas interações são no máximo aquelas mediadas pela Secretaria e pelo Grupo de Trabalho nº 1, sem que uma jurisdição se congregue às demais para decidir coisa alguma sobre a implementação do padrão mínimo da Ação 6. No nosso sistema de seleção de precedentes, as jurisdições deverão se comportar como um colégio ou órgão colegiado: será a sua decisão por maioria simples ou

¹²⁵⁷ Para além disso, entendemos que a restrição poderia nos conduzir a um debate improdutivo sobre a diferença entre análise, discussão pública e recomendações no contexto dos CGT. Se o Grupo de Trabalho nº 1, ao elaborar os comentários sobre o PQ analisado, elenca nos CGT diversas razões pelas quais a sua inclusão no RPA poderia desnaturar os propósitos que levaram as jurisdições do *Inclusive Framework* a estabelecer o padrão mínimo da Ação 6 como um padrão mínimo do Plano de Ação BEPS, é razoável extrair dessas diversas razões uma recomendação contrária à aprovação do PQ enquanto PA. Diga-se o mesmo de um documento CGT que traga diversas razões pelas quais o PQ aplica bem o padrão mínimo da Ação 6 e contribui com o objetivo coletivo de Justiça Fiscal que esse padrão mínimo corporifica.

qualificada (no caso do EXT, de que trataremos no subitem 5.1.4) que formará e revisará o RPA. Essa dinâmica é completamente diferente daquela que existe hoje no *peer review*, porque pressupõe a defesa de interesses locais ou regionais, a formação de blocos de votação em prol de certos PQs em detrimento de outros, e, claro, o resgate do controle sobre os rumos da luta contra o fenômeno da elusão tributária internacional. Citemos mais uma vez o caráter participativo do sistema proposto neste Capítulo 5: em levantamento recente, o Centro Internacional para Tributação e Desenvolvimento (no inglês, *International Centre for Tax and Development*, ou ICTD) apontou que, entre as mais de 130 jurisdições do *Inclusive Framework*, aquelas que possuem renda baixa ou renda média-baixa têm apenas 5,4% de representação nos Grupos de Trabalho engajados no monitoramento dos resultados do Plano de Ação BEPS, o que inclui o Grupo de Trabalho nº 1 (compare-se esse número com 77,4% de oficiais que vêm de Estados-membros da OCDE e 10,2% que vêm de Estados do G20, porém fora da OCDE).¹²⁵⁸ Nosso sistema atribui o poder de formação do RPA não ao Grupo de Trabalho nº 1, mas ao próprio “colégio” do *Inclusive Framework*, local em que as jurisdições de renda baixa ou renda média possuem 21,9% de representação.¹²⁵⁹ É esse o mérito da conversão desse coletivo em um colégio no sistema de seleção aqui proposto.

Tratemos agora de duas questões relevantes sobre a constituição desse colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*. A primeira questão é a de se o mandato existente da OCDE para monitorar a implementação do padrão mínimo da Ação 6 no sistema de *peer review* já seria suficiente para justificar a criação desse colégio ou se seria necessária a assinatura de um novo acordo multilateral nos moldes do MLI, criado especificamente para atender a essa finalidade. A segunda questão é a de quem seria capaz de presidir os trabalhos do colégio, considerando a sua missão bem demarcada de (i) apreciar os PQs que foram enviados com CGT pela Secretaria da OCDE nesta etapa (6), (ii) revisar o RPA de cinco em cinco anos e (iii) promover o EXT em casos excepcionais e mediante a manifestação de maioria qualificada, assunto do qual trataremos com mais detalhes no subitem 5.1.4.

¹²⁵⁸ “Further disaggregating the distribution of working party participation reveals highly skewed attendance among non-OECD countries. Out of 100 non-OECD IF members, 70 did not attend a single working party meeting during 2019. Among attendees, participation was heavily dominated by large emerging economies, especially from Asia [...]” (ICTD. At the Table, Off the Menu? Assessing the Participation of Lower-Income Countries in Global Tax Negotiations. Rasmus Corlin Christensen, Martin Hearson and Tovony Randriamanalina. *ICTD Working Paper*, 115, p. 12. Disponível em: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/15853/ICTD_WP115.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020). A definição de jurisdições com “renda baixa” ou “renda média” foi obtida pelos pesquisadores do ICTD junto ao Banco Mundial. *Idem*, p. 6.

¹²⁵⁹ *Idem*, p. 12.

Quanto à primeira questão, entendemos que o mandato da OCDE para promover a implementação do padrão mínimo da Ação 6, mandato esse com o qual assentiram todas as jurisdições que aceitaram participar do *Inclusive Framework*,¹²⁶⁰ já seria o suficiente para que essas jurisdições fossem autorizadas a eleger PQs como PAs num RPA não vinculante debaixo da supervisão ou da presidência da OCDE. Assim como as jurisdições do *Inclusive Framework* assentiram com determinadas proposições da OCDE para que fossem transformadas em padrão mínimo do Plano de Ação BEPS, não enxergamos qualquer empecilho de Direito Internacional Público que as compelissem a assinar um novo acordo para só então poder assentir com alguma interpretação do padrão mínimo por parte do tribunal local de uma jurisdição de origem qualquer.¹²⁶¹

Quanto à segunda questão, identificamos três candidatos que poderiam presidir os trabalhos do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* (tanto neste ORD, quanto na RQ e no EXT, procedimentos serão discutidos nos itens 5.1.3 e 5.1.4 a seguir). São eles:

- *O Grupo de Trabalho nº 1*. Como o Grupo de Trabalho nº 1 assume a figura de “curador” do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS no sistema de *peer review*, é de se supor que essa sua função naquele sistema conferiria para si a legitimidade para atuar como presidente do colégio das jurisdições neste sistema de seleção de precedentes. O aspecto negativo de atribuir ao Grupo de Trabalho nº 1 essa função seria, uma vez mais, a possibilidade de que essa presidência fosse considerada pelos tribunais locais e pela opinião pública como o controle da OCDE sobre o próprio RPA.

¹²⁶⁰ O documento original do Plano de Ação BEPS em julho de 2013 afirmava que as jurisdições do G20 que não fossem Estados-membros da OCDE (e também outras jurisdições) seriam convidadas a participar do projeto da Organização como “associadas”. À época, a OCDE afirmou que essas jurisdições “will be expected to associate themselves with the outcome of the BEPS Project” (OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* cit., p. 25).

¹²⁶¹ É a falta de poder vinculante (para as demais jurisdições, não para a jurisdição de origem) ao RPA que nos sustenta na nossa posição de que o *Inclusive Framework* não deve celebrar nenhum acordo subsequente para transformar-se em “colégio” no âmbito do nosso sistema de seleção de precedentes. A eventual necessidade de celebração de um acordo suplementar para autorizar o sistema de seleção de precedentes poderia acrescentar ao monitoramento da implementação do padrão mínimo da Ação 6 um obstáculo político considerável. Tome-se como exemplo o que ocorreu em relação ao MLI – várias jurisdições já o assinaram, outras tantas já depositaram os seus instrumentos de ratificação, mas as adesões ao MLI, mesmo entre membros da OCDE e do G20, ocorreram em conjunção com diversas alternativas e ressalvas, fruto da titularização de interesses divergentes. Com isso não queremos dizer que esse acordo suplementar teria o mesmo destino, até porque não antecipamos qualquer margem para “alternativas” e “ressalvas” na formação do colégio de jurisdições no sistema de seleção de precedentes, mas a comparação é importante para demonstrar que, num acordo multilateral que apresentava essa flexibilidade, o resultado já foi assimétrico e precário, com jurisdições como o Brasil e os Estados Unidos se recusando a assinar.

- *A Secretaria da OCDE.* Como a Secretaria da OCDE não cuida ela mesma da “higidez” do padrão mínimo da Ação 6 no sistema de *peer review*, seria no mínimo desafiador sustentar que ela deveria ser a presidente do colégio das jurisdições do *Inclusive Framework*. O argumento favorável a essa escolha (que padece do mesmo aspecto negativo levantado em relação ao Grupo de Trabalho nº 1) é que a Secretaria assume no nosso sistema o papel de gestora processual, de garante do bom andamento do ORD e dos demais processos descritos nos itens 5.1.2, 5.1.3 e 5.1.4.
- *O Steering Group do Inclusive Framework.* O *Steering Group* é de todos os possíveis candidatos o mais representativo, ainda que 50% dos seus membros sejam representantes de Estados-membros da OCDE e apenas 12,5% sejam representantes de jurisdições de renda baixa ou renda média-baixa¹²⁶² (contra a possível asserção de que o *Steering Group* sofreria da mesma carência de representatividade presente no Grupo de Trabalho nº 1, vale ressaltar que o Comitê Tributário da ONU tem composição semelhante).¹²⁶³ Como aponta o ICTD, é no âmbito do *Steering Group* que as negociações para a produção de propostas, recomendações e melhores práticas ocorrem.¹²⁶⁴ Segundo a nossa proposta neste Capítulo 5, o *Steering Group* passaria de fórum de negociações a presidente do colégio do *Inclusive Framework*.

Pelos motivos supradescritos, entendemos que o melhor candidato para presidir os trabalhos do colégio do *Inclusive Framework* seria o *Steering Group*. Dito isso, é evidente que a conferência de poderes ao *Steering Group* para liderar, capitanear as etapas (7) e (8) do ORD (e outras a serem comentadas nos itens 5.1.3 e 5.1.4) pode conflitar com as atribuições do Grupo de Trabalho nº 1 no âmbito do sistema de *peer review*. Esse conflito pode conduzir a OCDE e o *Inclusive Framework* a uma discussão política sobre quem deveria assumir essa função em um sistema de seleção de precedentes, discussão essa que pode ser encerrada com a decisão em prol do Grupo de Trabalho nº 1. Seja como for, desde que a presidência do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* não intervenha em suas decisões sobre os PQs, e desde que a presidência garanta o voto individual de cada jurisdição sobre o PQ na etapa (8), para nós essa distinção entre o *Steering Group* e o Grupo de Trabalho nº 1 será de pouca

¹²⁶² Vide: ICTD. *At the Table, Off the Menu?* cit., p. 12.

¹²⁶³ *Idem*, p. 11.

¹²⁶⁴ *Idem*.

relevância. Basta que o colégio de jurisdições seja ele próprio o titular da decisão sobre que PQs devem ser convertidos em PAs do RPA, que PQs merecem uma conversão com ressalvas e que PQs devem ser rejeitados como componentes do RPA.

5.1.1.7 *Etapa (7): discussão sobre o PQ interna para os membros do Inclusive Framework*

Recebidos o PQ e os CGT enviados pela Secretaria da OCDE, o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* passará à etapa de discussão interna. Essa discussão é “interna”, e não “pública” (como aquela da etapa (4)), porque não é aberta pelo próprio colégio do *Inclusive Framework* à participação de terceiros, a exemplo da academia, do setor privado e de ONGs. No entanto, a despeito de a discussão aqui proposta ser “interna” (dando a entender que seria restrita aos representantes das jurisdições), nada impede que seja integrada pelo expediente de consultas públicas no âmbito *também interno* de cada jurisdição do *Inclusive Framework*. Essa sugestão complementa o sistema de seleção de precedentes, mas não o define; as jurisdições do *Inclusive Framework* devem decidir se é conveniente e oportuno submeter o PQ e os CGT para seus atores políticos internos como parte da etapa (7) do ORD.

Um tema delicado que surge no contexto da etapa (7), mas não no contexto da etapa (8), é se o PQ deveria ser submetido pela *jurisdição de origem* a atores políticos internos pela via de consultas públicas. Usamos o termo “deveria” não para sugerir obrigatoriedade, mas sim para sugerir se essa seria a decisão ideal sob os prismas da política fiscal internacional dessa jurisdição de origem e da Política Fiscal Internacional como um todo. Sob o prisma da política fiscal internacional da jurisdição de origem, o argumento a favor da consulta pública interna é tortuoso. Teríamos que sustentar que a submissão do PQ não serve aos interesses patrocinados por essa jurisdição em relação a suas contrapartes pelo mundo, mas a submissão é voluntária e o PQ é mesmo um PQ (*ex vi* da conclusão com viés positivo da etapa (2)). Por isso, entendemos que não há uma consideração de política fiscal internacional que ataria as mãos da jurisdição de origem para que tivesse que submeter o PQ a uma consulta pública interna na etapa (7). Sob o prisma da Política Fiscal Internacional, no entanto, surge a dúvida de se essa consulta pública interna não permitiria às demais jurisdições do *Inclusive Framework* atestar que o PQ é parte de um sistema judicial/administrativo vacilante, que outros precedentes foram revogados no passado, que há um julgamento prestes a ser concluído e que poderá ser favorável ao sujeito passivo, entre

outros fatores. Essas “descobertas” poderiam surgir como resultados do processo de consulta pública interna, e sem dúvida isso seria valioso para o objetivo coletivo de promoção de Justiça Fiscal, central que é para a Política Fiscal Internacional dos nossos tempos e para o Plano de Ação BEPS da OCDE. É de se notar, entretanto, que na etapa (3) o Grupo de Trabalho nº 1 é responsável por fazer essa análise formal-estrutural do PQ no nível da jurisdição de origem. Além disso, na etapa (4), o Grupo de Trabalho nº 1 poderá submeter o PQ para uma discussão pública, e dessa discussão poderão participar os atores políticos que integram a jurisdição de origem – ou por eles mesmos, ou através de associações e organizações que os representem. Considerando o que a OCDE já deverá fazer ou promover nessas etapas anteriores, é difícil sustentar que só na etapa (7) seria possível para o *Inclusive Framework* em geral “descobrir” as peculiaridades ou a falibilidade do sistema judicial ou administrativo da jurisdição de origem. É ainda estranho imaginar que os representantes do Poder Executivo da jurisdição de origem, imbuídos que são do objetivo de executar seus projetos políticos (os quais demandam recursos, recursos esses que advêm de receitas públicas), tendo eles enviado para a Secretaria da OCDE um PQ, volveriam a atores políticos internos na etapa (7) para que eles tivessem a oportunidade de contraditar essa submissão, expondo para o *Inclusive Framework* a possível insegurança jurídica a que esse PQ está sujeito entre os tribunais locais. Dadas essas razões, e reiterando que aqui tratamos apenas da *jurisdição de origem*, consideramos que não é nem necessariamente desejável (à luz das etapas (3) e (4)), nem politicamente viável que seus representantes abram a discussão sobre o PQ no contexto da etapa (7) para que essa discussão seja integrada, complementada pelos resultados de uma consulta pública interna.¹²⁶⁵

¹²⁶⁵ Há uma questão subordinada a essa que se apresenta naquelas situações em que, por qualquer motivo, a jurisdição de origem opte pela realização de consultas públicas internas e essas consultas lhe sejam desfavoráveis. É claro: a possibilidade de que o resultado seja desfavorável é a razão para não realizar a consulta pública interna; um resultado favorável, para além de sua pequena relevância (porque o PQ já foi considerado um PQ segundo a visão dos representantes da jurisdição de origem desde a etapa (1) do ORD), é improvável se o PQ reconhecer o direito do Fisco e não dos sujeitos passivos. Contudo, supondo que o resultado seja mesmo desfavorável, poderia essa jurisdição de origem optar pela não apresentação do resultado para o *Inclusive Framework*? Ressalvadas as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, entendemos que não. Tragamos o caso para o cenário brasileiro. De acordo com o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, um dos princípios norteadores da Administração Pública é o princípio da moralidade administrativa, que segundo o STF é composto por parâmetros ético-jurídicos que regem a atuação do poder público. Vide: BRASIL. STF. ADI nº 2.661-MC. Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. Sessão de 5 de junho de 2002. Publicado em 23 de agosto de 2002. Pois bem: se a consulta pública interna é formulada perante a sociedade da jurisdição de origem sob o pretexto de subsidiar as discussões havidas no ORD, seus resultados devem ser compartilhados na etapa (7).

5.1.1.8 Etapa (8): votação do PQ pelo colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*

Na etapa (8), o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* decidirá se o PQ deve ou não ser convertido em PA, ou se deve ser convertido em PA com ressalvas, ou se deve ser rejeitado. Antes de passarmos às alternativas para a realização dessa votação, consideremos detidamente o que cada um desses “resultados de votação” indica para o RPA.

5.1.1.8.1 Os possíveis resultados da votação na etapa (8)

Um PQ será *aprovado* e se tornará um PA integrante do RPA quando o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* considerar que esse PQ representa a interpretação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS mais adequada ao seu fim de enfrentar práticas elusivas em ADTs e ao objetivo coletivo de Justiça Fiscal.¹²⁶⁶ O PQ só poderá se tornar um PA *sem ressalvas* se o precedente da jurisdição de origem tiver empregado o próprio padrão mínimo, e não ele e uma norma antielusiva interna ou supranacional, para resolver o conflito entre o Fisco e o sujeito passivo. Tendo dito isso, essa decisão caberá apenas às jurisdições do *Inclusive Framework*, e não ao Grupo de Trabalho nº 1 ou ao *Steering Group* se qualquer deles ocupar a presidência do órgão colegiado. Esse esclarecimento é importante porque, em dados casos, um PQ pode ter sido alvo de CGT que considerem que a sua aprovação só deveria ser aceita mediante ressalvas, e ainda assim o colégio será o único capaz de decidir se concorda ou não com essa recomendação. Dito de outra forma, a despeito de termos reservas a essa possibilidade e acreditarmos que sabotaria a relevância do RPA, antevemos que o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* seria capaz de aprovar sem ressalvas um PQ qualquer que seja embasado em normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 e em outras normas antielusivas internas ou supranacionais alheias a esse padrão mínimo.¹²⁶⁷

¹²⁶⁶ É claro que não ignoramos que o *Inclusive Framework* poderá aprovar PQs que não contenham em si a melhor, mais sensata e mais razoável interpretação e aplicação do padrão mínimo da Ação 6. Seus membros poderão aprovar PQs que subvertam o sentido das cláusulas de PPT, LOB e/ou alívio discricionário sob pedido segundo interesses individuais. A possibilidade é um risco inerente à estrutura do sistema: conferir o controle da implementação do padrão mínimo aos representantes das jurisdições na etapa (8) pressupõe que possam decidir de maneira criticável, pervertendo o trabalho da OCDE até que se transmude em uma norma jurídica nova. Dito isso, quanto mais criticável for o RPA, mais prejudicada será a sua relevância como repositório para os tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*.

¹²⁶⁷ Uma crítica contra esse poder atribuído ao *Inclusive Framework* no nosso sistema é que o seu exercício poderá incutir normas internas ou supranacionais na interpretação e na aplicação do padrão mínimo da Ação

Um PQ será *aprovado com ressalvas* e se tornará um PA com ressalvas, mas que integra o RPA, quando o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* reputar que, embora o PQ represente a interpretação do padrão mínimo da Ação 6 mais adequada para enfrentar práticas de elusão tributária internacional em ADTs, seus julgadores ampararam a sua “razão de decidir” não apenas no padrão mínimo, mas também em normas internas ou supranacionais (é precisamente esse o conteúdo da ressalva: a adoção de normas outras para subsidiar a decisão dos julgadores perante o caso de elusão tributária em questão). Diante dessa definição, seria possível questionar se um PQ que aplique ao caso de elusão tributária internacional um “padrão mínimo” reservado ou revisado (nos termos do item 4.2, *supra*) poderia ser aprovado com ressalvas. Para nós, se esse PQ tiver sido aceito como PQ pela Secretaria da OCDE na etapa (2) (considerando que o PQ poderia ter sido rejeitado por não ter sido embasado no próprio padrão mínimo, mas sim em um outro qualquer), entendemos que a resposta é positiva. Esse PQ será tão “ressalvável” quanto aquele que tiver sido amparado por normas antielusivas internas ou supranacionais, aplicáveis e seguidas pelos tribunais da jurisdição de origem.

Por último, um PQ será *rejeitado* como PA se o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* decidir que esse PQ não representa a interpretação do padrão mínimo da Ação 6 mais adequada ao seu propósito. Contrastando esta etapa (8) com os comentários sobre a etapa (2), para fins de conferir maior simplicidade ao nosso sistema, se um precedente for rejeitado pelo colégio do *Inclusive Framework* na etapa (8), essa rejeição não poderá ser revertida no futuro (i.e., o precedente não poderá ser reapresentado à Secretaria da OCDE como PQ). A decisão do órgão colegiado na etapa (8) é definitiva para rejeições e semidefinitiva para aprovações ou aprovações com ressalvas, como veremos nos itens 5.1.2 e 5.1.4.¹²⁶⁸

5.1.1.8.2 Alternativas de métodos de votação para se chegar aos resultados

Feita essa distinção, trataremos de algumas alternativas para a votação de PQs no âmbito do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* nos parágrafos seguintes. É

6 (se for permitida a aprovação de PQs “ressalváveis” sem ressalvas). Sim, a possibilidade de perversão do padrão mínimo é no máximo mitigada pelos esforços da Secretaria da OCDE, do Grupo de Trabalho nº 1 e/ou da presidência do colégio de jurisdições na etapa (8), mas esse é um risco inerente ao nosso sistema. Atribuir o poder decisório à coletividade, aos representantes das jurisdições (e de seus jurisdicionados), é admitir a possibilidade de que decidam mal.

¹²⁶⁸ Um PQ poderá ser rejeitado como PA porque as jurisdições do *Inclusive Framework*, defensoras dos seus interesses individuais, não desejam que aquele PQ passe a integrar o RPA.

importante pontuar que nenhuma dessas alternativas é completamente favorecida em relação às demais (nem pretendemos aqui listar todas as possíveis alternativas de votação). Por isso mesmo é que destacaremos os pontos fracos e fortes de cada uma delas à luz do escopo da etapa (8), que é a formação do RPA como suporte interpretativo para a implementação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

A primeira alternativa é a votação de PQs por maioria simples, tendo cada uma das jurisdições do *Inclusive Framework* presentes à votação o direito a apenas um voto, e tendo todos os votos o mesmo peso para fins do resultado. Nessa alternativa, o empate ou o resultado negativo representariam a rejeição do PQ e a presidência não teria qualquer direito a voto de minerva no caso de empate (limitação que decorre dos nossos comentários feitos sobre o papel da presidência no subitem 5.1.1.6, *supra*). *Mutatis mutandis*, com a ressalva de que esse sistema de votação não é usado para escolher precedentes judiciais ou administrativos para compor um repositório qualquer, a votação por maioria simples é típica para a decisão sobre temas alheios à segurança global e à composição de determinados Conselhos da ONU.¹²⁶⁹ A maioria simples também é requerida para a aprovação de modificações ao regimento interno do Parlamento Europeu¹²⁷⁰ e para modificações de agenda das reuniões do Comitê Tributário da ONU.¹²⁷¹ Sem que essa maioria simples seja associada a qualquer balanceamento, o seu aspecto positivo enquanto método de votação é a sua capacidade de “equilibrar” o poder decisório acerca dos PQs: uma jurisdição, um voto.¹²⁷² O aspecto negativo, por sua vez, reside na sua total incapacidade de “desequilibrar” o poder decisório por motivos de Justiça Fiscal, concedendo mais peso ao voto de uma jurisdição em detrimento da outra (e.g., para corrigir a representatividade de jurisdições de renda baixa ou de renda média-baixa no *Inclusive Framework* ou para atribuir mais peso aos voto das

¹²⁶⁹ “Decisions of the General Assembly on questions other than those provided for in rule 83, including the determination of additional categories of questions to be decided by a two-thirds majority, shall be made by a majority of the members present and voting” (ONU. *Rules of Procedure of the General Assembly*. Nova York: ONU, 2017. p. 24. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/520/rev.18>. Acesso em: 19 dez. 2020).

¹²⁷⁰ Vide: UNIÃO EUROPEIA. *European Parliament Rules of Procedure*. Nono Mandato Parlamentar, fevereiro de 2020, p. 134-135. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2020-02-03_EN.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020.

¹²⁷¹ Vide: ONU. *Practices and Working Methods for the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*. Nova York: ONU, 2020. p. 1-8. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-04/tax-committee_Practices-and-Working-Methods.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

¹²⁷² “Formally, the problem is to choose the size of the required ‘majority’ (i.e., the size of the decisive set) for an affirmative decision. Simple majority would require a decisive set K such that: $K = (N/2) - 1$. But in principle K might vary from 1 (individual choice) to N (unanimity rule)” (MUNGER, Michael C. *Voting Methods, Problems of Majority Rule and Demand-Revealing Procedures*. *Public Choice*, Cham: Springer, v. 152, nº 1/02, p. 65, 2012).

jurisdições que implementaram a *norma antielusiva específica* que foi discutida e aplicada no PQ).¹²⁷³

A segunda alternativa é a mesma votação de PQs por maioria simples, mas dessa vez feita mediante a conferência de pesos diferentes aos votos das jurisdições que compõem o colégio do *Inclusive Framework*. A título de exemplo, os maiores pesos nessa alternativa poderiam ser atribuídos aos votos de jurisdições componentes de uma categoria menos representada (e.g., as jurisdições de renda baixa ou renda média-baixa) para buscar um “equilíbrio” melhor do poder decisório na etapa (8). Outra possibilidade seria a de que as jurisdições que adotaram a norma antielusiva especificamente tratada no PQ tivessem maior peso atribuído aos seus votos, sob o dúbio argumento de que seus tribunais locais teriam maior interesse no PQ sob debate. O mérito desse método em detrimento da votação por maioria simples *sem pesos* é auto-evidente, mas o custo político de sua implementação pode tornar o sistema de seleção de precedentes mais complexo do que aquilo que preferimos neste Capítulo 5. Em primeiro lugar, o estabelecimento de diferenciações entre os poderes de voto de cada jurisdição, em si mesmo, poderá propiciar embates políticos no órgão colegiado do *Inclusive Framework* (quanto à definição de um critério para atribuir os pesos em detrimento de outros critérios).¹²⁷⁴ Em segundo lugar, se a atribuição de pesos obedecesse o “interesse prático” dos optantes por aquela norma antielusiva internacional em questão, o RPA correria o risco de perder parte da sua universalidade, marca distintiva que a extração dos precedentes de cada jurisdição, das suas “razões de decidir”, pode trazer para a implementação do padrão mínimo da Ação 6 (i.e., a perda da universalidade se daria pela segmentação do RPA em

¹²⁷³ Emerson critica o método da votação por maioria simples em sistemas políticos democráticos, uma vez que as demandas políticas submetidas ao processo decisório são comumente mais simples que “sim” ou “não”, envolvendo variáveis que podem ser camufladas pela “decisão da maioria”. Vide: EMERSON, Peter. *Democratic Decision-Making: Consensus-Voting for Civic Society and Parliaments*. Cham: Springer, 2020. p. 4-5. Em complemento a essa crítica, Tule reconhece que o método de votação por maioria simples é mais propenso à formação de blocos de oposição ao voto contrário, os quais podem substituir a posição majoritária dos atores políticos envolvidos. Segundo o autor: “En general, la representación mayoritaria simple en sistemas estructurados tiende a concentrar el voto alrededor de las dos principales fuerzas políticas” (TULE, Luis A. González. *Los Sistemas Electorales*. In: DELGADILLO, Juan Mario Solís; PUIG, Salvador Martí i; SÁNCHEZ, Francisco (Eds.). *Curso de ciencia política*. Cidade do México: Senado de la República, 2017. p. 501).

¹²⁷⁴ “In fact, the analysis of how to allocate power between countries, committees, professional societies, etc., is a crucial and complex decision-making problem arising daily in democratic societies” (DIAZ-BALTEIRO, Luís; GONZÁLEZ-PACHÓN, Jacinto; ROMERO, Carlos. A Multi-Criteria Approach for Assigning Weights in Voting Systems. *Soft Computing*, Cham: Springer, v. 23. p. 8181, 2019). Supomos que a atribuição de pesos a votos no colégio do *Inclusive Framework* propiciaria embates políticos pela simples multiplicidade dos critérios de atribuição estimados: potencial de receitas tributárias perdidas com práticas de elusão, número de jurisdicionados, proporção do mercado local em relação ao mercado mundial, entre outros.

categorias de PAs, uns aprovados em sua maioria pelo grupo de jurisdições que implementaram a cláusula X, outros aprovados em sua maioria pelo grupo de jurisdições que implementaram a cláusula Y). Por último, ainda sobre o tal “interesse prático” de certas jurisdições do *Inclusive Framework* em certos PQs, ele pareceria partir da presunção incorreta de que uma mesma jurisdição adotou em todos os seus ADTs apenas um único modelo de norma antielusiva, seja ela a cláusula de PPT, a cláusula de LOB simplificada ou mesmo a cláusula de LOB detalhada, ou uma combinação de ambas, ou qualquer delas e a cláusula de alívio discricionário sob pedido, enfim. Como visto no Capítulo 4, mesmo entre as jurisdições que assinaram o MLI, há diversas delas que implementaram o padrão mínimo da Ação 6 de formas diferentes para os ADTs de suas respectivas redes.

A terceira alternativa é similar à primeira, uma vez que nela cada jurisdição possui um único voto e o voto não é submetido à atribuição de qualquer peso, mas aqui a aprovação, ou a aprovação com ressalvas, ou a rejeição do PQ como PA se daria por uma *pluralidade*, não por uma *maioria*. A votação por pluralidade (também conhecida como “maioria relativa”) se concentraria no maior número de votos dado a qualquer das opções sob discussão, seja esse número igual à metade de todas as jurisdições do colégio do *Inclusive Framework* que têm representantes presentes à votação mais um, seja ele inferior.¹²⁷⁵ O aspecto positivo do método de pluralidade de votos é abrir o sistema de seleção de precedentes a uma maior facilidade de atingimento de resultados, sejam eles pela aprovação, ou aprovação com ressalvas, ou rejeição. O seu aspecto negativo é justamente o mesmo, mas visto sob a perspectiva daquilo que o RPA pretende ser: um repositório daqueles precedentes que, segundo as jurisdições do *Inclusive Framework*, são os melhores indicadores de como os tribunais locais deverão interpretar as normas do padrão mínimo da Ação 6. Quanto menor o “respaldo” de votos por trás de cada PA, menor também será a convicção dos julgadores de cada jurisdição do *Inclusive Framework* acerca da sua genuína representatividade como Harmonização Fiscal Internacional do padrão mínimo em ADTs.

A quarta alternativa é similar à segunda, considerando que nela os votos de cada jurisdição estariam sujeitos a um critério de atribuição de pesos, mas aqui a aprovação, ou ainda a aprovação com ressalvas, ou também a rejeição do PQ como PA se daria por uma

¹²⁷⁵ “The criterion that defines plurality rule is that the vote share of the leading party (v1) must be greater than the vote share of the second largest party (v2): $v1 > v2$ ” (SHUGART, Matthew Soberg; TAAGEPERA, Rein. Plurality Versus Majority Election of Presidents: A Proposal for a Double Complement Rule. *Comparative Political Studies*, Nova York: SAGE Publishing, v. 27, n° 3, p. 324-325, 1994).

pluralidade e não pela maioria simples.¹²⁷⁶ Essa alternativa apresenta para o nosso sistema os mesmos méritos (i.e., poder de corrigir “desequilíbrios” e condição de obter resultados com maior facilidade diante da dispensa da formação de uma maioria) e deméritos (i.e., dificuldade na atribuição de critérios, menor respaldo para o RPA) da segunda e da terceira alternativas. A esses deméritos acrescentaríamos mais um, que é a complexidade política de acordar um método pluralista cumulado com a atribuição de pesos aos votos das jurisdições do *Inclusive Framework*. A decisão por pluralidade de votos já admite a presença de um quórum incompleto de votantes, incompletude essa que é ainda associada a uma decisão por maioria relativa (ou seja, se, por exemplo, 34% dos votos forem favoráveis à alternativa de aprovar o PQ e esse percentual for superior aos percentuais das demais alternativas, o PQ será aprovado). Some esse cenário já complexo à possibilidade de que os votos de determinadas jurisdições tenham pesos maiores que os votos das outras, e o resultado positivo, positivo com ressalvas ou negativo poderá ser obtido por um número ainda menor de jurisdições, o que pode encontrar oposição na própria OCDE, além do *Inclusive Framework* como um todo. A adoção dessa alternativa para a etapa (8) poderá transformar o colégio de jurisdições em um pequeno grupo de “poderosos”, ou “poderosos de ocasião” (se os pesos forem atribuídos de acordo com o perfil da implementação do padrão mínimo nas redes de ADTs), e não na força comunitária de Harmonização Fiscal Internacional que desenhamos no nosso sistema.

Por último, tratemos ainda de uma quinta e última alternativa, que é o método de votação em dois turnos. No nosso sistema, esse método submeteria o PQ à votação por parte do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* como um PQ aprovado (portanto, um PA) ou um PQ rejeitado. Tendo sido o PQ aprovado, o colégio seria mais uma vez chamado a se manifestar, dessa vez para decidir se o PQ deve ser aprovado com ressalvas ou sem ressalvas. Perceba-se que esse método de votação é moldável à maioria simples ou à pluralidade,¹²⁷⁷ o que significa que a quinta alternativa pode ser cumulada com alguma das alternativas anteriores na etapa (8). Se partirmos da premissa de que as jurisdições presentes à sessão do

¹²⁷⁶ Vide: LUO, Hang. How to Address Multiple Sources of Influence in Group Decision-Making? From a Nonordering to an Ordering Approach. In: ALMEIDA, Adiel Teixeira de; CARRERAS, Ashley; MORAIS, Danielle Costa; VETSCHERA, Rudolf (Eds.). *Group Decision and Negotiation: Behavior, Models and Support*. Cham: Springer, 2019. p. 25.

¹²⁷⁷ Há uma diferença importante entre as votações de dois turnos amparadas pela (i) maioria simples e pela (ii) pluralidade. Em (i), como dito em relação à primeira alternativa, se nem a aprovação, nem a aprovação com ressalvas, conseguirem obter uma votação de metade dos presentes mais um, o PQ será rejeitado (aplicada à quinta alternativa, a votação seria entre a aprovação e a rejeição). Em (ii), basta que uma das duas alternativas obtenha mais votos que a outra, sem a ponderação de essa vitória ter sido decisiva ou não. Vide, comparando com o método de eleição de dois turnos em regimes democráticos: EMERSON, Peter. *Democratic Decision-Making* cit., p. 93.

colégio do *Inclusive Framework* não poderão se abster de votar,¹²⁷⁸ o método de votação em dois turnos traz a possível vantagem de oferecer a jurisdições vencidas, que rejeitaram o PQ como PA no “primeiro turno”, a possibilidade de decidir se esse PQ deverá ser aprovado com ressalvas ou sem ressalvas. Seu demérito, a nosso ver, é também esse: há pouco incentivo para que essas jurisdições vencidas participem do “segundo turno”, já que discordam da inclusão do PQ como PA no RPA em absoluto. Se essas jurisdições optarem por não participar da sessão de “segundo turno” do colégio do *Inclusive Framework*, levantar-se-á uma vez mais a dúvida sobre se esse processo de votação será legítimo e representativo para a formação do RPA (dúvida essa que nós apresentamos em relação à quarta alternativa, especialmente diante da atribuição de pesos aos votos dos membros do colégio).

Para fins didáticos, sintetizamos cada uma das cinco alternativas de métodos de votação oferecidas ao colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* na Tabela 9, a seguir. A Tabela apresenta as alternativas e um sumário de seus pontos positivos e negativos:

Tabela 9 – Comparativo entre as alternativas comentadas para os métodos de votação do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* na etapa (8) do ORD

| | Alternativa de método de votação | Aspectos positivos | Aspectos negativos |
|----------|---|--|---|
| 1 | Majoria simples sem pesos (M) | Capacidade de “equilibrar” o poder decisório das jurisdições do colégio do <i>Inclusive Framework</i> | Incapacidade de “desequilibrar” o poder decisório por motivos de Justiça Fiscal, concedendo mais peso ao voto de uma jurisdição em detrimento da outra |
| 2 | Majoria simples com pesos (MP) | Poder de “corrigir desequilíbrios” no colégio de jurisdições do <i>Inclusive Framework</i> por motivos de Justiça Fiscal | Custo político de implementação, prejuízo à “universalidade” do sistema de seleção de precedentes, dilema sobre que critério ser usado para atribuir pesos aos votos dos membros do colégio do <i>Inclusive Framework</i> |
| 3 | Pluralidade sem pesos (P) | Maior facilidade de atingimento de resultados | Maior facilidade de atingimento de resultados, mas sob o prisma de respaldo e legitimidade do RPA |

¹²⁷⁸ Nem a OCDE, nem a presidência do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* pode obrigar, forçar os representantes a votar em algum dos resultados propostos para o PQ. Isso posto, é evidente que as abstenções colocam em xeque a legitimidade do processo de aprovação dos PQs pelo nosso sistema – quanto menos votos, menos argumentos teremos para justificar que o RPA é aprovado pelo colégio das jurisdições e não por apenas algumas que desejaram participar. Por isso mesmo que o processo de discussão dos precedentes na etapa (7) é de suma importância no ORD: é através dele que a presidência do colégio poderá congrega interesses em torno do PQ a ser examinado, buscando franquear voz e vez a cada um dos seus membros.

| | Alternativa de método de votação | Aspectos positivos | Aspectos negativos |
|----------|---|---|---|
| 4 | Pluralidade com pesos (PP) | Mesmos méritos da segunda e terceira alternativas | Mesmos deméritos da segunda e terceira alternativas, acrescidos de um risco maior de embates políticos entre as jurisdições |
| 5 | Votação M/P em dois turnos (2T) | Alternativa que se sobrepõe às demais. Sem abstenções, oferecerá às jurisdições que rejeitaram o PQ a oportunidade de decidir se deve ser aprovado com ressalvas ou não | Pouco incentivo para que as jurisdições “vencidas” participem do “segundo turno” da votação do PQ |

Há outros métodos de votação que poderiam ser usados pelo colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* para produzir uma decisão sobre um PQ qualquer na etapa (8). Seria possível cogitar uma votação reversa, com as jurisdições decidindo por aqueles resultados que a seu juízo são especialmente inadmissíveis (e.g., uma aprovação de um PQ cujo conteúdo seja contraditório em relação a um PA do RPA), o que propiciaria a “vitória” do resultado que fosse menos votado. Poderíamos ainda sugerir uma votação ranqueada, método segundo o qual as jurisdições seriam chamadas a votar em todos os três resultados num único turno (ou em dois turnos, se o “primeiro turno” tiver sido decidido por uma pluralidade, mas não por uma maioria simples); com esse método, as jurisdições teriam que atribuir “pontuações” a cada um dos resultados, indicando preferências maiores e menores. Esses métodos de votação não excluem a formação de maioria simples ou de pluralidade para a sua execução (o que quer dizer que são similares à quinta alternativa nesse sentido). Além disso, cada um desses métodos poderia comportar alternativas com ou sem pesos, o que poderia atrair para a etapa (8) os méritos e os deméritos de algumas das alternativas comentadas anteriormente.¹²⁷⁹

¹²⁷⁹ Um mal próprio do método de votação reversa é a dificuldade de identificar a verdadeira preferência das jurisdições do *Inclusive Framework* quanto a um PQ qualquer (dado que votam nas alternativas rejeitadas, não na alternativa desejada). Quanto ao método da votação ranqueada, o problema é repassar às jurisdições (de diferentes perfis, com diferentes graus de exposição a casos de elusão tributária internacional) a difícil decisão de atribuir pontuações aos três resultados possíveis, e o que essas pontuações poderiam sugerir em termos de consequências para os tribunais locais. Por exemplo: se um PQ fosse aprovado como PA por uma votação ranqueada, e se o segundo resultado mais votado fosse o de “aprovação com ressalvas”, um tribunal local de uma jurisdição que votou pela “aprovação com ressalvas” como resultado preferencial poderia usar esse dado sobre o resultado final da votação para subsidiar uma decisão sua que se escudasse no PA, mas atribuindo-lhe alguma ressalva própria? A previsão é difícil. Para nós, o voto da jurisdição do *Inclusive Framework* que não tiver redundado numa decisão do próprio colégio na etapa (8) deve ser relevante apenas para aferir o comportamento dos seus representantes perante os PQs submetidos à discussão. Seja como for, o que podemos afiançar é que, sendo a votação pública (não identificamos quaisquer motivos para que seja

5.1.1.8.3 Oposição às alternativas de maioria absoluta, maioria qualificada, maioria consociacional e consenso (ou consenso menos um)

Há quatro alternativas de métodos de votação que não consideramos anteriormente, e o motivo dessa omissão é a nossa oposição conceitual ao uso de qualquer delas na etapa (8). Enquanto aquelas alternativas possuíam aspectos positivos e negativos na nossa análise, estas quatro alternativas trariam implicações mais deletérias para o sistema de seleção de precedentes como um todo. Elas são a votação por maioria absoluta, a votação por maioria qualificada, a votação por maioria consociacional e a formação de consenso (ou consenso menos um, ficando a jurisdição de origem impedida de votar na etapa (8)).

Ao contrário da votação por maioria simples, que requer que o resultado vencedor tenha recebido “metade mais um” dos votos dos presentes à sessão de votação, na votação por maioria absoluta essa “metade mais um” deve dizer respeito a todas as jurisdições do colégio do *Inclusive Framework*. Sim, a maioria absoluta demonstraria com clareza para os tribunais locais que a “preferência geral” do colégio é pela aprovação do PQ, ou pela sua aprovação com ressalvas, ou ainda por sua rejeição enquanto PA. Além disso, ainda seria possível sustentar que o caráter participativo do nosso sistema de seleção de precedentes reclama a adoção de um método de maioria absoluta para a etapa (8), porque conclamaría todas as jurisdições do colégio a votar nos PQs sob análise. O problema da adoção desse método reside na *necessidade* de que as decisões sobre PQs sejam proferidas por um colégio com quórum substancial, o que poderia tornar a etapa (8) artificialmente inclinada para a rejeição de PQs como PAs. Considerando o número de jurisdições que compõem o *Inclusive Framework* hoje, qualquer quórum de 60 jurisdições (número atualmente superior ao conjunto de membros do G20 e da União Europeia) seria incapaz de deliberar sobre PQs enviados pela Secretaria da OCDE na etapa (6), mesmo que todos os membros presentes fossem alinhados a um mesmo resultado.¹²⁸⁰ O argumento de resposta a essa observação é que um quórum deveria ser criado pela presidência do colégio do *Inclusive Framework* como requisito mínimo para conduzir votações de PQs (no intuito de impedir que uma “minoría absoluta”

secreta), quanto mais pudermos garantir que o resultado produzido por si será *um único resultado*, melhor isso será para subsidiar o RPA enquanto suporte interpretativo ofertado aos tribunais locais.

¹²⁸⁰ Vide, para uma definição da votação por maioria absoluta: EMERSON, Peter. *Democratic Decision-Making* cit., p. 89.

decida se o PQ deve ser aprovado, aprovado com ressalvas ou rejeitado em cada caso).¹²⁸¹ Preferimos que todas as jurisdições do *Inclusive Framework* sejam trazidas à etapa (8) para poderem se manifestar quanto ao PQ, num processo cooperativo e de reunião de esforços incentivado pela OCDE, mas não nos opomos à constituição de um quórum para apreciação do PQ. O fundamental é que, atingido esse quórum, decisões acerca do PQ não precisem depender da maioria absoluta dos votos dos membros do colégio.¹²⁸²

A segunda alternativa que não propomos para a etapa (8) do ORD é a de votação por maioria qualificada (e.g., que exigiria um resultado favorecido por 2/3, 3/4 dos membros do colégio de jurisdições). Nossa crítica em relação à necessidade de formação de uma maioria qualificada, claro, não se refere à falta de legitimidade dessa votação, nem tampouco a algum tipo de entrave político para que seja acordada entre as jurisdições do *Inclusive Framework* (se a decisão em prol de aprovar o PQ é dada por maioria qualificada, mais legítima ainda ela nos pareceria sob o prisma de Política Fiscal Internacional). A crítica é na verdade similar àquela que fizemos sobre a alternativa de maioria absoluta, que é a dificuldade criada para aprovar, aprovar com ressalvas ou rejeitar PQs graças ao requisito de maioria qualificada. Além disso, as experiências brasileiras¹²⁸³ e internacionais¹²⁸⁴ com a adoção do método de voto por maioria qualificada o reservam para ocasiões especiais, aquelas em que uma decisão dos votantes poderá trazer ao sistema relevante um resultado ímpar,

¹²⁸¹ “Decision by an absolute majority has greater social utility than decision by a simple majority because a simple majority may in fact be an absolute minority. [...] But when some of the members are absent, the requirement of an absolute rather than a simple majority inhibits change” (RATNER, Leonard G. *Constitutions, Majoritarianism, and Judicial Review: The Function of a Bill of Rights in Israel and the United States. American Journal of Comparative Law*, Oxford: OUP, v. 26, nº 3, p. 379, 1978).

¹²⁸² A decisão de como definir esse quórum é mais delicada. O quórum poderia ser definido como a metade das jurisdições do *Inclusive Framework* mais uma, assegurando que uma decisão unânime numa votação de um ou dois turnos seria equivalente a uma “maioria absoluta”. Outra definição do quórum poderia tomar por base os representantes de diferentes regiões ou grupamentos com níveis similares de PIB *per capita*, de modo a assegurar que qualquer votação tenha pelo menos X representantes de cada um desses grupos (essa alternativa nos parece menos interessante – ela incentivará a formação artificial de blocos no colegiado; estimamos que esses blocos se formarão naturalmente). É importante reiterar o que dissemos, entretanto: *não nos opomos* à constituição de um quórum. Isso quer dizer que vemos como alternativa ao quórum a simples conclamação do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* para que vote na etapa (8) – se um número ínfimo de jurisdições se apresentarem para votar, o silêncio da maioria, cumulado com a sua continuada participação no *Inclusive Framework*, poderá importar na sua aquiescência tácita com os resultados obtidos.

¹²⁸³ Por exemplo, a maioria exigida para a aprovação de emendas à Constituição Federal por parte das duas Casas do Congresso Nacional no artigo 60, § 2º (três quintos em dois turnos) e a maioria exigida para a aprovação das leis orgânicas dos Municípios por parte da Câmara de Vereadores (dois terços) no art. 29, *caput* (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit.).

¹²⁸⁴ Por exemplo, a maioria exigida para decisões sobre propostas referentes à quebra de princípios e valores fundamentais da União Europeia por parte de algum Estado-membro (dois terços) na Regra 89, parágrafo 3º, do Regimento Interno do Parlamento Europeu. UNIÃO EUROPEIA. *European Parliament Rules of Procedure* cit., p. 54.

transformador. Por isso mesmo é que entendemos que, se há espaço para a maioria qualificada no nosso sistema (e, como visto no subitem 5.1.4 a seguir, a resposta é afirmativa), esse espaço não corresponde ao ORD.

A terceira alternativa que não propomos para a etapa (8) do ORD é a de votação por maioria consociacional. O termo é incomum para a língua portuguesa, mas essa maioria é aquela exigida para a eleição de representantes do governo da Bélgica – de maneira bastante simplificada, o governo nacional belga só poderá ser formado se forem constituídas maiorias individuais e divididas a seu favor por grupos linguísticos e por regiões do país (e cada grupo ou partido político tem poder de veto).¹²⁸⁵ Trazendo esse método de votação para a etapa (8) e resgatando a divisão trazida pela ICTD, esse método exigiria que um resultado fosse *ao mesmo tempo* favorecido pela maioria absoluta dos integrantes dos seguintes grupos: (i) os Estados-membros da OCDE, (ii) os Estados não membros da OCDE, mas integrantes do G20, (iii) as jurisdições de renda baixa ou renda média-baixa e (iv) outros.¹²⁸⁶ Se os grupos (i), (ii) e (iii) decidirem aprovar o PQ como PA, mas o grupo (iv) decidir reprovar o PQ, nenhum resultado será reconhecido como final pelo colégio do *Inclusive Framework* (ou seja, a votação feita pelo método de maioria consociacional daria a qualquer dos grupos um efetivo poder de veto sobre qualquer resolução acerca do PQ). Para além de o método de maioria consociacional fomentar a divisão entre os grupos de jurisdições do *Inclusive Framework* e imprimir maior complexidade ao processo de votação de PQs, ele ainda apresenta o mesmo demérito de obstaculizar a formação do RPA (comum aos métodos de maioria absoluta e de maioria qualificada).

Por último, devemos ainda comentar o porquê de nos opormos à adoção do método de consenso (ou consenso menos um) para a aprovação, aprovação com ressalvas ou rejeição de PQs como PAs. Considerando as decisões sobre o conteúdo dos Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS, todas promovidas pela OCDE mediante consenso com o *Inclusive Framework*, e considerando em especial a implementação das recomendações da OCDE nesses Relatórios Finais (que foi o escopo do nosso Capítulo 4), é razoável intuir que o

¹²⁸⁵ Vide: WYNSBERGHE, Caroline Van. The End of Belgium as We Know It: From Consociational Democracy to Partitocratic Deadlock? In: LÓPEZ-BASAGUREN, Alberto; SAN-EPIFANIO, Leire Escajedo. *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*. Cham: Springer, 2019. p. 207. O método tem sido criticado por impedir a formação de governos na Bélgica. Idem, p. 208. “Most of the institutional and cultural foundations of consociationalism in Belgium have been hollowed out by the societal, political or economic context” (CALUWAERTS, Didier; REUCHAMPS, Min. Still Consociational? Belgian Democracy, 50 Years After “The Politics of Accommodation”. *Politics of the Low Countries*, Haia: Eleven International, v. 2, nº 1, p. 70, 2020).

¹²⁸⁶ Vide: ICTD. At the Table, Off the Menu? cit., p. 12.

“consenso” formado pela Organização (i) limitou-se a produzir um padrão mínimo em apenas quatro de quinze Ações (5, 6, 13 e 14) e, (ii) em relação a duas dessas Ações, foi seguido por medidas individuais das jurisdições do *Inclusive Framework* (que adotaram o seu conteúdo à sua maneira). Para além disso, temos a firme convicção – e o estudo do ICTD sobre a representatividade dos países em desenvolvimento nos debates sobre Política Fiscal Internacional segue a mesma linha¹²⁸⁷ – de que a associação entre “decisões por consenso” e *efetivo consenso* no âmbito da Política Fiscal Internacional é empregada por organizações internacionais para produzir uma espécie de *consenso manufaturado*¹²⁸⁸ em relação às jurisdições, particularmente aquelas que possuem menor poder político-econômico. Para um exemplo mais recente, considere-se o Pilar Dois do Programa de Trabalho da OCDE, já supracitado. É indubitável que a proposta do Pilar Dois é facialmente, nominalmente vocacionada à promoção de Justiça Fiscal, objetivo coletivo da Política Fiscal Internacional dos nossos tempos. Mas de quem partiu o “consenso” apto a lançar a sua proposta de “tributação mínima sobre a renda” para o público? Dito de outra forma, será verdadeira a presunção de que a “forma” de enfrentar o problema de redução de alíquotas de tributação sobre a renda pelo mundo é produto da convicção de todos os integrantes do *Inclusive Framework*? Estimamos que não. Trazido o “consenso” para o nosso sistema de seleção de precedentes, o temor é o de que PQs sejam convertidos em PAs de acordo com a posição do Grupo de Trabalho nº 1 ou do *Steering Group*, seja qual deles assumir a presidência do colégio do *Inclusive Framework*. Mais do que prejudicial à legitimidade das decisões sobre os PQs na etapa (8) do ORD, esse “consenso” mascararia as preferências externadas pelas jurisdições em relação a cada um deles. Em vez de decidir como um órgão colegiado nos moldes de um STF ou STJ, em que os votos dos julgadores são conhecidos, esse colégio seria decisor de uma decisão “una”, singularmente criada através do tal consenso. Somos contrários

¹²⁸⁷ “Further disaggregating the distribution of working party participation reveals highly skewed attendance among non-OECD countries. Out of 100 non-OECD IF members, 70 did not attend a single working party meeting during 2019” (ICTD. *At the Table, Off the Menu?* cit., p. 12). Durst associa esse déficit de participação das jurisdições de renda baixa ou renda média-baixa com o foco prioritário dado pelo Plano de Ação BEPS a temas de Política Fiscal Internacional que interessavam às autoridades de jurisdições integrantes ou da OCDE, ou do G20. Vide: DURST, Michael C. *The OECD’s BEPS Project and Lower-Income Countries. Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 90, nº 11, p. 1178, 2018.

¹²⁸⁸ A noção de “consenso manufaturado” é retirada do trabalho seminal de Chomsky e Herman sobre a eleição de determinadas pautas favoráveis aos poderes constituídos por parte da mídia de massa nos Estados Unidos. Vide: CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward S. *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*. Nova York: Pantheon Books, 2002. p. 8. Trazida essa noção para descrever os trabalhos da OCDE antes, durante e após o Plano de Ação BEPS, o que ela significa é que a Organização elegeu os temas a serem discutidos (e estabeleceu sobre eles o seu parecer técnico, efetivamente “guiando as discussões”) e essa eleição é que vem conformando as iniciativas atuais contra a elusão tributária internacional e os efeitos deletérios da Concorrência Fiscal Internacional.

à possibilidade de estabelecimento de um consenso como requisito para a tomada de decisões na etapa (8) do ORD porque reconhecer a cada jurisdição do *Inclusive Framework* a sua própria voz na formação do RPA é a verdadeira essência do nosso sistema de seleção de precedentes.

5.1.1.9 Etapa (9): incorporação do PQ aprovado como PA ao RPA

A última etapa do ORD é a submissão do PA ou do PA com ressalvas ao RPA, que deverá ser um repositório disponibilizado ao público pela Secretaria da OCDE. Para fins de acessibilidade do seu conteúdo, se o texto original do PA não estiver vertido para o inglês e o francês (os dois idiomas oficiais da OCDE), a Secretaria da OCDE deverá agregar ao PA ou ao PA com ressalvas as traduções respectivas para esses idiomas. Nenhuma dessas traduções prevalecerá perante o idioma oficial do PA, razão pela qual entendemos que não devem estar sujeitas a uma aprovação/reprovação especial no âmbito do colégio do *Inclusive Framework*.

O RPA é primariamente destinado a apoiar o processo de interpretação e aplicação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs pós-BEPS por parte dos tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*. Como dissemos no início deste Capítulo 5, o dispositivo legal que a nosso ver respalda esse *status* para o RPA é o artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT, que diz:¹²⁸⁹

Artigo 31 – Regra Geral de Interpretação

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: [...]

(b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; [...]

De partida, reconhecemos que a inserção do RPA no artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT, é desafiadora. Iniciemos pela explicação do porquê de não considerar o RPA como subsidiado pelo parágrafo 2º: o RPA não é fruto nem de um acordo formal, nem de um instrumento celebrado *em conexão com a conclusão* do ADT, motivo pelo qual não poderia estar descrito nem pela alínea “a”, nem pela alínea “b”.¹²⁹⁰ Tratemos ainda do

¹²⁸⁹ Vide: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 cit.

¹²⁹⁰ Idem. Tratando do sentido de “acordo” como um acordo não necessariamente formal, mas que seja vinculante e relacionado ao ADT, vide: LINDERFALK, Ulf. *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Springer, 2007. p. 141. O autor contrasta essa posição com o significado do termo “instrumento” na alínea “b”. “*In order for a phenomenon to fit the description in subparagraph (b), it must bear the form of a written document.*” Idem, p. 147/148. Registre-se bem, a nossa crítica à consideração do RPA como sujeito às alíneas “a” e “b” do parágrafo 2º é prioritariamente voltada ao vínculo com a expressão “em conexão com a

parágrafo 3º: contrariamente ao que diz a alínea “a”, o sistema de seleção de precedentes que resulta no RPA *prescinde* da celebração de um acordo (posição que externamos no subitem 5.1.1.6). Por sua vez, contrariamente ao que diz a alínea “c”, nem o sistema de seleção de precedentes, nem o RPA são “regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”.¹²⁹¹ Por último, consideremos ainda o artigo 32 da CVDT, que trata dos “meios suplementares de interpretação”. À primeira vista, as razões de decidir expressadas pelos julgadores nos PAs que compõem o RPA poderiam ser compreendidas como “meios suplementares de interpretação” para outras jurisdições do *Inclusive Framework*, mas percebe-se que o artigo 32 da CVDT é categórico ao dizer que o recurso a esses materiais deverá ser destinado a confirmar o sentido ou determinar o sentido de acordo com o artigo 31 da CVDT quando a interpretação segundo esse artigo 31: (a) deixar o sentido do texto do ADT “ambíguo ou obscuro”; ou (b) conduzir o intérprete a “um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”.¹²⁹² Se víssemos o RPA como um “meio suplementar de interpretação” nos moldes do artigo 32 da CVDT, só poderíamos admitir o acesso de um tribunal local aos seus precedentes se os seus julgadores tivessem primeiro percorrido o trajeto do artigo 31 e depois chegado a qualquer das situações descritas nas alíneas do artigo 32.¹²⁹³ Essa leitura do RPA seria frontalmente contrária ao seu propósito maior, que é o de conferir Harmonização Fiscal Internacional à aplicação de normas como a cláusula de PPT, os diversos testes da cláusula de LOB, e assim por diante. Se queremos que o RPA atinja esse propósito, é crucial garantir que o recurso ao seu conteúdo seja não uma

conclusão do [ADT]”. Poder-se-ia dizer que a adesão das jurisdições do *Inclusive Framework* ao Plano de Ação BEPS seria uma espécie de “acordo” e que por isso o RPA, fruto desse “acordo”, poderia ao menos ser incluído na alínea “a” *para os ADTs pós-BEPS* (sob a presunção de que o “acordo” de participação no Plano de Ação BEPS é conexo com a “conclusão” desses ADTs, mesmo daqueles que foram modificados pelo MLI ou por negociações bilaterais). Essa posição nos parece insustentável porque trata como “acordo” uma adesão não vinculante (apenas esperada, incentivada) aos resultados do projeto empreendido pela OCDE. Enfatizando esse aspecto de “vinculação”, ainda que mediante consenso, vide: COMMISSION, Jeffery; e SANDS, Phillip. *Treaty, Custom and Time: Interpretation/Application?* In: ELIAS, Olufemi; FITZMAURICE, Malgosia; e MERKOURIS, Panos (Eds.). *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*. Volume I. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 49/50.

¹²⁹¹ Vide: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 cit. Ainda que pudéssemos considerar que os Relatórios Finais do Plano de Ação BEPS como suporte para o nosso sistema de seleção de precedentes, os PAs que compõem o RPA não são “regras” de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. Em sentido contrário, no entanto, citando exemplos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que consideram instrumentos não vinculantes como “regras” para os fins do artigo 31, parágrafo 3º, alínea “c”, da CVDT, vide: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. *Vienna Convention on the Law of Treaties: Commentary*. Berlim: Springer, 2018. p. 607-608.

¹²⁹² Vide: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 cit.

¹²⁹³ Vide: DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. *Vienna Convention on the Law of Treaties: Commentary* cit., p. 617. Considerando os trabalhos preparatórios da CVDT, é evidente que os meios de interpretação que viriam a compor o artigo 32 devem ser subordinados aos meios de interpretação estabelecidos no artigo 31, parágrafos 2º e 3º. Vide: ONU. *Yearbook of the International Law Commission 1966* cit., p. 220.

medida de última necessidade dos tribunais locais, mas de *primeira*. Quanto mais os tribunais locais compreenderem que o RPA traduz a perspectiva do *Inclusive Framework* sobre como o padrão mínimo da Ação 6 deve ser aplicado, e quanto mais internalizarem que essa aplicação harmônica será efetiva contra novas hipóteses de elusão tributária internacional ou ainda contra a promoção da Concorrência Fiscal Internacional através de assimetrias havidas entre normas antielusivas de ADTs, mais o RPA terá avançado para atingir o seu objetivo.

Partamos agora para a explicação do porquê de vermos o RPA como um exemplo de “prática seguida posteriormente na aplicação do [ADT]”, na esteira do texto do artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, do CVDT. É claro: por “prática seguida posteriormente na aplicação do [ADT]”, o autor desse dispositivo queria indicar, por exemplo, as reiteradas soluções dadas a procedimentos amigáveis no âmbito do ADT, soluções essas que refletiriam a *prática* das autoridades fiscais na aplicação *dos seus dispositivos* (e que, em decorrência disso, poderiam ser “levadas em consideração” como suporte interpretativo para a tratativa de outras situações semelhantes no futuro).¹²⁹⁴ Contudo, em relação às normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, percebe-se o seguinte:

- Quando o artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT emprega a expressão “na aplicação do [ADT]”, nossa leitura é a de que a aplicação de que trata o texto não é do ADT como um todo, mas do dispositivo relevante do ADT no caso concreto. Nesse sentido, a leitura preliminar que fazemos do texto, antes mesmo de aplicar sobre si a nossa análise do padrão mínimo da Ação 6, é: “na aplicação [das normas antielusivas que se encontram no ADT]”.¹²⁹⁵
- Se uma norma antielusiva foi inserida no ADT relevante em virtude da adesão das suas jurisdições signatárias ao Plano de Ação BEPS, é possível afirmar que uma prática dessas jurisdições referente à norma proposta pela OCDE

¹²⁹⁴ “By ‘practice’ we mean the output of a treaty – admittedly, not a very potent definition, but a better description hardly seems possible” (LINDERFALK, Ulf. *On the Interpretation of Treaties* cit., p. 165). É interessante observar, no entanto, que os trabalhos preparatórios da CVDT citam o termo “statements” (no português, “declarações”) como incluído no significado de “prática”. Vide: ONU. *Yearbook of the International Law Commission 1966* cit., p. 28.

¹²⁹⁵ Aqui poderia surgir a dúvida sobre se a nossa interpretação do termo “prática” presente no artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT, tem alguma relação com a interpretação dinâmica dos ADTs (ou se a nossa leitura do termo diz respeito à “prática” das jurisdições em relação ao ADT como ele foi originalmente celebrado). Entendemos que a questão é de menor relevância para esta análise, justamente porque estamos tratando dos ADTs pós-BEPS. Esses serão ADTs que foram emendados pelo MLI (o que quer dizer que a “prática” em relação a esses ADTs se referiria à prática pós-MLI), ADTs renegociados bilateralmente em alinhamento ao MLI ou ADTs que foram celebrados após o lançamento do MLI, incorporando *ab initio* o padrão mínimo da Ação 6.

poderá repercutir na norma equivalente a essa norma no próprio ADT. Dito de outra forma, compreendemos que o artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT, nos autoriza a considerar como “prática seguida posteriormente na aplicação do [ADT]” qualquer “prática seguida posteriormente na aplicação [das normas propostas pela OCDE às quais as jurisdições signatárias aderiram em seu ADT]”.

- Com amparo nesse raciocínio, e partindo da premissa de que uma ou ambas as jurisdições signatárias são integrantes do *Inclusive Framework*, entende-se que a votação dos PQs como PAs do RPA seria uma “prática” adotada pelos seus representantes sobre a interpretação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs. Essa conclusão nos permite associar o RPA ao dispositivo do artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT.

É evidente que a interpretação que demos ao texto da CVDT testa os seus limites. Admitimos ainda que essa interpretação dobra o texto para dizer “em relação à aplicação” em vez de “na aplicação”, por exemplo (dobra que julgamos ser possível à luz do trecho “relativo à sua interpretação”). Testamos ainda os limites do texto convencional quando dizemos que a “prática” é verificada mesmo entre uma jurisdição que pertence ao *Inclusive Framework* e uma outra que não pertence (sob o argumento ténue de que a jurisdição que não integra o *Inclusive Framework* teria acordado com a prática da outra jurisdição de se reunir em um colégio e de decidir sobre PQs).¹²⁹⁶ Todo esse esforço pode ser ainda confrontado pelo argumento de que, para as jurisdições que assinaram o MLI, e em relação aos seus ADTs cobertos, o próprio MLI e a sua Declaração Explanatória poderiam ser empregados para dirimir quaisquer dúvidas sobre a aplicação do padrão mínimo,¹²⁹⁷ mas aqui a nossa réplica seria mais incisiva: o RPA, como já dissemos, traz para dentro do processo de implementação

¹²⁹⁶ Não nos socorre aqui a sugestão de que basta que a jurisdição do *Inclusive Framework* recorra ao RPA e que a jurisdição fora do *Inclusive Framework* não recorra ao RPA. Na esteira do artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b”, da CVDT, os tribunais locais da jurisdição do *Inclusive Framework* só poderiam “levar em consideração” o RPA se considerarmos que a outra jurisdição assentiu, concordou com o uso desse suporte mediante a sua prática também (não apenas a prática da jurisdição do *Inclusive Framework*). Uma solução para esse impasse seria ler no próprio artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT, uma permissão geral para que as jurisdições do *Inclusive Framework* recorram a quaisquer materiais que as ajudem a compreender o “sentido comum atribuível aos termos do [ADT]”, universo no qual caberia confortavelmente o conteúdo do RPA. Dito isso, se o artigo 31, parágrafo 1º, da CVDT pode ser utilizado para respaldar o recurso – não textualmente referido – ao RPA, o esforço que empreendemos para inserir o RPA no texto do parágrafo 3º, alínea “b”, perde todo o seu propósito.

¹²⁹⁷ Vide: ROCHA, Sérgio André; SANTOS, Ramon Tomazela. A Convenção Multilateral da OCDE e a Ação 15 do Projeto BEPS cit., p. 177-178.

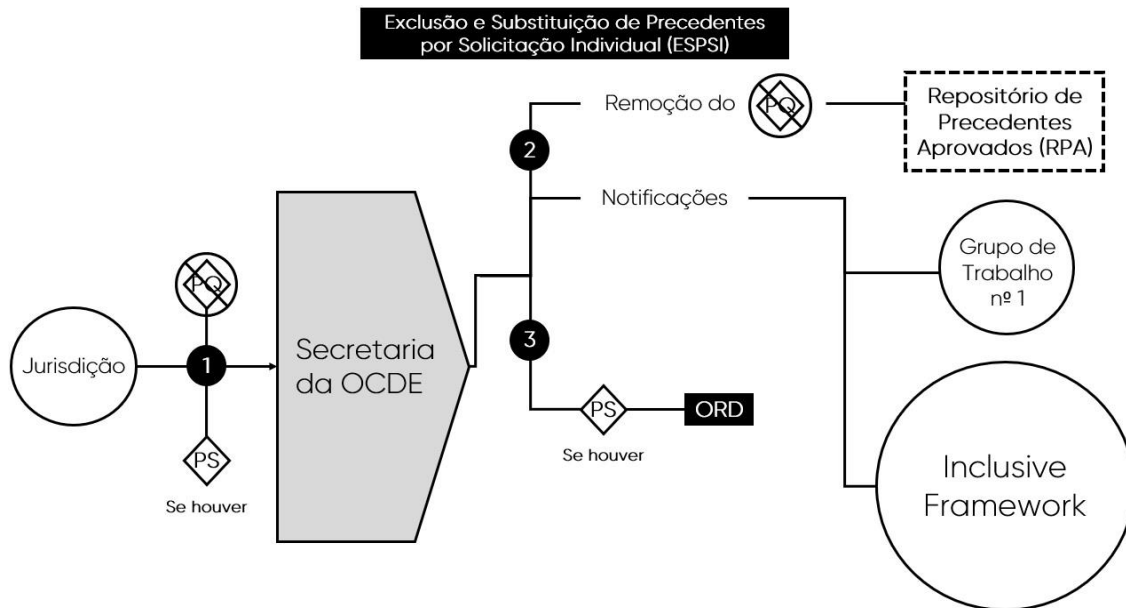
das normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 os julgadores dos tribunais locais de cada membro do *Inclusive Framework*. Parte do seu valor intrínseco é essa desconstrução do controle da OCDE sobre como o padrão mínimo deverá ser aplicado, controle esse que se manifesta através do uso de seus Comentários à sua Convenção-Modelo, do uso de Relatórios Finais das Ações do Plano de Ação BEPS, e também do MLI e de sua Declaração Explanatória como “suportes interpretativos”.

Uma última consideração sobre o RPA é se os PAs que o compõem devem servir como suporte interpretativo não apenas para os tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*, mas também para as suas autoridades fiscais. Note-se em primeiro lugar que esse possível recurso seria ao RPA, não ao voto dado pelos representantes da jurisdição específica em relação a um PA qualquer (embora conhecidos os votos de cada jurisdição em relação aos PQs apresentados, a sua *decisão* sobre cada PQ será aquela tomada pelo colégio do *Inclusive Framework*). Ultrapassado esse ponto preliminar, dizemos que a nossa preferência, até mesmo em cumprimento do objetivo coletivo de Harmonização Fiscal Internacional, é que as próprias autoridades fiscais das jurisdições do *Inclusive Framework* já internalizem os PAs do RPA na sua atividade perante os sujeitos passivos. Isso posto, ainda que o Fisco se recuse a seguir esses precedentes, essa recusa em nada afetará o resultado do ORD ou a eficácia do RPA. Seu escopo primordial continuará sendo o de servir de suporte interpretativo para a aplicação das normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 por parte dos julgadores de tribunais locais.

5.1.2 A Exclusão e a Substituição de Precedentes por Solicitação Individual (ESPSI)

Estabelecemos no item anterior que o ORD é o componente central do sistema de seleção de precedentes: é através do ORD que as jurisdições do *Inclusive Framework* e, mais especificamente, os seus tribunais locais, poderão construir uma implementação harmonizada do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs. O resultado desse processo é a formação do RPA, mas nos parece claro que, assim como o *Inclusive Framework* deve formar esse RPA, ele deve ainda zelar pela sua higidez em parceria com a OCDE. O nosso sistema, portanto, precisa contar com recursos que permitam modificações ou atualizações desse repositório, e é sobre uma delas – a ESPSI – que trataremos no Diagrama 8 a seguir. Como o seu nome já indica, a ESPSI permite uma modificação *pontual* do RPA mediante a solicitação individual da própria jurisdição de origem, solicitação essa que deverá ser apreciada quando o seu PQ tiver sido revogado ou superado por algum de seus tribunais locais, perdendo o poder vinculante que deveria ser-lhe característico (o Precedente Desqualificado, ou “P/Q”). Vejamos o Diagrama:

Diagrama 8. Estrutura da Exclusão e Substituição de Precedentes por Solicitação Individual (ESPSI) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.2



As etapas (1) a (3) serão explicadas em mais detalhes nos subitens a seguir. No diagrama, o (P/Q) indica o precedente desqualificado pela jurisdição de origem à Secretaria da OCDE. (PS) indica o precedente substituto que poderá ser apresentado pela jurisdição de origem em conjunto com o precedente desqualificado. A referência ao (ORD) indica o procedimento ordinário tratado no subitem 5.1.1.

Nos subitens a seguir, trataremos de cada uma das três etapas que foram referidas no Diagrama 8. Assim como fizemos em relação aos subitens do subitem 5.1.1, em cada um dos subitens deste subitem 5.1.2, o nosso propósito será o de explicar a etapa correspondente e, sendo o caso, levantar dúvidas (com as respectivas respostas) sobre a sua implementação.

5.1.2.1 Etapa (1): submissão do P/Q e do Precedente Substituto (PS), se houver

A premissa da etapa (1) da ESPSI é a seguinte. Se o PQ tiver se tornado um P/Q na jurisdição de origem, seus representantes *deverão* submeter esse P/Q (na realidade, notificar que o PQ se tornou um P/Q) para a Secretaria da OCDE. Se a revogação do PQ, ou a perda do seu poder vinculante, tiver sido causada pela produção de um PS, a submissão *poderá* também apresentar à Secretaria da OCDE esse PS. No intuito de esclarecer melhor os elementos dessa premissa, vamos comentar cada um deles nos parágrafos seguintes, começando pelo conceito de P/Q, ou seja, do precedente que era qualificado na jurisdição de origem e, por dados motivos, foi desqualificado.

Regressemos à etapa (1) do ORD. Lá, uma decisão qualquer só pode ser chamada de precedente, e, dentro dessa categoria, só pode ser chamada de PQ, se tratar da aplicação do

padrão mínimo da Ação 6 a uma prática de elusão tributária internacional e se vincular outras decisões judiciais e administrativas ou somente administrativas sobre esse tema no futuro. A partir desse descritivo, é razoável concluir que um PQ se tornará um P/Q se perder esse efeito vinculante, se for formalmente revogado, ou se outra decisão colegiada do mesmo tribunal ou de um tribunal superior contrariar a sua “razão de decidir” sobre o mesmo tema (a lista não é exaustiva: considere-se em geral que um PQ deixará de ser um PQ se perder os atributos que foram citados no subitem 5.1.1.1). Uma dúvida inicial poderia ser se o nosso sistema não deveria contemplar uma “exclusão do RPA com efeitos *ex nunc*”, criando no RPA uma espécie de segmentação entre PAs vigentes “por data” (para comportar tanto a hipótese de revogação prospectiva, quanto de revogação retrospectiva do PQ).¹²⁹⁸ Entendemos que não. Já dissemos que o RPA opera como um suporte interpretativo para os tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*. Se num caso concreto um julgador da jurisdição X invocou, a título de “razão de decidir”, o PA que era PQ de uma jurisdição de origem Y e agora se tornou um P/Q, essa revogação na jurisdição de origem não deve importar na revogação da sua própria decisão (à época do proferimento da decisão em X, o julgador de X concordou com o tribunal local de Y no PQ hoje desqualificado), ainda que na jurisdição de origem o PQ tenha sido revogado de forma retrospectiva (*ex tunc*). Classificar PAs no RPA de acordo com os efeitos de possíveis revogações nas jurisdições de origem poderia incutir em tribunais, em autoridades e em sujeitos passivos locais a impressão de que o RPA é “dinâmico”, e a nossa visão é a de que isso seria um esforço de conferir ao RPA a feição de um Tribunal Fiscal Internacional descentralizado. Depois que os PAs integram o RPA, o seu destino no RPA e para as demais jurisdições que compõem o *Inclusive Framework* se desatrela do sistema processual judicial ou administrativo da jurisdição de origem. O que a ESPSI garante é apenas o procedimento necessário para que um PQ que se tornou P/Q *deixe de compor o RPA*, no intuito de garantir a sua higidez, e nada mais.¹²⁹⁹

¹²⁹⁸ Comentando as origens das distinções entre *retrospective overruling* e *prospective overruling* no Direito norte-americano (especificamente aplicável à responsabilidade civil), vide: KEETON, Robert E. *Harvard Law Review*, Cambridge, Harvard Law School, v. 75, nº 3, p. 463-509, 1962.

¹²⁹⁹ A alternativa de classificar os PAs retirados do RPA como “retirados porque o PQ se tornou um P/Q *com efeitos prospectivos*” e “retirados porque o PQ se tornou um P/Q *com efeitos retrospectivos*” traria ainda o ônus político de convencer os integrantes do *Inclusive Framework* de conceder o controle do seu próprio sistema interno de precedentes às decisões dos tribunais locais da jurisdição de origem. É claro que antevemos que a remoção de um PA do RPA, se o PA já tinha motivado algum julgamento noutra jurisdição, poderá motivar a parte vencida a interpor algum recurso baseado nessa remoção – esse imponderável é inerente à instituição da ESPSI (mas o custo de não permitir a remoção do PA seria mais deletério; ou seja, tornaria o RPA rapidamente irrelevante no cenário internacional, já que alguns de seus PAs passariam a deixar de ser respeitados como precedentes até mesmo pelas jurisdições de origem). Seja

Tratemos agora daquilo que chamamos de um “dever” da jurisdição de origem de enviar o P/Q para a OCDE na etapa (1) da ESPSI. É claro: esse “dever” não advém e nem deve advir de qualquer poder de sanção vindo da OCDE ou do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* sobre a jurisdição de origem. O nosso uso desse termo é ancorado na premissa de que o *Inclusive Framework* está engajado na perseguição do objetivo coletivo de Justiça Fiscal. Todo o seu trabalho no curso do Plano de Ação BEPS foi voltado para limitar a Concorrência Fiscal Internacional, garantir que a renda de MNEs será tributada no lugar em que essas MNEs geram valor, e ainda para garantir que estratégias, esquemas, “planejamentos” tributários agressivos não deverão subtrair do erário os recursos que são necessários para a promoção do bem-estar social. Se essa é a premissa da sua participação no Plano de Ação BEPS (ainda que ponderada por objetivos individuais de política fiscal internacional), espera-se que o seu intuito seja o de contribuir para que os resultados do projeto da OCDE sejam efetivos para enfrentar os males que o originaram. É nesse espírito que concluímos que as jurisdições assumem um “dever” – em última análise de boa-fé – de submeter à Secretaria da OCDE seus PQs que se tornaram P/Qs. O “dever” deve ser antes de tudo um reflexo do seu interesse de participar da consecução da Justiça Fiscal que o padrão mínimo da Ação 6 busca implementar no âmbito de ADTs.¹³⁰⁰

Resgatando o que dissemos no primeiro parágrafo deste subitem, se a jurisdição de origem submeter um P/Q para a Secretaria da OCDE na etapa (1) da ESPSI, ela *poderá* também submeter um PS, se houver. A parcela “se houver” se reporta à eventualidade de o

como for, o RPA tem a pretensão não de “constranger” as decisões dos tribunais locais, mas sim de incentivar os seus julgadores a que persigam a implementação harmonizada do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

¹³⁰⁰ Como o “dever” não advém de nenhum poder sancionador da OCDE ou de qualquer outra parte, devemos admitir a possibilidade de que o tribunal local de uma jurisdição de origem revogue o precedente que originou o PQ e que essa jurisdição opte por não notificar a OCDE dessa revogação (i.e., não submeter o P/Q para que seja removido enquanto PA do RPA). Prevedemos duas soluções para esse impasse, porque é do interesse de todas as jurisdições do *Inclusive Framework* (não apenas da jurisdição de origem) preservar a integridade do RPA como suporte interpretativo: ou (i) a OCDE, em constante diálogo com as jurisdições do *Inclusive Framework*, incentiva a jurisdição de origem a fazer essa submissão (ressaltando os aspectos deletérios da manutenção de um PA que seja um P/Q no RPA), ou (ii) uma maioria qualificada do colégio do *Inclusive Framework* poderá excluir o PA correspondente do RPA no EXT (de que trataremos no subitem 5.1.4). Contra a oferta dessas duas soluções, poder-se-ia levantar a hipótese de (iii) a própria Secretaria da OCDE, *sponte sua*, remover o PA correspondente do RPA, ou a hipótese de (iv) qualquer membro do colégio do *Inclusive Framework* solicitar essa remoção. Entendemos que as duas hipóteses são problemáticas. Em (iii), investiríamos a OCDE de uma capacidade de “filtrar” o RPA que é em tudo contrária ao objetivo do nosso sistema de seleção de precedentes (desconstruir o controle da OCDE sobre a implementação do padrão mínimo da Ação 6). Em (iv), tornaríamos o RPA vulnerável a procedimentos individuais que poderiam retirar de si a relativa estabilidade que o nosso sistema lhe confere. Não se ignore que a “revogação” de um precedente pode ser um tema controvertido na jurisdição de origem – reconhecer aos seus representantes a preferência na submissão do P/Q para a Secretaria da OCDE, portanto, é antes de tudo retrato da nossa deferência à sua soberania.

P/Q ter sido superado por uma decisão na jurisdição de origem que é, ela própria, também um precedente sobre a mesma matéria. Mas e quanto ao termo “poderá”? Bem, como dissemos em relação à etapa (1) do ORD, a submissão de PQs por parte da jurisdição de origem é voluntária – essa faculdade deveria ser conferida à submissão de PSs da mesma maneira.¹³⁰¹ Portanto, ainda que o P/Q tenha sido substituído por um PS na jurisdição de origem, caberá à jurisdição de origem decidir se esse PS deve ou não ser enviado para a Secretaria da OCDE no contexto da etapa (1) da ESPSI.

5.1.2.2 Etapa (2): remoção do P/Q enquanto PA do RPA e notificações para o Grupo de Trabalho nº 1 para o colégio de jurisdições do Inclusive Framework

Na etapa (2) da ESPSI, a Secretaria da OCDE deverá remover o P/Q enquanto PA do RPA e enviar notificações (comunicando sobre a remoção do P/Q) para o Grupo de Trabalho nº 1 e para o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*. Com essa etapa (2), a Secretaria da OCDE efetivamente põe fim ao procedimento “E” da sigla “ESPSI”: o P/Q submetido pela jurisdição de origem deixará de compor o RPA dali em diante. Mas a relativa simplicidade da etapa (2) desperta dúvidas que devemos esclarecer neste subitem.

A primeira dúvida diz respeito à falta de uma etapa (2) como aquela do ORD na ESPSI. Ali, a Secretaria da OCDE realizava uma avaliação formal sobre o PQ da jurisdição de origem, mas aqui o P/Q submetido é recebido, removido do RPA e notificado na sequência. A diferença se explica pela natureza da submissão em relação ao RPA. No ORD, a Secretaria da OCDE avaliava formalmente o PQ para garantir que nenhuma decisão que não fosse um PQ pudesse ser votada e aprovada como PA. Na ESPSI, se os representantes da própria jurisdição de origem afirmam à OCDE que o PQ é agora um P/Q, é difícil sustentar o porquê de a OCDE ter interesse na sua manutenção enquanto PA no RPA. Como exercício, suponha-se que os representantes da jurisdição de origem tenham enviado à Secretaria da OCDE um “P/Q” que não se desqualificou perante os tribunais locais (ou porque a decisão que revogou o precedente ainda pende de algum recurso, ou porque há dúvidas sobre se o “P/Q” representa de fato uma revogação do PQ anterior). Se a etapa (2) da ESPSI fosse como a etapa (2) do ORD, a Secretaria da OCDE poderia rejeitar esse P/Q e manter o PA que lhe

¹³⁰¹ Sobre a possibilidade de que essa submissão seletiva de PSs seja utilizada pelos representantes do Poder Executivo das jurisdições de origem para “manipular” a alimentação do RPA, vide nossos comentários sobre a etapa (1) do ORD na nota 1246, *supra*.

corresponde no RPA, criando uma situação peculiar para as demais jurisdições do colégio do *Inclusive Framework*: enquanto a jurisdição de origem poderá deixar de aplicar o P/Q na sua tratativa do padrão mínimo da Ação 6, esse mesmo P/Q será um PA apto a influenciar decisões proferidas pelos tribunais locais de outras jurisdições, dando causa ao mesmo problema que o nosso sistema deveria contornar, que é a aplicação assimétrica das normas antielusivas em ADTs pós-BEPS no cenário mundial.

A segunda dúvida é algo similar à primeira, mas voltada para o próprio colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*.¹³⁰² Suponha-se que a etapa (2), ou alguma etapa posterior da ESPSI, oferecesse a esse colégio a oportunidade de reapreciar o PA à luz da submissão do P/Q, decidindo pela sua manutenção, pela sua manutenção com ressalvas, ou pela sua rejeição. Uma vez mais, o expediente se mostra incompatível com o intuito da nossa proposta, embora aqui, ao contrário do que comentamos a respeito da Secretaria da OCDE, o colégio tenha tido no ORD a oportunidade de apreciar o PQ também sob o seu aspecto material. Se a decisão do colégio fosse pela rejeição do P/Q na ESPSI, essa decisão endossaria a submissão do P/Q pela jurisdição de origem (i.e., a rejeição manifestada pelo colégio não teria o condão de alterar o destino do P/Q no nosso sistema). Se a decisão do colégio fosse pela manutenção do P/Q como um PA do RPA, voltaríamos à mesma situação discutida no parágrafo anterior: a jurisdição de origem deixaria de ver aplicado o P/Q pelos seus tribunais locais e o colégio em geral seguiria aplicando o P/Q como um PA do RPA, propiciando assimetrias. Por último, se a decisão do colégio fosse a de manter o P/Q como um “PA com ressalvas”, das duas, uma: (i) ou essa decisão representaria uma discordância em relação aos representantes da jurisdição de origem sobre o poder vinculante do P/Q associada a uma reapreciação *do mérito do PA no RPA* (como se a submissão do P/Q desse ao colégio uma oportunidade de reapreciar o PA em si), (ii) ou o colégio se depararia com um PS que, ele próprio, aplicou o padrão mínimo da Ação 6 em ADTs de forma reservada ou revisada. Quanto à alternativa (i), ela prejudica o nosso sistema porque outorga ao colégio uma oportunidade de se pronunciar novamente sobre PAs no RPA fora das hipóteses da RQ e do EXT (aliás, nem mesmo nessas hipóteses o colégio poderia reapreciar o “nível de aprovação” do PA, modificando o seu status de um “PA sem ressalvas” para um “PA com ressalvas”). Essa concessão de segundas oportunidades de se debruçar sobre os PAs é para nós fonte de

¹³⁰² Não consideramos nessas dúvidas o Grupo de Trabalho nº 1 porque ele, embora seja apenas notificado na ESPSI, não “perdeu” nenhum poder que tinha no ORD sobre a rejeição do PQ (a Secretaria da OCDE era capaz de rejeitar formalmente o PQ na etapa (2) e o colégio do *Inclusive Framework* era capaz de rejeitar formal e materialmente o PQ na etapa (8)).

insegurança jurídica para autoridades fiscais e sujeitos passivos em todo o mundo, consequência típica e deletéria da implementação do padrão mínimo da Ação 6 no ambiente pós-BEPS. Quanto à alternativa (ii), se realmente há um PS que substituiu o P/Q, e se a jurisdição de origem optou por submeter esse PS para a Secretaria da OCDE, regressamos ao ORD, que é a conclusão da etapa (3) da ESPSI discutida adiante. Poder-se-ia questionar se o encaminhamento ao ORD na etapa (3) não redundaria no mesmo resultado da alternativa (i) na hipótese de “manutenção com ressalvas”, particularmente se o PS for ele próprio uma “revisão” do P/Q para a ele acrescentar uma norma interna da jurisdição de origem, por exemplo. A resposta é negativa. O PS é ele próprio um precedente e, além disso, é submetido pela jurisdição de origem (o que indica que ele será aplicado a situações de elusão tributária internacional pelos tribunais locais da jurisdição de origem). Já a citada “manutenção com ressalvas” – que, repita-se, não faz parte do nosso sistema – seria uma reapreciação própria do colégio do *Inclusive Framework*.

5.1.2.3 Etapa (3): submissão do PS, se houver, ao ORD

A etapa (3) da ESPSI é a submissão do PS, se ele tiver sido apresentado à Secretaria da OCDE pela jurisdição de origem, às etapas (2) e seguintes do ORD. Isso quer dizer que um PS, para se transformar em um PA no RPA, deverá ser avaliado pelo nosso sistema como se fosse um novo PQ. Recebido o PS, a Secretaria da OCDE deverá realizar a sua avaliação formal para o aprovar ou rejeitar, e, se o PS for aprovado como um PQ,¹³⁰³ será submetido para o Grupo de Trabalho nº 1 e depois para o colégio do *Inclusive Framework*, ocasião na qual será votado como aprovado, aprovado com ressalvas ou rejeitado.

5.1.3 Revisão Quinquenal (RQ)

A RQ é estabelecida no nosso sistema como a única oportunidade dada ao colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* para revisar o RPA como um todo e decidir se seus PAs deverão ser mantidos ou rejeitados (o colégio não terá a oportunidade na RQ de alterar o “nível de aprovação” dos PAs, de “com ressalvas” para “sem ressalvas”). Tendo dito isso, é relevante salientar que todo o procedimento da RQ é baseado no RPA – não nos PAs

¹³⁰³ A observação é útil em relação ao Diagrama 8, porque a imagem poderia sugerir que o PS é submetido para o ORD já a partir da sua etapa (3) (já que o PS “sai” da Secretaria na imagem). Reitere-se que o primeiro “recipiente” do PS no ORD será a própria Secretaria, que o poderá aprovar ou rejeitar sob o prisma formal.

individuais. O que isso quer dizer é que a votação do colégio do *Inclusive Framework*, como veremos no subitem 5.1.3.6, deverá necessariamente ser feita em relação ao RPA revisado (e.g., um RPA que tenha sido revisado pelo próprio colégio e que tenha rejeitado três de seus PAs, mantendo todos os demais PAs por mais cinco anos).

Uma primeira dúvida sobre a RQ poderia ser sobre essa nossa preferência por uma revisão do RPA, e não de cada PA individualmente. No nosso sistema, essa será a oportunidade para o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* de revisar os PAs *em relação aos outros PAs* (por isso a revisão é feita sobre o RPA como um todo). Aqui as jurisdições poderão avaliar se um PA é mais abrangente que o outro, se os termos de um PA vêm sendo interpretados pelos tribunais locais de modo a conflitar esse PA com um outro PA (ou mesmo de conferir ao PA uma aplicação inexistente na jurisdição de origem), ou se um novo PA trata de uma hipótese de elusão tributária internacional com mais propriedade e fundamentação que um PA antigo. Claro, a aprovação de cada novo PQ na etapa (8) do ORD já deve exigir das jurisdições do *Inclusive Framework* que se assegurem de que esse PQ, a partir de então um PA, não conflitará com os PAs que já compõem o RPA – o que o ORD não permite, entretanto, é que novos PAs reabram para o colégio a oportunidade de avaliar PAs anteriores. Esse é o escopo da RQ.

Outra dúvida preliminar que surge em relação à RQ é sobre o fato de ser realizada de cinco em cinco anos. De um lado, a ideia de propor a RQ como “quinquenal” foi a de impedir que os PAs fossem removidos do RPA com uma maior frequência pelo colégio do *Inclusive Framework*. De outro, a ideia foi a de impedir que o RPA se tornasse uma espécie de referência histórica, arcaica, obsoleta sobre a aplicação das normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Isso posto, seria possível questionar o motivo do exato número de “cinco anos” na RQ, mas a nossa resposta seria imprecisa: adotamos o número de “cinco anos” porque nos pareceu razoável para conferir ao RPA a durabilidade necessária à sua vocação. Poderíamos levantar como motivos o prazo decadencial ou prescricional “geral” em algumas jurisdições do *Inclusive Framework* (de cinco anos ou menos),¹³⁰⁴ a periodicidade da publicação de novas versões das Convenções-

¹³⁰⁴ Nos referimos àquilo que a literatura em inglês chama de “*statute of limitations*”, sem compromisso com a categorização do prazo que lhe corresponde em “decadencial” ou “prescricional”. Consideramos ainda o prazo “geral” segundo a legislação aplicável (o prazo pode não ser o único disposto no texto legal, nem mesmo para fins dos tributos sobre a renda), ignorando aspectos da contagem desse prazo que o possam prolongar para além do prazo nominalmente estabelecido pela lei. Para além do caso brasileiro, *ex vi* do artigo 150, § 4º, e do artigo 174 do Código Tributário Nacional, há o caso argentino, *ex vi* do artigo 56 da Ley 11.683/1978. Vide: ARGENTINA. Ley 11.683, de 1º de diciembre de 1978. Publicado em 11 de

Modelo da OCDE e da ONU (entre dois e quatro anos pela experiência recente da OCDE, porém variável no caso da ONU),¹³⁰⁵ e até a duração do processo tributário administrativo e judicial, ou apenas administrativo, em alguns países (chegando a uma década ou mais da primeira à última instância, o que poderia militar como argumento a favor de um RPA “revisável” em um período menor, tudo com o intuito de garantir que a decisão de última instância será embasada num RPA aprimorado em relação àquele existente na época da decisão de primeira instância),¹³⁰⁶ mas esse esforço mais pareceria uma tentativa nossa de tatear um prazo de cinco anos em meio a todos esses dados. Atendidas as premissas de que o RPA não deve ser revisado num período tão breve a ponto de o tornar instável, nem tão longo a ponto de o tornar obsoleto, a decisão sobre a frequência dessa revisão (se trienal, quadrienal, quinquenal ou com outra periodicidade) poderá ser resolvida de comum acordo entre a OCDE e o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*.

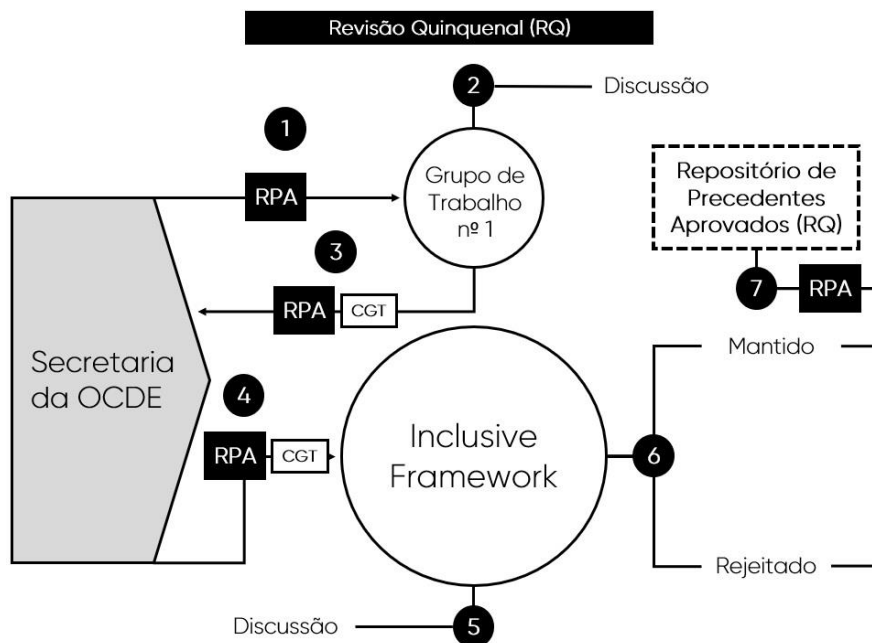
dezembro de 1978. Texto alterado pelo Decreto 821/1998. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18771/norma.htm>. Acesso em: 25 dez. 2020. Há ainda o caso belga, *ex vi* do artigo 443bis, parágrafo 1º, do *Code des Impôts sur les Revenus* de 1992. Vide: HAELTERMAN, Axel; MAES, Luc; VAN ORSHOVEN, Paul (Eds.). *Impôts sur les Revenus*. Bruxelas: La Charte, 2007. p. 542. Além deles, considere-se o prazo de lançamento de ofício na Itália, *ex vi* do artigo 43, parágrafo 1º, do *Decreto Presidenziale* nº 600/1973. Vide: ITÁLIA. Decreto del Presidente della Repubblica del 29/09/1973. Publicado em 16 de outubro de 1973. Disponível em: https://def.finanze.it/DocTribFrontend/decodeurn?urn=urn:doc_trib::DPR:1973;600. Acesso em: 25 dez. 2020. Temos ainda o caso mexicano, *ex vi* do artigo 146 do *Código Fiscal de la Federación*. Vide: MÉXICO. *Código Fiscal de la Federación*. Publicado em 8 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_081220.pdf. Acesso em: 25 dez. 2020. Entre os que apresentam prazos menores, temos Singapura, com o prazo de quatro anos no artigo 10, subseção 17, e no artigo 93, subseção 02, do *Income Tax Act* de 1947 (atualizado). Vide: SINGAPURA. *Income Tax Act*. Publicado em 1º de janeiro de 1948. Atualizado até 7 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://sso.agc.gov.sg/Act/ITA1947>. Acesso em: 25 dez. 2020.

¹³⁰⁵ As últimas sete atualizações da Convenção-Modelo da OCDE foram publicadas em 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2014, and 2017 (e a nova atualização não foi publicada em 2020). Vide: OCDE. *About*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>. Acesso em: 25 dez. 2020. As atualizações da Convenção-Modelo da ONU são menos regulares, com a última atualização completa tendo sido publicada em 2017, a anterior em 2012, e a anterior em 2001. Vide: ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* cit., p. “v” e “xiii”.

¹³⁰⁶ Um estudo de 2019 apontou, com base em dados de 2017, que o processo tributário administrativo e judicial no Brasil dura em média dezoito anos e onze meses. Vide: ETCO. *Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro*. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, realizado pela EY. São Paulo: ETCO, 2019. p. 12. Disponível em: <https://www.etco.org.br/projetos/desafios-do-contencioso-tributario-brasileiro/>. Acesso em: 25 dez. 2020. Vide, sobre o processo tributário na Argentina: KEINIGER, Walter. Argentina. In: WHITEHEAD, Simon (Ed.). *The Tax Disputes and Litigation Review*. The Law Reviews. 8. ed. Londres: Law Business Research, 2020. p. 9. Vide ainda, sobre o processo tributário na Colômbia: RODRÍGUEZ, Adrián. Colombia. In: WHITEHEAD, Simon (Ed.). *The Tax Disputes and Litigation Review*. The Law Reviews. 8. ed. Londres: Law Business Research, 2020. p. 50. Em relação ao processo tributário na Itália, vide: MAISTO, Guglielmo. Italy. In: WHITEHEAD, Simon (Ed.). *The Tax Disputes and Litigation Review*. The Law Reviews. 8. ed. Londres: Law Business Research, 2020. p. 155.

Feitas essas ponderações, passemos ao Diagrama 9. Neste Diagrama exibimos as etapas que compõem a RQ, desde o seu início, com a submissão por parte da Secretaria da OCDE, até a formação de um novo RPA (revisado). Vejamos:

Diagrama 9. Estrutura da Revisão Quinquenal (RQ) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.3



As etapas (1) a (7) serão explicadas em mais detalhes nos subitens a seguir. No diagrama, o (RPA) indica o repositório de precedentes aprovados submetido à revisão. De forma similar ao ORD, (CGT) indica os comentários a serem enviados pelo Grupo de Trabalho nº 1 sobre o repositório. A sigla (RQ) ao lado do “Repositório de Precedentes Aprovados” indica que este é um RPA pós-RQ.

Nos subitens a seguir, trataremos de cada uma das sete etapas que foram referidas no Diagrama 9. Assim como fizemos em relação aos subitens dos itens 5.1.1 e 5.1.2, em cada um dos subitens deste subitem 5.1.3, o nosso propósito será o de explicar a etapa correspondente e, sendo o caso, e levantar dúvidas (com as respectivas respostas) sobre a sua implementação.

5.1.3.1 Etapa (1): submissão do RPA da Secretaria para o Grupo de Trabalho nº 1

Na data de início da RQ, a Secretaria da OCDE deverá submeter para o Grupo de Trabalho nº 1 o RPA como se encontra. O RPA será recebido pelo Grupo de Trabalho nº 1 para que ele o analise de forma sistemática (como comentamos anteriormente no subitem 5.1.3). Essa é uma diferença importante do escopo das funções do Grupo de Trabalho nº 1 em

relação ao ORD: ali, sua análise era formal e material em relação ao PQ e aqui a análise é sistemática em relação ao RPA como um todo.¹³⁰⁷

Uma dúvida específica sobre a etapa (1) da RQ é se essa etapa deveria interromper outros procedimentos do sistema de seleção de precedentes (e.g., a apreciação de um PQ no ORD), e a nossa posição, para fins de evitar que a RQ (ancorada num RPA “parado no tempo”) e outros procedimentos (modificadores do RPA) corram em paralelo, seria a de que sim, esses outros procedimentos deveriam ser interrompidos. A interrupção levanta mais uma dúvida, que seria a de eventualmente estabelecer para a RQ uma duração predeterminada, algo como um prazo para que o procedimento chegasse ao colégio do *Inclusive Framework* e o colégio fosse instado a votar no RPA revisado. Embora entendamos que a definição de prazos para todos os procedimentos do sistema de seleção de precedentes seja relevante (inclusive para permitir que o sistema cumpra o seu papel na Harmonização Fiscal Internacional do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS), consideramos que esses prazos – inclusive o prazo para a RQ – deverão ser resolvidos de comum acordo entre a OCDE e o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*. Estabelecida a premissa de que o prazo de cada procedimento deve ser o mínimo necessário para a sua boa execução, a sua dimensão temporal exata não é componente medular da nossa proposta neste Capítulo 5.

5.1.3.2 Etapa (2): discussão sobre o RPA aberta pelo Grupo de Trabalho nº 1

A etapa (2) da RQ espelha a etapa (4) do ORD, ressalvadas as considerações feitas anteriormente sobre a diferença do objeto sob análise do público em geral (o PQ no ORD e o RPA como um todo na RQ). Assim como na etapa (4) do ORD, aqui queremos que o RPA seja submetido à análise do público em geral, especialmente de acadêmicos, ONGs e outras partes interessadas, para que todos esses atores tragam a sua contribuição para a RQ.

¹³⁰⁷ Por definição, todos os precedentes que compõem o RPA já foram analisados sob os prismas formal e material por parte do Grupo de Trabalho nº 1. Uma “revisão formal” de cada PA à luz do seu posicionamento *na jurisdição de origem* é estranha à RQ, ficando reservada à ESPSI (feita pela própria jurisdição de origem) ou ao EXT (feita pelo Grupo de Trabalho nº 1 e pelo colégio do *Inclusive Framework* em caráter excepcional). Já a “revisão material” de cada PA só poderá ser conduzida pelo Grupo de Trabalho nº 1 na RQ se for pautada pela leitura dos PAs como integrantes do RPA. Em termos práticos: na RQ, não é dado ao Grupo de Trabalho nº 1 “revisitar” uma opinião que tenha externado sobre um PQ (agora PA) no passado, modificando o seu entendimento sobre as “razões de decidir” empregadas pelo tribunal local da jurisdição de origem. O que ele pode fazer na RQ é avaliar se o PA entra em conflito com um PA a ele posterior, ou se o PA, a despeito de a textualidade das suas “razões de decidir” não conflitar com outros PAs, vem sendo invocado como suporte interpretativo pelas jurisdições do *Inclusive Framework* de modo a gerar esse conflito. O motivo dessa constrição imposta ao Grupo de Trabalho nº 1 na RQ é uma vez mais privilegiar a higidez do RPA como suporte interpretativo.

5.1.3.3 *Etapa (3): submissão do RPA e CGT pelo Grupo de Trabalho nº 1 para a Secretaria*

A etapa (3) da RQ espelha a etapa (5) do ORD, mas com uma diferença importante: enquanto lá o Grupo de Trabalho nº 1 enviava os CGT com a sua perspectiva sobre se o PQ discutido deveria ser aprovado, aprovado com ressalvas ou rejeitado, aqui os CGT deverão conter a sua visão de como o RPA deverá ser revisado pelo colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* (ou seja, que configuração final o RPA deverá possuir após a conclusão da RQ, mesmo que essa configuração final seja a mesma do RPA submetido pela Secretaria da OCDE na etapa (1)).

5.1.3.4 *Etapa (4): submissão de PQ e CGT pela Secretaria para o Inclusive Framework*

A etapa (4) da RQ espelha a etapa (6) do ORD, feitas as mesmas ressalvas citadas nos subitens anteriores. A diferença trazida pela RQ reside no papel atribuído ao colégio das jurisdições do *Inclusive Framework*. Se no ORD o colégio recebia um PQ com os CGT para analisar e votar, aqui o colégio recebe o próprio RPA com os CGT, sendo os CGT apenas uma sugestão de como o RPA poderá ser revisado (sugestão essa que poderá ser seguida, modificada ou rejeitada pelo colégio *em suas discussões na etapa (5)*). Lá, o PQ era um instrumento dado, uma obra judicial ou administrativa sobre a qual as jurisdições deveriam impor sua lupa. Aqui, entre o RPA que o colégio recebe e o RPA que submeterá para a sua própria votação, espera-se que transcorra um trabalho de discussão e revisão – é dizer, o colégio aqui assume as funções de apreciar, de *revisar* (transformando o RPA num RPA “novo”, ainda que as deliberações produzam um RPA idêntico àquele submetido pela Secretaria da OCDE na etapa (1) da RQ) e de deliberar sobre esse RPA revisado.

Uma reflexão própria da RQ, importante para as etapas seguintes, é sobre o papel a ser assumido pela presidência do colégio do *Inclusive Framework*. Se o RPA posterior à etapa (3) da RQ fosse o RPA a ser analisado pelo colégio nas etapas seguintes, o papel da presidência seria essencialmente o mesmo que lhe cabe no ORD: o de presidir as discussões sobre aquele dado da realidade e organizar a votação a seu respeito. Como, à altura da etapa (4) da RQ, o RPA a ser votado na etapa (6) ainda pende de um esforço “revisional” do colégio do *Inclusive Framework*, poder-se-ia indagar qual o grau de contribuição a ser dado pela presidência quanto a esse esforço. Numa primeira alternativa, a presidência poderia ela

própria ser a responsável pela formação de um RPA revisado que seria então submetido a uma votação na etapa (6), mas essa outorga de poder para si (ainda que seja exercida pelo *Steering Group*, de acordo com os nossos comentários no subitem 5.1.1.6) seria afrontosa ao caráter participativo das decisões do colégio do *Inclusive Framework* no nosso sistema – não nos preocupamos apenas com a licença para decidir, mas também com o poder de decidir sobre o quê decidir.¹³⁰⁸ Dito isso, em uma segunda alternativa, a presidência poderia *construir* com o colégio do *Inclusive Framework* um RPA apto a ser votado na etapa (6) através de um consenso (já expressamos a nossa visão sobre o recurso ao consenso no tópico 5.1.1.8.3) ou de votação, o que exigiria que o colégio de jurisdições fosse instado a votar em PA após PA, aprovando-o como parte do RPA pós-RQ ou rejeitando a sua continuidade no RPA pós-RQ. À luz de outros comentários já feitos sobre o ORD, nossa preferência aqui seria pela segunda alternativa vocacionada para a votação e não para a formação de um consenso. Essa alternativa tem o mérito de restringir o poder de quem quer que ocupe a presidência do colégio do *Inclusive Framework* e de garantir que o RPA pós-RQ será integrado por um conjunto de PAs alinhado à perspectiva das suas jurisdições (ou da maioria simples, ou da pluralidade dessas jurisdições, nos termos dos nossos comentários sobre métodos de votação na etapa (8) do ORD).¹³⁰⁹

¹³⁰⁸ “Pushing specific narratives as agreed-on standards of international tax law and leading countries toward sweeping reforms of their international tax policies is easier than mediating agreements that solve global problems for all those involved.” Vide ainda: CARVALHO, Lucas de Lima. The Trouble With ‘Pillars’ in International Tax Policy. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 99, n° 1, p. 79, 2020.

¹³⁰⁹ Admitimos que a alternativa peca num quesito importante, que é a postergação do aspecto formativo do “novo” RPA para o momento da sua votação. Ou seja, é como se a alternativa reconhecesse a impossibilidade de o colégio formar esse RPA e só então se pronunciar com um voto de “aprovado” ou “rejeitado” sobre *todo esse RPA*, fazendo da etapa (6) algo inclusive mais condizente com o propósito da RQ de que tratamos no subitem 5.1.3. O problema que encontramos aqui foi evitar (i) que o RPA submetido à votação fosse o RPA “revisado” segundo o Grupo de Trabalho n° 1, (ii) que o RPA submetido à votação fosse o RPA “revisado” segundo a presidência do colégio do *Inclusive Framework*, e (iii) que o RPA submetido à votação fosse uma espécie de “RPA consensual”, o que levantaria dúvidas sobre se, operado o “consenso” sobre o RPA “revisado”, as jurisdições do colégio ainda teriam motivos para participar do processo de votação na etapa (6) da RQ. Se forçássemos o colégio a produzir um RPA interno antes de o submeter à votação na etapa (6), e se a produção desse RPA interno dependesse de uma votação própria, novamente seria ilógico exigir que o colégio votasse uma vez mais para confirmar as suas preferências na primeira votação (a não ser que a primeira votação fosse PA a PA e a segunda votação fosse um “aprovado” ou “rejeitado” para o RPA como um todo – a segunda votação nesse caso exigiria que cada jurisdição analisasse se o RPA como foi revisado, possivelmente incluindo PAs que a seu juízo deveriam ter sido rejeitados, ainda assim merece ser aprovado na etapa (6)). Rejeitamos essa alternativa procedimental porque a sua eventual inclusão entre as etapas (5) e (6) contribuiria para tornar a RQ mais complexa e mais morosa. A produção do “novo” RPA conjugada com a sua votação na etapa (6) é a solução imperfeita que o nosso sistema oferece.

5.1.3.5 *Etapa (5): discussão sobre o RPA interna para os membros do Inclusive Framework*

A etapa (5) da RQ espelha a etapa (7) do ORD, feitas as mesmas ressalvas citadas nos subitens anteriores. Todas as considerações feitas no subitem 5.1.1.7 acerca da etapa (7) do ORD são aplicáveis, *mutatis mutandis*, à discussão interna do RPA pelas jurisdições que compõem o colégio do *Inclusive Framework* (incluindo os nossos comentários sobre a possível “submissão para atores políticos internos” através de expedientes como a consulta pública).

5.1.3.6 *Etapa (6): votação do RPA pelo colégio de jurisdições do Inclusive Framework*

A etapa (6) da RQ tem em comum com a etapa (8) do ORD apenas a votação a ser realizada pelo colégio do *Inclusive Framework*. Nossos comentários sobre métodos de votação e sobre as nossas preferências no subitem 5.1.1.8 são aplicáveis a esta etapa (6), feitas todas as ressalvas citadas nos subitens anteriores. Para além disso, reitere-se aquilo que pontuamos no subitem 5.1.3: a votação do colégio na RQ será ou pela manutenção dos PAs no RPA, ou pela sua rejeição. O colégio não terá a oportunidade na RQ de alterar o “nível de aprovação” dos PAs, de “com ressalvas” para “sem ressalvas” – essa pronúncia acerca das ressalvas relacionadas a PAs é reservada exclusivamente para o ORD (nem mesmo o EXT a permite, como veremos adiante no subitem 5.1.4).

Como comentamos há pouco no subitem 5.1.3.4, para garantir que a revisão do RPA será titularizada pelo próprio colégio na etapa (6), é importante que esse colégio vote no conteúdo do RPA pós-RQ, PA a PA, ainda que o conteúdo aprovado seja idêntico ao conteúdo do RPA submetido pela Secretaria da OCDE na etapa (1). Reiterando o que já foi dito sobre a RQ, agora aplicado a essa votação da etapa (6), a despeito de as jurisdições votarem o “novo” RPA com base na aprovação ou na rejeição de cada PA, essa votação deverá refletir a formação de um RPA aprimorado e mais harmônico, ou em última análise mais bem conjugado com a experiência do colégio do *Inclusive Framework* cinco anos depois da formação do RPA pré-RQ. A votação de cada PA, portanto, deverá ser ancorada na sua

*relação com outros PAs e não na sua individualidade enquanto PA.*¹³¹⁰ Concluída essa votação, chegaremos à última etapa da RQ, explicada no subitem a seguir.

5.1.3.7 Etapa (7): formação do RPA pós-RQ

A etapa (7) da RQ é a formação do RPA pós-RQ propriamente dito. No Diagrama 9, essa etapa é retratada por linhas que se prolongam do colégio do *Inclusive Framework* em direção ao RPA, seja pela alternativa de “mantido”, seja pela alternativa de “rejeitado”. Essa imagem é proposital: o que ela indica é que a votação das jurisdições do *Inclusive Framework* poderá tanto mudar o RPA da etapa (1) da RQ, quanto declarar para elas próprias e quaisquer interessados que aquele RPA da etapa (1) passou pela RQ e ainda se mantém como o RPA por elas estabelecido.

Ao contrário do que apontamos nas nossas observações sobre a ESPSI, o RPA pós-RQ poderá gerar efeitos tanto *prospectivos*, quanto ainda *retrospectivos* para a interpretação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS por parte de tribunais locais dos membros do *Inclusive Framework*. A diferença se explica por uma peculiaridade que a RQ apresenta e a ESPSI não. Ali, a exclusão do P/Q era promovida pela Secretaria da OCDE para garantir que um mesmo precedente não seria um PA para as demais jurisdições e um precedente substituído ou superado para a jurisdição de origem. Aqui, um PA rejeitado na RQ poderá preservar todos os seus efeitos vinculantes na jurisdição de origem; ele só não será adotado como PA no “novo” RPA porque conflita com algum outro PA, ou porque esse outro PA é mais completo, criterioso na análise do padrão mínimo aplicado ao caso concreto do que o anterior, enfim. Por isso é que a conferência de efeitos prospectivos para a RQ como

¹³¹⁰ Todas essas “constrições” impostas às atividades do colégio do *Inclusive Framework* levantam dúvidas sobre a sua viabilidade política. Suponha-se, por exemplo, que uma jurisdição X tenha discordado da conversão de um dado PQ em PA, votando pela sua rejeição à época do ORD. Supondo que nesta etapa (6) da RQ a jurisdição X rejeite o PA, como garantir que essa rejeição será decorrente da sua visão de que o PA é incompatível com outros PAs do RPA, e não decorrente da sua posição sobre o PA enquanto PA individual? A resposta é desafiadora. Poderíamos cogitar de uma exigência de que todos os votos dados pelas jurisdições do *Inclusive Framework* na etapa (6) fossem fundamentados, mas, sem qualquer poder de impugnação contra a “falta de fundamentação” ou a “fundamentação imprópria” desses votos, a exigência de fossem fundamentados seria inócua. A alternativa que discutiremos no subitem 5.2.1 (paridade entre representantes do Poder Executivo e do setor privado como titulares do voto de cada jurisdição) poderia até contribuir para que esse voto fosse fiel ao propósito da etapa (6) da RQ, mas ainda seria uma solução imperfeita. O que podemos esperar da implementação do sistema de seleção de precedentes é que as jurisdições do *Inclusive Framework* compreendam bem o seu propósito: a formação do RPA. Que se associem ao objetivo da formação do RPA: a Harmonização Fiscal Internacional conferida à aplicação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs. E que se comprometam com a manutenção da higidez do RPA, garantindo a sua relativa estabilidade e aderência aos seus propósitos (e daí viria o respeito ao escopo de cada procedimento componente do nosso sistema).

“espelho” do que ocorre na ESPSI não seria adequada, já que o tribunal local de uma jurisdição qualquer poderia citar um PA rejeitado pós-RQ em uma decisão sua e argumentar que esse PA, mesmo rejeitado pós-RQ, permanece vinculante para a jurisdição de origem (o que quer dizer que poderia ser utilizado como suporte interpretativo mesmo fora do RPA). Em última análise, a conferência de efeitos prospectivos e retrospectivos para a revisão do RPA é a nossa admissão de que nem a OCDE, nem o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*, teriam qualquer capacidade de limitar tribunais locais no seu recurso a PAs vinculantes nas jurisdições de origem, mas removidos do RPA.

Isso nos remete a comentários que fizemos no subitem 5.1.3 sobre a frequência da RQ, associando essa frequência a prazos colhidos do processo tributário de diferentes jurisdições, incluindo tanto os prazos decadenciais, quanto os prazos prescricionais. Sempre que o Fisco ou o sujeito passivo adotar como suporte à sua posição tributária algum PA do RPA, a sua expectativa será a de que esse PA continuará compondo o RPA pelo tempo necessário para que a sua posição se mantenha *segura*. Se o RPA for revisado e a revisão excluir o tal PA, espera-se que o prazo decadencial ou prescricional já tenha se esgotado e a posição assumida não possa mais ser legitimamente atacada pela parte contrária (e claro, é perfeitamente possível que os “cinco anos” que sugerimos não guardem qualquer relação com o momento da ocorrência do fato gerador do tributo sobre a renda; um sujeito passivo pode ter executado uma operação no ano “dois”, “três” da vigência de um RPA, por exemplo, e toda a nossa preocupação, defensável em abstrato, pouco lhe atenderia no caso concreto). Se o RPA pós-RQ pode mudar a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 inclusive para fatos geradores ocorridos (e quiçá casos julgados) antes da RQ, o mínimo que podemos garantir – para além da conscientização das jurisdições do *Inclusive Framework* do escopo da RQ – é que a RQ seja conduzida num prazo que propicie maior segurança jurídica para as autoridades fiscais e para os sujeitos passivos.¹³¹¹

¹³¹¹ Há um argumento de fundo que esclarece melhor essa diferença entre os efeitos prospectivos da ESPSI (no tocante à exclusão do P/Q do RPA) e os efeitos retrospectivos e prospectivos da RQ. A preocupação com o “aprimoramento” do RPA na ESPSI é *indireta*: o RPA deverá ser aprimorado, é claro, mas essa é uma implicação lateral da exclusão de um P/Q que já não é mais vinculante para a jurisdição de origem. Na RQ, pelo contrário, a preocupação com esse “aprimoramento” é *direta*: o RPA revisado é resultado de todo um trabalho deliberativo do colégio do *Inclusive Framework* para garantir que o “novo” RPA guardará maior coerência interna e aplicará melhor o padrão mínimo da Ação 6 do que o RPA anterior.

5.1.4 Procedimento Extraordinário (EXT)

O último procedimento que integra o sistema de seleção de precedentes é o EXT. Sua designação como “extraordinário” é explicada pelo seu propósito: o EXT permite que o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* promova, por maioria qualificada, a remoção de um PA qualquer do conteúdo do RPA (i) mesmo que esse PA continue sendo vinculante para a jurisdição de origem e (ii) mesmo fora do procedimento estabelecido na RQ. A inserção do EXT no nosso sistema de seleção de precedentes atende à necessidade política de que o RPA seja *minimamente adaptável* aos imponderáveis da evolução da Política Fiscal Internacional e do Direito Tributário Internacional.

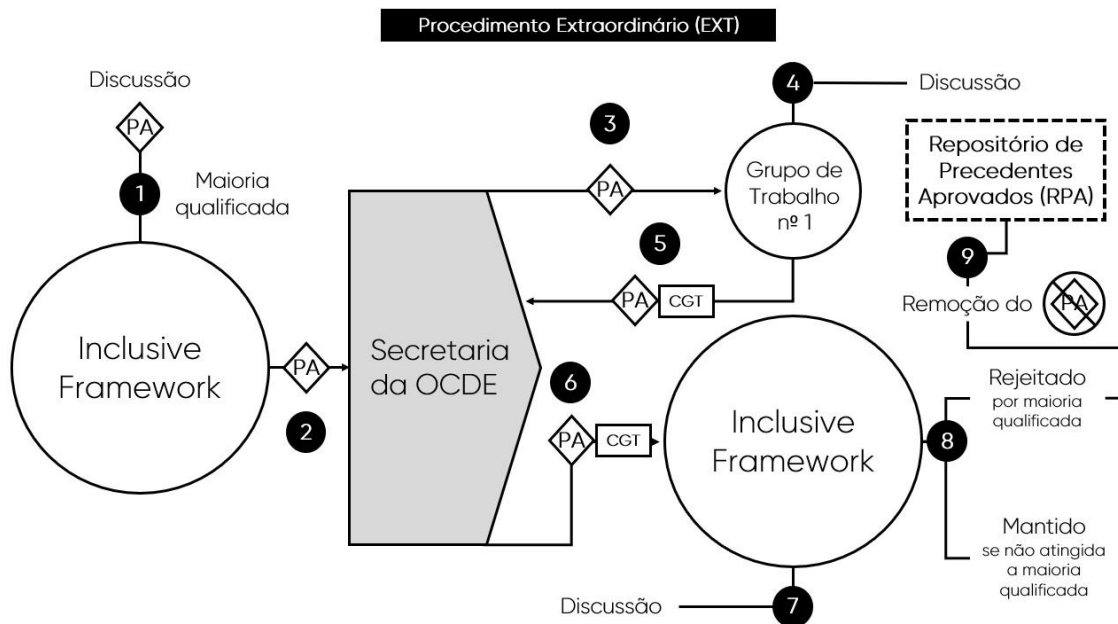
Como exercício, considere-se que testemunhamos uma escalada sem precedentes na adoção de novas tecnologias apenas durante o fatídico ano de 2020, ano esse em que fomos surpreendidos com a pandemia do vírus Covid-19.¹³¹² Essas novas tecnologias despertam nos sujeitos passivos a investigação de se poderiam ser empregadas para satisfazer a estratégias de elusão tributária internacional. Para as autoridades fiscais, essas tecnologias trazem a incerteza sobre o seu impacto para a arrecadação de receitas públicas. Por último, para os tribunais locais, essas tecnologias impõem a tarefa hercúlea de solucionar eventuais conflitos em um ambiente inexplorado. Supondo que o sistema de seleção de precedentes já fosse implementado no ano de 2021, não seria descabido considerar que em 2022 ou 2023 um PA qualquer – já inserido no RPA desde 2021 – poderá ser invocado por tribunais locais para referendar operações ancoradas nessas novas tecnologias e que em outro contexto poderiam ser percebidas como práticas elusivas perante ADTs pós-BEPS. A prevalecer o prazo que sugerimos para a RQ, e considerando que o PA segue vinculante para a jurisdição de origem, o colégio do *Inclusive Framework* só terá a oportunidade revisar o RPA e eventualmente remover esse PA em 2026. Até 2026, incontáveis casos já poderão ter sido decididos a favor dos sujeitos passivos, gerando para as jurisdições correspondentes perdas de receitas públicas incalculáveis e colocando sob risco a própria existência do RPA (i.e., se o RPA é incapaz de propiciar Harmonização Fiscal Internacional vocacionada para a Justiça Fiscal, seria mais

¹³¹² Vide, por exemplo: CLIFFORD, Catherine. *These are the new hot spots of innovation in the time of coronavirus*. CNBC, publicado em 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2020/04/15/hot-spots-of-innovation-as-a-result-of-coronavirus-pandemic.html>. Acesso em: 26 dez. 2020.

razoável abolir o sistema de seleção de precedentes que propomos neste Capítulo 5).¹³¹³ Esse é um exemplo de risco que explica a inserção do EXT no nosso sistema.

No Diagrama 10 a seguir, exibiremos todas as etapas que compõem o EXT, desde o seu início, com a seleção de um PA por maioria qualificada no âmbito do colégio do *Inclusive Framework*, até o seu final, com a remoção desse PA ou a sua manutenção no RPA. Vejamos:

Diagrama 10. Estrutura do Procedimento Extraordinário (EXT) do sistema de seleção de precedentes no item 5.1.4



As etapas (1) a (9) serão explicadas em mais detalhes nos subitens a seguir. No diagrama, o (PA) indica o precedente aprovado submetido à reanálise no EXT. De forma similar ao ORD, (CGT) indica os comentários a serem enviados pelo Grupo de Trabalho nº 1 sobre esse precedente aprovado. Por último, o (P/A) indica o precedente aprovado que foi rejeitado pela votação do colégio do *Inclusive Framework* na etapa (8).

Nos subitens a seguir, trataremos de cada uma das nove etapas que foram referidas no Diagrama 10. Assim como fizemos em relação aos subitens dos itens 5.1.1, 5.1.2 e 5.1.3, em cada um dos subitens deste item, o nosso propósito será o de explicar a etapa correspondente e, sendo o caso, e levantar dúvidas (com as respectivas respostas) sobre a sua implementação.

¹³¹³ Isso não impede que alguma jurisdição de origem apresente um novo PA que complementa a análise do anterior e, debruçando-se sobre a adoção da “nova tecnologia” de relevo, conclui de forma favorável à tese fiscal. Essa possibilidade não está ao alcance do próprio colégio do *Inclusive Framework* – sua verificação no caso concreto dependeria do transcurso de todo o processo tributário na jurisdição de origem, para só então esse processo tributário produzir um precedente vinculante, o que enfim poderia propiciar a ação da jurisdição de origem na etapa (1) do ORD. Por isso mesmo é que ela não é suficiente para escudar o nosso sistema contra os imponderáveis referidos.

5.1.4.1 Etapa (1): decisão de maioria qualificada para rediscutir internamente o PA

A etapa (1) é a mais complexa de todas as etapas do EXT; as demais são similares ou idênticas às etapas do ORD. Nesta etapa (1), uma maioria qualificada deve se formar para submeter um PA para uma rediscussão interna entre todas as jurisdições do colégio do *Inclusive Framework*. De plano, poderão surgir em relação a esta etapa algumas dúvidas: (i) quem dará início ao procedimento, (ii) como se formará a maioria qualificada, e (iii) em quê consistirá a discussão. Trataremos de cada uma dessas dúvidas nos tópicos a seguir.

5.1.4.1.1 Quem inicia o procedimento

Ao dizermos que a etapa (1) pressupõe a formação de uma maioria qualificada que queira rediscutir determinado PA do RPA, logo vem a dúvida de quem deverá dar início a esse “processo de formação da maioria qualificada” (que discutiremos mais adiante). Deverá esse PA ser notificado ao próprio colégio do *Inclusive Framework* por uma jurisdição qualquer, para que o *Inclusive Framework* então submeta essa notificação ao voto de outros membros e apure se há uma maioria qualificada que a suporta? Deve a jurisdição interessada buscar essa maioria qualificada em tratativas alheias à estrutura do nosso sistema, trazendo para o colégio do *Inclusive Framework* a notificação sobre o PA apenas quando essa notificação já tiver sido “assinada” pelos representantes das jurisdições necessárias para compor a maioria qualificada? Deve a presidência do colégio do *Inclusive Framework* agir após provocação de algum membro (ou por iniciativa própria) e ela mesma apresentar um PA qualquer para o voto do início do EXT no âmbito do colégio do *Inclusive Framework*? Seguida a premissa do nosso sistema de que o colégio deverá titularizar a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 mediante a formação do RPA, qualquer uma dessas alternativas poderia ser considerada para a etapa (1) da EXT.¹³¹⁴

Considerando essas três alternativas, optamos por endossar a primeira: seu mérito é o de identificar para o colégio (e para terceiros) qual é a jurisdição que iniciou o EXT. Ela é mais interessante para o nosso sistema do que a segunda alternativa, tendo em

¹³¹⁴ Nenhuma dessas alternativas, nem mesmo aquela que preferimos, compõe o Diagrama 10. Optamos por inserir nos Diagramas 7 a 10 apenas as etapas “estanques” de cada procedimento, deixando comentários sobre as eventuais alternativas de sua aplicação para os subitens de cada item.

vista que traz para *dentro do sistema* a manifestação inicial da jurisdição interessada em rediscutir o PA. É também mais interessante do que a terceira alternativa porque entrega a uma jurisdição titular do direito de voto (i.e., nas etapas (8) do ORD e do EXT e na etapa (6) da RQ) esse poder de apresentar para os demais membros do colégio a sua manifestação. A alternativa que apoiamos não entrega esse poder à presidência, ainda que a presidência seja exercida pelo *Steering Group* (as jurisdições que integram o *Steering Group* poderiam apresentar a mesma manifestação em caráter individual, evidentemente).

Uma última dúvida sobre o início do procedimento de votação na etapa (1) do EXT é se a presidência do colégio do *Inclusive Framework* deveria poder vetar, rejeitar notificações frívolas ou eminentemente individualistas acerca de um PA qualquer. Levantamos essa dúvida porque, no subitem 5.1.4, *supra*, o exemplo que trouxemos parece indicar que há um tipo de agonia, de inquietação específica com a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 que legitima o pedido de reanálise de um PA no RPA. Suponha-se que as autoridades fiscais de uma jurisdição X foram vencidas em um processo bilionário que foi decidido pela sua mais alta corte com base em um PA específico (um PA que seja comumente referido como suporte interpretativo pelos tribunais locais dos outros membros do *Inclusive Framework*). Vencidas no processo, as tais autoridades apresentam a demanda política de remoção do PA para os seus representantes no colégio do *Inclusive Framework* e esses representantes notificam o colégio na etapa (1). Deve a presidência avaliar e vetar essa notificação, arguindo que a apreciação subjetiva desse PA é insuficiente para promover o EXT? Definitivamente não. Quem deverá apreciar esse pedido é o próprio colégio, concedendo-lhe a maioria qualificada necessária para que seja discutido no EXT ou não.¹³¹⁵

¹³¹⁵ Sobre essa resposta em específico, seria possível questionar se ela não representa uma contradição quanto à presença de uma “avaliação formal” (a ser feita pela Secretaria da OCDE) na etapa (2) do ORD. O argumento aqui seria: se é mesmo verdade que o colégio deve ser “soberano” para apreciar ou não a notificação apresentada sobre um PA qualquer no EXT, mesmo quando for patente que a “razão de notificar” foi subjetiva e não objetiva, esse raciocínio também deveria legitimar a submissão de um PQ *diretamente* para o colégio, ou no máximo para o colégio com a consulta ao Grupo de Trabalho nº 1 que previmos no ORD. Para nós, a comparação é descabida. De um lado, o PQ é novo para o sistema de seleção de precedentes quando ele é apresentado à Secretaria da OCDE na etapa (1) do ORD – por isso mesmo é que, até chegar ao colégio do *Inclusive Framework*, esse novo PQ deverá ser submetido a avaliações e análises da Secretaria da OCDE e do Grupo de Trabalho nº 1 (que aliás abrirá os seus trabalhos para a contribuição de terceiros na etapa (4) do ORD). Do outro, o PA é parte do RPA. Aliás, o PA só é parte do RPA porque o colégio do *Inclusive Framework* assim o decidiu na etapa (8) do ORD, o que de plano explicaria a sua submissão inicial para o colégio no EXT (e não para qualquer outra parte no nosso sistema).

5.1.4.1.2 Como se formará a maioria qualificada

Estabelecido que qualquer jurisdição do *Inclusive Framework* poderá submeter ao colégio a notificação de um PA que deveria ser reexaminado, devemos agora tratar de como essa notificação poderá ganhar o apoio de uma *maioria qualificada* dos demais integrantes do colégio. Resgatando os comentários que fizemos no tópico 5.1.1.8.3, o motivo que trouxemos para não sugerir o método de votação por maioria qualificada na etapa (8) do ORD é o mesmo motivo para propor esse método na etapa (1) do EXT. Ali, o método criava obstáculos maiores para a aprovação, ou aprovação com ressalvas, ou rejeição de PQs. Aqui, como o que queremos é preservar a higidez do RPA, qualquer medida que pretenda modificar o RPA antes de passado o prazo de cinco anos da RQ deverá ser submetida a obstáculos, e por isso é que não propomos a votação pela mera maioria simples, nem tampouco pela pluralidade, ainda que em dois turnos.

Consideremos aqui duas alternativas de formação dessa maioria qualificada. Uma delas é a mais elementar: estabelecer um critério de dois terços, três quartos ou alguma outra fração superior à metade como a linha cartesiana que define a “maioria qualificada” no âmbito da etapa (1) do EXT (o critério deveria ser firmado de comum acordo entre os membros do *Inclusive Framework*, a presidência do colégio e a própria OCDE). A seu favor, essa alternativa é semelhante ao modo de outras votações por maioria qualificada no plano internacional¹³¹⁶ e, em termos práticos, é fácil de compreender. No entanto, maiorias qualificadas de dois terços (deixando de fora até 34% dos votantes) e de três quartos (deixando de fora 25% dos votantes) transmitem para a opinião pública uma falsa sensação de representatividade. É perfeitamente possível que as jurisdições que não se manifestaram ou aquelas que se manifestaram, mas em sentido contrário, sejam majoritariamente pertencentes a uma região geográfica, a uma faixa de PIB, a um estágio de desenvolvimento, enfim. Como esse método de votação reputa como “qualificada” a fração superior à metade, sem considerar amiúde que jurisdições compõem essa fração, a sua adoção poderá redundar na rediscussão de um PA qualquer em contrariedade (tácita ou expressa) aos interesses de “minorias” dentro do colégio do *Inclusive Framework*.

A segunda alternativa é menos fácil de compreender e pode levar a conflitos mais profundos entre os membros do *Inclusive Framework*. Seu mérito, no entanto, é a tentativa de

¹³¹⁶ Vide nota 1284, *supra*.

resolução desse problema de “representatividade” que aflige a votação por maioria qualificada como a descrevemos na alternativa anterior. O que sugerimos aqui é uma votação por maioria qualificada que assuma a feição do método consociacional de que tratamos no tópico 5.1.1.8.3. De um lado, o método exigiria o estabelecimento de um critério de “maioria qualificada” para a votação (como na alternativa anterior). Do outro, porém, nesta segunda alternativa a maioria qualificada deverá ser atingida *por grupo de jurisdições* dentro do colégio (i.e., *em cada grupo*, o número de votos favoráveis à discussão do PA notificado deverá ser de dois terços ou mais, três quartos ou mais). Aqui é que a etapa (1) pode ganhar mais complexidade, porque, de modo contrário ao método consociacional belga, baseado que é em grupamentos sociais e linguísticos definidos, o método de votação por maioria qualificada “consociacional” que sugerimos exige que definamos mais um critério, que é o critério responsável pela formação desses grupos no *Inclusive Framework*. Feitas todas as ressalvas aplicáveis, incluindo a de criar divisões entre os membros de um órgão colegiado que deveria perseguir de mãos dadas o objetivo coletivo de Harmonização Fiscal Internacional, a eleição de um critério específico para a votação nesta alternativa da etapa (1) do EXT deve ter como arrimo alguma conjugação entre três fatores: (i) o PIB da jurisdição no ano anterior,¹³¹⁷ (ii) o número total de procedimentos amigáveis abertos e concluídos em relação à sua rede de ADTs no ano anterior,¹³¹⁸ e (iii) o seu pertencimento a certos grupos de jurisdições preestabelecidos em relação ao colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*.¹³¹⁹

¹³¹⁷ Admitimos que esse fator é problemático. Segundo o Banco Mundial, tomando o Brasil como exemplo, tivemos em 2019 o nono PIB entre mais de duzentas jurisdições listadas. Vide: BANCO MUNDIAL. *Gross Domestic Product 2019* cit. Em relação ao PIB *per capita* pelo seu valor atual em dólares americanos, o FMI apresenta o Brasil EM 2019 como o septuagésimo nono colocado. Vide: FMI. *GDP per capita, current prices*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPDPC@WEO/WEOORLD>. Acesso em: 27 dez. 2020. Dito isso, a nossa preocupação no fator (i) é apenas com o símbolo de riqueza de *alguns* sujeitos passivos, o que poderá ser identificado com um nível maior de PIB. É inegável que o Brasil é um país de imensa desigualdade socioeconômica, mas mesmo assim temos um número limitado de sujeitos passivos de alto poder aquisitivo e que podem se valer de estratégias de elusão tributária internacional para preservar e aumentar o seu patrimônio. Essa é que deve ser a medida da identificação do Brasil com outras jurisdições dentro de um mesmo grupo (sob a ótica do fator (i)).

¹³¹⁸ É claro que uma rede de ADTs portentosa poderá sinalizar que as autoridades fiscais de uma determinada jurisdição têm familiaridade com temas de tributação internacional, incluído entre eles o tema da elusão tributária internacional. O fator (ii), no entanto, tem o mérito de demonstrar se essa jurisdição, para além de conviver com esses ADTs, tem experiência prática na solução de controvérsias acerca dos seus dispositivos. Aqui seria possível levantar alternativas ao fator (ii), ou seja, a medida de *private rulings* (no português, acordos privados) ou de *advanced pricing agreements* (no português, acordos prévios sobre preços de transferência) celebrados pelo Fisco da jurisdição relevante, ou ainda o número de processos tributários sobre práticas elusivas em ADTs iniciados ou finalizados em seus tribunais locais. Essas alternativas ao fator (ii), a nosso ver, pecam ao incorporar à sua medição considerações exclusivamente internas, particulares, da experiência com ADTs da jurisdição considerada.

¹³¹⁹ A exemplo da própria OCDE, do G20 (excluídos os membros da OCDE) e da União Europeia (excluídos os membros da OCDE e do G20), dentre outros.

Esses fatores apontam, respectivamente, (i) para o nível de experiência que os sujeitos passivos de uma jurisdição possuem com o engajamento em operações capazes de despertar a suspeita de elusão tributária internacional, (ii) para o grau de aparelhamento do Fisco dessa jurisdição para discutir e resolver temas pertinentes a ADTs, e (iii) para a eventual submissão dessa jurisdição a normas ou padrões supranacionais que a constriam a adotar determinadas posições em matéria de Política Fiscal Internacional. Perceba-se que um único fator é incapaz de determinar em que grupo determinada jurisdição se encontra (o que quer dizer que nos distanciamos da segmentação promovida pelo estudo do ICTD, com categorias de “membros da OCDE”, “membros do G20 fora da OCDE”, “países de renda baixa ou renda média-baixa” e “outros”).¹³²⁰ Note-se ainda que esses fatores poderão ser reavaliados ano a ano, propiciando a *fundamental* maleabilidade de cada grupo na etapa (1) do EXT (para que os grupos não criem nos seus membros qualquer sensação de pertencimento; os membros do colégio pertencem ao colégio e não às suas eventuais subdivisões).¹³²¹

5.1.4.1.3 Em quê consistirá a discussão

Após a decisão por maioria qualificada de que um dado PA deverá ser rediscutido pelo colégio do *Inclusive Framework*, inicia-se o *primeiro processo de rediscussão* do PA no âmbito do colégio (e no âmbito interno de cada jurisdição integrante, se esse procedimento for estabelecido pelo seu Poder Executivo). Uma primeira dúvida é sobre a razão de o processo ser iniciado *após* a votação por maioria qualificada, e a resposta é que não queremos permitir que cada “notificação de PA para o EXT” seja discutida amplamente pelo colégio antes mesmo de se formar uma maioria qualificada favorável a que o PA seja rediscutido. A ordem contrária criaria na opinião pública e nos tribunais locais a impressão de que a permanência do tal PA no RPA é duvidosa, ou está sujeita a ponderações (“ressalvas” além das eventuais ressalvas que o PA possua no RPA). Outra questão diz respeito à nossa referência à expressão “primeiro processo”. Aqui queremos indicar que o PA, findo esse “primeiro processo” de rediscussão, será submetido ao EXT e mais à frente voltará para as mãos do colégio do

¹³²⁰ Vide: ICTD. At the Table, Off the Menu? cit.

¹³²¹ Como na primeira alternativa, em que a definição da “linha cartesiana” para a maioria qualificada se sujeita ao acordo entre o colégio, a presidência do colégio e a OCDE, aqui não vemos outra possibilidade se não a exigência desse mesmo acordo (ainda que reconheçamos que a intervenção da OCDE nesse acordo e no outro vulnera a integridade do controle do colégio do *Inclusive Framework* sobre o sistema de seleção de precedentes – só sugerimos esses acordos porque não enxergamos opções viáveis para o estabelecimento desses critérios, dessas regras operacionais do sistema, sem a aquiescência de todos os envolvidos).

Inclusive Framework, ocasião na qual o colégio poderá rediscuti-lo uma última vez antes da votação prevista na etapa (8).

Demarcadas essas premissas, entendemos que a rediscussão do PA deverá tratar do que ocorreu com o PA entre a sua aprovação (ocasião na qual uma maioria simples de membros do *Inclusive Framework* o desejaram incluir no RPA) e o momento atual (ocasião na qual uma maioria qualificada desses membros acredita que a sua inclusão no RPA deve ser reanalisada). O colégio deverá se debruçar sobre as condutas realizadas por MNEs e outros sujeitos passivos depois da inclusão desse PA no RPA, bem como sobre decisões proferidas por tribunais locais que interpretaram os termos do PA de forma a subverter o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, dando a si uma feição distinta daquela que era acordada entre os integrantes do *Inclusive Framework*. É neste momento de rediscussão – não antes dele – que a jurisdição que submeteu a notificação do PA para o colégio poderá apresentar para os seus membros as suas razões, suas preocupações de Política Fiscal Internacional causadas por esse PA. O arrazoado poderá ser confrontado pela perspectiva de jurisdições que compuseram a maioria qualificada e por outras que ou não se manifestaram, ou foram contrárias à rediscussão do PA. Todo esse trabalho de rediscussão interna deverá ser conduzido e organizado pela presidência do colégio, que ao fim encaminhará o PA para a Secretaria da OCDE na etapa (2) do EXT.

5.1.4.2 Etapa (2): submissão do PA para a Secretaria da OCDE

Há uma semelhança entre a etapa (2) do EXT e as etapas (1) do ORD e da ESPSI. Como naqueles procedimentos, esta etapa (2) do EXT envia um precedente (que aqui é um PA, no ORD é um PQ e na ESPSI é um P/Q acompanhado de um PS ou não) para que a Secretaria da OCDE o receba. No entanto, diferentemente do que ocorre na etapa (1) da ORD, o envio do PA na etapa (2) do EXT não é seguido por uma avaliação formal da Secretaria (é desnecessária porque o PA já foi avaliado em seu aspecto formal no ORD; se a “avaliação formal” no EXT fosse aquela relativa à “procedência” da notificação, caberiam aqui os nossos comentários do tópico 5.1.4.1.1, *supra*). Ainda, diferentemente do que ocorre na etapa (1) da ESPSI, esse envio não é seguido por uma ação da própria Secretaria em relação ao RPA. No EXT, ela recebe o PA apenas com a finalidade de remetê-lo ao Grupo de Trabalho nº 1.

5.1.4.3 Etapa (3): submissão do PA para o Grupo de Trabalho nº 1

A etapa (3) do EXT é parecida com a etapa (3) do ORD: tanto em uma, quanto na outra, o Grupo de Trabalho nº 1 é chamado a se debruçar sobre um precedente (ali o PQ, aqui o PA) e promover uma discussão pública a seu respeito. A diferença importante entre as duas etapas reside no olhar dado pelo Grupo de Trabalho nº 1 ao precedente. Se no ORD a análise formal era voltada para PQ dentro do sistema judicial ou administrativo em que se encontrava, no EXT a análise formal é voltada para as decisões judiciais ou administrativas que têm usado o PA como “razão de decidir” (e.g., se essas decisões têm sido frequentes, se advêm do mesmo tribunal local em dadas jurisdições, se alguma das decisões assumiu um caráter vinculante). Da mesma forma, se no ORD a análise material tratava de como o PQ aplicava o padrão mínimo da Ação 6, no EXT essa análise material se dedica a investigar como o PA foi “reinterpretado” pelos tribunais locais, quer em relação a casos distintos do caso analisado pelo PQ convertido em PA, quer em relação a casos similares ou idênticos. Em resumo, o que se requer do Grupo de Trabalho nº 1 no ORD é que volte as suas lentes para o PQ em si. Já no EXT, o que se requer é que o Grupo de Trabalho nº 1 use o PA como lente para enxergar a prática das jurisdições do *Inclusive Framework* na sua utilização, interpretação e adaptação.

5.1.4.4 Etapa (4): discussão sobre o PA aberta pelo Grupo de Trabalho nº 1

Feitas as ponderações do subitem 5.1.4.3, *supra*, a etapa (4) do EXT replica não só a etapa (4) do ORD, mas também a etapa (2) da RQ. Como a rediscussão do PA pode envolver a experiência de vários membros do *Inclusive Framework*, inclusive com referências a decisões de tribunais locais e discussões internas em cada jurisdição, estima-se que essa abertura para a contribuição de outros atores poderá ser tão rica para o nosso sistema quanto aquela prevista na RQ em relação ao RPA.

5.1.4.5 Etapa (5): submissão de PA e CGT pelo Grupo de Trabalho nº 1 para a Secretaria

Feitas as ponderações dos subitens anteriores, a etapa (5) do EXT é de resto similar à etapa (5) do ORD e à etapa (3) da RQ. O conteúdo de CGT no EXT deverá ser a perspectiva (e a eventual recomendação) do Grupo de Trabalho nº 1 sobre se o PA deve ser mantido no RPA ou não.

5.1.4.6 *Etapa (6): submissão de PA e CGT pela Secretaria para o Inclusive Framework*

Feitas as ponderações dos subitens anteriores, a etapa (6) do EXT é de resto similar à etapa (6) do ORD e à etapa (4) da RQ. A partir da etapa seguinte, o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* passará ao *segundo processo de rediscussão* do PA, dessa vez munido dos apontamentos do Grupo de Trabalho nº 1 em CGT.

5.1.4.7 *Etapa (7): rediscussão do PA pelos membros do Inclusive Framework*

A primeira rediscussão do PA no EXT ocorreu no contexto da etapa (1). Naquele momento, as jurisdições do *Inclusive Framework* discutiram o que ocorreu entre a sua entrada no RPA e o tempo presente, levantando eventuais preocupações sobre como o PA vem sendo empregado por tribunais locais para aplicar o padrão mínimo da Ação 6 em ADTs. Esta etapa (7) repete aquela análise, mas agora com atenção detida à contribuição do Grupo de Trabalho nº 1 – e daqueles que participaram das discussões públicas na etapa (4) – nos CGT.

5.1.4.8 *Etapa (8): votação final do Inclusive Framework sobre o PA*

Na etapa (8), os integrantes do colégio de jurisdições do *Inclusive Framework* serão chamados a uma “votação final” sobre o destino do PA que foi notificado na etapa (1) do EXT. Perceba-se que, de forma similar à etapa (8) do ORD e à etapa (6) da RQ, mas em contraste com o processo de formação da maioria qualificada na etapa (1) do EXT, as jurisdições serão chamadas, convocadas pela presidência do colégio do *Inclusive Framework* para participar da votação.¹³²² Perceba-se ainda a nossa referência à expressão “votação final”: essa expressão se reporta não à votação que culminou na etapa (1) do EXT, mas sim à RQ. Essa deve ser a última votação permitida sobre determinado PA antes de ocorrida a RQ.

¹³²² A formação da maioria qualificada na etapa (1) do EXT é antecedida apenas pela notificação por parte de uma jurisdição interessada acerca de um PA qualquer. Nada há na etapa (1) do EXT que “conclame” o colégio do *Inclusive Framework* a se pronunciar sobre uma notificação recebida pela presidência no nosso sistema de seleção de precedentes (recebida a notificação naquela etapa (1), caberá à presidência apenas estabelecer um prazo para a sua resposta, e se a maioria qualificada de votos favoráveis não for atingida até o encerramento desse prazo, a notificação caducará). Nossa opção por suprimir da etapa (1) do EXT esse expediente (o qual, reiterando o que foi comentado anteriormente, não *obriga*, mas apenas chama as jurisdições a que se manifestem) favorece a preservação do RPA como se encontra até a RQ. Ou seja, suprimimos o expediente na etapa (1) porque o EXT deve ser iniciado apenas quando um PA cause tamanha comoção política entre os representantes das jurisdições do *Inclusive Framework* a ponto de que eles próprios se movimentem para a formação de uma maioria qualificada apta a rediscuti-lo antes da RQ.

Seja qual for o resultado dessa votação final, esse resultado deverá ser preservado até a revisão do RPA como um todo, ainda que nos dois ou três anos que se sucederem à etapa (8) da EXT o PA continue propiciando aplicações questionáveis das normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 em tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*.¹³²³

Por uma questão de coerência com a etapa (1) do EXT, entendemos que o método de votação a ser adotado para remover o PA do RPA deve ser o mesmo: um voto por maioria qualificada do colégio do *Inclusive Framework*. Seja qual for a alternativa seguida pelo colégio para apurar essa maioria qualificada (vide comentários no tópico 5.1.4.1.2, *supra*), ela deverá ser a mesma adotada na etapa (1) do EXT. Se o seu resultado for pela remoção do PA, o PA será removido do RPA na etapa (9) do EXT; se, contudo, o seu resultado não atingir a maioria qualificada a favor da remoção, o PA será mantido no RPA até pelo menos a próxima RQ.¹³²⁴

5.1.4.9 Etapa (9): remoção do PA do RPA

A etapa (9) do EXT equivale à etapa (9) do ORD (no sentido de trazer o resultado de uma votação do colégio do *Inclusive Framework* para o RPA), mas com o conteúdo da etapa (2) da ESPSI (no sentido de não incluir, mas sim remover, o PA do RPA). Finda a

¹³²³ Há duas observações a fazer sobre essa assertiva. A primeira é que nada foi dito na etapa (1) a respeito de um mesmo PA ser notificado mais de uma vez ao colégio do *Inclusive Framework* (inclusive notificado pela mesma jurisdição). Como a notificação do PA não pressupõe a sua discussão pelos membros do colégio e pelo Grupo de Trabalho nº 1, não há mal em permitir que as jurisdições notifiquem um mesmo PA ao colégio repetidas vezes. A segunda observação é relacionada à primeira: o motivo de impedirmos que um PA seja submetido à etapa (8) mais de uma vez antes da RQ é preservar a estabilidade do RPA e aliviar os representantes das jurisdições do ônus político de rediscutir repetidas vezes um mesmo PA notificado. Relembre-se aqui que a decisão de manter ou de remover PAs do RPA na RQ é por maioria simples ou mesmo por uma pluralidade, ainda que em dois turnos, como comentamos tanto no subitem 5.1.3.6, quanto no 5.1.1.8.2, *supra* (o que indica que um PA que não tenha sido removido no EXT poderá ser removido na RQ).

¹³²⁴ A despeito da igualdade entre os métodos de votação que recomendamos para as etapas (1) e (8) do EXT, é de se notar a diferença naquilo que essas votações representam. A maioria qualificada da etapa (1) do EXT é destinada a “autorizar a discussão” de um PA notificado por uma jurisdição qualquer (e, faça-se a digressão, o EXT só pode ser iniciado dessa forma e com esse escopo – nosso sistema de seleção de precedentes não contempla, por absoluta incompatibilidade com o ORD, que uma maioria qualificada de jurisdições se reúna para apresentar ao colégio do *Inclusive Framework* ou a quem quer que seja o PQ de uma jurisdição de origem que se recusou a apresentá-lo no ORD, embora consideremos que essa hipótese seria de qualquer forma bastante remota). Por sua vez, a maioria qualificada da etapa (8) do EXT é destinada a remover o PA do RPA. Em suma, aquela maioria não pressupõe esta; uma jurisdição pode ter votado em prol de “autorizar a discussão” sobre um dado PA e, após as deliberações do colégio e do Grupo de Trabalho nº 1, pode concluir que o PA deve mesmo continuar a integrar o RPA.

remoção, o EXT se reputará concluído e o novo RPA estará disponível (sem o PA) para os tribunais locais de cada jurisdição.

Uma dúvida que se relaciona com essa remoção (e com o procedimento como um todo) é se ela deveria ter algum prazo. Sobre isso já tratamos no subitem 5.1.3.1, ao comentar que os prazos dos procedimentos do sistema de seleção de precedentes devem ser resolvidos de comum acordo entre a OCDE e o colégio de jurisdições do *Inclusive Framework*. Isso posto, de plano se percebe que a preocupação com o prazo do procedimento é mais sensível no EXT. O EXT é marcado por um senso de urgência em relação a outros procedimentos, uma vez que o PA de que trata foi considerado como tão preocupante para uma maioria qualificada das jurisdições do *Inclusive Framework*, que elas decidiram rediscutir a sua inclusão no RPA antes de encerrado o restante do prazo de cinco anos entre uma RQ e outra. Por isso é que, para nós, de todos os prazos que devem ser negociados entre a OCDE e o órgão colegiado, o prazo do EXT deve ser negociado em caráter prioritário. É ideal que esse prazo seja tão exíguo quanto possível para garantir que o PA notificado, desde que uma maioria qualificada assim o suporte, seja removido do RPA no tempo presente (e para garantir que essa remoção seja percebida e incorporada pelos tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework* o quanto antes).¹³²⁵

5.2 Discussão de alternativas para o sistema de seleção de precedentes

No curso do item 5.1, preocupamo-nos não apenas com a apresentação do sistema de seleção de precedentes, mas também com o levantamento de dúvidas, alternativas, argumentos e contra-argumentos que o pudessem testar. Todas essas provocações, entretanto, são intrassistêmicas. Seu propósito maior não é o de modificar completamente o nosso sistema – seu propósito é o de questionar os motivos de o nosso sistema ter sido formado com os elementos A, B e C, e não com os elementos X, Y e Z (a exemplo das alternativas de métodos de votação que foram discutidas nos tópicos 5.1.1.8.2 e 5.1.1.8.3).

¹³²⁵ Contra o nosso zelo pela demarcação de um prazo para o EXT, seria possível argumentar que mesmo a formação da maioria qualificada na etapa (1) já seria capaz de induzir o comportamento dos julgadores de tribunais locais a que não usassem o PA notificado/rediscutido como “razão de decidir” em casos de aplicação do padrão mínimo da Ação 6 a práticas elusivas. Não ignoramos essa possível indução, mas a nossa réplica nos remete à estrutura que criamos para o EXT: uma votação que “autoriza a discussão” de um PA nada diz sobre a formação de uma maioria qualificada para *remover esse PA do RPA*. O mero início do EXT sobre um PA qualquer, portanto, nada atesta sobre a sua aprovação no ORD e sobre o seu papel na Harmonização Fiscal Internacional do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

Neste item 5.2, pretendemos explorar alternativas que modificariam no todo ou de forma substancial o sistema que propusemos anteriormente. Cada desdobramento deste item apresentará uma dessas alternativas e as nossas razões para não optar por essas alternativas ao propor o nosso sistema. Para fins didáticos, a ordem de apresentação das alternativas a seguir reflete a percepção que obtivemos sobre o grau de mudança que carregariam para os procedimentos que descrevemos no item anterior.

5.2.1 *Instituição do sistema de seleção de precedentes junto à ONU*

A primeira alternativa ao nosso sistema de seleção de precedentes o hospeda não na OCDE, mas na ONU. O sistema de seleção de precedentes deixaria de ser guiado pelos votos do colégio do *Inclusive Framework* (que possui cerca de 140 membros) e passaria a ser guiado pelos votos dos Estados-membros da ONU (atualmente, 193 membros).¹³²⁶ Os papéis do Grupo de Trabalho nº 1 e da Secretaria da OCDE no nosso sistema passariam a ser desempenhados respectivamente pelo Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais (ou por um de seus Subcomitês) e pela Secretaria da ONU.

O apelo da alternativa é evidente. A OCDE vela pelos interesses dos seus Estados-membros, ainda que promova debates sobre Política Fiscal Internacional que se espraiam para outras tantas jurisdições. Seus trabalhos no curso do Plano de Ação BEPS e em conjunto com o *Inclusive Framework* promoveram mudanças tangíveis no Direito Tributário Internacional como o conhecemos, mas seria impensável sugerir que essas mudanças beneficiaram a todas as jurisdições do *Inclusive Framework* igualmente. Por isso mesmo é que o nosso sistema busca de todas as maneiras impedir que a Secretaria da OCDE e o Grupo de Trabalho nº 1 assumam o controle da formação do RPA – nossa preocupação primordial é que as jurisdições, as maiores interessadas na aplicação do padrão mínimo, assumam a titularidade sobre esse repositório. Já a ONU vem contribuindo nos últimos anos com um número cada vez maior de discussões e de propostas vocacionadas a “reequilibrar” as contribuições da OCDE para o Direito Tributário Internacional (concedendo maior espaço para as posições de países menos desenvolvidos).¹³²⁷ Sua composição é mais alinhada a essa vocação do que a da OCDE ou do *Inclusive Framework*: basta observar que, das trinta

¹³²⁶ Vide: ONU. *Member States*. Disponível em: <https://www.un.org/en/member-states/index.html>. Acesso em: 27 dez. 2020.

¹³²⁷ Vide outros comentários acerca do trabalho da ONU em matéria de Política Fiscal Internacional e Direito Tributário Internacional no subitem 2.4.2 e no subcapítulo 3.2 desta Tese.

jurisdições com os menores níveis PIB em 2019, nenhuma é um Estado-membro da OCDE, apenas onze são integrantes do *Inclusive Framework* e vinte e oito fazem parte da ONU.¹³²⁸ Daí surgiria a ideia de que a ONU estaria mais bem posicionada no cenário internacional para hospedar o sistema de seleção de precedentes do que a OCDE.

Há três razões para não termos sugerido a ONU como “hospedeira” do sistema de seleção de precedentes. A primeira delas se refere àquilo que o RPA pretende harmonizar: a adesão de diferentes jurisdições ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, uma iniciativa da OCDE (discutida pelo Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU, mas ainda assim pertencente à OCDE). Sim, à luz de tudo o que trouxemos no Capítulo 4, *supra*, sabemos que as normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6 devem conviver com subtrações e adendos já identificados na prática de ADTs pós-BEPS, mas o padrão mínimo ainda é o nosso guia (tanto é assim que previmos a aprovação de PAs com ressalvas no ORD; não tivéssemos essa individualização do padrão mínimo clara no desenho do sistema, nem necessitaríamos de quaisquer ressalvas).¹³²⁹ A segunda razão, e isso se alinha ao que comentamos no subitem 2.4.2, *supra*, é que não notamos na ONU o *animus* político de assumir essa tarefa. Não foram poucas as considerações que fizemos no subitem 5.1 acerca de como os procedimentos do sistema de seleção de precedentes dependerão da sua viabilidade política – seria no mínimo estranho que, a par dessas considerações, sugeríssemos que o sistema fosse albergado por uma Organização que ainda não tomou para si a dianteira do combate contra a elusão tributária internacional

¹³²⁸ Essas trinta jurisdições são, em ordem: Lesoto, Butão, República Africana Central, Santa Lúcia, Cabo Verde, Belize, Gâmbia, Antígua e Barbuda, Seychelles, Timor-Leste, San Marino, Ilhas Salomão, Guiné-Bissau, Ilhas Marianas do Norte, Granada, Comores, Federação de São Cristóvão e Névis, Ilhas Turcas e Caicos, Vanuatu, Samoa, São Vicente e Granadinas, Samoa Americana, Dominica, Tonga, São Tomé e Príncipe, Micronésia, Palau, Ilhas Marshall, Kiribati, Nauru e Tuvalu. Vide: BANCO MUNDIAL. *Gross Domestic Product 2019* cit. Vide ainda: *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020* cit.; ONU. *Member States* cit.

¹³²⁹ Contra essa primeira razão que oferecemos, seria possível sugerir que não há prejuízo em “abrir” o nosso sistema para a implementação de normas antielusivas em ADTs em geral (sejam elas advindas da Ação 6 do Plano de Ação BEPS ou não), o que pelo menos por esse ângulo favoreceria a submissão do sistema proposto à ONU e não à OCDE. Entendemos que a sugestão é descabida. Regressemos à origem do nosso sistema: propomos o RPA, um repositório de precedentes aprovados de diferentes jurisdições, com diferentes tradições jurídicas e diferentes graus de experiência com o tratamento tributário de operações ocorridas no ambiente de ADTs. Em si mesma, a utilização do RPA como suporte interpretativo já carrega esse desafio de usar PAs de umas jurisdições em outras, desafio esse que se multiplicaria em dificuldade se permitíssemos que cada PA se debruçasse não sobre o padrão mínimo da Ação 6, mas sobre qualquer norma antielusiva, desde as mais etéreas até as mais detalhadas. Essa rejeição da “abertura” do nosso sistema é antes de tudo o retrato do nosso desejo de confirmar o RPA como uma coletânea *prática* de precedentes a serem empregados pelos julgadores de tribunais locais no *Inclusive Framework* para lidar com casos de elusão tributária internacional. Para garantir esse mínimo de praticidade (mitigado que é pela previsão de ressalvas na votação dos precedentes), exigimos que o RPA seja ancorado no padrão mínimo da Ação 6 e não em outro qualquer.

pós-BEPS. Por último, vemos algum mérito na associação do sistema de seleção de precedentes com o sistema de *peer review* que a OCDE já estabeleceu para o padrão mínimo da Ação 6. É proveitoso que as jurisdições do *Inclusive Framework* monitorem umas às outras para garantir que o padrão mínimo entrará mesmo nos ADTs pós-BEPS, e, ao mesmo tempo e sob a mesma “gestora processual”, sejam promotoras da implementação harmonizada desse padrão mínimo por parte de seus tribunais locais. Essa confluência de medidas de adoção do padrão mínimo e de formação do RPA no nível da OCDE é para nós mais conducente ao objetivo coletivo de Justiça Fiscal do que a separação entre o *peer review* na OCDE e o sistema de seleção de precedentes na ONU. Os dois sistemas devem coexistir em harmonia e integração um com o outro.

Talvez um motivo adicional que podemos oferecer para a nossa rejeição da alternativa que submeteria o nosso sistema à ONU está no reconhecimento do mérito de que esse sistema componha a OCDE. A assertiva parece contraditória em relação às observações que trouxemos sobre a OCDE anteriormente, mas, pelo contrário, ela se justifica por essas observações. Nosso sistema, à primeira vista apenas um expediente para agregar PAs sobre o padrão mínimo da Ação 6, pretende mesmo é se entranhar na OCDE para retirar dela o controle que possui sobre os rumos do combate à elusão tributária internacional. Queremos que, pelo menos no tocante a esse combate, os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE percam progressivamente a sua relevância para a interpretação de normas antielusivas em ADTs pós-BEPS, e que essa relevância *direta* seja conferida mais e mais à experiência das jurisdições que compõem o *Inclusive Framework*. Nenhum desses resultados é plenamente atingível com a instituição de um sistema de seleção de precedentes fora do ambiente da OCDE, nem mesmo se fosse a ONU a sua morada.¹³³⁰

¹³³⁰ Uma outra candidata a “hospedeira” do nosso sistema, mas da qual preferimos não tratar em detalhes no subcapítulo 5.2, seria a OMC. O objetivo primordial da OMC é o de facilitar e manter o livre comércio entre os seus signatários – o seu tratamento de temas tributários é uma consequência da busca por esse objetivo. Nesse sentido, vide: DALY, Michael. *Is the WTO a World Tax Organization?* Technical Notes and Manuals 16/03. Nova York: FMI, 2016, p. 01. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2016/tnm1602.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020. Além disso, entendemos que o sistema de resolução de disputas da OMC, se convivente com o nosso sistema de seleção de precedentes, poderia ser impropriamente utilizado para suplantar o nosso sistema, criando algo como um Tribunal Fiscal Internacional entre as jurisdições adotantes do padrão mínimo da Ação 6 em seus ADTs (e não entre elas e os sujeitos passivos engajados em práticas elusivas). Sobre esse sistema e a sua efetividade para resguardar a integridade dos acordos da OMC, vide: MCDOUGALL, Robert. *Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function*. *CIGI Papers*, Waterloo: CIGI, n° 194, 2018. Disponível em: <https://www.cigi-online.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020. Vide ainda: RICUPERO, Rubens. *WTO in Crisis: Déjà Vu All Over Again or Terminal Agony?* In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; CARNEIRO, Cristiane Lucena; PIRES, Luciana Maria de Oliveira Sá. *The WTO Dispute Settlement System: A Developing Country Perspective*. Cham: Springer, 2019. p. 17-24. Demais motivos para não optarmos pela

5.2.2 *Composição paritária dos representantes da jurisdição do Inclusive Framework entre o Poder Executivo e o setor privado*

Está implícito no nosso sistema que os representantes das jurisdições do *Inclusive Framework* serão os mesmos representantes que já se comunicam com a OCDE no âmbito do sistema de *peer review*. No curso deste Capítulo 5, nós nos referimos a eles como integrantes do Poder Executivo de cada jurisdição do *Inclusive Framework*, mas essa é uma suposição da nossa parte. O que podemos afiançar é que, na conformação atual do *Inclusive Framework*, nem os sujeitos passivos, nem o Poder Judiciário possuem a capacidade de decidir diretamente qual será a manifestação de cada uma dessas jurisdições perante a OCDE. E é essa falta de participação direta que nos inspira a discussão sobre mais alternativas neste item 5.2.

A primeira dessas alternativas acerca da representação das jurisdições do *Inclusive Framework* perante a OCDE diz respeito ao setor privado. Nos termos dessa alternativa, todo o sistema de seleção de precedentes permaneceria essencialmente o mesmo,¹³³¹ mas o colégio de jurisdições seria composto por “órgãos paritários” entre o Poder Executivo e o setor privado de cada membro. O mérito dessa alternativa (que à primeira vista pode parecer uma alternativa intrassistêmica, mas revoluciona por completo o sistema que propomos neste Capítulo 5) é dar voz aos sujeitos passivos na formação do RPA – de meros espectadores ou seguidores do RPA, os sujeitos passivos passariam a dividir o protagonismo da sua formação com os representantes do Poder Executivo. Investidos dessa nova função, os sujeitos passivos teriam a capacidade de impedir que suas respectivas jurisdições no colégio do *Inclusive Framework* “dobrassem” a interpretação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs aos eventuais desígnios arrecadatários dos mandatários do Poder Executivo.

A despeito do seu mérito, cremos que a alternativa não possua viabilidade política. Em primeiro lugar, os PAs incluídos no RPA aplicam um padrão mínimo cujos termos foram definidos pelas autoridades públicas e fiscais de cada jurisdição em cooperação com a OCDE. Mesmo tendo sido ouvidos nesse processo (mediante Esboços para Discussão Pública), os sujeitos passivos não estruturaram eles próprios as normas antielusivas que o padrão mínimo terminou por incorporar, o que a nosso aviso prejudica a sua participação no

submissão do nosso sistema à OMC são similares àqueles que listamos para a ONU neste subitem 5.2.1 e para o Tribunal Fiscal Internacional no subitem 5.2.4.

¹³³¹ Exceção feita às etapas (4) do ORD e do EXT e à etapa (2) da RQ, que possivelmente se voltariam mais à consulta para a comunidade acadêmica e profissional do que para associações/conselhos do setor privado.

processo de eleger precedentes sobre a interpretação e a aplicação dessas normas. Em segundo lugar, esses sujeitos passivos titularizam interesses não necessariamente alinhados aos interesses dos representantes do Poder Executivo, o que levanta a dúvida de se não utilizariam a sua função neste tal “órgão paritário” para perverter o RPA. O uso do termo “perverter” parece indicar alguma má-fé, mas desde já queremos dissipar essa impressão: o termo não indica má-fé. Indica, isso sim, que o propósito dos sujeitos passivos pode conflitar com aquele que as jurisdições assumiram para si desde o lançamento do Plano de Ação BEPS. Assumamos que uma dada jurisdição passará a ser representada no colégio do *Inclusive Framework* por esse “órgão paritário” (genuíno; não nos interessa aqui o “órgão paritário” que estabeleça uma espécie de presidência ou de “voto de minerva” para o Poder Executivo – essa paridade é fantasiosa). Das duas, uma: ou o “órgão paritário” tornará a jurisdição silente no *Inclusive Framework*, pela sua absoluta incapacidade de se posicionar sobre qualquer PQ ou PA, ou o “órgão paritário” vergará as manifestações da jurisdição para o favorecimento a PQs que confirmam interpretações restritivas às cláusulas de PPT e de LOB. E a tese de que qualquer dessas consequências é benéfica para a Harmonização Fiscal Internacional que propomos neste Capítulo 5 nos parece insustentável.

Diante das objeções apresentadas anteriormente, uma reação imediata seria dizer que esse nosso sistema será então produtor de um RPA favorável ao Fisco, lido o termo “favorável” no sentido de amplificar os poderes discricionários das autoridades fiscais na aplicação das normas antielusivas plasmadas no artigo 7º do MLI (e adaptadas para os ADTs posteriores). Contra essa reação, fazemos dois comentários. O primeiro é que o próprio padrão mínimo da Ação 6 rejeita essa concessão de completa liberdade para que o Fisco, a seu talante, decida se deve ou não “autorizar” o acesso do sujeito passivo aos benefícios do ADT. Evidência singular disso é a propositura de uma cláusula de LOB, mas não só: a própria cláusula de PPT já demonstra a preocupação da OCDE e as jurisdições do *Inclusive Framework* de impedir que um propósito qualquer de economia tributária deslegitime a fruição de um benefício do ADT, que alegações desarrazoadas fundamentem a denegação desse benefício, ou, ainda, de impedir que os fiscais deneguem esse benefício quando a sua concessão for cumpridora do objeto e do propósito do ADT. O segundo comentário exige que consideremos seriamente este cenário: a formação de um PA composto somente por PAs favoráveis ao Fisco (ou por falta de interesse das jurisdições de origem de submeter à OCDE os PQs que lhe sejam desfavoráveis, ou por falta de interesse dos demais membros do colégio do *Inclusive Framework* na aprovação desses PQs na etapa (8) do ORD). Se os tribunais

locais perceberem que o RPA traduz apenas a posição fiscalista, e não a posição que melhor reflita a interpretação e a aplicação do padrão mínimo de forma a promover Justiça Fiscal, dificilmente o invocarão para sustentar seus julgados (qualquer sujeito passivo poderá alertá-los sobre o “real” interesse da formação do RPA). Se isso ocorrer, todo o benefício que reclamamos com o RPA formado pelo nosso sistema (a Harmonização Fiscal Internacional na implementação do padrão mínimo, corrigindo assimetrias e propiciando maior Justiça Fiscal para todos os envolvidos) se perderá, e com isso regressaremos à situação exposta no Capítulo 4, *supra*. A diversidade dos PAs do RPA entre favoráveis aos sujeitos passivos e ao Fisco, portanto, aproveita também aos representantes do Poder Executivo de cada membro do *Inclusive Framework*.

5.2.3 *Composição dos representantes da jurisdição do Inclusive Framework entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário*

No item anterior, aludimos a duas alternativas ao nosso sistema que são voltadas à representação dos membros do *Inclusive Framework*. A primeira foi a incorporação de sujeitos passivos a esse processo decisório, já tratada. Esta segunda alternativa se dedica a analisar a viabilidade da participação direta de integrantes do Poder Judiciário (ou de tribunais administrativos) no nosso sistema de seleção de precedentes.

De todas as alternativas discutidas neste item 5.2, esta é a que nos apresenta mais dúvidas. Em relação àquelas jurisdições que atribuem a resolução de conflitos sobre temas tributários ao Poder Judiciário, qual seria o motivo de franquear aos seus integrantes parte (ou a totalidade)¹³³² dos votos referentes às suas jurisdições no *Inclusive Framework* e não fazer o mesmo para o Poder Legislativo? Enquanto o primeiro interpreta e aplica o padrão mínimo da Ação 6, o último é o responsável pela aprovação desses dispositivos em ADTs pós-BEPS. Se a resposta for no sentido de conferir a ambos, juntamente com o Poder Executivo, a capacidade de decidir pelas jurisdições no *Inclusive Framework*, para além da sua patente inviabilidade política, essa resposta nos conduziria a uma espécie de legislação supranacional

¹³³² Subjacente a essa dúvida está a questão de se o Poder Judiciário deveria partilhar com o Poder Executivo essa representação no *Inclusive Framework* (num “órgão paritário”) ou se deveria ser meramente consultado pelo Poder Executivo antes de que este último formalize a sua decisão. O raciocínio por detrás do “órgão paritário” da primeira alternativa era conceder a ambas as partes na lide tributária vez e voz para decidir sobre que PQs podem ser convertidos em PAs e sobre outros procedimentos do nosso sistema. Aplicado ao Poder Judiciário, o raciocínio perde o seu sentido. No tocante à possibilidade de “consulta” do Poder Executivo ao Poder Judiciário antes de que o primeiro se manifeste no *Inclusive Framework*, é duvidoso dizer que vulnera o sistema que apresentamos no subcapítulo 5.1.

sobre o padrão mínimo da Ação 6. Como vimos no Capítulo 4, a adesão às *normas* propostas pela OCDE no padrão mínimo não foi unívoca no ambiente pós-BEPS – por isso não vemos sucesso para essa adesão unívoca num sistema de seleção de precedentes acerca do mesmo padrão mínimo. Se a resposta resgatar o intuito do RPA, estabelecer que esse RPA é destinado a suportar decisões do Poder Judiciário (ou de tribunais administrativos) e com base nisso justificar que só o Poder Judiciário deve participar diretamente com o Poder Executivo dessas manifestações no colégio do *Inclusive Framework*, a dúvida que se apresenta é se os tribunais locais teriam licença para dar cabo dessa tarefa. Levantamos essa dúvida porque, a exemplo do artigo 36, inciso III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional no Brasil,¹³³³ do artigo 7º-B, inciso II, do Estatuto dos Magistrados Judiciais de Portugal,¹³³⁴ e do artigo 131, inciso IX, da Lei Orgânica do Poder Judiciário Federal do México¹³³⁵ é tipicamente vedado a magistrados que se manifestem sobre processos pendentes de julgamento, universo que pode ou não incluir demandas acerca da aplicação do padrão mínimo da Ação 6 a situações de elusão tributária internacional no âmbito de ADTs. Considerando a regular submissão de demandas sobre a aplicação de ADTs ao Poder Judiciário ou a tribunais administrativos das jurisdições que compõem o *Inclusive Framework*, parece difícil defender que esses magistrados poderiam se manifestar a respeito de PQs ou de PAs no contexto do sistema de seleção de precedentes que propomos ou desse sistema em sua feição alternativa.

Ainda que os julgadores de tribunais locais pudessem assumir esse poder “dual” de atuar como integrantes do Poder Judiciário internamente e de atuar como representantes das jurisdições do *Inclusive Framework* externamente, levanta-se a dúvida de se a última atuação poderia vincular a primeira (relembre-se bem, nada no nosso sistema compele os tribunais locais a que recorram aos PAs como “razão de decidir”). Se a resposta fosse positiva, o RPA perderia o seu caráter de “suporte”, de recurso franqueado aos tribunais locais, e passaria a fazer as vezes de uma corte superior, sumular, e em tudo limitadora da soberania fiscal nacional (não é esse o nosso propósito neste Capítulo 5 e estimamos que a cooperação inaugurada com o Plano de Ação BEPS não se prestaria a esse fim). Por sinal, não conseguimos sequer cogitar uma resposta negativa para essa dúvida: uma aprovação ou aprovação com ressalvas de um PQ qualquer no ORD, por

¹³³³ Vide: BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

¹³³⁴ Vide: PORTUGAL. Lei nº 21/85, de 30 de julho. Atualizada de acordo com a Lei nº 67/2019. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/393601>. Acesso em: 29 dez. 2020.

¹³³⁵ Vide: MÉXICO. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Texto vigente desde 10 de janeiro de 2014. Disponível em: https://www.sspc.chiapas.gob.mx/leyes/federal/LEY_ORGANICA_DEL_PODER_JUDICIAL_DE_LA_FEDERACION.pdf. Acesso em: 29 dez. 2020.

exemplo, claramente deveria ser reputada pelos jurisdicionados como prova de que os tribunais locais *são compelidos a utilizar* aquele PQ para amparar as suas decisões sobre situações de elusão tributária internacional.¹³³⁶

Em resposta a todas as objeções levantadas anteriormente, seria possível contestar que a falta de participação do Poder Judiciário (ou dos tribunais administrativos) no processo de formação do RPA retira de si o interesse na sua invocação caso a caso. Ora, sabe-se que os tribunais locais já utilizam os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE como amparo às decisões que proferem sobre ADTs.¹³³⁷ Sabe-se ainda que precedentes a esmo, emanados de cortes estrangeiras, ocasionalmente aparecem nos votos dos integrantes de órgãos colegiados em dados países, seja na esfera judicial ou na esfera administrativa.¹³³⁸ Os tribunais locais não foram responsáveis pela elaboração dos Comentários ou dos precedentes estrangeiros que eles invocam, e, ainda assim, desejosos de prestar a tutela jurisdicional com máxima efetividade, recorrem a eles. O mesmo raciocínio – e com maior legitimidade, porque os PAs foram aprovados pelas próprias jurisdições do *Inclusive Framework* – justifica o interesse dos tribunais locais no RPA e nos serve como tréplica.

5.2.4 *Harmonização do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS através de um Tribunal Fiscal Internacional*

A última alternativa que exploraremos neste item é a criação de um Tribunal Fiscal Internacional para harmonizar o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS.

¹³³⁶ Essa suposição levanta outro questionamento: e se, tendo se manifestado favoravelmente à aprovação de um PQ qualquer, o magistrado (membro de órgão judicial ou administrativo colegiado) decidir um caso posterior em contrariedade ao tal PQ, agora um PA do RPA? A despeito da falta de qualquer poder sancionador no nível da OCDE (ou da ONU, ao modo da alternativa discutida no subitem 5.2.1), o que à primeira vista indicaria que a decisão contrária não deveria gerar qualquer repercussão *jurídica* para esse magistrado ou para os processos tributários da jurisdição em geral, a resposta mais adequada aqui nos pareceria ser que a parte contrariada deveria ter o direito a algum recurso (destinado ao mesmo tribunal local, afirmando que o magistrado não pode decidir contrariamente ao PQ, agora um PA do RPA, se no passado decidiu pela sua aprovação). Seria, à toda prova, uma vinculação dos órgãos judicantes de cada jurisdição do *Inclusive Framework* aos seus pronunciamentos no âmbito do sistema de seleção de precedentes.

¹³³⁷ Em relação aos julgados brasileiros sobre temas afeitos à tributação internacional, vide: ROCHA, Sérgio André. *Política fiscal internacional brasileira* cit., p. 155-156. Outras decisões judiciais e administrativas já citadas nesta Tese também se referiram aos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE. Vide, por exemplo: ÍNDIA, *Formula One World Championship Ltd. v. Commissioner of Income Tax*, cit. Vide ainda: UNIÃO EUROPEIA, *Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16* cit.

¹³³⁸ Vide, por exemplo, referindo-se ao julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Gregory v. Helvering*: CANADÁ. *Stuart Investments Ltd. v. The Queen* [1984] 1 SCR 536 cit. Vide ainda, referindo-se ao julgado da Corte Federal canadense no caso *John N. Gladden v. The Queen*: ÍNDIA. *Meera Bhatia v. Income Tax Officer* cit.

Que a criação dessa corte supranacional esbarra em empecilhos políticos ainda mais contundentes que os narrados anteriormente (e.g., falta de interesse das jurisdições do G20, não vinculação dos Estados-membros da União Europeia, possível ofensa à soberania fiscal nacional), disso já estamos cientes. O que nos interessa aqui é explorar a alternativa sob o prisma teórico: se a criação de um Tribunal Fiscal Internacional poderia propiciar uma maior Harmonização Fiscal Internacional em torno do padrão mínimo da Ação 6 e, assim, promover Justiça Fiscal para os membros do *Inclusive Framework*.

Antes de passar às nossas considerações, impende explicar o que a expressão “Tribunal Fiscal Internacional” nos traduz. Usamos essa expressão para definir uma corte supranacional que sirva como última instância para os recursos de sujeitos passivos ou do Fisco contra decisões dos tribunais locais acerca da aplicação de ADTs. O Tribunal Fiscal a que nos referimos é “Internacional” e não “Global” porque se dedica à resolução de disputas entre as autoridades fiscais e os sujeitos passivos (e não à promoção de arbitragem entre jurisdições que celebraram um ADT qualquer, em suporte a dispositivos como os artigos 18 a 26 do MLI).¹³³⁹ Detalhes sobre a estrutura desse Tribunal Fiscal Internacional são pouco relevantes para a sua análise enquanto alternativa ao nosso sistema. Basta dizer que esse Tribunal seria formado por julgadores eleitos ou aprovados em processos seletivos abertos ao público (i.e., independentes em relação a qualquer jurisdição individual), que a sua instituição poderia se dar no âmbito da OCDE, da ONU, ou como um órgão autônomo, e que precedentes seus sobre ADTs (incluindo sobre a aplicação do padrão mínimo da Ação 6 a ADTs) seriam vinculantes para os tribunais locais de todas as jurisdições do *Inclusive Framework*.¹³⁴⁰

Comparado a essa concepção de um Tribunal Fiscal Internacional, o nosso sistema parece a princípio uma espécie de “meio caminho” entre o que existe hoje, que é a

¹³³⁹ Vide: LINDENCRONA, Gustaf; MATTSSON, Nils. Arbitration in Taxation: An Introduction. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 42, nº 3, p. 161-162, 2014. A despeito disso, a referência de outros autores à expressão em inglês *International Tax Court* indica a corte arbitral entre jurisdições signatárias de ADTs. Vide, por exemplo: AZZI, John. Tackling Tax Treaty Tensions: Time to Think about an International Tax Court. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 52, p. 344-357, 1998.

¹³⁴⁰ A despeito de se referir à expressão *World Tax Court*, VAN RAAD apresenta uma corte que teria uma estrutura servível para um Tribunal Fiscal Internacional. Algumas das características apontadas pelo autor são a seleção de especialistas em tributação internacional como *panel members*, a apresentação de solicitações para a corte por escrito, a publicação das suas decisões e a possível submissão da corte a uma organização internacional preexistente. Vide: VAN RAAD, Kees. Tax Treaty Interpretation and Application. In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Moris; RAUPACH, Arndt; RODI, Michael; VAN RAAD, Kees. *International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel*. Londres: Kluwer Law International, 2002. Series on International Taxation. v. 26, p. 225-230, 2002.

tentativa de Coordenação Fiscal Internacional através do *peer review*, e o que um Tribunal como esse traria, ou seja, a verdadeira Harmonização Fiscal Internacional perseguida para o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Reconhecemos essa primeira impressão e concordamos com a assertiva de que o nosso sistema pode pavimentar o caminho para a criação de um Tribunal Fiscal Internacional no futuro. Isso posto, nosso sistema não foi estruturado no item 5.1 como um “meio caminho” entre o que existe hoje e o Tribunal Fiscal Internacional. O nosso sistema não se satisfaz em conceder a uma organização terceira (ainda que sujeita a um acordo multilateral do qual todas as jurisdições do *Inclusive Framework* sejam signatárias) o poder de decidir como o padrão mínimo da Ação 6 será implementado em ADTs pós-BEPS. Entregamos esse poder para as próprias jurisdições, investindo-as da responsabilidade de não apenas seguir o padrão mínimo, mas também de selecionar precedentes que pautarão as análises de tribunais locais sobre o combate à elusão tributária internacional. O nosso sistema, não o Tribunal Fiscal Internacional, concede voz e vez às várias jurisdições do *Inclusive Framework* que nem são parte do G20, nem são parte da OCDE. O nosso sistema, não o Tribunal Fiscal Internacional, exige dos membros do G20 e da OCDE que se desdobrem para conquistar os votos necessários para a aprovação de PQs como PAs, mesmo por maioria simples na etapa (8) do ORD. O que o nosso sistema e o Tribunal Fiscal Internacional têm em comum é o desequilíbrio que causam ao eixo condutor da Política Fiscal Internacional dos nossos tempos, que é a OCDE. Entretanto, enquanto o Tribunal Fiscal Internacional desequilibra esse poder em favor da opinião técnica de especialistas (i.e., os julgadores desse Tribunal), o nosso sistema *consulta esses especialistas* (no Grupo de Trabalho nº 1), mas reconhece o poder decisório apenas para os representantes das jurisdições que assentiram com a conversão daquelas recomendações da Ação 6 em um padrão mínimo do Plano de Ação BEPS.

Poderíamos ainda tecer outros comentários sobre a rejeição dessa alternativa. Diz ZÜGER que a criação de um Tribunal Fiscal Internacional ou Global demandaria o dispêndio de consideráveis recursos para a sua operacionalização e manutenção, dificilmente justificáveis à luz do número relativamente modesto de demandas sobre ADTs que seriam submetidas para a sua análise.¹³⁴¹ Os custos para a manutenção do nosso sistema são muito inferiores: podemos usar a mesma estrutura empregada para as discussões entre a OCDE e o *Inclusive Framework* no sistema de *peer review* e não

¹³⁴¹ Vide: ZÜGER, Mario. *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law*. Amsterdã: IBFD, 2001. p. 111.

necessitamos da eleição de julgadores próprios. Tratando em particular da ideia de um Tribunal Fiscal Global, HEYKA diz que sua criação pode exigir a concordância de “grandes economias” (citando o exemplo do Brasil e da Argentina na América do Sul), e o autor espera que essa adesão catalise o apoio de outras economias menores.¹³⁴² O nosso sistema, por sua vez, não produz precedentes aptos a vincular os tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework* e, como dissemos anteriormente, já se insere no mandato da OCDE de monitoramento da implementação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs (o que torna desnecessária a expectativa de que o nosso sistema seja estabelecido apenas graças ao “efeito manada” criado pelo apoio de grandes economias em determinadas regiões do globo). Por último, note-se que o nosso desejo é que a formação do RPA contribua não apenas para harmonizar, mas para aprimorar a aplicação do padrão mínimo com vistas a promover Justiça Fiscal. A despeito de não outorgarmos o poder de criar novos precedentes a especialistas eleitos para compor essa corte supranacional, criamos no nosso sistema diversas salvaguardas contra a perversão do que foi acordado na Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Essas salvaguardas incluem a necessidade de que as decisões do ORD, da RQ e do EXT sejam precedidas pela apreciação e por comentários do Grupo de Trabalho nº 1, que essas decisões colegiadas sejam públicas, que exijam ao menos uma pluralidade de votos favoráveis (ou a maioria qualificada no caso do EXT), e que o RPA só possa ser alterado mediante procedimentos bem definidos (e não ao talante das jurisdições que possuam maior poder político-econômico no colegiado).

5.3 Expectativas da implementação do sistema de seleção de precedentes para o futuro do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS

Nos itens 5.1 e 5.2, primeiro definimos o sistema de seleção de precedentes e depois explicamos os motivos de optarmos por esse sistema e não pelos sistemas embasados em quatro alternativas distintas. O que nos resta é estimar as implicações da implementação do nosso sistema para o futuro do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Passaremos a essas considerações nos itens a seguir.

¹³⁴² Vide: HEYKA, Jake. A World Tax Court: The Solution to Tax Treaty Arbitration. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 83, p. 632, 2016.

5.3.1 Ameaça à segurança jurídica promovida pela cláusula de LOB em ADTs pós-BEPS em virtude de PAs sobre a cláusula de PPT ou sobre as cláusulas de LOB e PPT

As Tabelas 1, 2 e 3 contidas no subitem 4.1.1, *supra*, e demonstram que a adesão nominal das jurisdições do *Inclusive Framework* à cláusula de LOB do artigo 7º do MLI, foi bastante limitada. Mais limitada ainda é a incorporação dessas posições a ADTs concretos no ambiente pós-BEPS, dado que nos sugere que um número reduzido de PQs aplicará a cláusula de LOB a situações de elusão tributária internacional. Nosso sistema nasce, portanto, com a previsão de formar um RPA repleto de referências sobre as cláusulas de PPT, mas com poucas diretrizes sobre como os tribunais locais deverão aplicar as cláusulas de LOB eventualmente contidas nos ADTs de suas respectivas jurisdições. Pior: como as cláusulas de LOB identificadas em ADTs pós-BEPS foram tipicamente conjugadas com cláusulas de PPT, a perspectiva é a de que os PQs sobre as primeiras relacionem o seu conteúdo com as últimas, reduzindo ainda mais os lumières sobre como aplicar cláusulas de LOB isoladas, individuais, às práticas elusivas que desafiarão a compreensão dos tribunais locais nos anos vindouros.

Quanto a este subitem 5.3.1, a nossa expectativa se diferencia claramente daquilo que desejamos com o nosso sistema. Desejamos que o sistema forme um RPA populado por PAs tanto referentes à cláusula de PPT, quanto também referentes à cláusula de LOB, e a ambas em conjunto, e à cláusula de alívio discricionário sob pedido, enfim (sendo todos esses PAs iguais ou quase iguais no RPA em termos numéricos). Tendo dito isso, a nossa expectativa é que os precedentes acerca da interpretação e da aplicação da cláusula de PPT tomem conta do RPA, estimativa atrelada à constatação de que os ADTs pós-BEPS aderiram à cláusula de PPT em sua vasta maioria. Essa estimativa nos sugere ainda que o colégio das jurisdições do *Inclusive Framework*, sob pena de deslegitimar o RPA para aquelas jurisdições que optaram pela adesão à cláusula de LOB em seus ADTs, precisará velar pela seleção de PAs que, ao se debruçarem sobre a cláusula de LOB, a apliquem de forma independente a casos potenciais de elusão.¹³⁴³ Só assim poderão garantir que o RPA seja invocado pelos

¹³⁴³ Uma crítica possível contra esse raciocínio seria a de argumentar que ele reproduz a nossa oposição aos Comentários da OCDE acerca da relação entre a cláusula de LOB e a cláusula de PPT em ADTs pós-BEPS (a OCDE admite que a cláusula de PPT “supere” os testes objetivos da cláusula de LOB e nós, em sentido contrário, defendemos que a inserção de uma cláusula de LOB em um ADT, ainda que cumulada com uma cláusula de PPT, deve ser lida pelo intérprete como algo relevante, apto a gerar efeitos diferentes daqueles que seriam gerados por uma cláusula de PPT individual). Reiteramos aqui os comentários que fizemos no subitem 4.1.2 desta Tese. Aliás, é importante destacar que essa nossa oposição à “supressão” dos efeitos da cláusula de LOB por uma aplicação suplementar da cláusula de PPT não milita contra a Harmonização Fiscal Internacional enquanto objetivo coletivo da Política Fiscal Internacional. Nem nós defendemos, nem é

tribunais locais não para perverter o padrão mínimo da Ação 6, mas sim para confirmar o seu sentido.

5.3.2 *A universalização do sentido de termos usados na cláusula de PPT*

A expectativa de que os termos da cláusula de PPT (e.g., “razoável”, “propósito principal”, “objeto e propósito”) sejam interpretados pelos PAs de forma harmônica parece ser a grande conquista prática, concreta que o nosso sistema poderia trazer para as jurisdições do *Inclusive Framework*. Seus tribunais locais passariam a contar com um repositório de PAs que, de forma minudente, definem critérios para identificar se um propósito foi principal em relação à operação do sujeito passivo ou não, para daí extrair a conclusão de se o sujeito passivo violou ou não cláusula de PPT. Esses PAs poderiam sepultar de uma vez por todas a velha discussão sobre o sentido a ser conferido para termos não definidos em ADTs (nos termos do artigo 3º, parágrafo 2º, das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU), porque passariam a compor uma coletânea aprovada – e revisada periodicamente – para auxiliar os julgadores de tribunais locais na resolução de casos concretos de elusão tributária internacional.¹³⁴⁴

5.3.3 *A possível ampliação do poder do Fisco de conceder ou denegar benefícios de ADTs na cláusula de alívio discricionário sob pedido*

É razoável supor que os eventuais PQs acerca da aplicação da cláusula de alívio discricionário sob pedido só tratarão de casos nos quais o sujeito passivo tenha se utilizado da cláusula para pedir o tal alívio e o seu pedido tenha sido denegado (os pedidos concedidos não

o objetivo do sistema proposto no subcapítulo 5.1, que o RPA se transforme numa espécie de promotor da cláusula de PPT como o único padrão mínimo da Ação 6 para ADTs pós-BEPS. O que se propõe é que o RPA promova a paulatina harmonização da luta contra a elusão tributária internacional na exata medida de como o padrão mínimo foi incorporado a cada ADT, porque essa é a medida da convicção de cada jurisdição sobre como aquele ADT específico enfrentará práticas elusivas. Nosso intuito é restringir as assimetrias propiciadas por essas diferentes implementações, mas tão-somente dentro das fronteiras do que as jurisdições do *Inclusive Framework* decidiram no âmbito do MLI ou de suas negociações bilaterais. Qualquer outra pretensão nossa, sob o pretexto de conferir maior poder a essas jurisdições, acabaria por sonegar delas a soberania fiscal nacional de que dispõem para estabelecer o conteúdo dos ADTs das suas redes.

¹³⁴⁴ O RPA também poderá ajudar a “universalizar” o sentido de termos empregados nas cláusulas de LOB e de alívio discricionário sob pedido, igualmente presentes no artigo 7º do MLI. Relacionando essa observação à que fizemos no subitem 5.3.1, entretanto, a expectativa é a de que a maioria dos PQs submetidos para a consideração do *Inclusive Framework* trate da aplicação da cláusula de PPT a práticas elusivas em ADTs. Por isso é que dizemos que a “universalização” provavelmente ocorrerá de forma mais automática, necessária, com a cláusula de PPT e não com as demais.

gerarão um litígio apto a criar um PQ). Daí poderíamos extrair a conclusão de que esses PQs tratarão da distinção entre discricionariedade e arbítrio, de que critérios empregar para atestar se um benefício do ADT relevante teria sido concedido na ausência da prática elusiva ou não, e do peso a ser atribuído pelos julgadores ao procedimento amigável que o artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI, demanda das jurisdições signatárias na hipótese de uma delas rejeitar o pedido do sujeito passivo. Todos esses são temas afeitos à limitação do poder do Fisco de conceder ou de denegar benefícios de ADTs no âmbito do artigo 7º, parágrafo 4º, do MLI, ou de normas como esse dispositivo negociadas bilateralmente.

A despeito dessa característica comum aos temas que citamos, o que se imagina é que os representantes do Poder Executivo das jurisdições do *Inclusive Framework* se recusarão a aprovar PQs que tratem dessa cláusula de alívio discricionário sob pedido e que tenham sido vencidos pelo sujeito passivo, menos pela preocupação com a qualidade técnica desses PQs e mais pelo “espírito de corpo” deles em relação às autoridades fiscais. Por isso que dizemos que isso nos gera uma expectativa não de limitação do poder do Fisco, e sim de ampliação: eleitos como PAs serão apenas os PQs que tratem dessa cláusula e que reconhecerem que o Fisco tem discricionariedade “plena” para decidir se concede ou não o benefício do ADT em questão ao sujeito passivo.¹³⁴⁵

5.3.4 *Tensão entre normas internas, doutrinas judiciais e normas supranacionais em PQs e PAs sobre a elusão tributária em ADTs pós-BEPS*

Tal qual as cláusulas de LOB, PPT e de alívio discricionário sob pedido do artigo 7º do MLI, o sistema de seleção de precedentes também deve “aportar” a sua estrutura por cima de sistemas preexistentes de Política Fiscal Internacional e de Direito Tributário Internacional. Não foi outra a razão de termos previsto no item 5.1 a aprovação de PAs com ressalvas, porque doutra forma seria impossível acomodar no nosso sistema os PQs advindos da CJUE ou daquelas jurisdições que possuem em suas redes alguns ADTs que reservaram ou

¹³⁴⁵ Embora esse possível “espírito de corpo” seja por si só condenável e represente um risco para o nosso sistema, é de se notar que aqui os representantes do Poder Executivo das jurisdições do *Inclusive Framework* teriam razão ao se acautelar sobre PQs concessivos dos pedidos de sujeitos passivos, se em questão estiver apenas a cláusula de alívio discricionário sob pedido. Cumulada com a cláusula de PPT em um ADT qualquer, lembre-se que essa cláusula oferece ao sujeito passivo um resgate, uma “última chance” de pleitear junto às autoridades fiscais que reavaliem a sua situação. Seria notável que PQs (ou precedentes qualificáveis, se não efetivamente enviados pelas jurisdições de origem) começassem a surgir em todo o mundo concedendo benefícios de ADTs a esses sujeitos passivos já “reprovados” pelo Teste do Propósito Principal.

revisaram a aplicação do padrão mínimo. Nada comentamos, todavia, sobre que proporção do RPA esses PAs com ressalvas vão assumir. Uma hipótese é a de que um número significativo desses PAs poderá ser aprovado “com ressalvas”, o que por sua vez poderá trazer desafios particulares para os tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*.

Essa hipótese guarda alguma conexão com aquele sincretismo de que tratamos no subitem 1.2.6, *supra*. Embora defendamos que as figuras discutidas no Capítulo 1 se prestam à configuração de hipóteses elusivas sob ângulos e com significados distintos, percebe-se que diversos dos precedentes que examinamos ora tomam emprestado o sentido de uma figura, ora se socorrem de comentários sobre a outra, e assim vão fomentando eles próprios as assimetrias que desvirtuam os resultados do Plano de Ação BEPS. Em termos práticos, não nos causaria espanto algum se um dado precedente judicial ou administrativo sobre práticas elusivas pós-BEPS considerasse que no Teste do Propósito Principal da cláusula de PPT há uma exigência de que a operação realizada pelo sujeito passivo seja revestida de “propósito comercial”. Seria possível cogitar também de uma decisão que denegasse os benefícios de um ADT qualquer ao sujeito passivo, mesmo que ele fosse cumpridor do teste de propriedade do artigo 7º, parágrafo 9º, alínea “e”, do MLI, por ter ele “abusado a forma” desse teste (e.g., através da transferência artificialiosa do controle de suas ações para residentes da jurisdição contratante). Qualquer desses exemplos poderia gerar um PQ “aprovável” com ressalvas na etapa (8) do ORD, e poder-se-ia sustentar que é difícil que esse futuro PA seja também invocado com ressalvas (as mesmas) pelos tribunais locais das jurisdições do *Inclusive Framework*, porque os seus julgadores podem temperar o recurso a esse PA com as convicções que formaram segundo as suas experiências com a legislação local. Para qualquer observador arguto, esse parece ser o destino invencível do nosso sistema, por mais louváveis que sejam as suas intenções neste Capítulo 5.

Diante disso, ousamos discordar. É certo que os PQs submetidos ao nosso sistema dificilmente contemplarão uma análise pura, imaculada, eminentemente internacional sobre o sentido dos termos empregados nas normas antielusivas contidas no padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. Esse é um dado da realidade que o nosso sistema não pretende e nem pode alterar. O que podemos alterar é a consequência dessas tensões entre o sentido próprio de normas como a cláusula de LOB e a cláusula de PPT e o sentido que dados julgadores querem atribuir a si segundo os comandos de normas internas, de doutrinas judiciais e/ou de normas supranacionais. Não é um dado da realidade que os PQs, se convertidos em PAs com ressalvas do RPA, serão usados como “suporte interpretativo” pelos

tribunais locais para disseminar em suas respectivas jurisdições a sua leitura individual e assimétrica. Todo o processo de formação do RPA é destinado a revelar e discriminar os elementos constitutivos de cada PA, no intuito de esclarecer para as jurisdições do *Inclusive Framework* o que esse PA contém da Ação 6 do Plano de Ação BEPS e o que ele contém de adendos, impurezas, peculiaridades. Cientes desses “componentes adicionais” de cada PA com ressalvas e, ainda mais, cientes do benefício que se pretende atingir com o recurso ao RPA como suporte interpretativo, espera-se dos julgadores desses tribunais locais que sejam verdadeiros garantes da Harmonização Fiscal Internacional que propugnamos. É das suas mãos que partem os PQs que um dia poderão ser convertidos em PAs do RPA, aptos a influenciar os rumos da luta contra a elusão tributária internacional nos quatro cantos do mundo.¹³⁴⁶ Sob pena de tornar o RPA inútil e pôr fim à troca de experiências que ele proporciona, esses julgadores deverão se esforçar para conferir às normas antielusivas contidas no artigo 7º do MLI e ADTs posteriores o sentido harmônico, comunal, convergente, que o objetivo coletivo de Justiça Fiscal requer. Essa é a nossa expectativa.¹³⁴⁷

¹³⁴⁶ A frase parece aludir a uma espécie de benefício pessoal para os julgadores se seus PQs forem aprovados como PAs no RPA (algo como o mérito pessoal, quase uma vaidade, de ter uma decisão sua servindo de “suporte interpretativo” para precedentes em outras partes do mundo). Embora compreendamos esse aspecto humano do reconhecimento sentido pela elevação de precedentes internos à alçada de referências mundiais, não o podemos usar como amparo para qualquer expectativa nossa acerca do nosso sistema. O mínimo que qualquer observador poderia esperar é que, se o RPA despertar essa ambição em dados julgadores de tribunais locais, que essa ambição seja a de contribuir ativa, abnegada e perpetuamente com a promoção da Justiça Fiscal mediante a Harmonização Fiscal Internacional.

¹³⁴⁷ Uma consequência lateral da Harmonização Fiscal Internacional que propomos é o incentivo a que os julgadores dos tribunais locais passem a decidir casos de elusão tributária internacional em “conformidade” (mas sem vinculação) com os PAs do RPA. Isso levanta a dúvida de se esses julgadores tentarão conferir aos PAs uma força similar à dos precedentes do seu próprio sistema judicial ou administrativo. Embora desejemos que a dúvida seja resolvida positivamente (no sentido de conferir maior sofisticação às decisões sobre casos de elusão tributária internacional), reconhecemos o lado problemático dessa ideia, particularmente naquelas situações em que os tribunais locais já estejam vinculados a algum precedente local contrário a um PA do RPA. Explicamos. Suponha-se que um tribunal local se depare com o caso de um sujeito passivo a quem foi negado o benefício de um ADT sobre dividendos, uma vez que as autoridades fiscais consideraram que o “direito” a esse benefício só foi “conquistado” graças a um contrato que entregou a titularidade das ações correspondentes a esse sujeito passivo por alguns dias (contrato esse assinado pouco antes da apuração e da distribuição dos tais dividendos). Suponha-se que o ADT relevante só possua em seu conteúdo uma cláusula de PPT individual (e não uma norma especial antielusiva como aquela prevista no artigo 8º, parágrafo 1º, do MLI) e que um PA do RPA já tenha tratado desse caso, assinalando que a cláusula de PPT deve impedir o acesso a benefícios do ADT para o sujeito passivo. Agora considere-se que o tribunal local decidiu um caso anterior em sentido contrário ao PA (para facilitar, considere-se que o caso anterior também foi decidido com amparo na cláusula de PPT individual). Pode-se esperar que o tribunal local se veja compelido a fazer o *distinguishing* entre o PA e o caso presente, para então justificar a sua decisão de seguir o precedente local em vez do PA? Pode-se esperar que o tribunal local se veja na “obrigação” de fazer o *narrowing* em relação ao PA, para daí se ver “desobrigado” de aplicá-lo ao caso sob sua análise? Essas implicações da disseminação do RPA como “suporte interpretativo” não são inimagináveis (e poderão apresentar desafios para o futuro do RPA como o propusemos no subcapítulo 5.1). Vide, acerca das práticas de *distinguishing* e *narrowing* no Direito norte-americano: RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, Nova York: Columbia Law School, v. 114, nº 7, p. 1861-1852, 2014.

5.3.5 Proliferação de iniciativas de Harmonização Fiscal Internacional sobre normas contidas em ADTs

Resgatemos o fluxo de ideias expostas nesta tese. No Capítulo 1, apresentamos os conceitos de elusão tributária internacional e de normas antielusivas internacionais, essenciais para a compreensão desta análise. No Capítulo 2, inserimos esses temas dentro do universo da Política Fiscal Internacional, ressaltando as diferenças entre os objetivos coletivos que esse sistema pode apresentar. Citamos ali a Concorrência Fiscal Internacional, a Cooperação Fiscal Internacional, a Coordenação Fiscal Internacional, a Harmonização Fiscal Internacional e a Justiça Fiscal, definindo cada uma delas como objetivos coletivos do sistema. Ao chegarmos ao Capítulo 3, restou evidente que o Plano de Ação BEPS, tema central daquele Capítulo, produziu resultados identificáveis apenas como Cooperação Fiscal e Coordenação Fiscal Internacionais, tortuosamente direcionadas ao fim de Justiça Fiscal. De harmônico, de voltado a promover a Harmonização Fiscal Internacional propriamente dita, pouco se concretizou em 2015 ou em 2017 (com o lançamento do MLI).

O que o nosso sistema traz para esse cenário pós-BEPS é uma iniciativa concreta de Harmonização Fiscal Internacional, sim, mas ela é voltada apenas para a implementação do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs. Isso não quer dizer que não vejamos mérito na proposição de um sistema que se reporte a quaisquer outros conflitos suscitados sobre ADTs. A viabilidade política desse outro sistema deverá ser medida pelo êxito daquilo que propusemos no Capítulo 5 desta tese – se bem-sucedida esta nossa proposta, antevemos que as jurisdições do *Inclusive Framework* se interessarão pela seleção de PAs sobre outros temas, construindo assim um repositório que revolucione o Direito Tributário Internacional como o conhecemos hoje.¹³⁴⁸

¹³⁴⁸ Há incontáveis discussões sobre a interpretação e a aplicação de ADTs que não tocam diretamente o tema da elusão tributária internacional. Poderíamos citar, por exemplo, a definição de que tributos compõem o conceito de “tributos substancialmente similares (aos tributos sobre a renda)” para fins do artigo 2º, parágrafo 4º, das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU, a resolução de conflitos de dupla residência de pessoas físicas ou jurídicas segundo o artigo 4º da Convenção-Modelo da OCDE, o tratamento da remuneração por serviços técnicos como royalties, como lucros de empresas ou como a remuneração por serviços pessoais independentes (e.g., naqueles ADTs que não tenham incorporado o novo artigo 12A da Convenção-Modelo da ONU), a definição e as exceções à definição de EPs, a aplicação do artigo 7º da Convenção-Modelo da OCDE para impedir a incidência de regras de CFC (em contrariedade aos Comentários da OCDE a respeito), e a definição de se instrumentos híbridos como os juros sobre o capital próprio podem ser incluídos na definição de juros do artigo 11, parágrafo 3º, das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU (naqueles ADTs que não se pronunciam sobre essa inclusão nem nos seus Artigos 11, nem nos seus Protocolos).

5.3.6 A demanda política pela criação de um Tribunal Fiscal Internacional

O título deste item pode parecer conflitante com a nossa assertiva no subitem 5.2.4 de que o sistema previsto no item 5.1 não é uma espécie de “meio caminho” para a gênese de um Tribunal Fiscal Internacional. Explicamos. Ali tratávamos de como o *nosso desenho* do sistema de seleção de precedentes não o vocaciona para qualquer futura transformação em um Tribunal Fiscal Internacional. Aqui queremos comentar brevemente aquilo que estimamos que as jurisdições do *Inclusive Framework* irão demandar à luz da sua experiência com o sistema que propusemos. Estimamos que essas jurisdições buscarão o conforto político de um Tribunal Fiscal Internacional, uma corte supranacional que decida sobre temas afeitos à prática de ADTs e que produza precedentes vinculantes para todo o mundo.

Usamos a expressão “conforto político” porque queremos nos referir a como esse Tribunal livraria as jurisdições da responsabilidade pela decisão acerca dos PAs do RPA. Sua composição técnica, sua independência, sua geração espontânea de novos precedentes acerca da aplicação de normas em ADTs, incluindo as normas antielusivas internacionais, tudo isso é mais confortável politicamente do que esperar das jurisdições que decidam sobre PAs. Nosso sistema, embora não vocacionado a produzir um Tribunal Fiscal Internacional, é constituído para formar um RPA. A partir do momento em que as jurisdições – particularmente as que têm mais domínio econômico no cenário internacional – perceberem que os PAs do RPA geram repercussões junto aos tribunais locais, a dúvida com que se depararão é se é mais vantajoso seguir formando esse RPA no colégio do *Inclusive Framework* (esforço que exige a formação de blocos políticos aptos a aprovar, aprovar com ressalvas ou rejeitar PQs), ou se a vantagem pende para a formação desses precedentes “replicáveis” noutras partes do mundo por um novo Tribunal Fiscal Internacional. Aqui seria possível objetar que a demanda dessas jurisdições não poderia ser pelo Tribunal Fiscal Internacional porque ele sonegaria delas a sua soberania, e a princípio a objeção faz sentido. O que indicamos apenas é que, contra essa objeção, a demanda política por uma corte supranacional poderá encontrar caminhos para relativizar a vulneração da soberania fiscal nacional e após isso procurar substituir o nosso sistema.¹³⁴⁹

¹³⁴⁹ Embora não seja o escopo da nossa Tese analisar como as jurisdições do *Inclusive Framework* poderiam viabilizar politicamente a criação de um Tribunal Fiscal Internacional, antevemos que esse processo poderá ser realizado em etapas. A primeira etapa poderia ser a criação de um Tribunal Fiscal Internacional com

Feitas essas ponderações, poder-se-ia questionar se o nosso sistema possui algum tipo de salvaguarda contra essa tendência de sequestro do RPA por esses interesses políticos. A única salvaguarda que o RPA que propusemos tem é o seu próprio mérito, já comentado à exaustão em partes anteriores deste Capítulo 5. Sim, o nosso sistema se diferencia do Tribunal Fiscal Internacional que conceituamos no subitem 5.2.4 e esse Tribunal poderia satisfazer à nossa ânsia por um “oráculo” que nos esclareça o sentido mais profundo das normas antielusivas do padrão mínimo da Ação 6. Se a demanda política que surgir com a experiência de adoção do RPA for a demanda por esse “oráculo”, o nosso sistema pouco poderá fazer para atendê-la. O que podemos argumentar em sua defesa, hoje e amanhã, é que os seus procedimentos trazem *poder direto* sobre o padrão mínimo para os representantes do povo, sejam eles do Executivo ou do Judiciário (gerador de PQs e aplicador de PAs). Esse poder direto, canalizado através do nosso sistema, representa a chance mais concreta que temos de perseguir o objetivo coletivo de Justiça Fiscal através da genuína – não terceirizada a órgãos técnicos – Harmonização Fiscal Internacional.

regras bastante restritivas sobre recursos advindos dos tribunais locais e sem o poder de criar precedentes vinculantes. Depois, a próxima etapa poderia mudar a rotulação desses precedentes de “não vinculantes” para “persuasivos” e abrir o Tribunal para o recebimento de mais recursos. Em seguida, uma etapa posterior poderia facultar às partes a interposição de recursos contra decisões de tribunais locais que violaram um “precedente persuasivo”. Depois disso, a próxima etapa poderia formular um acordo que permitisse a escolha de um número reduzido de *precedentes vinculantes* do Tribunal Fiscal Internacional (para casos já decididos e reapreciados inúmeras vezes, sob o argumento de que esses precedentes vinculantes simplificariam a adesão de jurisdições mais periféricas às melhores práticas de jurisdições mais desenvolvidas). Por fim, a última etapa poderia importar na celebração de um acordo multilateral que permitisse a esse Tribunal Fiscal Internacional, por maioria de seus membros, editar novos precedentes vinculantes e assim subverter a nossa noção presente de soberania fiscal nacional.

CONCLUSÕES

Esta tese de Doutorado se debruçou sobre a elusão tributária internacional e as normas antielusivas como objeto de estudo. Em seguida, a tese posicionou essas normas no contexto maior da Política Fiscal Internacional, relacionando as ações políticas de cada Estado ou jurisdição com a definição de diretrizes políticas propostas e seguidas no âmbito da comunidade internacional. Como resultado dessa confluência temática, apresentamos a iniciativa política que marcou o início deste século XXI: o Plano de Ação BEPS da OCDE, e dentro dele os seus padrões mínimos, e entre estes aquele que se refere às normas antielusivas internacionais (descrito pela OCDE no Relatório Final da Ação 6 e formalizado no MLI).

Demonstramos que entre as recomendações acordadas pelos países do *Inclusive Framework* da OCDE e as normas efetivamente inseridas em seus ADTs pós-BEPS, há diferenças importantes, diferenças essas que poderão conduzir a Política Fiscal Internacional ao enfrentamento de assimetrias similares àquelas que deram causa ao próprio Plano de Ação BEPS. Reconhecendo que a Coordenação Fiscal Internacional patrocinada pela OCDE não parece ter se mostrado eficaz para impedir o surgimento dessas assimetrias, a tese propõe a formação de um Repositório de Precedentes Aprovados, o RPA, para mover os países do *Inclusive Framework* desse esforço de Coordenação para um estágio precário, mas participativo e construtivo, de Harmonização Fiscal Internacional.

As conclusões aqui compreendidas estão ancoradas às respostas para as questões Q1 a Q4, trazidas na Introdução, as quais iluminam o caminho percorrido para elaborar este trabalho e são didáticas para esclarecer as considerações finais que apresentaremos a seguir.

Na pergunta Q1, questionamos se as variadas espécies de normas antielusivas conduzem o intérprete à mesma solução para as situações de elusão tributária, incluindo as situações de elusão tributária internacional. Regressando ao Capítulo 1 desta tese, restou demonstrado que a elusão tributária pode ser combatida mediante o emprego de diferentes normas jurídicas antielusivas, cada uma com sua peculiaridade e seu escopo. Contra a elusão tributária internacional, normas que buscam os beneficiários efetivos de determinadas operações, ou que ainda testam essas operações à luz do objeto e do propósito de cada ADT, revelam escolhas políticas que pretenderam cuidar do fenômeno elusivo de modos distintos. Por isso mesmo é que, na linha dos nossos comentários no subitem 1.2.6, embora

reconheçamos o certo “sincretismo terminológico” existente entre as definições dessas normas antielusivas, e ainda que concedamos que é plenamente possível que uma mesma conduta do sujeito passivo seja abrigada por mais de uma dessas normas, devemos concluir que a escolha de uma delas para enfrentar práticas elusivas cria para o intérprete limites, conformações, empecilhos ao uso de quaisquer outras. É aí que está a raiz da nossa conclusão de que, em resposta à questão Q1, não há garantia de que a aplicação de diferentes espécies de normas antielusivas redunde no mesmo resultado para situações de elusão tributária, incluindo as situações de elusão tributária internacional.

À luz dessas observações, a nossa resposta para a questão Q1 é a resposta H2. Essa conclusão se alinha aos nossos comentários no Capítulo 1 e é ainda respaldada pelos exercícios que fizemos no curso do Capítulo 4 da tese, particularmente sob os itens 4.1.2, 4.1.3, 4.1.4 e 4.2.2, 4.2.3 e 4.2.4. Rejeitamos a resposta H1 para a questão Q1, porque H1 se contenta em esperar das multifacetadas normas antielusivas que elas convirjam para um só resultado pois possuem o mesmo “desiderato de enfrentar a elusão tributária”. Nossa tese bem esclarece que certos ADTs pós-BEPS, uns abrindo caminho para a aplicação de normas antielusivas internas, outros acrescentando ou suprimindo termos das normas propostas pela OCDE no MLI, preparam os intérpretes dos países signatários para que lutem contra a elusão tributária da sua maneira, alcance ela o fim típico às cláusulas previstas no artigo 7º do MLI (elas próprias já diferentes entre si) ou não. Esperar que normas antielusivas construídas de maneiras diferentes levem os ordenamentos jurídicos que as recepcionaram a resultados em comum é, a uma, negar as diferenças entre essas normas, e, a duas, entregar o enfrentamento ao fenômeno elusivo em ADTs à esperança de uma convergência acidental, pouco servível para a busca do objetivo coletivo de Justiça Fiscal na Política Fiscal Internacional.

Passemos à pergunta Q2, que, firmando uma relação entre as decisões de Política Fiscal Internacional e a edição de normas antielusivas internacionais, indaga se, constatada uma eventual ineficiência na aplicação de normas antielusivas em ADTs, a solução para essa ineficiência deverá ser encontrada estritamente no seio do Direito Tributário Internacional ou se poderá ser encontrada no âmbito da Política Fiscal Internacional. Resgatemos aqui os comentários que foram feitos no item 2.4 desta tese, oportunidade na qual tratamos das discussões políticas ocorridas no âmbito da OCDE e da ONU, bem como da evolução da política fiscal internacional do Brasil no tocante à elusão tributária internacional. Nossos

comentários pontuaram que é entre as demandas e as decisões políticas que encontramos a gênese do processo de criação de normas antielusivas.

Nos itens 3.6 e 3.7, ficou claro que o Plano de Ação BEPS foi uma resposta política a ineficiências percebidas no combate à elusão tributária internacional, que o seu esforço coordenativo parece ser incapaz de levar a comunidade internacional ao objetivo coletivo de Justiça Fiscal, e que soluções para essa desconexão podem ser encontradas na Harmonização Fiscal Internacional. Esse exercício de avaliar as melhores formas de “fechar o cerco” contra as práticas elusivas em ADTs é, antes de tudo um esforço, de Política Fiscal Internacional, não de Direito Tributário Internacional. Para cuidar do resultado problemático da aplicação do Direito Tributário Internacional como ele está posto, desenhamos soluções numa de suas antessalas, a saber, aquela pertinente à Política Fiscal Internacional.

Tendo em vista todas essas considerações, a nossa resposta para a questão Q2 é a resposta H2, que diz que decisões políticas em prol do objetivo coletivo de Justiça Fiscal podem, sim, orientar o sistema jurídico a corrigir eventuais ineficiências na aplicação das normas antielusivas internacionais. Rejeitamos a resposta H1 para a questão Q2 porque H1 nega às soluções advindas da Política Fiscal Internacional a capacidade para solucionar problemas de aplicação das normas antielusivas internacionais, próprias que são do sistema jurídico do Direito Tributário Internacional.

A resposta H1 exigiria que as autoridades fiscais ou que os tribunais locais, constrangidos que são pelo próprio texto das normas antielusivas, buscassem ao seu modo harmonizar a sua aplicação àquela identificada em outros países. Exigiria ainda que o Direito Tributário Internacional, por geração espontânea, criasse mecanismos capazes de conduzir atores locais à convergência da aplicação de normas antielusivas em ADTs pós-BEPS com suas contrapartes de outros integrantes do *Inclusive Framework*, o que, a nosso ver, renegaria todo o histórico político de como o Plano de Ação BEPS foi desenvolvido, de como as normas antielusivas por ele recomendadas foram geradas, e de como os países concordaram em transformar parte dessas normas em um padrão mínimo para os seus ADTs. Defender a resposta H1 seria fechar os olhos para a relevância que a Política Fiscal Internacional teve em todo o processo de elaboração e promoção das propostas do Plano de Ação BEPS por parte da OCDE, propostas essas que nos trouxeram aos dias de hoje e à presente tese.

A pergunta Q3 nos remete às observações sobre a pergunta Q1. Indagamos em Q3 se, concluída a Ação 6 do Plano de Ação BEPS, seria correto afirmar que o seu padrão mínimo estabeleceu uma *forma unívoca* de enfrentamento às práticas elusivas ocorridas no contexto de ADTs. Ou seja, indagamos aqui se o padrão mínimo que permitiu, sob um único manto, o cumprimento mediante a inserção de uma cláusula de PPT, ou de uma cláusula de PPT e uma cláusula de LOB, ou ainda de uma cláusula de LOB cumulada com uma regra específica para arranjos de financiamento através de empresas-veículo, lida com o fenômeno elusivo de maneira singular. Se o padrão mínimo formalizado no artigo 7º do MLI, aquele que em seu parágrafo 15, alíneas “b” e “c”, permitiu que a própria jurisdição avaliasse se um dado ADT de sua rede atende ou não aos seus termos, notificasse a OCDE sobre essa avaliação e se desse por cumpridora do que propôs a Ação 6, lida com o fenômeno elusivo de maneira singular. Se o padrão mínimo em ADTs pós-BEPS, submetido ao sistema de *peer review* e até hoje convivente com todas as assimetrias notadas no Capítulo 4 da nossa tese, lida com o fenômeno elusivo de maneira singular.

A resposta, alinhada que está a comentários que fizemos nos subitens 3.4.5 e 4.4.5 desta tese, é evidentemente negativa. Por isso, em relação à pergunta Q3, entendemos que a melhor resposta é aquela descrita em H2 – se nem o Plano de Ação BEPS da OCDE, tampouco a sua implementação até o momento, ocorreram de forma orientada a buscar *soluções harmonizadas* para o combate à elusão tributária internacional, não há como dizer que o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS da OCDE deixou como marca uma forma unívoca de enfrentar essas práticas. O princípio de “vedação de práticas elusivas” não é por si só suficiente para congrega as diversas normas antielusivas “alinhadas” ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS a um mesmo resultado, ou sequer a resultados convergentes entre si, motivo pelo qual rejeitamos a resposta H1 para Q3.

Por último, a questão Q4 parte do reconhecimento de que o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS pode conduzir a uma “implementação heterogênea”. Com base nisso, pontuando que essa implementação pode dar origem a novas oportunidades de elusão tributária internacional, indaga-se o que devemos fazer sob o prisma da Política Fiscal Internacional. Ou devemos reconhecer que a Coordenação Fiscal Internacional promovida pela OCDE é o estado da arte da Política Fiscal Internacional dos nossos tempos, e que ela deve conviver com o produto de uma Concorrência Fiscal Internacional (revelada nas formas particulares de adesão ao padrão mínimo da Ação 6), ou devemos buscar um novo caminho

no âmbito da Harmonização Fiscal Internacional. Logo se vê que, assim como a questão Q3 se ampara na questão Q1, a questão Q4 se ampara na questão Q2.

Não surpreende que a nossa resposta seja H2, ou seja, uma resposta pela busca da Harmonização Fiscal Internacional como um novo remédio para corrigir o novo problema que surge com as assimetrias identificadas no Capítulo 4 da nossa tese. Mais do que rejeitar a resposta H1, que se limita ao estado da arte da Política Fiscal Internacional atual, e mais do que defender contra a resposta H1 uma perseguição da Harmonização em abstrato, nosso intuito foi o de pautar a implementação do padrão mínimo da Ação 6 em ADT pós-BEPS segundo um novo e inclusivo RPA. Com ele, o que antevemos é a progressiva convergência de soluções para casos de elusão tributária internacional, segundo precedentes avaliados e votados por representantes dos países do *Inclusive Framework*, num esforço de conferir mais legitimidade à interpretação e aplicação dessas normas antielusivas no ambiente pós-BEPS.

Feitas todas as ponderações sobre as questões Q1 a Q4, e confirmada a nossa contribuição científica de (i) identificar as possíveis assimetrias, oriundas da implementação do padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS, e de (ii) propor a criação de um RPA como solução, destinada à Harmonização Fiscal Internacional dessas normas antielusivas em ADTs pós-BEPS, passemos às nossas considerações finais.

De partida, esclarecemos que a congregação dos interesses de jurisdições do *Inclusive Framework* em torno de objetivos comuns na seara da Política Fiscal Internacional não é um feito trivial. Cada jurisdição possui características próprias, sejam elas o seu acesso a recursos naturais, o perfil de suas indústrias, o desenvolvimento de sua economia, a qualificação de sua mão de obra local, a sua herança histórica e cultural ou a sua relação diplomática com Estados vizinhos, entre tantas outras. Elas ainda possuem níveis distintos de experiência com o Direito Tributário Internacional: umas já têm vasta jurisprudência sobre regras de preços de transferência, outras possuem julgados em um estágio incipiente; umas optaram pela tributação de lucros de controladas ou coligadas no exterior, outras conhecem apenas superficialmente esse tipo de legislação; umas possuem extensas redes de ADTs, outras têm redes restritas, quer por decisão individual, quer graças ao desinteresse de seus pares. São sujeitos desiguais que demoram a concordar entre si, justamente porque defendem interesses particulares – tão particulares quanto sejam os quereres e as agruras de seus próprios jurisdicionados.

Sob o panorama dessas diferenças, o Plano de Ação BEPS se revela digno de ainda mais aplausos. Foi uma iniciativa ímpar na história da Política Fiscal Internacional e que trouxe contribuições preciosas para o Direito Tributário Internacional. Quanto à elusão tributária internacional e à sua Ação 6, o Plano de Ação BEPS representou um esforço sem igual de cooperação para coordenar normas, e de coordenar normas para promover justiça. Não é por outro motivo que a Ação 15 inseriu o artigo 7º no MLI: foi o resultado de negociações prolongadas entre os sujeitos de Direito Público tão distintos do *Inclusive Framework*, entre mais ricos e mais pobres, mais poderosos e menos poderosos.

O que a OCDE trouxe para o Direito Tributário Internacional foi ainda importante para as jurisdições mais periféricas, uma vez que muitos de seus ADTs nunca sequer haviam contemplado qualquer cláusula de PPT, de LOB ou semelhante. Por isso mesmo é que dizemos – e a observação já foi feita nesta tese – que quaisquer críticas que façamos à “forma de apresentação” de um ou outro dispositivo do MLI não diminuem o áureo trabalho da Organização, um trabalho que não se conforta com a crítica, com a identificação de falhas (inclusive de legitimidade), mas que se prontifica a servir.

As reflexões que trouxemos neste estudo, ao contrário de meramente criticar, têm mesmo é o intuito de adicionar, de suplementar, de progredir em direção à Justiça Fiscal cuja carência motivou o Plano de Ação BEPS. Por isso, ao notarmos que as normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 não são *uma mesma norma*, vemos nessa pluralidade uma questão sobre o futuro do enfrentamento a práticas elusivas. Quando dizemos que essas normas antielusivas comportam reservas nos termos do próprio artigo 7º do MLI, ou ainda quando afirmamos que algumas jurisdições já as implementaram de forma revisada em seus ADTs pós-BEPS, levantamos a dúvida sobre se essas reservas ou revisões propiciarão uma “convergência” da luta contra a elusão tributária internacional, ou se serão reflexo de novas assimetrias, novas oportunidades de *treaty shopping* e de uma sobrevida para a Concorrência Fiscal Internacional (aquela que é deletéria para o objetivo coletivo de Justiça Fiscal). Por último, quando consideramos que essas normas antielusivas não foram implementadas entre as jurisdições do *Inclusive Framework* de maneira uniforme (muitas assinaram o MLI, outras tantas optaram pela via bilateral), quando consideramos que seus textos poderão apresentar diferenças linguísticas importantes em relação à terminologia das cláusulas de PPT, LOB e até de alívio discricionário sob pedido no original em inglês, e quando consideramos o universo de normas internas e/ou supranacionais e de jurisprudência pregressa a que essas normas antielusivas pós-BEPS “aportarão”, é absolutamente natural que

questionemos se é verdadeira a assertiva de que essas normas representam mesmo um “padrão mínimo” com o qual todas as jurisdições do *Inclusive Framework* acordaram em 5 de outubro de 2015. Se o representam, é desafiador sustentar que esse “padrão mínimo” tem mesmo eficácia contra o mal que quis enfrentar.

Os comentários que apresentamos anteriormente nos encaminham para uma conclusão necessária: hoje, mais do que durante todo o desenvolvimento do Plano de Ação BEPS, as jurisdições em todo o mundo precisam se unir para limitar oportunidades de elusão tributária internacional. Com a pandemia do vírus Covid-19, espera-se que essas jurisdições registrem consideráveis perdas de arrecadação tributária e que sejam mais e mais pressionadas a responder às demandas por mais saúde, mais infraestrutura, melhores níveis de educação pública, mais amparo ao pleno emprego, entre outras. Mais do que nunca, o ano de 2020 trouxe para o mundo inteiro o imperativo de união. Se os governantes não se unirem para conter o avanço do vírus Covid-19, se não buscarem as melhores alternativas para imunizar os seus jurisdicionados, se não oferecerem apoio uns aos outros para assegurar um mínimo de proteção contra esta e outras pandemias, sofreremos todos. Perderemos vidas e liberdade, tudo em prol da individualidade insustentável da soberania nacional, necessária para preservar povos e suas culturas, sim, porém incapaz de responder a desafios de escala global.

Como comentamos no Capítulo 5, ao dizermos que a solução para as assimetrias identificadas na adesão do *Inclusive Framework* ao padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS está na Harmonização Fiscal Internacional, estamos conscientes de que a nossa proposta já nasce precária. De partida, como nos falta o poder sancionador de um Tribunal Fiscal Internacional (ou mesmo de uma legislação supranacional que vinculasse a cada uma das jurisdições do *Inclusive Framework*), sabemos que o sistema de seleção de precedentes que apresentamos pode falhar enquanto esforço de harmonização, o que significa que a sua promoção da Justiça Fiscal também poderá ser comprometida. Ainda que fosse elementar o seu fracasso, defenderíamos a sua proposição: é um sistema que revoluciona a maneira como as jurisdições do *Inclusive Framework* enxergam o processo de decisão política acerca das normas de Direito Tributário Internacional.

O nosso sistema parece “centralizar” o controle sobre o futuro do padrão mínimo nas mãos do colégio dessas jurisdições, mas a impressão é equivocada: nem é propriamente um “controle”, porque não é vinculante, e nem se deveria dizer que o intuito do sistema é “centralizar” esse poder decisório. Queremos, isso sim, é a descentralização desse poder, recusando a sua entrega à OCDE, ao G20, ao *Steering Group* ou a qualquer outro grupo

reduzido. Nosso intuito, repetindo uma expressão que foi usada em outros momentos desta tese, é dar voz e vez aos representantes de cada jurisdição, em particular daquelas que sempre foram “levadas a um consenso” na elaboração dos padrões mínimos do Plano de Ação BEPS. Por isso mesmo é que damos preferência ao nosso sistema e não a qualquer Tribunal Fiscal Internacional, tampouco à substituição da OCDE pela ONU apenas. Para propiciar seus resultados, é útil que essa revolução seja endógena.

Se a propositura do nosso sistema não fosse acolhida pela OCDE ou ainda pelo *Inclusive Framework*, mesmo assim a sua submissão seria útil para “desvendar” para a opinião pública quem são os seus opositores. Não é evidente que a OCDE rechaçaria o sistema de seleção de precedentes como suplemento ao sistema de *peer review*, porque durante o Plano de Ação BEPS o seu papel não foi o de ditar, estabelecer para as jurisdições participantes qual seria a melhor forma de combater a elusão tributária internacional em ADTs.

No curso da nossa tese, chegamos a abordar que a percepção de Estados-membros da ONU durante os trabalhos do Plano de Ação BEPS foi a de que a OCDE estava pautando os temas de Direito Tributário Internacional mais propícios para os seus próprios Estados-membros, não para a comunidade internacional. Um sistema de seleção de precedentes que se proponha a retirar da OCDE até mesmo a suspeita do controle sobre o futuro do padrão mínimo da Ação 6, a nosso ver, não seria apenas aceito, mas poderia ser muito bem-vindo para a Organização. Não, se a propositura do nosso sistema fosse resistida ou rechaçada, estimamos que o seria não pela OCDE enquanto Organização, mas sim pelos países mais desenvolvidos, receosos sobre os efeitos dos PAs de um RPA que os seus votos individuais conseguem formar (em conjunção com os votos de países menos desenvolvidos), mas não constranger. À luz disso, reiteramos que seria mais útil “exteriorizar” essa resposta negativa ao nosso sistema, e com isso escancarar as limitações da Coordenação Fiscal Internacional inaugurada com o Plano de Ação BEPS, do que não propor o nosso sistema, e deixar o padrão mínimo da Ação 6 sob os trabalhos do sistema de *peer review* somente.

O outro mérito aparente da nossa proposta está na inserção do Poder Judiciário (ou do Poder Executivo desempenhando a função judicante) no contexto da implementação das normas antielusivas que compõem o padrão mínimo da Ação 6 do Plano de Ação BEPS. É com o nosso sistema que os precedentes produzidos pela CJEU ou pelos tribunais locais de qualquer das jurisdições do *Inclusive Framework* serão votados como PAs do RPA. É o nosso sistema que torna os tribunais locais coparticipantes de um conjunto de tribunais locais

engajados na interpretação do padrão mínimo da Ação 6 com o escopo de dar concretude à Justiça Fiscal. Essa coparticipação pode fomentar nos seus julgadores a percepção de que as suas decisões desbordam os limites da sua jurisdição, e vemos a possibilidade como positiva.

Se desejamos que a Harmonização Fiscal Internacional assuma a posição da Coordenação Fiscal Internacional na tríade formativa da Política Fiscal Internacional nos dias de hoje, daí podemos concluir que quanto mais esse esforço harmonizador, essa tomada de decisão para si e para outrem se materializar para cada membro do *Inclusive Framework*, mais próximos estaremos de uma convergência plena das normas antielusivas em ADTs pós-BEPS, o que por sua vez contribuirá para corrigir assimetrias entre essas normas e os sistemas jurídicos que as receberam.

Por último, e a par de todas as tendências que poderão advir da implementação do nosso sistema (particularmente aquelas que reputaríamos deletérias, descritas nos subitens 5.3.1, 5.3.3 e 5.3.4), abstraiamos e lancemos para o futuro toda a temática do Capítulo 5 desta tese. Seria absurda a proposição de outorgar um direito a voto sobre PQs para membros do colégio do *Inclusive Framework*, para que possam comunicar a todos, sujeitos passivos, autoridades públicas e demais interessados, quais são as diretrizes recomendadas para que o padrão mínimo da Ação 6 seja interpretado e aplicado? Certamente que não – mais confiança teríamos nesse método de conferência de sentido às normas antielusivas em ADTs pós-BEPS do que nos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE (ou da ONU).

Seria desarrazoado que, em vez de mantermos o Poder Judiciário (ou o Poder Executivo desempenhando a função judicante) numa posição de *recedor* do padrão mínimo após anos de litígio, queiramos a sua participação trazida para o tempo presente, para a própria direção de como o combate às práticas elusivas em ADTs ocorrerá no século XXI? Certamente que não – se nada mais, no nosso sistema de seleção de precedentes, o Poder Judiciário será incentivado a conhecer e a usar como suporte interpretativo os PAs advindos de outras jurisdições, sempre com todo o cuidado de incorporar as suas “razões de decidir” com atenção às diferenças entre tradições jurídicas, normas e ADTs analisados, enfim. Além disso, o sistema de seleção de precedentes não abre o “acesso” aos PQs ou PAs para os julgadores de tribunais dos membros do *Inclusive Framework*: esse acesso já existe. Desde quando se finda a sessão de julgamento de um desses precedentes, o seu conteúdo já circula pelas redes sociais, e esse acesso amplo e veloz seguirá como a tônica da pesquisa sobre temas de Direito Tributário Internacional, seja ela feita pela academia, seja ela feita pelos julgadores em todo o mundo.

O que o nosso sistema empresta a todo esse processo natural, presente no dia a dia, é *legitimidade política*. O nosso sistema canaliza esse fluxo de precedentes por um caminho de decisões proferidas pelas jurisdições do *Inclusive Framework*, criando uma interpretação referendada do padrão mínimo da Ação 6 em ADTs pós-BEPS. Essa canalização, essa conferência de poderes, é o que contribuímos enquanto proposta de Harmonização Fiscal Internacional, um suplemento às normas antielusivas em ADTs para aproximar jurisdições e jurisdicionados, mais e mais, do objetivo coletivo de Justiça Fiscal hoje e no futuro.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. O planejamento tributário. In: ANTONELLI, Leonardo Pietro; GOMES, Marcus Lívio. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. 3, p. 498-552.

ABRAHAM, Marcus. Os 10 anos da norma geral antielisiva e as cláusulas do propósito negocial e da substância sobre a forma presentes no direito brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 192, p. 79-93, 2011.

ABRAHAM, Spencer. *The Real 1980s*. The World & I. Abril de 1996. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CREC-1996-04-18/html/CREC-1996-04-18-pt1-PgS3681-4.htm>. Acesso em: 4 jun. 2020.

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEMANHA. *Abkommen vom 28. März 2014 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen*. Celebrado em 28 de março de 2014. Disponível em: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Staatenbezogene_Informationen/Laender_A_Z/China/2015-12-29-China-Abkommen-DBA.html. Acesso em: 28 nov. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMENDRAL, Violeta Ruiz; SEITZ, Georg. El fraude a la Ley Tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana). *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios*, Madri: Centro de Estudios Financieros, ns. 257-258, p. 3-64, 2004.

ALPERT, Herbert H.; FEINGOLD, Fred. Observations on the Foreign Investment in Real Property Act of 1980. *Virginia Tax Review*, Charlottesville: University of Virginia, v. 1, nº 1, p. 105-136, 1981.

ÁLVAREZ, Sonia Venegas. *Derecho fiscal*. Cidade do México: OUP, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L'abus de droit: comparaisons franco-suissees*. Atas do Seminário de Genebra de 1998. Saint-Étienne: Université de Saint-Étienne, 2001.

ANDRADE, André Martins de. *A tributação universal da renda empresarial: uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANDRADE, Fernando Rocha. Concorrência fiscal internacional na tributação dos lucros das empresas. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 45, nº 1, p. 49-284, 2002.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANGELL, Montgomery B. Tax Evasion and Tax Avoidance. *Columbia Law Review*, Nova York: Columbia University Press, v. 38, p. 80-97, 1938.

ANTÓN, Ricardo García. Restoring the EU Citizenship for Tax Purposes. *Journal of Legal and Social Sciences*, Belgrado: University of Belgrade, ano LXVII, nº 4, p. 147-172, 2019.

ANTÓN, Ricardo García. Untangling the Role of Reservations in the OECD Multilateral Instrument: The OECD Legal Hybrids. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 71, nº 10, p. 01-09, 2017.

APPEL, Hillary. *Tax Politics in Eastern Europe: Globalization, Regional Integration and Consumption Taxes*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2011.

ARÁBIA SAUDITA. *Convention between the Kingdom of Saudi Arabia and the Republic of Bulgaria for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and the Prevention of Tax Evasion*. Celebrado em 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://gazt.gov.sa/en/RulesRegulations/Agreements/Pages/bulgaria-convention.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ARANEDA, Hugo Hurtado. Los métodos de precios de transferencia y el ingreso de Chile a la OCDE. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 38, nº 3, p. 511-544, 2011.

ARAÚJO, Erika; OLIVEIRA, Fabrício; REZENDE, Fernando. *O dilema fiscal: remendar ou reformar?* Rio de Janeiro: FGV, 2017.

ARGENTINA. *Ley 11.683, de 1º de diciembre de 1978*. Publicado em 11 de dezembro de 1978. Texto alterado pelo Decreto 821/1998. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18771/norma.htm>. Acesso em: 25 dez. 2020.

ARGENTINA. *Ley 26.994, de 7 de octubre de 2014*. Artigos 333 e 334. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/23500-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

ARGINELLI, Paolo; TENORE, Mario. Italian Supreme Court on the beneficial owner requirement. *Corte di Cassazione. Vakstudie H&I*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 10, p. 3-16, 2020. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/wp-content/uploads/sites/59/2020/11/Italian-B.O.-comment-HI.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

ARNOLD, Brian J. *An Introduction to Tax Treaties*. Nova York: ONU, 2013. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

ARNOLD, Brian J. The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 73, n° 12, p. 01-40, 2019.

ARNOLD, Brian J.; VAN WEEGHEL, Stef. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures. In: MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Amsterdã: IBFD, 2010. p. 81-122.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

ASEN, Elke; BUNN, Daniel; ENACHE, Cristina. *Digital Taxation Around the World*. Washington D.C.: Tax Foundation, 2020. Disponível em: <https://taxfoundation.org/digital-tax/>. Acesso em: 6 jun. 2020.

ASSA, Ariel; HUFBAUER, Gary Clyde. *U.S. Taxation of Foreign Income*. Washington D.C.: Peterson Institute for International Economics, 2007.

ATAF. *Africa-Wide Report*. Regional Studies on Reform Priorities of African Tax Administrations. Pretória: ATAF, 2012. Disponível em: https://events.ataftax.org/index.php?page=documents&func=view&document_id=32. Acesso em: 25 jun. 2020.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madri: Marcial Pons, 2006.

AULT, Hugh J. Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 47, n° 3, p. 565-608, 1992.

AULT, Hugh. Tax Competition and Tax Cooperation: A Survey and Reassessment. In: BJUVBERG, Jan; MONSENEGO, Jérôme. *International Taxation in a Changing Landscape – Liber Amicorum in Honour of Bertil Wiman*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2019. p. 1-14.

AUSTRÁLIA. *Australian Treaty Series 1988 N° 21*. Celebrado em 8 de julho de 1986. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1988/21.html>. Acesso em: 17 jun. 2020.

AUSTRÁLIA. *Income Tax Assessment Act of 1997*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00336>. Acesso em: 10 maio 2020.

AUSTRÁLIA. *Synthesized text of the MLI and the Agreement between Australia and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Protocol, as Amended by the Second Protocol*. Ratificado em 26 de setembro de 2018 (Austrália) e em 29 de março de 2019 (Países Baixos). Disponível em: <https://www.ato.gov.au/law/view/document?DocID=MLI/MLI-Netherlands-agreement>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ÁUSTRIA. *Synthesised Text of the MLI and the Convention Between the Republic of Austria and the Czech Republic for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital*. Efetivo a partir de 1º de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/austria-czech-republic-2006-income-and-capital-tax-convention-amended-through-2012-mli-synthesized-text-austria/2ctx5>. Acesso em: 20 set. 2020.

AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Hainan. Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight. *Harvard Business Law Review*, Cambridge: Harvard University Press, v. 6, nº 2, p. 185-238, 2016.

AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard University, v. 113, nº 7, p. 1575-1676, 2000.

AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge: CUP, 2007.

AVI-YONAH, Reuven S. A Tale of Two Cities: Washington, Brussels, and BEPS. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, nº 150, p. 569-570, 2016.

AVI-YONAH, Reuven S. *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*. University of Michigan Law & Economics Working Papers Archive, 2007. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73/. Acesso em: 11 maio 2020.

AVI-YONAH, Reuven S. Who Invented the Single Tax Principle: An Essay of the History of U.S. Treaty Policy. *NYLS Law Review*, Nova York: New York Law School, v. 59, nº 2, p. 305-316, 2015.

AVI-YONAH, Reuven S.; SAVIR, Gil. *IGAs vs. MAATM: Has Tax Bilateralism Outlived Its Usefulness?* University of Michigan – Law and Economics Working Papers, Paper 95. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1205&context=law_econ_current. Acesso em: 20 ago. 2019.

AZAM, Rifat. Ruling the World: Generating International Tax Norms in the Era of Globalization and BEPS. *Suffolk University Law Review*, Boston: Suffolk University, v. L, nº 4, p. 543-546, 2017.

AZZI, John. Tackling Tax Treaty Tensions: Time to Think about an International Tax Court. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 52, p. 344-357, 1998.

BACHA, Carlos José Caetano. *Macroeconomia aplicada à análise da economia brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2004.

BADENI, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006. t. I.

BAERENTZEN, Susi. Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 12, n° 1, p. 3-52, 2020.

BAKER, C. Edwin. Outcome Equality or Equality of Respect: The Substantive Content of Equal Protection. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia: University of Pennsylvania, v. 131, n° 4, p. 933-998, 1983.

BAKER, Philip. BEPS: Emergence of International Tax Law and Future Direction. In: SHOMI, Parthasarathi (Ed.). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*. Mohali: Wolters Kluwer, 2016. p. 51-71.

BALLEISEN, Edward J. *Fraud: An American History from Barnum to Madoff*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

BAMMENS, Niels. *The Principle of Non-Discrimination in International and European Tax Law*. Amsterdã: IBFD, 2012.

BANCO MUNDIAL. *Gross Domestic Product 2019*. Atualizado até 1º de julho de 2020. Disponível em: <https://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BAO, Nathan Jin; LI, Christina; LI, Jinyan. Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 67, n° 4, p. 1107-1134, 2019.

BARAONA, André Bustos; VILLANUEVA, Felipe Yañez. Normas sobre Sociedades Extranjeras Controladas (Normas CFC) en Chile: Diferencias y Semejanzas con el Proyecto BEPS y Otros Estándares Internacionales. In: ARANGO, José Manuel Castro; MORENO, Andrés Báez. *Problemas de Tributación Internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 499-518.

BARBIER, Edward B. *A Global Green New Deal: Rethinking the Economic Recovery*. Cambridge: CUP, 2010.

BARBOSA, Matheus Calicchio; SCHOUERI, Luís Eduardo. CFC Rules and Tax Treaties in Brazil: A Case for Article 7. In: LANG, Michael; RUST, Alexander; OWENS, Jeffrey;

PISTONE, Pasquale *et al.* *Tax Treaty Case Law Around the Globe 2015*. Viena: IBFD, 2016. p. 69-86.

BARKER, William B. The Ideology of Tax Avoidance. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago: Loyola University, v. 40, n° 2, p. 229-251, 2009.

BARRETO, Gustavo. *Cidadania e internet: entre a representação midiática e a representatividade política*. Curitiba: Appris, 2017.

BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in BEPS Action 6: A Brazilian Perspective. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 43, n° 12, p. 825-838, 2015.

BEĆIROVIĆ, Azra; DUJMOVIĆ, Ana. Bosnia and Herzegovina. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 191-201, 2020.

BECKER, Johannes; RUNKEL, Marco. Corporate Tax Regime and International Allocation of Ownership. *Regional Science and Urban Economics*, Nova York: Elsevier, v. 43, n° 1, p. 8-15, 2013.

BECKER, Martina; SIMONEK, Madeleine. *BEPS Action 6 – Principal Purposes Test – Implikationen für die Schweiz?* IFF Forum für Steuerrecht. Saint Gallen: Universität St. Gallen, 2016.

BÉNASSY-QUÉRÉ, Agnès; TRANNOY, Alain; WOLFF, Guntram. Tax Harmonization in Europe: Moving Forward. *Notes du Conseil d'Analyse Économique*, Paris: Conseil d'Analyse Économique, v. 14, n° 4, p. 1-12, 2014.

BERGIN, Tom. *Special Report: How Starbucks avoids UK taxes*. Reuters. Publicado em 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://uk.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Estudos de direito e economia política*. 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902.

BEWLEY, Truman F. *General Equilibrium, Overlapping Generations Models, and Optimal Growth Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

BHAWNANI, Gaurav; GANDHI, Dhruva. GAAR to Override DTAA's: Can the Constitution or Limitation of Benefits Clauses Prevent This Menace. *NUJS Law Review*, Calcutá: NUJS, v. 10, n° 2, p. 141-170, 2017.

BIANCO, João Francisco. Principal purpose test in brazilian tax treaties. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, v. 7, p. 247-251, 2020.

BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. Brazilian Anti-Avoidance Legislation: Recent Refinements and Major Deviations from International Practice. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 71, n° 6, p. 1-9, 2017.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BINDER, Anna; TURCAN, Laura; WÖHRER, Viktoria. The United Nations' Recent Work in International Taxation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 81, p. 609-615, 2016.

BIRD, Richard M. Tax Harmonization and Federal Finance: A Perspective on Recent Canadian Discussion. *Canadian Public Policy*, Toronto: University of Toronto, v. 10, n° 3, p. 253-266, 1983.

BIRD-POLLAN, Jennifer. The Sovereign Right to Tax: How Bilateral Investment Treaties Threaten Sovereignty. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Notre Dame: University of Notre Dame, v. 32, n° 1, p. 107-134, 2018.

BISHOP, Patrick; DAVIS, Glyn. Mapping Public Participation in Policy Choices. *Australian Journal of Public Administration*, Sydney: IPAA, p. 14-29, 2002.

BLANK, Joshua D. Reconsidering Corporate Tax Privacy. *New York University Journal of Law & Business*, Nova York: New York University, v. 11, n° 1, p. 31-121, 2014.

BOADWAY, Robin. Measuring Marginal Effective Tax Rates: Theory and Application in Canada. *Annales d'Économie et de Statistique*, Montreal: Genes, n° 11, p. 73-92, 1988.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luiz Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1998. v. I.

BOIDMAN, Nathan; KANDEV, Michael. BEPS: A Spent Force or Radical Change? *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 837-846, 2015.

BOLWIJN, Richard; CASELLA, Bruno; RIGO, Davide. An FDI-driven Approach to Measuring the Scale and Economic Impact of BEPS. *Transnational Corporations*, Genebra: UNCTAD, v. 25, n° 2, p. 107-143, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONFLIGLIOLI, Alessandra; GANCIA, Gino. Uncertainty, Electoral Incentives and Political Myopia. *The Economic Journal*, Oxford: Wiley, v. 123, n° 568, p. 373-400, 2013.

BONUCCI, Nicola. The OECD at Fifty: Some Observations on the Evolving Nature of an International Organization. *George Washington International Law Review*, Washington D.C.: GWU, v. 43, n° 2, p. 239-254, 2011.

BOSTON, Jonathan; BRADSTOCK, Andrew; ENG, David. Ethics and Public Policy. In: BOSTON, Jonathan; BRADSTOCK, Andrew; ENG, David (Ed.). *Public Policy: Why Ethics Matters*. Canberra: ANU Press, 2010.

BOUTHINON-DUMAS, Hughes; JENY, Anne; LECA, Bernard. L'Adaptation des Fiscalistes aux Nouvelles Conditions de L'Optimisation Fiscale – Une Approche Par Les Capacités Dynamiques. *Revue Internationale de Droit Économique*, Dijon: De Boeck Supérieur, n° 4, Edição XXXII, p. 399-429, 2018.

BOYLE, Patrick J.; INNES, William I.; NITIKMAN, Joel A. *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*. Toronto: CCH, 2006.

BRACCIA, Mariano F. Elusión Tributaria: Aplicación de la Teoría de la Causa al Principio de la Realidad Económica. *Cuadernos del Instituto AFIP*. Buenos Aires: AFIP, C11, 2010.

BRASIL. *2018 MAP Statistics*. Brasília: RFB, 2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/dispute/2018-map-statistics-brazil.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Acórdão n° 101-97.070. Primeiro Conselho de Contribuintes, Primeira Câmara. Rel. Cons. Sandra Maria Faroni. Sessão de 17 de dezembro de 2008. Publicado em 3 de março de 2010.

BRASIL. Acórdão n° 102-49.480. Primeiro Conselho de Contribuintes. Rel. Cons. Alexandre Naoki Nishioka. Sessão de 4 de fevereiro de 2009. Publicado em 13 de maio de 2009.

BRASIL. Acórdão n° 103-23.290. Primeiro Conselho de Contribuintes, Terceira Câmara. Rel. Cons. Aloysio José Percínio da Silva. Sessão de 5 de dezembro de 2007. Publicado em 5 de julho de 2008.

BRASIL. Acórdão nº 107-09.423. Primeiro Conselho de Contribuintes, Sétima Câmara. Rel. Cons. Jayme Juarez Grotto. Sessão de 25 de junho de 2008. Publicado em 4 de novembro de 2008.

BRASIL. Acórdão nº 1201-001.136. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Marcelo Cuba Netto. Sessão de 26 de novembro de 2014. Publicado em 17 de agosto de 2015.

BRASIL. Acórdão nº 1201-003.561. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Gisele Barra Bossa. Sessão de 22 de janeiro de 2020. Publicado em 26 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Acórdão nº 1302-001.465. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Guilherme Pollastri Gomes da Silva. Sessão de 30 de julho de 2014. Publicado em 29 de outubro de 2014.

BRASIL. Acórdão nº 1302-001.710. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Waldir Veiga Rocha. Sessão de 25 de março de 2015. Publicado em 28 de abril de 2015.

BRASIL. Acórdão nº 1301-002.156. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Milene de Araújo Macedo. Sessão de 5 de outubro de 2016. Publicado em 31 de outubro de 2016.

BRASIL. Acórdão nº 1401-000.582. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Antônio Bezerra Neto. Sessão de 29 de junho de 2011. Publicado em 7 de setembro de 2011.

BRASIL. Acórdão nº 1401-001.899. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Sessão de 20 de junho de 2017. Publicado em 8 de novembro de 2017.

BRASIL. Acórdão nº 1401.004.192. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020. Publicado em 17 de março de 2020.

BRASIL. Acórdão nº 1402-001.404. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Frederico Augusto Gomes de Alencar. Sessão de 9 de julho de 2013. Publicado em 23 de janeiro de 2014.

BRASIL. Acórdão nº 1402-001.472. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Carlos Pelá. Sessão de 9 de outubro de 2013. Publicado em 23 de janeiro de 2014.

BRASIL. Acórdão nº 1402-002.295. CARF, Primeira Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Sessão de 13 de setembro de 2016. Publicado em 11 de outubro de 2016.

BRASIL. Acórdão nº 2202-002.732. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Antonio Lopo Martinez. Sessão de 12 de agosto de 2014. Publicado em 9 de janeiro de 2015.

BRASIL. Acórdão nº 2202-003.114. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Segunda Turma Ordinária, Rel. Cons. Marco Aurélio Barbosa. Sessão de 27 de janeiro de 2016. Publicado em 29 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Acórdão nº 2401-007.328. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária. Rel. Cons. Matheus Soares Leite. Sessão de 15 de janeiro de 2020. Publicado em 20 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Acórdão nº 2402-008.245. CARF, Segunda Seção de Julgamento, Quarta Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Francisco Ibiapino Luz. Sessão de 5 de março de 2020. Publicado em 8 de abril de 2020.

BRASIL. Acórdão nº 3201-005.575. CARF, Terceira Seção de Julgamento, Segunda Câmara, Primeira Turma Extraordinária. Rel. Cons. Paulo Roberto Duarte Moreira. Sessão de 21 de agosto de 2019. Publicado em 20 de setembro de 2019.

BRASIL. Acórdão nº 3302-004.618. CARF, Terceira Seção de Julgamento, Terceira Câmara, Segunda Turma Ordinária. Rel. Cons. Maria do Socorro Ferreira Aguiar. Sessão de 26 de julho de 2017. Publicado em 16 de agosto de 2017.

BRASIL. Acórdão nº 9101-002.589. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. André Mendes de Moura. Sessão de 14 de março de 2017. Publicado em 10 de maio de 2017.

BRASIL. Acórdão nº 9101-003.169. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. André Mendes de Moura. Sessão de 7 de novembro de 2017. Publicado em 29 de novembro de 2017.

BRASIL. Acórdão nº 9101-003.885. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. Flávio Franco Corrêa. Sessão de 7 de novembro de 2018. Publicado em 7 de janeiro de 2019.

BRASIL. Acórdão nº 9101-004.506. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. Edeli Pereira Bessa. Sessão de 6 de novembro de 2019. Publicado em 10 de janeiro de 2020.

BRASIL. Acórdão nº 9101-004.637. CSRF, Primeira Turma. Rel. Cons. Lívia de Carli Germano. Sessão de 15 de janeiro de 2020. Publicado em 9 de março de 2020.

BRASIL. Acórdão nº 9303-010.104. CSRF, Terceira Turma. Rel. Cons. Rodrigo da Costa Pôssas. Sessão de 11 de fevereiro de 2020. Publicado em 27 de março de 2020.

BRASIL. *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*. Celebrado em 7 de maio de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12143>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. *Acordos para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal*. Última modificação em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. STF. ADI nº 2.076-5/AC. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Sessão de 15 de agosto de 2002. Publicado em 8 de agosto de 2003.

BRASIL. STF. ADI nº 2.588/DF. Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie (Redator do Acórdão Min. Joaquim Barbosa). Sessão de 10 de abril de 2013. Publicado em 10 de abril de 2014.

BRASIL. STF. ADI nº 2.661-MC. Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. Sessão de 5 de junho de 2002. Publicado em 23 de agosto de 2002.

BRASIL. *Anais do Senado Federal*. Sessão de 7 de dezembro de 2009. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/2009/2009%20Livro%2088.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. TRF da 5ª Região, AgRg no AI nº 32.391/PE. Segunda Turma. Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira. Sessão de 25 de março de 2003. Publicado em 3 de maio de 2004.

BRASIL. TRF da 3ª Região, Apelação nº 0017944-09.2012.4.03.6100/SP. Terceira Turma. Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos. Sessão de 18 de dezembro de 2018. Publicado em 24 de janeiro de 2019.

BRASIL. *Comments from Brazil – Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting Issues for Developing Countries*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/ta-BEPS-CommentsBrazil.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Artigo 148. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. *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*. Celebrado em 3 de maio de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12129>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. *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 e seu Protocolo*. Celebrado em 7 de junho de 2019. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12291>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. *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*. Celebrado em 12 de novembro de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12223>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. *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*. Decreto nº 8.336, de 12 de novembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8336.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. *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*. Artigo 28. Decreto nº 6.000, de 26 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D6000.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº 53, de 8 de março de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0053.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 241, de 25 de fevereiro de 1991. Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República das Filipinas. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/filipinas/decreto-ndeg-241-de-25-de-fevereiro-de-1991>. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 355, de 2 de dezembro de 1991. Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0355.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.852, de 2 de outubro de 2003. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda.

Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/chile/decreto-ndeg-4-852-de-2-de-outubro-de-2003>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.575, de 8 de novembro de 2005. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5575.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.922, de 3 de outubro de 2006. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da África do Sul para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5922.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.017, de 26 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7017.htm. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.020, de 27 de novembro de 2009. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal com Relação ao Imposto sobre a Renda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7020.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8003.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.140, de 14 de novembro de 2013. 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. Artigo 28. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8140.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.335, de 12 de novembro de 2014. Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Trinidad e Tobago para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e para Incentivar o Comércio e o Investimento Bilaterais. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/trinidad-e-tobago/decreto-no-8-335-de-12-de-novembro-de-2014>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.482, de 27 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9482.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.851, de 25 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9851.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 61.899, de 14 de dezembro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1967/D61899.html. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 75.106, de 20 de dezembro de 1974. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/dinamarca/decreto-no-75-106-de-20-de-dezembro-de-1974>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 85.081, de 18 de agosto de 1980. Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Grão-Ducado de Luxemburgo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/luxemburgo/decreto-no-85-051-de-18-de-agosto-de-1980>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 85.985, de 6 de maio de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1981/D85985.html. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1598.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=39257>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.397, de 16 de setembro de 2013. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=46031&visao=anotado>. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.669, de 9 de novembro de 2016. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=78559>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79444>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.846, de 28 de novembro de 2018. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=96895>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14502.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4729.htm. Acesso em: 29 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5709.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Artigo 243, § 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Brasília: Imprensa Nacional, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13259.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112973.htm. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13259.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 7 maio 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp104.htm. Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv685.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2158-35.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

BRASIL. Mensagem nº 277, de 2015. Datada de 3 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076042&ord=1>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Mensagem nº 932, de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I. Publicado em 7 de setembro de 1995. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, p. 21485. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07SET1995.pdf#page=147>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Mensagem nº 1.459, de 17 de outubro de 1999. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=24755&ord=1>. Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. *Protocolo de Emenda ao 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*. Celebrado em 7 de maio de 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12144>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. *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*. Celebrado em 21 de julho de 2017. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12007>. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. *Protocolo de Emenda à Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda*. Celebrado em 19 de março de 2019. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12268>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. *Protocolo de Emenda à 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*. Celebrado em 3 de maio 2018. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12133>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. STF. RE nº 68.945/GB, Segunda Turma, Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Sessão de 3 de abril de 1973. Publicado em 4 de maio de 1973.

BRASIL. STF. RE nº 562.980/SC, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Sessão de 6 de maio de 2009. Publicado em 18 de maio de 2009.

BRASIL. STJ. REsp nº 57.967/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira. Sessão de 20 de maio de 2004. Publicado em 16 de agosto de 2004.

BRASIL. STJ. REsp nº 1.161.467/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira. Sessão de 17 de maio de 2012. Publicado em 1º de junho de 2012.

BRASIL. STJ. REsp nº 1.325.709/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Sessão de 24 de abril de 2014. Publicado em 20 de maio de 2014.

BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation. *World Tax Journal*, IBFD: Amsterdã, v. 6, nº 1, p. 10-39, 2014.

BRAUNER, Yariv. An International Tax Regime in Crystallization. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 56, nº 2, p. 259-328, 2003.

BRAUNER, Yariv. Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 38, nº 11, p. 554-567, 2010.

BRAUNER, Yariv. Treaties in the Aftermath of BEPS. *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn: Brooklyn Law School, v. 41, nº 3, p. 973-1041, 2016.

BRAVO, Nathalie. The Multilateral Instrument and its Relationship with Tax Treaties. *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 8, nº 3, p. 279-305, 2016.

BROWN, Fred B. An Equity-Based, Multilateral Approach for Sourcing Income Among Nations. *Florida Tax Review*, Gainesville: University of Florida, v. 11, nº 7, p. 565-642, 2011.

BROWN, Patricia A. General Report – The Debt-Equity Conundrum. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 97b, p. 17-43, 2012.

BRUGGER, Florian; LANG, Michael. The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation. *Australian Tax Forum*, Sydney: Tax Institute, n° 23, p. 95-108, 2008.

BUIITER, W. M.; KLETZER, K. M. Fiscal Policy Coordination as Fiscal Federalism: Economic Integration, Public Goods and Efficiency in Growing Economies. *European Economic Review*, Nova York: Elsevier, v. 36, n° 2/3, p. 647-653, 1992.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho – Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962. v. 2.

BUJANDA, Fernando Sainz de. Teoria de la educación tributaria. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madri: Universidad de Madrid, n° 24, v. IX, 1967.

BURGERS, Irene J. J.; VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. Corporate Taxation and BEPS: A Fair Slice for Developing Countries? *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, v. 10, n° 1, p. 29-47, 2017.

BURIAK, Svitlana. The Application of the Principal Purpose Test under Tax Treaties. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Tax Treaty Entitlement*. IBFD: Amsterdã, 2019. p. 23-54.

CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CALUWAERTS, Didier; REUCHAMPS, Min. Still Consociational? Belgian Democracy, 50 Years After “The Politics of Accommodation”. *Politics of the Low Countries*, Haia: Eleven International, v. 2, n° 1, p. 54-76, 2020.

CAMBOJA. *Agreement between the Royal Government of Cambodia and the Government of His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan of Brunei Darussalam*. Celebrado em 27 de julho de 2017. Disponível em: https://www.tax.gov.kh/files/IR/Cambodia-Brunei_DTA_en.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANADÁ. *Birchcliff Energy Ltd. v. The Queen 2019 FCA 151*. Opinião da Corte: Judge Webb. Decidido em 16 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/ca/fca/doc/2019/2019fca151/2019fca151.html?autocompleteStr=birchcliff%202019&autocompletePos=2>. Acesso em: 3 maio 2020.

CANADÁ. *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2020 FCA 43. Opinião da Corte: Justice Wyman W. Webb. Decidido em 12 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://canlii.ca/t/j56vl>. Acesso em: 16 maio 2020.

CANADÁ. *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada* [2005] 2 SCR 601. Opinião da Corte: Chief Justice Major. Decidido em 19 de outubro de 2005. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2288/index.do>. Acesso em: 3 maio 2020.

CANADÁ. *Convention Between Canada and the Kingdom of Thailand for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrada em 11 de abril de 1984. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/department-finance/programs/tax-policy/tax-treaties/country/thailand-convention-1984.html>. Acesso em: 18 ago. 2020.

CANADÁ. *Income Tax Act (R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.))*. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/i-3.3/page-270.html#h-317321>. Acesso em: 3 maio 2020.

CANADÁ. *MIL (Investments) S.A. v. The Queen*, 2006 TCC 460. Opinião da Corte: Justice R. D. Bell. Decidido em 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://canlii.ca/t/1p5q9>. Acesso em: 16 maio 2020.

CANADÁ. *Stubart Investments Ltd. v. The Queen* [1984] 1 SCR 536. Opinião da Corte: Judge Estey. Decidido em 7 de junho de 1984. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2488/index.do>. Acesso em: 3 maio 2020.

CANADÁ. *Velcro Canada Inc. v. The Queen* – 2012 TCC 57. Tax Court of Canada, datado de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://decision.tcc-cci.gc.ca/tcc-cci/decisions/en/item/30726/index.do?>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Elisão e evasão fiscal. *Cadernos de Pesquisa Tributária*, São Paulo: Resenha Tributária, nº 13, 1988.

CARMO, Marta. International Trade Law, Double Taxation Agreements and the Principle of Non-Discrimination. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa: CIDP, ano 3, nº 3, p. 923-974, 2017.

CARROLL, Mitchell B. Development of International Tax Law in the Americas. *Law and Contemporary Problems*, Durham: Duke Law School, v. 8, nº 4, p. 793-801, 1941.

CARVALHO, Lucas de Lima. Beware of the Lion: Why the Voracity of the Brazilian CFC Regime May Lead to its Reformulation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 71, p. 893-899, 2013.

CARVALHO, Lucas de Lima. GloBE and the Supranational “Nudges” Affecting Domestic Tax Policy. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 95, p. 421-425, 2019.

CARVALHO, Lucas de Lima. The Trouble With ‘Pillars’ in International Tax Policy. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 99, n° 1, p. 77-82, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. Planejamento tributário e a doutrina da prevalência da substância sobre a forma na definição dos efeitos tributários em um negócio jurídico. *In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 569-599.

CASHMERE, Maurice. Towards an appropriate interpretative approach to Australia's general tax avoidance rule – Part IVA. *Australian Tax Review*, Sydney: Thomson Reuters, v. 35, n° 4, p. 231-247, 2006.

CASTAGNÈDE, Bernard. *La politique fiscale*. Paris: PUF, 2008.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Beneficiário efetivo no direito tributário brasileiro: escopo e limites do artigo 26, parágrafo 1º, da Lei nº 12.249/2010 nas operações internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n° 205, p. 85-98, 2012.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Caso Vodafone: ganho de capital de não residente decorrente de alienação indireta de participação societária em sociedade na Índia e reflexões sobre eventual aplicabilidade no Brasil. *In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Ed.). Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora, 2015. v. 3, p. 25-72.

CAVITCH, Matthew P.; CAVITCH, Zolman; KRAMAN, Kara M. *Tax Planning for Corporations and Shareholders*. Nova York: LexisNexis, 2020.

CERONI, Luca. The Abuse of Rights in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion. *European Business Law Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 21, n° 6, p. 783-813, 2010.

CHAND, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 46, n° 1, p. 18-44, 2018.

CHANG, Ha-Joon. *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*. Londres: Anthem Press, 2002.

CHAVY, Pierre. La Planification Fiscale Est-Elle Encouragée par les Actionnaires? *Revue Française de Gestion*, Paris: Lavoisier, v. 7, n° 260, p. 112-126, 2016.

CHEN, Shannon; POWERS, Kathleen; STOMBERG, Bridget. *Media Coverage of Corporate Taxes*. SSRN. Publicado em junho de 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2686333. Acesso em: 14 dez. 2019.

CHERRYMAN, Rexford R. The New “Subpart F” Foreign Income Provisions of the Internal Revenue Code. *William and Mary Law Review*, Williamsburg: William and Mary Law School, v. 4, n° 2, p. 172-210, 1963.

CHERUNILAM, Francis. *International Economics*. 5. ed. Nova Délhi: Tata McGraw Hill, 2008.

CHEUNG, Daniel K. C.; JIANG, Zhaodong. China's GAAR and New Rules on Non-Tax Residents' Indirect Transfers of Assets. *International Tax Journal*, Kennesaw: CCH, v. 41, n° 3, p. 43-52, 2015.

CHILE. *Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Reino de Tailandia para Evitar la Doble Imposición y para Prevenir la Evasión Fiscal con Relación a los Impuestos a la Renta y su Protocolo*. Publicado em 9 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/DTO_149_09_AGO_2010_Convenio_Chile_Tailandia_Doble_imposicion.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

CHILE. *Convenio entre la República de Chile y Japón para Eliminar la Doble Imposición con Relación a los Impuestos sobre la Renta y para Prevenir la Evasión y Elusión Fiscal y su Protocolo*. Publicado em 12 de abril de 2017. Disponível em: http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_japon.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

CHILE. *Convenio entre la República de Chile y la República Argentina para Eliminar la Doble Imposición en Relación a los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y para Prevenir la Evasión y Elusión Fiscal, su Protocolo y el Memorando de Entendimiento Relativo a su Aplicación*. Celebrado em 15 de maio de 2015. Disponível em: http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_argentina.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

CHIPRE. *Agreement Between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt for the Elimination of Double Taxation with respect to Taxes on Income and the Prevention of Tax Evasion and Avoidance*. Celebrado em 8 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-cyprus-egypt-income-tax-treaty-availability/2019/12/05/2b62q>. Acesso em: 25 set. 2020.

CHOI, Jonathan H. The Substantive Canons of Tax Law. *Stanford Law Review*, Stanford: Stanford Law School, v. 72, p. 195-260, 2020.

CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward S. *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*. Nova York: Pantheon Books, 2002.

CHRISTIANS, Allison. Avoidance, Evasion and Taxpayer Morality. *Washington University Journal of Law and Policy*, Saint Louis: Washington University, v. 44, p. 39-59, 2014.

CHRISTIANS, Allison. BEPS and the New International Order. *BYU Law Review*, Provo: BYU, n° 6, p. 1603-1646, 2016.

CHRISTIANS, Allison. Taxation in a Time of Crisis: Policy Leadership from the OECD to the G20. *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, Chicago: Northwestern University, v. 5, n° 1, p. 19-40, 2010.

CHRISTIANS, Allison. Taxing According to Value Creation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 90, p. 1379-1383, 2018.

CHRISTIANS, Allison; EZENAGU, Alexander. Kill-Switches in the U.S. Model Tax Treaty. *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn: Brooklyn Law School, v. 47, n° 3, p. 1043-1080, 2016.

CIAT. *BEPS Monitoring Database*. Atualizado em 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.ciat.org/beps-monitoring-database/?lang=en>. Acesso em: 28 nov. 2020.

CIFUENTES, Santiago Eduardo Gómez. *Abuso en el instrumento multilateral: una nueva mentalidad de planeación internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019.

CINTRA, Carlos César Sousa; MATTOS, Thiago Pierre Linhares. Planejamento Tributário à luz do Direito Brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 93-154.

CIRILO, Simone Bento Martins; GODOI, Marciano Seabra de. A exigência de um padrão mínimo de combate ao abuso dos tratados tributários (Ação 6 do Projeto BEPS) e a política fiscal internacional brasileira. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília: UCB, v. 15, n° 1, p. 1-42, 2020.

CLARK, W. Steven. Tax Reform, Tax Planning and Investment. *Federale Overheidsdienst Financien Belge, Documentatie Blad*, v. 68, n° 3. 2008, p. 107-135. Disponível em: https://finances.belgium.be/sites/default/files/downloads/BdocB_2008_Q_3e_Clark.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

CLIFFORD, Catherine. *These are the new hot spots of innovation in the time of coronavirus*. CNBC. Publicado em 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2020/04/15/hot-spots-of-innovation-as-a-result-of-coronavirus-pandemic.html>. Acesso em: 26 dez. 2020.

CNTRL. *Avantage – Étymologie et Histoire*. Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales. Disponível em: <https://www.cnrtl.fr/etymologie/avantage>. Acesso em: 5 dez. 2020.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A impossibilidade de existência de norma geral antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, p. 245-284, 2006.

COLLIER, Richard; MAFFINI, Giorgia. Tax Competition, Tax Cooperation and BEPS. *Journal of Tax Administration*, Exeter: University of Exeter, v. 3, nº 1, p. 22-56, 2017.

COLÔMBIA. *Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Eliminación de la Doble Tributación con respecto a los Impuestos sobre la Renta y la Prevención de la Evasión y Elusión Tributarias*. Celebrado em 12 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/Paginas/ConveniosTributariosInternacionales.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2020.

COLÔMBIA. *Ley 1.690 de 2013*. Acuerdo entre la República de Colombia y la República Checa para evitar la Doble Imposición y para Prevenir la Evasión Fiscal en Relación con el Impuesto sobre la Renta. Disponível em: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosBilaterales/B148.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

COMMISSION, Jeffery; SANDS, Phillip. Treaty, Custom and Time: Interpretation/Application? In: ELIAS, Olufemi; FITZMAURICE, Malgosia; MERKOURIS, Panos (Eds.). *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*. Leiden: Martinus Nyjhoff, 2010. v. I, p. 39-58.

CONSELHO EUROPEU. Convention on Cybercrime. *European Treaty Series* – Nº 185. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_en.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

CONSELHO EUROPEU. Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. *Reservations and Declarations for Treaty* – Nº 127. Atualizado até 6 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties//conventions/treaty/127/declarations>. Acesso em: 6 jun. 2020.

CONSELHO EUROPEU; OCDE. *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. Paris: OCDE, 2011. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264115606-en>. Acesso em: 26 jul. 2019.

COREIA DO SUL. *Decision 2018Du38376*. 대한민국 대법원. Decisão de 29 de novembro de 2018. Disponível em: https://library.scourt.go.kr/SCLIB_data/decision/68-2018Du38376_CorpTDivIn_jh.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

COREIA DO SUL. *Framework on National Taxes*. Ato nº 2679, de 21 de dezembro de 1974 (atualizado). Disponível em: https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=46374&type=part&key=20. Acesso em: 11 dez. 2020.

COREIA DO SUL. *Protocol Amending the Convention Between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital signed at Tashkent on February 11, 1998*. Celebrado em 19 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-protocol-south-korea-uzbekistan-income-tax-treaty-available/2020/09/21/2cz8b>. Acesso em: 20 set. 2020.

CORRIGAN, Philip; SAYER, Derek. *The Great Arch: English State Formation as Cultural Revolution*. Oxford: Basil Blackwell, 1985.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COTERO, José de Jesús Gómez. La Simulación Tributaria en el Régimen Mexicano. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Bogotá: ICDT, ano 53, v. 75, p. 21-41, 2016.

COTTRELL, M. Patrick. Lost in Transition? The League of Nations and the United Nations. In: LAMPERT, Joseph; SHAPIRO, Ian (Ed.). *Charter of the United Nations: Together with Scholarly Commentaries and Essential Historical Documents*. New Haven: Yale University Press, 2014. p. 91-106.

CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Princeton: Princeton University Press, 2012.

CUI, Wei. What is the “Law” in Chinese Tax Administration? *Asia Pacific Law Review*, Abingdon: Taylor and Francis, v. 19, n° 1, p. 75-94, 2011.

D’AMATO, Anthony. Groundwork for International Law. *The American Journal of International Law*, Cambridge: CUP, v. 108, n° 4, p. 650-679, 2014.

D’AMBROSIO, Andrea; INCARNATO, Giuseppe. *Evasione Fiscale – Parola alla Difesa*. Vignate: Lampi di Stampa, 2012.

DAGAN, Tsilly. *International Tax Policy: Between Competition and Cooperation*. Cambridge: CUP, 2018.

DALY, Michael. *Is the WTO a World Tax Organization?* Technical Notes and Manuals 16/03. Nova York: FMI, 2016. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2016/tnm1602.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

DANIEL NETO, Carlos Augusto; LAURENTIIS, Thaís de. Normas antielisivas e segurança jurídica: análise da jurisprudência do CARF sobre a tributação na segregação de atividades empresariais. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, n° 42, ano 37, p. 188-213, 2019.

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*, Amsterdã: IBFD, v. 72, n° 1, p. 31-55, 2017.

DANON, Robert J.; MALEK, Benjamin. *Swiss Supreme Court Refers to the CJEU “Danish cases” in Outbound Dividend Case Involving the Swiss-EU Savings Agreement*. Kluwer International Tax Blog. Publicado em 23 de julho de 2020. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2020/07/23/swiss-supreme-court-refers-to-the-cjeu-danish-case-in-outbound-dividend-case-involving-the-swiss-eu-savings-agreement>. Acesso em: 9 dez. 2020.

DAVIDSON, Sinclair. Tax Competition: Much To Do About Very Little. *Perspectives on Tax Reform*. The Centre for Independent Studies, n° 13, p. 1-11, 2007. Disponível em: <https://www.cis.org.au/app/uploads/2015/07/pm78.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

DE BROE, Luc; GOMMERS, Sam. Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgements in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 28, n° 6, p. 270-299, 2019.

DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 43, n° 2, p. 122-146, 2015.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madri: Civitas, 1985.

DE LA FERIA, Rita. Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax. *Common Market Law Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 45, n° 2, p. 395-441, 2008.

DE MOOIJ, Ruud; HEBOUS, Shafik. Curbing Corporate Debt Bias: Do Limitations to Interest Deductibility Work? *IMF Working Paper*, Washington D.C.: FMI, WP/17/22, p. 1-20, 2017. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2017/01/30/Curbing-Corporate-Debt-Bias-44605>. Acesso em: 10 maio 2020.

DEAN, Steven A. More Cooperation, Less Uniformity: Tax Deharmonization and the Future of the International Tax Regime. *Tulane Law Review*, Nova Orleans: Tulane Law School, v. 84, n° 1, p. 125-164, 2009.

DEBELVA, Filip; SCORNOS, Dina; VAN DEN BERGHEN, Jan; VAN BRABAND, Pieter. LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS? *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 24, n° 3, p. 132-143, 2015.

DEBLOCK, Christian; RIOUX, Michèle. L'Impossible Coopération Fiscale Internationale. *Éthique Publique*, Québec: École Nationale d'Administration Publique, v. 10, n° 1, p. 1-29, 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/1707>. Acesso em: 28 jun. 2020.

DERKSEN, Anton. Did a Fraus Legis Rule Exist in Roman Law? *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, Durban: Butterworth, v. 53, n° 4, p. 502-520, 1990.

DESAI, Mihir; HINES, James R. Evaluating International Tax Reform. *National Tax Journal*, Washington D.C.: NTA, v. 56, n° 3, p. 487-502, 2003.

DEUBEL, André-Noël Roth. *Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación*. 6. ed. Bogotá: Aurora, 2007.

D'ETTORE, Felice Maurizio; ERMINI, Mario. Donazioni Indirette. In: ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Diritto Civile: Successioni, Donazioni, Beni (Le Successioni e Le Donazioni)*. Tomo I. Milão: Giuffrè, 2009. v. II, p. 466-479.

DHOMMEAUX, Jean. Monismes et Dualismes en Droit International des Droits de l'Homme. *Annuaire Français de Droit International*, Paris: CNRS, v. 41, p. 447-468, 1995.

DIAZ-BALTEIRO, Luís; GONZÁLEZ-PACHÓN, Jacinto; ROMERO, Carlos. A Multi-Criteria Approach for Assigning Weights in Voting Systems. *Soft Computing*, Cham: Springer, v. 23, p. 8181-8186, 2019.

DIMITROPOULOS, Georgios. Compliance Through Collegiality: Peer Review in International Law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles: Loyola Law School, v. 37, n° 3, p. 275-340, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONALD, Elizabeth. Revenue Mobilization Accountability: Combating Harmful Tax Regimes with the Law of Human Rights. *Georgetown Journal of International Law*, Washington D.C.: Georgetown University, v. 50, n° 2, p. 517-572, 2019.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1977.

DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten. *Vienna Convention on the Law of Treaties: Commentary*. Berlin: Springer, 2018.

DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 43, n° 1, p. 42-57, 2015.

DOURADO, Ana Paula. May You Live in Interesting Times. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 44, n° 1, p. 2-5, 2016.

DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019.

DUEÑAS, Sebastian. CFC Rules Around the World. *Fiscal Fact*, Washington D.C.: Tax Foundation, n° 659, p. 1-35, 2019. Disponível em: <https://files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf>. Acesso em: 9 maio 2020.

DUFF, David G. Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test – Part 1. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 66, n° 3, p. 619-677, 2018.

DUFF, David G. Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test – Part 2. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 66, n° 4, p. 947-1011, 2018.

DURST, Michael C. *The OECD's BEPS Project and Lower-Income Countries*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 90, n° 11, p. 1157-1178, 2018.

DUVERGER, Maurice. *Introducción a la Política*. Tradução Jorge Estebán. Barcelona: Ariel, 1997.

DWDS. *Der deutsche Wortschatz von 1600 bis heute*. Disponível em: <https://www.dwds.de/wb/>. Acesso em: 5 dez. 2020.

DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, Chicago: University of Chicago, v. 35, p. 14-46, 1967.

DWORKIN, Ronald M. Social Rules and Legal Theory. *Yale Law Journal*, New Haven: Yale Law School, v. 81, p. 855-890, 1972.

EASTON, David. An Approach to the Analysis of Political Systems. *World Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, v. 9, n° 3, 1957.

EDWARDS, Chris R.; MITCHELL, Daniel J. *Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend It*. Washington D.C.: Cato Institute, 2008.

EICKE, Rolf. *Tax Planning with Holding Companies – Repatriation of US Profits from Europe: Concepts, Strategies, Structures*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009.

ELLIFFE, Craig. The Lesser of Two Evils: Double Tax Treaty Override or Treaty Abuse? *British Tax Review*, Londres: Sweet & Maxwell, n° 1, p. 62-88, 2016.

ELLIFFE, Craig. The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All? *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 11, n° 1, p. 47-76, 2019.

EMERSON, Peter. *Democratic Decision-Making: Consensus-Voting for Civic Society and Parliaments*. Cham: Springer, 2020.

ENGLISCH, Joachim. *Curbing ‘Abusive’ International Tax Planning Under EU Law: The Case of the Merger Directive*. Publicado em 1º de março de 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2924519>.

ENGLISCH, Joachim. Tax Coordination Between Member States in the EU – Role of the ECJ. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Horizontal Tax Coordination*. Amsterdã: IBFD, 2012. p. 3-52.

ENGREL, Annegret. *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union: Competence Overlaps, Institutional Preferences and Legal Basis Litigation*. Cham: Springer, 2018.

EQUADOR. *Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la Federación de Rusia para Evitar la Doble Tributación y para la Prevención de la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta*. Celebrado em 14 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.sri.gob.ec/web/guest/fiscalidad-internacional2>. Acesso em: 30 nov. 2020. Ressalte-se que a reserva foi feita perante a OCDE pela Rússia.

EQUADOR. *Convenio entre Japón y la República del Ecuador para Eliminar la Doble Imposición respecto a los Impuestos sobre la Renta y la Prevención de la Evasión y Elusión Tributaria*. Celebrado em 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.sri.gob.ec/web/guest/fiscalidad-internacional2>. Acesso em: 25 set. 2020.

ESCRIBANO, Eva. ¿Se ha equivocado el Proyecto BEPS en el planteamiento? Los Paradigmas de la Fiscalidad Internacional que no han sido cuestionados. In: CID, José Manuel Almudí; GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras. *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)*: G-20, OCDE y Unión Europea. Madri: Aranzadi, 2017 (livro digital).

ESPAÑA. *Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal*. Celebrado em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/BOE_Andorra.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

ESPAÑA. *Convenio entre la República de Bielorrusia y el Reino de España para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio*. Celebrado em 14 de junho de 2017. Disponível em: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/BOCG/A/BOCG-14-CG-A-41.PDF. Acesso em: 22 nov. 2020.

ESPAÑA. *Convenio entre el Reino de España y la República de Eslovenia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio*. Publicado em 28 de junho 2002. Disponível em: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/BOE_Eslovenia.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

ESPAÑA. *Convenio entre el Reino de España y Rumanía para eliminar la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y prevenir la evasión y elusión fiscales y su Protocolo*. Celebrado em 18 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.hacienda.gob.es/es-es/normativa%20y%20doctrina/normativa/cdi/paginas/cdi_alfa.aspx. Acesso em: 21 nov. 2020.

ESTADÃO. *Receita Federal promete mais rigor ao fiscalizar empresas*. Publicado em 31 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,rec-eita-federal-promete-mais-rigor-ao-fiscalizar-empresas-imp-,1113816>. Acesso em: 14 dez. 2019.

ESTADOS UNIDOS. *26 U.S. Code (Internal Revenue Code)*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7701>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *ACM Partnership v. Commissioner, 157 F.3d 231 (1998)*. Opinião da Corte: Circuit Judge Greenberg. Decidido em 13 de outubro de 1998. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1281553.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Aiken Industries, Inc. v. Commissioner*, 56 T.C. 925 (1971). Opinião da Corte: Judge Quealy. Decidido em 5 de agosto de 1971. Disponível em: <https://www.lead.com/decision/197198156brtc9251912>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Caruth v. United States*, 688 F. Supp. 1129, (N.D. Tex. 1987). Opinião da Corte: District Judge Buchmeyer. Decidido em 20 de outubro de 1987. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/688/1129/2134229/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Carry-back and carry-over of foreign tax credit*. H. Rept. 84-1346, U.S. Congressional Serial Set v. 11824. Washington D.C.: U.S. Congress, 1955.

ESTADOS UNIDOS. *Coltec Industries, Inc. v. United States*, 454 F.3d 1340 (2006). Opinião da Corte: Circuit Judge Dyk. Decidido em 12 de julho de 2006. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1226340.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465. Opinião da Corte: Justice Sutherland. Arguido em 5 de dezembro de 1934. Decidido em 7 de janeiro de 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *H. R. 2264 – Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993*. Publicado em 10 de agosto de 1993. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/2264/text>. Acesso em: 4 jun. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*. Disponível em: <https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Moline Properties, Inc. v. Commissioner*, 319 U.S. 436 (1943). Opinião da Corte: Justice Reed. Arguido em 16-19 de abril de 1943. Decidido em 1 de junho de 1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/436/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Northern Indiana Public Service Company v. Commissioner*, 105 T.C. 22 (1995). Opinião da Corte: Judge Ruwe. Decidido em 6 de novembro de 1995. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/4552969/northern-indiana-public-service-company-v-commissioner/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS, *Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner*, 287 U.S. 462 (1933). Opinião da Corte: Justice McReynolds. Arguido em 12-13 de dezembro de 1932. Decidido em 9 de janeiro de 1933. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/462/>. Acesso em: 24 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957). Opinião da Corte: Justice Black. Arguido em 3 de maio de 1956. Decidido em 11 de junho de 1956. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/1/>. Acesso em: 22 maio 2020.

ESTADOS UNIDOS. *United States Model Income Tax Convention*. Washington D.C.: IRS, 2016. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888). Opinião da Corte: Justice Field. Arguido em 13-14 de dezembro de 1887. Decidido em 9 de janeiro de 1888. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/124/190/>. Acesso em: 22 maio 2020.

ESTADOS UNIDOS. *United States v. Cumberland Public Service Co.*, 338 U.S. 451. Opinião da Corte: Justice Black. Arguido em 12 de dezembro de 1949. Decidido em 9 de janeiro de 1950. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/338/451>. Acesso em: 23 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. *United States Model Technical Explanation Accompanying the United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006*. Washington D.C.: 2006. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/temod006.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

EXAME. *O Brasil nos Paradise Papers*. Publicado em 11 de novembro de 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-brasil-nos-paradise-papers/>. Acesso em: 14 dez. 2019.

EZCURRA, Marta Villar. Los Efectos en el Derecho Español de la Doctrina del Business Purpose y de la Noción Comunitaria de Motivo Económico Válido. *Notícias de la Unión Europea*, Madri: Kluwer, n° 239, p. 109-119, 2004.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

FALCÓN Y TELLA, Ramón; GUERRA, Elvira Pulido. *Derecho fiscal internacional*. Madri: Marcial Pons, 2010.

FARIA, Renato Vilela. Caso RBS: Análise da Operação Casa-e-Separa. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento tributário: análise de casos*. São Paulo: MP Ed., 2010. p. 63-90.

FASH, Charles H. III. Capital Gains Taxation of Foreign Investors in United States Real Estate: The Foreign Investment in Real Property Act of 1980. *Rutgers Law Journal*, Camden: Rutgers Law School, v. 13, n° 1, p. 117-162, 1981.

FAULHABER, Lilian V. The Trouble with Tax Competition: From Practice to Theory. *Tax Law Review*, Nova York: New York University, v. 71, n° 2, p. 311-366, 2018.

FERNÁNDEZ, Gilberto Ramos; LEÓN, César Luna-Victoria. “... A Menos que de su Contexto se Infiera una Interpretación Diferente...”. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Lima: IPDT, n° 49, p. 113-132, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário e à luz do novo Código Civil. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, ano 8, nº 48, p. 9-25, 2010.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. Economía de Opción, Fraude de Ley, Sanciones y Delito Fiscal. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Tratado de derecho tributario*. Lima: Palestra, 2003. p. 505-527.

FERRIS, Tara. CRS Enforcement is Upon Us: Why, When and Where to Prepare. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 99, p. 481-486, 2020.

FINANCIAL TIMES. *Starbucks pays more tax in the UK despite loss*. Publicado em 27 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.ft.com/content/cb995088-9811-11e9-9573-ee5cbb98ed36>. Acesso em: 14 dez. 2019.

FINANCIAL TIMES. *US Upends Global Digital Tax Plans after Pulling Out of Talks with Europe*. Publicado em 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/1ac26225-c5dc-48fa-84bd-b61e1f4a3d94>. Acesso em: 25 jun. 2020.

FINLEY, Ryan. Observers Weigh In On BEPS Final Reports. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 130, 2015.

FITZGERALD, Valpy. International Tax Cooperation and Innovative Development Finance. *DESA Working Paper*, Genebra: ONU, nº 123, 2012. Disponível em: https://www.un.org/esa/desa/papers/2012/wp123_2012.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

FLEMING Jr.; J. Clifton; PERONI, Robert; SHAY, Stephen E. What's Source Got to do with It? Source Rules and U.S. International Taxation. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 56, nº 1, p. 81-156, 2002.

FMI. *Fiscal Monitor: Curbing Corruption*. Washington D.C.: FMI, 2019. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2019/03/18/fiscal-monitor-april-2019>. Acesso em: 24 maio 2020.

FMI. *GDP per capita, current prices*. Disponível em: https://www.imf.org/external/data_mapper/NGDPDPC@WEO/WEOWORLD. Acesso em: 27 dez. 2020.

FMI. *Spillovers in International Corporate Taxation*. Washington D.C.: FMI, 2014. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

FRANÇA. *Décision N° 283314*. Conseil d'État, 3ème et 8ème Sous-sections Réunies. Datado de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000018004870/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

FRANÇA. *Code Général des Impôts*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>. Acesso em: 21 abr. 2020.

FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Conseil Constitutionnel, com data de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 29 dez. 2019.

FRANCO, Gustavo H. B. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira, 1933-2013*. São Paulo: Zahar, 2017 (livro digital).

FREEDMAN, Judith. United Kingdom. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffrey; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 741-764.

FRIEDMAN, Lawrence M. *The Legal System: A Social Science Perspective*. Nova York: Russell Sage Foundation, 1975.

FRIEDMAN, Milton. Has Fiscal Policy Been Oversold? In: FRIEDMAN, Milton; HELLER, Walter W. *Monetary vs. Fiscal Policy: a dialogue*. Nova York: W. W. Norton & Company, 1969. p. 43-62.

FUNG, Sissie. The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project. *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, v. 10, nº 2, p. 76-88, 2017.

G20. *G20 Communiqué: London Summit – Leaders' Statement*. Londres: G20, 2009. Disponível em: https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20_040209.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

G20. *G20 Leaders' Declaration*. Los Cabos: G20, 2012. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.html>. Acesso em: 19 jul. 2020.

G20. *G20 Leaders' Declaration*. São Petersburgo: G20, 2013. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013-0906-declaration.html>. Acesso em: 19 jul. 2020.

G20. *G20 Participants*. 2020. Disponível em: <https://g20.org/en/about/Pages/Participants.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2020.

GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. Política fiscal anticíclica, crise financeira internacional e crescimento econômico no Brasil. *Revista de Economia Política*, São Paulo: CEP, v. 31, nº 5, p. 794-812, 2011.

GALDINO, Guilherme; SCHOUERI, Luís Eduardo. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility in Single Taxation? In: WHEELER, Joanna (Ed.). *Single Taxation?* Amsterdã: IBFD, 2018. p. 83-103.

GANI, Raphaël. *La Clause de Limitation des Bénéfices dans la Convention de Double Imposition entre la Suisse et les Etats-Unis*. Viena: Haupt, 2008.

GARBARINO, Carlo. Comparative Taxation and Legal Theory: The Tax Design Case of the Transplant of General Anti-Avoidance Rules. *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv: Cegla Center for Interdisciplinary Research, v. 11, n° 2, p. 765-790, 2010.

GARCÍA NOVOA, César. *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Madri: Marcial Pons, 2016.

GARNER, Brian; SCALIA, Antonin. *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*. Saint Paul: Thomson/West, 2012.

GEORGE, Michael J. Digging Up New Revenue: Retrospective Estate Taxation and the Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993. *West Virginia Law Review*, Morgantown: West Virginia University, v. 96, n° 4, p. 971-1014, 1994.

GIBSON, Stuart. The BEPS Final Reports – More of a Menu Than a Recipe. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 101, 2015.

GILD, Mimi E. Tax Treaty Shopping: Changes in the U.S. Approach to Limitation on Benefits Provisions in Developing Country Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville: University of Virginia, v. 30, n° 2, p. 553-596, 1990.

GILLEARD, Matthew. The BEPS Special. *International Tax Review*, Londres: ITR, v. 26, n° 10, p. 18-47, 2016.

GILLET, Cristián B. *La norma general anti elusión: análisis desde la perspectiva del derecho privado*. Santiago: UC, 2016.

GIRI, Ananta Kumar. *Knowledge and Human Liberation: Towards Planetary Realizations*. Londres: Anthem, 2013.

GLOSBE. *English-Slovak Dictionary*. Disponível em: <https://en.glosbe.com/en/sk/>. Acesso em: 5 dez. 2020.

GODOI, Marciano Seabra de. Dois conceitos de simulação e suas consequências para os limites da elisão fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. 11° v., p. 272-298.

GODOI, Marciano Seabra de. Estudo comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 49, n° 194, p. 117-146, 2012.

GODOI, Marciano Seabra de. Planejamento tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 444-520.

GOLDBACH, Laurie; JAMES, Shannon. *Supreme Court of Canada Won't Reconsider the GAAR in Birchcliff Energy Ltd*. Lexology. Publicado em 22 de novembro de 2019. Disponível

em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3bd2d6ae-3340-44b7-9c47-ff879ce2b69>. Acesso em: 3 maio 2020.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. rev., atual e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández. A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a New Approach. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 46, n° 4, p. 278-295, 2018.

GOVIND, Sriram. The Relationship between Domestic Specific Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties. In: BLUM, Daniel; SEILER, Markus. *Preventing Treaty Abuse*. Viena: Linde, 2016. p. 535-555.

GOYETTE, Nathalie. Un Second Regard sur l'Abus des Conventions Fiscales. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 51, n° 2, p. 719-763, 2003.

GRAETZ, Michael J. Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies. *Tax Law Review*, Nova York: New York University, v. 54, n° 3, p. 261-336, 2001.

GRAVELLE, Jane G.; HUNGERFORD, Thomas L. Can Contractionary Fiscal Policy be Expansionary? *Report*, Washington D.C.: CRS, 7-5700, p. 1-18, 2013. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41849.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.

GRECHYNA, Daryna. Political Frictions and Public Policy Outcomes. *Journal of Comparative Economics*, Londres: Elsevier, v. 44, n° 3, p. 484-495, 2016.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2011.

GREGGI, Marco. *Il Contrasto all'Erosione della Base Imponibile e all'Allocazione Artificiosa dei Profitti da Parte dell'OCSE*. Novità Fiscali, Edizione Speciale. Manno: SUPSI, 2013.

GRIECO, Joseph M.; IKENBERRY, G. John. *State Power and World Markets: The International Political Economy*. Nova York: W. W. Norton, 2002.

GROSSBERG, Jonathan D. Attacking Tax Shelters: Galloping Towards a Better Step Transaction Doctrine. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge: Louisiana State University, v. 15, n° 1, p. 369-436, 2018.

GULLO, Marcelly Fuzaro; THORSTENSEN, Vera Helena. O Brasil na OCDE: Membro Pleno ou Mero Espectador? *Working Paper*, São Paulo: FGV, 479, p. 26, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23926>. Acesso em: 17 maio 2020.

GUNN, Alan. Tax Avoidance. *Michigan Law Review*, Ann Arbor: University of Michigan, v. 76, n° 5, p. 733-767, 1978.

GUTTERIDGE, H. C. *Comparative Law*. Cambridge: CUP, 1946.

HAELTERMAN, Axel; MAES, Luc; VAN ORSHOVEN, Paul (Eds.). *Impôts sur les Revenus*. Bruxelles: La Chartre, 2007.

HALABI, Oz. Domestic Antiavoidance Rules and their Interplay with Tax Treaties. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 63, p. 955-965, 2011.

HALKA, Dominika; TONINO, Harry; TREPPELKOVA, Alexander (Eds.). *United Nations Handbook of Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*. Nova York: ONU, 2015.

HAMAEEKERS, Hubert. Arm's Length: How Long? In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Morris; RAUPACH, Arndt; RODI, Michael (Ed.). *International and Comparative Taxation – Essays in Honour of Klaus Vogel*. Londres: Kluwer Law International, 2002. p. 29-52.

HAMON, Francis; e TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 35. ed. Paris: LGDJ, 2014.

HAP, Adrián Grant. OECD Multilateral Convention: Flexibility versus the BEPS Project. *IBFD White Paper*. Publicado em 0 de março de 2017. Amsterdã: IBFD, 2017.

HARDECK, Inga; HARDEN, J. William; UPTON, David R. Consumer Reactions to Tax Avoidance: Evidence from the United States and Germany. *Journal of Business Ethics*, Dordrecht: Springer, v. 158, n° 3, 2019.

HARRIS, Peter A. The CCCTB GAAR: A Toothless Tiger or a Russian Roulette? In: WEBER, Dennis (Ed.). *CCCTB: Selected Issues*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 271-298.

HARTMANN, Andre Julian; KIRCHLER, Erich; OATS, Lynne; ONU, Diana. Gaming the System: An Investigation of Small Business Owners' Attitudes to Tax Avoidance, Tax Planning, and Tax Evasion. *Games*, Basileia: MDPI, v. 10, n° 4, p. 01-17, 2019.

HARVARD LAW REVIEW. Making Chinese Court-Filings Public? *Some Not-So American Insights*. Publicado em 10 de março de 2020. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2020/03/making-chinese-court-filings-public-some-not-so-foreign-american-insights/>. Acesso em: 3 maio 2020.

HASLEHNER, Werner; KOFLER, Georg. *Three Observations on the Danish Beneficial Ownership Cases*. Kluwer International Tax Blog, publicado em 13 de março de 2019. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/03/13/three-observations-on-the-danish-beneficial-ownership-cases/>. Acesso em: 11 dez. 2020.

HAWTHORNE, Helen. *Least Developed Countries and the WTO: Special Treatment in Trade*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013.

HAYASHI, Andrew T. A Theory of Facts and Circumstances. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa: University of Alabama, v. 69, n° 2, p. 289-326, 2017.

HELLERSTEIN, Walter. Commentary on Horizontal Tax Coordination Conference. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Horizontal Tax Coordination*. Amsterdã: IBFD, 2012. p. 317-322.

HELMINEN, Marjaana. General Report – The Notion of Tax and the Elimination of International Double Taxation or Double Non-Taxation. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 101b, p. 17-76, 2016.

HERMAN, Shael. Classical Social Theories and the Doctrine of Abuse of Right. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge: Louisiana State University, v. 37, n° 3, p. 747-760, 1977.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HEYKA, Jake. A World Tax Court: The Solution to Tax Treaty Arbitration. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 83, p. 625-632, 2016.

HIGGS, Robert. Fear: The Foundation of Every Government's Power. *The Independent Review*, Oakland: Independent Institute, v. 10, n° 3, p. 447-466, 2006.

HILLING, Maria; LINDERFALK, Ulf. The Use of OECD Commentaries as Interpretative Aids – The Static/Ambulatory–Approaches Debate Considered from the Perspective of International Law. *Nordic Tax Journal*, Aarhus: De Gruyter, n° 1, p. 34-59, 2015.

HINDMAN, Matthew. *How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

HINES, James R. Income Misattribution under Formula Apportionment. *European Economic Review*, Nova York: Elsevier, v. 54, n° 1, p. 108-120, 2010.

HINNEKENS, Luc. New Age International Taxation in the Digital Economy of the Global Society. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, n° 4, p. 116-119, 1997.

HOLMES, Kevin. *International Tax Policy and Double Tax Treaties*. Amsterdã: IBFD, 2014.

HONG KONG. *Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Finland for the Elimination of Double Taxation with respect to Taxes on Income and the Prevention of Tax Evasion and Avoidance*. Celebrado em 24 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap112DE>. Acesso em: 22 nov. 2020.

HOROWITZ, Ira; WHAIT, Robert B.; WHITTENBURG, Gerald E. The World According to GAAR. *Australian Tax Forum*, Sydney: Tax Institute, v. 47, n° 4, p. 773-814, 2012.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNEBERG, Samantha. Insurance Fraud and Forfeiture Cases: Reaching a Middle Ground. *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, Durban: Butterworth, v. 82, n° 1, p. 102-119, 2019.

HUTCHISON, Andrew; HUTCHISON, Dale. Simulated Transactions and the Fraus Legis Doctrine. *South African Law Journal*, Cidade do Cabo: Juta, v. 131, n° 1, p. 69-87, 2014.

HURDEMAN, Anton A. *The Worldwide History of Telecommunications*. Tradução livre. Nova Jersey: Wiley, 2003.

HWONG, Thaddeus; LI, Jinyan. GAAR in Action: An Empirical Exploration of Tax Court of Canada Cases (1997-2009) and Judicial Decision Making. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 61, n° 2, p. 321-366, 2013.

ICIJ. *Panama Papers: About the Investigation*. Publicado em 3 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/pages/panama-papers-about-the-investigation/>. Acesso em: 14 dez. 2019.

ICIJ. *Panama Papers: The Power Players*. Publicado em 3 de abril de 2016. Disponível em: <https://projects.icij.org/panama-papers/power-players/>. Acesso em: 14 dez. 2019.

ICTD. At the Table, Off the Menu? Assessing the Participation of Lower-Income Countries in Global Tax Negotiations. Rasmus Corlin Christensen, Martin Hearson and Tovony Randriamanalina. *ICTD Working Paper*, 115. Disponível em: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/15853/ICTD_WP115.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020.

IFAC. *Handbook of International Quality Control, Auditing, Review, Other Assurance, and Related Services Pronouncements*. International Auditing and Assurance Standards Board (IASB). Nova York: IFAC, 2014. v. 1. Disponível em: https://www.ifac.org/system/files/publications/files/2014-IAASB-HANDBOOK-VOLUME-1_0.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

IJZERMAN, Robert L. H. Netherlands. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 87a, p. 451-472, 2002.

ILHAS MAURÍCIO. *Agreement between the Republic of Mauritius and the Federal Republic of Germany for the Avoidance of Double Taxation and of Tax Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 7 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www.mra.mu/download/GNNo210of2012Germany.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ÍNDIA. *Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of India for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income*. Celebrado em 19 de março de 2018. Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/international-taxation/dtaa.aspx>. Acesso em: 23 nov. 2020.

ÍNDIA. *Circular 07*. Datada de 27 de janeiro de 2017. Disponível em: https://www.incometaxindia.gov.in/communications/circular/circular7_2017.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

ÍNDIA. *Formula One World Championship Ltd. v. Commissioner of Income Tax*. Opinião da Corte: Judge Sikri. Julgado em 24 de abril de 2017. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/23544710/>. Acesso em: 5 maio 2020.

ÍNDIA. *Income Tax Act (1961)*. Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/acts/income-tax-act.aspx>. Acesso em: 5 maio 2020.

ÍNDIA. *Meera Bhatia v. Income Tax Officer (2009) IT Appeal 1876 of 2006*. Income Tax Appellate Tribunal. Opinião da Corte: Judge Pramod Kumar. Julgado em 29 de outubro de 2009. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/in/5d3163653321bc6e59358610>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ÍNDIA. *Synthesized Text of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI) and the Agreement Between the Government of the Republic of India and the Government of the Russian Federation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income*. Efetivo a partir de 1º de janeiro de 2021 (Rússia) e a partir de 1º de abril de 2021 (Índia). Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/international-taxation/dtaa.aspx>. Acesso em: 8 nov. 2020.

ÍNDIA. *Union of India & Anr v. Azadi Bachao Andolan & Anr 263 ITR 706 (SC)*. Opinião da Corte: Judge Srikrishna. Julgado em 7 de outubro de 2003. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1960330/>. Acesso em: 5 maio 2020.

ÍNDIA. *Vodafone International Holdings BV v. Union of India (2012) 6 SCC 613*. Opinião da Corte: Judge Radhakrishnan. Julgado em 20 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/115852355/>. Acesso em: 5 maio 2020.

ISRAEL. *MLI Position* (subject to the completion of our internal requirements). Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-israel.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

ITÁLIA. *Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica di Azerbaijan per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire le evasioni fisci, con Protocollo aggiuntivo*. Celebrado em 21 de julho de 2004. Disponível em: https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/Varie/AZERBAIJAN_2004-Testo_G.U._ita_en.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

ITÁLIA. *Decreto del Presidente della Repubblica del 29/09/1973*. Publicado em 16 de outubro de 1973. Disponível em: <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/decodeurn?urn=urn:doctrib::DPR:1973;600>. Acesso em: 25 dez. 2020.

ITÁLIA. *Sentenza n° 14756*. Corte di Cassazione. Decisão de 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://it.vlex.com/vid/sentenza-n-14756-della-846612432>. Acesso em: 9 dez. 2020.

JACOBSON, Arthur J. *Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann*. *Michigan Law Review*, Ann Arbor: University of Michigan, v. 87, n° 6, p. 1647-1689, 1989.

JAIN, Saurabh. *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*. Amsterdã: IBFD, 2013.

JAIN, Saurabh; PREBBLE, John. Conceptual Problems of Beneficial Ownership and the Corporate Veil. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 73, n° 3, p. 1-9, 2019.

JAIN, Tarun. 'GAAR and the Rule of Law': Mutually Incompatible? *Chartered Accountant Practice Journal*, Nova Delhi: Manupatra, v. 43, p. 18-38, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2298520. Acesso em: 5 maio 2020.

JANOT, Paul. *Histoire de la Science Politique dans ses Rapports avec la Morale*. 3. ed. Paris: Félix Alcan, 1887. t. I.

JAPÃO. *Synthesised Text of the MLI and the Agreement Between the Government of Japan and the Government of the Sultanate of Oman for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Efetivo a partir de 1° de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/japan-oman-2014-income-tax-agreement-and-final-protocol-mli-synthesized-text-japan/2cyh6>. Acesso em: 20 set. 2020.

JARAMILLO, José Vicente Troya. La Interpretación y Aplicación de los Tratados en Matéria Tributária. *Revista de Derecho Foro*, Quito: CEN, n° 4, p. 113-128, 2005.

JEDLICKA, Vit. Tax Competition and IP Boxes after the Application of the Modified Nexus Approach. *Journal of Competitiveness*, Zlin: Tomas Beta University, v. 10, n° 4, p. 70-84, 2018.

JEPPESEN, Inge Langhave. Denmark. In: HILLING, Axel (Ed.). *Taxation of Partnership – Legal National Reports for the Nordic Tax Research Council's Annual Meeting*. *Nordic Tax Journal*, n° 2. Aarhus: De Gruyter, 2015. p. 63-108.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: Volume I – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Fernando Bonfá de. Da norma antielisiva no ordenamento jurídico tributário. In: MELO, José Eduardo Soares de; PARISI, Fernanda Drummond; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Roque Antonio Carrazza*. São Paulo: Malheiros, v. 3, p. 65-79, 2014.

JIMÉNEZ, Adolfo Martín. Towards a Homogenous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 66, n° 4/5, p. 270-292, 2012.

JOHANNESSEN, Niels; TØRSLØV, Thomas; WIER, Ludvig. Are Less Developed Countries More Exposed to Multinational Tax Avoidance? Method and Evidence from Micro-Data. *The World Bank Economic Review*. Oxford: OUP, 2019, p. 1-20.

JUHASZ, Agnes. Abuse of Right within the Civil Law and Beyond. *Law Series Annals of the West University of Timisoara*, Timisoara: West University of Timisoara, n° 1, p. 5-26, 2016.

KAHRAMAN, Abdulkadir. Turkey. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 819-841, 2020.

KALDERIMIS, Daniel. Problems of WTO Harmonization and the Virtues of Shields over Swords. *Minnesota Journal of Global Trade*, Minneapolis: University of Minnesota, v. 13, n° 2, p. 305-352, 2004.

KANE, Mitchell A. A Defense of Source Rules in International Taxation. *Yale Journal on Regulation*, New Haven: Yale Law School, v. 32, n° 2, p. 311-362, 2015.

KANE, Mitchell A. Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage. *Emory Law Journal*, Atlanta: Emory Law School, v. 53, n° 1, p. 89-170, 2004.

KAPLOW, Louis. Taxation. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Handbook of Law and Economics*. Amsterdã: North Holland, 2007. v. 1, p. 647-755.

KAYE, Tracy. Taxation and Development: The U.S. Perspective. In: BROWN, Karen (Ed.). *Taxation and Development – A Comparative Study*. Cham: Springer, 2017. p. 309-346.

KEETON, Robert E. *Harvard Law Review*, Cambridge, Harvard Law School, v. 75, n° 3, p. 463-509, 1962.

KEINIGER, Walter. Argentina. In: WHITEHEAD, Simon (Ed.). *The Tax Disputes and Litigation Review*. The Law Reviews. 8. ed. Londres: Law Business Research, 2020. p. 6-14.

KEMMEREN, Eric. Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion? *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 23, n° 4, p. 190-193, 2014.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. Nova York: Palgrave MacMillan, 2003.

KLEINBARD, Edward D. Stateless Income. *Florida Tax Review*, Gainesville: University of Florida, v. 11, n° 9, p. 699-774, 2011.

KLEIST, David. The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS – Some Thoughts on Complexity and Uncertainty. *Nordic Tax Journal*, Varsóvia: De Gruyter, n° 1, p. 31-48, 2018.

KNIGHT, Charles (Ed.). *Political Dictionary; Forming a Work of Universal Reference, both Constitutional and Legal, and Embracing the Terms of Civil Administration, of Political Economy and Social Relations, and of All the More Important Statistical Departments of Finance and Commerce*. Londres: Charles Knight & Co., 1846. v. II.

KNIGHT, Ray A.; KNIGHT, Lee G. Substance Over Form: The Cornerstone of our Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS's Arsenal. *Akron Tax Journal*, Akron: University of Akron, v. 8, p. 91-108, 1991.

KNOLL, Michael S. Reconsidering International Tax Neutrality. *Tax Law Review*, v. 64, n° 2, p. 99-130.

KOHLHASE, Saskia; PIERK, Jochen. The Effect of a Worldwide Tax System on Tax Management of Foreign Subsidiaries. *Journal of International Business Studies*, Londres: Palgrave Macmillan, v. 50, n° 3, p. 1-19, 2019.

KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 44, n° 5, p. 406-412, 2016.

KOLOZS, Borbála; KREVER, Richard. Hungary. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffery; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander *et al.* *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 307-320.

KORB, Donald L. The Economic Substance Doctrine in the Current Tax Shelter Environment Partnership and Real Estate Tax Planning. In: *USC. Major Tax Planning*. Los Angeles: USC, 2005. v. 1, p. 10-01-10-16.

KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics. *The Modern Law Review*, Londres: LSE, v. 70, n° 1, p. 20-25, 2007.

KOURALEVA-CAZALS, Polina. La Simplification de l'Action Publique en Matière Fiscale. *Revue Française d'Administration Publique*, Paris: ENA, n° 157, p. 83-94, 2016.

KRAVIS, Irving B. *Domestic Interests and International Obligations: Safeguards in International Trade Organizations*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1963.

KREVER, Richard; MELLOR, Peter. Australia, GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World. In: LANG, Michael; OWENS, Jeffery; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 45-64.

KUMAR, Awanish. Ruling in Vodafone Tax Dispute in India: Final or Fallible! *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 41, n° 10, p. 516-541, 2013.

KUTYAN, Justin; SAMTANI, Pooja. GAAR Revisited: From Instinctive Reaction to Intellectual Rigour. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 62, n° 2, p. 401-428, 2014.

KUZNIACKI, Blazej. Discretionary Benefits Provisions under the MLI: A Virtuous Solution or a Vicious Circle? *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 87, n° 5, p. 451-463, 2017.

KUZNIACKI, Blazej. Tax Avoidance through Controlled Foreign Companies under European Union Law with Specific Reference to Poland. *Accounting, Economics and Law: A Convivium*, Aarhus: De Gruyter, v. 7, n° 1, p. 1-48, 2017.

KYSAR, Rebecca M. Interpreting Tax Treaties. *Iowa Law Review*, Iowa City: University of Iowa, v. 101, n° 4, p. 1440-1442, 2016.

LA NACIÓN. *La Argentina encara su lucha contra las prácticas fiscales nocivas*. Publicado em 18 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/economia/la-argentina-encara-su-lucha-contral-as-practicas-fiscales-nocivas-nid1837273>. Acesso em: 14 dez. 2019.

LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial, 2018.

LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 74, n° 7, p. 655-664, 2014.

LANKHORST, Paul; VAN DAM, Harmen. Post-BEPS Tax Advisory and Tax Structuring from a Tax Practitioner's View. *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, n° 1, p. 60-74, 2017.

LANTHIER, Allan R. Canada: Tough Times Ahead for Multinationals. *Tax Executive*, Washington D.C.: TEI, v. 41, n° 2, p. 123-136, 1989.

LAVIER, Michael. *Invitation to Politics*. Oxford: Martin Robertson, 1983.

LE DEVOIR. *Lutte contre la planification fiscale abusive*. Publicado em 13 de março de 2010. Disponível em: <https://www.ledevoir.com/economie/284905/lutte-contre-la-planification-fiscale-abusive-moderez-vos-attentes-disent-des-experts>. Acesso em: 15 dez. 2019.

LE FIGARO. *Optimisation fiscale agressive: six pays de l'UE dans le viseur de Bruxelles*. Publicado em 5 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/opt-optimisation-fiscale-agressive-six-pays-de-l-ue-dans-le-viseur-de-bruxelles-20190605>. Acesso em: 14 dez. 2019.

LE SOIR. *Entre payer ses impôts dus ou investir, il faut choisir*. Publicado em 9 de julho de 2019. Disponível em: <https://plus.lesoir.be/235633/article/2019-07-09/entre-payer-ses-imp-ots-dus-ou-investir-il-faut-choisir>. Acesso em: 14 dez. 2019.

LEAMAN, Jeremy; WARIS, Attiya (Ed.). *Tax Justice and the Political Economy of Global Capitalism: 1945 to the Present*. Brooklyn: Berghahn Books, 2013.

LEDURE, David; PAQUOT, Jean-Charles; VAN DER VELDEN, Michaël. The Implementation of the 30% EBITDA Rule in Belgium: An Angle with a Twist. *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 25, n° 3, p. 230-236, 2018.

LEE, John W. Section 482 and the Integrated Business Enterprise. *Virginia Law Review*, Charlottesville: University of Virginia School of Law, v. 57, n° 8, p. 1376-1434, 1971.

LEE, Soojin. News Media Coverage of Corporate Tax Avoidance and Corporate Tax Reporting. *WU International Taxation Research Paper Series*, n° 2015/2016. Disponível em: <https://epub.wu.ac.at/4541/1/SSRN-id2603344.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

LEGG, Keith R.; ROBERTS, John M. Political Strategies for Economic Manipulation: Democratic Reelections in Greece 1960-1985. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City: University of Utah, v. 44, n° 1, p. 39-65, 1991.

LEGRAND, Pierre. What Can You Say, Words It Is, Nothing Else Going. *International Journal for the Semiotics of Law*, Cham: Springer, v. 26, n° 4, p. 805-832, 2013.

LENNARD, Michael. Act of creation: the OECD/G20 test of “Value Creation” as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries. *Transnational Corporations*, Geneva: UNCTAD, v. 25, n° 3, p. 55-84, 2018.

LÉONARD, Amandine. “Abuse of Rights” in Belgian and French Patent Law: A Case Law Analysis. *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, v. 7, n° 1, p. 30-50, 2016. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-1-2016/4398>. Acesso em: 19 abr. 2020.

LEROY, Marc. Crise des Financements, Crise des Systèmes Fiscaux: Une Analyse de Sociologie Financière. *Revue Française d'Administration Publique*, Paris: ENA, v. 4, n° 144, p. 1025-1034, 2012.

LESSAMBO, Felix I. *International Aspects of the U.S. Tax System*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2016.

LEUNG, Sidney C. M.; RICHARDSON, Grant; TAYLOR, Grantley. The Effect of the General Anti-Avoidance Rule on Corporate Tax Avoidance in China. *Journal of Contemporary Accounting and Economics*, Londres: Elsevier, v. 15, n° 1, p. 105-117, 2019.

LEWIS, Alexander. *The MLI: Advancing International Tax Policy, One Ratification at a Time*. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 88, p. 1123-1126, 2017.

LEY, Eduardo; STOTSKY, Janet; ZEE, Howard H. Tax Incentives for Business Investment: A Primer for Policy Makers in Developing Countries. *World Development*, Nova York: Elsevier, v. 30, n° 9, p. 1497-1516, 2002.

LI, Jinyan. Economic Substance: Drawing the Line between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 54, n° 1, p. 23-56, 2006.

LI, Jinyan. Tax Transplants and Local Culture: A Comparative Study of the Chinese and Canadian GAAR. *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv: Cegla Center for Interdisciplinary Research, v. 11, n° 2, p. 655-686, 2010.

LINCOLN, Charles. The Myth of “Separate Enterprises” in International Taxation: Approaches to the Attribution of Profits to Permanent Establishments. *Trinity Law Review*, Santa Ana: Trinity Law School, v. 22, n° 2, p. 30-44, 2017.

LINDENCRONA, Gustaf; MATTSSON, Nils. Arbitration in Taxation: An Introduction. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 42, n° 3, p. 161-162, 2014.

LINDERFALK, Ulf. *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Springer, 2007.

LIPPERT, Tyler H. OECD Base Erosion and Profit Shifting: Action 6. *Northwestern Journal of Law & Business*, Chicago: Northwestern University, v. 37, n° 3, p. 539-562, 2017.

LISBOA, Marcos. Outra história. In: LISBOA, Marcos; PESSÔA, Samuel. *O valor das ideias: debate em tempos turbulentos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019 (livro digital).

LITTLEWOOD, Michael. Tax Competition: Harmful to Whom? *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor: University of Michigan, v. 26, n° 1, p. 411-488, 2004.

LITUÂNIA. *MLI Position* (subject to the completion of our internal requirements). Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-lithuania.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

LITUÂNIA. *Synthesized Text of the MLI and the Convention between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of the State of Israel for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*. Vilnius: VMI, 2019. Disponível em: <https://www.vmi.lt/cms/documents/10162/9152916/Israel/c6517f30-6364-4dd5-a8de-6fb06e6b7fab>. Acesso em: 7 ago. 2020.

LIVINGSTON, Michael A. *Taxation and Culture: Convergence, Divergence and the Future of Tax Law*. Cambridge: CUP, 2020.

LOBATO, Raúl Rodríguez. *Derecho fiscal*. 3. ed. Cidade do México: OUP, 2014.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. *Elementos jurídicos da reestruturação internacional da dívida pública*. Série Direito Financeiro. Coordenada por José Maurício Conti. São Paulo: Blucher, 2017.

LOIGNON, Stéphane. *Big Bang Blockchain: La Seconde Révolution D'internet*. Paris: Tallandier, 2017.

LOMBARDO, Giovanni; SUTHERLAND, Alan. Monetary and Fiscal Interactions in Open Economies. *Journal of Macroeconomics*, Nova York: Elsevier, v. 26, nº 2, p. 319-347, 2004.

LÓPEZ, Doris Teresita Mendoza. La Lucha del Derecho Internacional Tributario Contra la Planeación Fiscal Agresiva. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Cidade do México: UNAM, v. 16, p. 1-24, 2016.

LOSADA, Soraya Rodríguez. La Interpretación Jurisprudencial del Concepto de Beneficiario Efectivo en el Ambito Internacional. *Cronica Tributaria*, Madri: IEF, nº 149, p. 153-197, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Introduction to Systems Theory*. Tradução Peter Gilgen. Cambridge: Polity, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Tradução Klaus A. Ziegert. Nova York: OUP, 2004.

LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) Rules? *Revista de Direito Internacional*, Brasília: UniCEUB, v. 14, nº 2, p. 465-489, 2017.

LUO, Hang. How to Address Multiple Sources of Influence in Group Decision-Making? From a Nonordering to an Ordering Approach. In: ALMEIDA, Adiel Teixeira de; CARRERAS, Ashley; MORAIS, Danielle Costa; VETSCHERA, Rudolf (Eds.). *Group Decision and Negotiation: Behavior, Models and Support*. Cham: Springer, 2019. p. 17-32.

LUPOI, Maurizio. *Trusts: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

MACDONALD, J. Ross. Time Present and Time Past”: U.S. Anti-Treaty Shopping History, Policy and Rules (or, “Well, Stanley, that’s another nice mess you’ve gotten us into”). *The Tax Lawyer*, Washington D.C.: ABA, v. 70, nº 1, p. 5-366, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. A norma antielisão e o princípio da legalidade: análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 103-116.

MACHADO, Ralph. *Lula A.C-D.C.: Política econômica antes e depois da “Carta ao Povo Brasileiro”*. São Paulo: Annablume, 2007.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Planejamento tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 254-283.

MADIÈS, Thierry. *La Concurrence Fiscale Internationale*. Paris: La Découverte, 2020.

MADISON, Allen D. Rationalizing Tax Law by Breaking the Addiction to Economic Substance. *Idaho Law Review*, Moscow: University of Idaho, v. 47, n° 3, p. 441-448, 2011.

MADISON, Allen D. The Tension between Textualism and Substance-over-Form Doctrines in Tax Law. *Santa Clara Law Review*, Santa Clara: Santa Clara University School of Law, v. 43, n° 3, p. 699-750, 2003.

MAISTO, Guglielmo. Italy. In: WHITEHEAD, Simon (Ed.). *The Tax Disputes and Litigation Review*. The Law Reviews. 8. ed. Londres: Law Business Research, 2020. p. 155-169.

MALHERBE, Jacques. *Droit Fiscal International: Impôt sur les Revenus, Théorie Générale, Droit Belge, Éléments de Droit Comparé*. Bruxelles: Larcier, 1994.

MALTA. *Convention between the Government of Malta and the Government of the Russian Federation for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 24 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.mfsa.mt/consumers/useful-links-2/international-tax-unit/double-tax-treaties/>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MANSOUR, Mario; ROTA-GRAZIOSI, Grégoire. *Tax Coordination, Tax Competition, and Revenue Mobilization in the West African Economic and Monetary Union*. Working Paper WP/13/163. Washington D.C.: FMI, 2013. p. 1-41.

MANTEGA, Guido. *Alíquotas mais baixas de IPI*. YouTube. Publicado em 25 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wmrlg3EKNfw>. Acesso em: 4 jun. 2020.

MARIÑO, Juan David Barbosa. El Régimen de Precios de Transferencia en Colombia: Un Análisis de su Desarrollo, del Principio de Plena Competencia y de la Vinculación Económica. *Vniversitas*, Bogotá: Javeriana, n° 111, p. 33-63, 2006.

MÁRQUEZ, Jaime Lara. Las Antinomias en el Derecho: El Caso de las Leyes 29214 y 29215. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Lima: IPDT, n° 48, p. 5-38, 2009.

MARRES, Otto; WATTEL, Peter. The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties. *European Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 43, n° 7, p. 222-235, 2003.

MARTELLO, Alexandro. *Receita Federal edita norma para esclarecer distribuição de lucros*. Publicado em 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/09/distribuicao-de-lucro-fiscal-e-isenta-mas-nao-lucro-societario-diz-fisco.html>. Acesso em: 22 maio 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Considerações sobre a norma antielisão. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n° 87, p. 92-96, 2002.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise da “aclimatação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. In: ESTEVEZ, André Fernandes; FRADERA, Vera Maria Jacob de; RAMOS, Ricardo Ehrensperger. *Contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MCBARNET, Doreen. Legitimate Rackets: Tax Evasion, Tax Avoidance, and the Boundaries of Legality. *The Journal of Human Justice*, Nova York: Springer, v. 3, p. 56-74, 1992.

MCDONNELL, T. E.; THOMAS, R. B. The Supreme Court and Business Purpose: Is There Life After Stubart? *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 32, n° 5, p. 853-869, 1984.

MCDUGALL, Robert. Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function. *CIGI Papers*, Waterloo: CIGI, n° 194, 2018. Disponível em: <https://www.cigi.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

MCGEE, Robert W. *Do the Rich Pay Their Fair Share of Taxes? An Empirical Study of United States Data*. SSRN. Publicado em março de 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931527. Acesso em: 14 dez. 2019.

MCGINTY, David B. Economic Substance, Business Purpose and Tax Avoidance in Section 351 Contingent Liability Transactions after Black & Decker, Coltec and Hercules. *Cumberland Law Review*, Birmingham: Cumberland School of Law, v. 36, n° 1, p. 1-62, 2006.

MENNA, César Augusto Carballo. *Derecho Laboral Venezolano: Ensayos*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

MÉXICO. *Código Fiscal de la Federación*. Publicado em 8 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_081220.pdf. Acesso em: 25 dez. 2020.

MÉXICO. *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*. Texto vigente desde 10 de janeiro de 2014. Disponível em: https://www.sspc.chiapas.gob.mx/leyes/federal/LEY_ORGANICA_DEL_PODER_JUDICIAL_DE_LA_FEDERACION.pdf. Acesso em: 29 dez. 2020.

MICHAELSON, Arthur M. Business Purpose and Tax-Free Reorganization. *The Yale Law Journal*, New Haven: Yale Law School, v. 61, n° 1, p. 14-44, 1952.

MILET, Matias; WILSON, David. Canadian Tax Court Rejects CRA's Treaty-Shopping Arguments for Canada-Luxembourg Tax Treaty. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 91, p. 1119-1124, 2018.

MILLER, Angharad; OATS, Lynne. *Principles of International Taxation*. 3. ed. Londres: Bloomsbury, 2012.

MOBERG, Lotta; MORRISS, Andrew P. Cartelizing Taxes: Understanding the OECD's Campaign Against Harmful Tax Competition. *Columbia Journal of Tax Law*, Nova York: Columbia University Press, v. 4, n° 1, p. 1-64, 2012.

MÔNACO. *Convention entre la Principauté de Monaco et la République de Malte afin d'éviter les Doubles Impositions et à Prévenir la Fraude Fiscale en Matière d'Impôts sur le Revenu*. Celebrado em 27 de novembro de 2019. Disponível em: <https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Tax-Compliance/Tax-agreements-signed-by-Monaco>. Acesso em: 21 nov. 2020.

MÔNACO. *Convention entre la Principauté de Monaco et le Montenegro pour l'Élimination de la Double Imposition et la Prévention de l'Évasion Fiscale en Matière d'Impôts sur le Revenu*. Celebrado em 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://en.gouv.mc/Policy-Practice/Monaco-Worldwide/International-Tax-Compliance/Tax-agreements-signed-by-Monaco>. Acesso em: 21 nov. 2020.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORALES, Hugo Osorio. ¿Interpretación Económica como Herramienta de Lucha Contra la Elusión en Chile? *Revista de Estudios Tributarios*, Santiago: CET, n° 19, p. 205-227, 2018.

MOREIRA, André Mendes. Elisão e evasão fiscal: limites ao planejamento tributário. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Abradt, v. 21, p. 11-17, 2003.

MORENO, Andrés Báez. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 45, n° 06/07, p. 432-446, 2017.

MORENO, Andrés Baéz; PÉREZ, Juan José Zornoza. The General Anti-abuse Rule of the Anti-tax Avoidance Directive. In: CID, José Manuel Almudí; GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández; GUTIÉRREZ, Jorge A. Ferreras (Ed.). *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2019. p. 101-144.

MOTTA, Eduarda Cardoso. O sistema tributário da França. In: ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vitor Pimentel. *Sistemas tributários no mundo: a tributação no direito comparado*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 270-292.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

MUET, Pierre-Alain. Rapport d'Information. *Rapport sur l'Optimisation Fiscale des Entreprises dans un Contexte International*, Paris: Assemblée Nationale, nº 1243, 2013.

MÜLLER, Johann. *The Netherlands in International Tax Planning*. Amsterdã: IBFD, 2007.

MUNGER, Michael C. Voting Methods, Problems of Majority Rule and Demand-Revealing Procedures. *Public Choice*, Cham: Springer, v. 152, nº 1/2, p. 61-72, 2012.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

NAIDU, Katya. *Vodafone has to wrap up ₹22,100 crore tax case before it can think of liquidating India business*. Business Insider. Publicado em 15 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.businessinsider.in/business/corporates/news/vodafone-has-to-settle-pending-tax-case-before-liquidating-india-business/articleshow/72069282.cms>. Acesso em: 5 maio 2020.

NARDI, Sandro. *Frode alla Legge e Collegamento Negoziale*. Milão: Giuffré, 2006.

NAVA, Abigail Rodríguez; MARTÍNEZ, Francisco Venegas. Política fiscal europea y crisis económico-financiera actual. *Contaduría y Administración*, Cidade do México: UNAM, v. 60, nº 2, p. 54-82, 2015.

NAVARRO, Guilherme Neves de Paiva. A Critical Analysis of the Principal Purpose Test Rule's Core Features and Its Practical Applicability. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, v. 7, p. 161-181, 2020.

NEATE, Rupert. *David Cameron: We'll Ensure Foreign Firms Pay Their Fair Share of Tax*. The Guardian. Publicado em 4 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2013/jan/04/cameron-ensures-multinationals-pay-full-taxes>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NEETHLING, Johann. Arrest without a Warrant and Abuse of Right. *Journal of South African Law*, Cidade do Cabo: Juta, nº 4, p. 821-826, 2010.

NG, Robin; VAN BRUSSEL, Yves. Singapore. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 711-734, 2020.

NG, Stephen. Offshore Hedge Fund Investment Vehicle. *International Tax Journal*, Nova York: CCH, v. 35, nº 2, p. 53-63, 2009.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOREN, David G. Base Erosion and Profit Shifting: A Way Forward. *Taxes: The Tax Magazine*, Nova York: CCH, v. 92, n° 3, p. 53-127, 2014.

NPR. *How Offshore Tax Havens Save Companies Billions*. NPR. Publicado em 17 de março de 2011. Disponível em: <https://www.npr.org/2011/03/17/134619750/how-offshore-tax-havens-save-companies-billions>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NUGGEHALLI, Nigam. India's NDTV Case: A GAAR Perspective on Money Laundering. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 88, p. 873-878, 2017.

OBIKA, Cyril Ikechukwu. Nigeria. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 105a, p. 585-600, 2020.

OCDE. *About*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>. Acesso em: 25 dez. 2020.

OCDE. *Action 15: Multilateral Instrument*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action15/>. Acesso em: 12 set. 2020.

OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

OCDE. *Active with Brazil*. Paris: OCDE, 2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>. Acesso em: 24 maio 2020.

OCDE. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>. Acesso em: 12 maio 2020.

OCDE. *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-6-preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstance-peer-review-documents.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020.

OCDE. *Composition of the Steering Group of the Inclusive Framework on BEPS*. Atualizado em janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/steering-group-of-the-inclusive-framework-on-beps.pdf>. Acesso em: 9 de janeiro de 2021.

OCDE. *Corporate Tax Statistics Database – Second Edition*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-second-edition.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2020.

OCDE. *Corporate Tax Statistics – Second Edition*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-second-edition.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

OCDE. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance – Action 5: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>. Acesso em: 25 jun. 2020.

OCDE. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules – Action 3: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

OCDE. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties – Action 15: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241688-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

OCDE. *Explanatory Statement – 2015 Final Reports*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

OCDE. *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2020.

OCDE. *Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two. Public Consultation Document*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

OCDE. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Brazil 2012*. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264168725-en>. Acesso em: 20 jul. 2020.

OCDE. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Paris: OCDE, 1998. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>. Acesso em: 24 jun. 2020.

OCDE. *Harmful Tax Practices – 2018 Progress Report on Preferential Regimes*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264311480-en>. Acesso em: 11 dez. 2020.

OCDE. *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_Oct_ober_2012.pdf. Acesso em: 14 dez. 2019.

OCDE. *Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

OCDE. *La OCDE y el CIAT unen sus fuerzas para promover sistemas fiscales más sólidos*. Publicado em 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/la-ocde-y-el-ciat-unen-sus-fuerzas-para-promover-sistemas-fiscales-mas-solidos.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

OCDE. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments – Action 4: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>. Acesso em: 10 maio 2020.

OCDE. *Live Webcast: The BEPS Package*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/OECDtax/beps-webcast-8-launch-of-the-2015-final-reports>. Acesso em: 6 out. 2020.

OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/12acb5ea-en>. Acesso em: 20 jul. 2020.

OCDE. *Mandatory Disclosure Rules – Action 12: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en>. Acesso em: 2 ago. 2020.

OCDE. *Measuring and Monitoring BEPS – Action 11: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241343-en>. Acesso em: 2 ago. 2020.

OCDE. *Mehrseitiges Übereinkommen zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Maßnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung*. Versão preparada pelas jurisdições integrantes do Grupo *Ad Hoc*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-german.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

OCDE. *Members and Partners*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/members-and-partners/>. Acesso em: 19 jul. 2020.

OCDE. *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>. Acesso em: 28 abr. 2020.

OCDE. *Modèle de Convention Fiscale Concernant le Revenu et la Fortune – Version Complète*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0faf9b6c-fr>. Acesso em: 5 dez. 2020.

OCDE. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>. Acesso em: 5 out. 2019.

OCDE. *A OCDE e a Receita Federal do Brasil (RFB) convidam os contribuintes para colaborar com questões de preços de transferência relacionadas ao desenvolvimento de regras de safe harbours e outras considerações de comparabilidade*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

OCDE. *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report July 2019 – July 2020*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-progress-report-july-2019-july-2020.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

OCDE. *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>. Acesso em: 6 jun. 2020.

OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/12acb5ea-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Canada (Stage 2)*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/67dba2bb-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Italy (Stage 2)*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/08a4369e-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

OCDE. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Netherlands (Stage 2)*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/cce92832-en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

OCDE. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>. Acesso em: 6 mar. 2020.

OCDE. *Online Guide to Intergovernmental Activity – Committee on Fiscal Affairs*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://oecdgroups.oecd.org/Bodies/ShowBodyView.aspx?BodyID=963&Lang=en>. Acesso em: 18 dez. 2020.

OCDE. *Peer Review: An OECD Tool for Co-operation and Change*. Paris: OCDE, 2003. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264099210-en-fr>. Acesso em: 11 dez. 2020.

OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

OCDE. *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status – Action 7: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>. Acesso em: 5 out. 2019.

OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264312388-en.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2020.

OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Second Peer Review Report on Treaty Shopping*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/prevention-of-treaty-abuse-second-peer-review-report-on-treaty-shopping.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

OCDE. *Prevention of Treaty Abuse – Third Peer Review Report on Treaty Shopping*. Paris: OCDE, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/d6cecb8-en>. Acesso em: 27 abr. 2021.

OCDE. *Public Discussion Draft – Follow-Up Work on BEPS Action 6: Preventing Treaty Abuse*. Paris: OCDE, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/discussion-draft-action-6-follow-up-prevent-treaty-abuse.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

OCDE. *Secretariat Proposal for a ‘Unified Approach’ under Pillar One*. Public Consultation Document, 9 de outubro de 2019 a 12 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

OCDE. *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

OCDE. *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*. Paris: OCDE, 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

OCDE. *Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm>. Acesso em: 23 maio 2020.

OCDE. *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*. Paris: OCDE, 1979. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264167773-en>. Acesso em: 18 jul. 2020.

OCDE. *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

OCDE. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting – Action 13: 2015 Final Report*. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>. Acesso em: 4 jul. 2020.

OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. Paris: OCDE, 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/tpg-20175-en>. Acesso em: 10 maio 2020.

OCDE. *Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: Multilateral Cooperation Changing the World*. Paris: OCDE, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-10-years-report.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

OCEE. *Minutes of Sessions of Fiscal Committee – 1956*. Paris: OCEE, 1956. Disponível em: <https://archives.eui.eu/en/fonds/180566?item=OEEC-388>. Acesso em: 4 jul. 2020.

OGUTTU, Annet Wanyana. *Tax Base Erosion and Profit Shifting in Africa – Part 1: Africa's Response to the OECD BEPS Action Plan*. ICTD Working Paper 54, 2016. Disponível em: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/1280_2/ICTD_WP54.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

OGUTTU, Annet Wanyana. Tax Base Erosion and Profit Shifting – Part 2: A Critique of Some Priority OECD Action Points from an African Perspective – Preventing Excessive Interest Deductions and Tax Treaty Abuse. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Pretória: ICLA, v. 49, n° 1, p. 130-163, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto. *Revista da PGFN*, Brasília: PGFN, ano I, n° III, p. 139-160, 2012.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reflexões sobre a vontade, a intenção e o motivo. In: MELO, José Eduardo Soares de; PARISI, Fernanda Drummond; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Roque Antonio Carrazza*. São Paulo: Malheiros, 2014. v. 3, p. 139-166.

OMC. *Dispute Settlement Understanding*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tra_top_e/dispu_e/dsu_e.htm#22. Acesso em: 12 dez. 2020.

OMC. *Preferential Tariff Treatment for Least-Developed Countries*. WT/L/759, adotado em 27 de maio de 2009. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_special_differential_provisions_e.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

OMC. *Preferential Treatment to Services and Service Suppliers of Least-Developed Countries*. WT/L/847, adotado em 19 de dezembro de 2011. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_special_differential_provisions_e.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

ONU. *Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development*. Nova York: ONU, 2015. Disponível em: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

ONU. *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*. Nova York: ONU, 1999. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

ONU. *Member States*. Disponível em: <https://www.un.org/en/member-states/index.html>. Acesso em: 27 dez. 2020.

ONU. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. Nova York: ONU, 2017. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

ONU. *Note by the Coordinator of the Subcommittee on Improper use of treaties: Proposed amendments*. Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2008. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/4STM_EC18_2008_CRP2.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

ONU. *Overview*. Nova York: ONU, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>. Acesso em: 19 jul. 2020.

ONU. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*. Nova York: ONU, 2017. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

ONU. *Practices and Working Methods for the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*. Nova York: ONU, 2020. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-04/tax-committee_Practices-and-Working-Methods.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

ONU. *Previous Subcommittees and Working Groups – Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*. Nova York: ONU, 2017. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-04/Previous%20Subcommittees%20and%20Working%20Groups.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ONU. *Questionnaire: Countries' experiences regarding base erosion and profit shifting issues*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/BEPS_questionnaire.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

ONU. *Report on the Ninth Session* (21-25 October 2013). Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2013. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2013/45&Lang=E. Acesso em: 19 jul. 2020.

ONU. *Report on the Tenth Session* (27-31 October 2014). Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2014/45&Lang=E. Acesso em: 19 jul. 2020.

ONU. *Report on the Eleventh Session* (19-23 October 2015). Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Genebra: ONU, 2015. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2015/45&Lang=E. Acesso em: 19 jul. 2020.

ONU. *Report on the Twelfth and Thirteenth Sessions* (11-14 October 2016 and 5-8 December 2016). Nova York: 2016. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2016/45. Acesso em: 12 ago. 2020.

ONU. *Report on the Fourteenth Session* (3-6 April 2017). Nova York: 2017. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2017/45. Acesso em: 12 ago. 2020.

ONU. *Responses to questionnaire for developing countries from the UN Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/01/10STM_CRP12_BEPS.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

ONU. *Rules of Procedure of the General Assembly*. Nova York: ONU, 2017. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/520/rev.18>. Acesso em: 19 dez. 2020.

ONU. *Secretariat Paper: The Interaction of Tax Trade and Investment Agreements*. Apresentado na 18ª Sessão do Comitê de Especialistas sobre a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais da ONU. Nova York: ONU, 2019. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-04/18STM_CRP14-Tax-treaties-with-trade-and-investment.pdf. Acesso em: 28 dez. 2020.

ONU. *Status of Ratification – International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Departamento do Alto Comissariado de Direitos Humanos, 19 de junho de 2020. Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ONU. *Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting Issues for Developing Countries – Information Note*. Nova York: ONU, 2014. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/BEPS_note.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

ONU. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Nova York: ONU, 2015. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/800852>. Acesso em: 11 ago. 2020.

ONU. *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*. Nova York: ONU, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/08/handbook-tax-base-second-edition.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

ONU. *United Nations Practical Portfolio – Protecting the Tax Base of Developing Countries through the Use of General Anti-Avoidance Rules*. Produzido por Brian Arnold. Nova York: ONU, 2019. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-09/GAAR_Portfolio_EN.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

ONU. *Yearbook of the International Law Commission 1966 – v. II: Documents of the Second Part of the Seventeenth Session and of the Eighteenth Session Including the Reports of the Commission to the General Assembly*. Nova York: ONU, 1967. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020.

OPERA MUNDI. *Anualmente, paraísos fiscais recebem bilhões que deixam de entrar nos cofres públicos de países em desenvolvimento*. Publicado em 1º de maio de 2016. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/samuel/43997/anualmente-paraísos-fiscais-recebem-bilhoes-que-deixam-de-entrar-nos-cofres-publicos-de-paises-em-desenvolvimento>. Acesso em: 14 dez. 2019.

ORBERG, Mark; SCHMIDT, Peter Koerver. The Principle of Legality in the Context of Danish Tax Law. *Copenhagen Business School Law Research Paper*, Copenhagen: CBS, Série nº 19-18, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3389155. Acesso em: 2 maio 2020.

OSTWAL, T. P.; SHINGALA, Mohak. Taxation of the Digital Economy: An Indian Perspective. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da economia digital: desafios no brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1165-1178.

OSTWAL, T. P.; VIJAYARAGHAVAN, Vikram. Anti-Avoidance Measures. *National Law School of India Review*, Bengaluru: National Law School of India University, v. 22, nº 2, p. 59-103, 2010.

OTUSANYA, Olatunde Julius. The Role of Intercompany Transfers of Intangible Assets in Tax Avoidance Practices in Nigeria. In: WARIS, Attiya; LEAMAN, Jeremy. *Tax Justice and the Political Economy of Global Capitalism, 1945 to the Present*. Brooklyn: Berghahn Books, 2013. p. 181-207.

OWENS, Jeffrey. Globalisation: The Implications for Tax Policies. *Fiscal Studies*, Exeter: IFS, v. 14, nº 3, p. 21-44, 1993.

PAEZ, Sarah. Groups Urge U.N. Tax Committee to Reconsider OECD Unified Approach. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 98, p. 1430-1431, 2020.

PALOMAR, Antonio Pastor. La Solución de Controversias de Doble Imposición en España: Una Práctica Convencional Peculiar Encaminada al Arbitraje. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madri: AEPDIRI, v. 70, n° 1, p. 261-284, 2018.

PARADA, Leopoldo. The Unified Approach Under Pillar 1: An Early Analysis. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 96, n° 11, p. 983-989, 2019.

PARILLO, Kristen A. Robert Stack – BEPS and the United States. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 76, p. 1055-1056, 2014.

PARSONS, Talcott. *Social Structure and Personality*. Londres: Collier-Macmillan, 1970.

PAUL, Randolph E. *Taxation for Prosperity*. Nova York: Bobbs-Merrill, 1947.

PAULANI, Leda Maria. *Brasil Delivery: Servidão Financeira e Estado de Emergência Econômico*. São Paulo: Boitempo, 2008.

PENG, Claire (Xue); SCHUCH, Josef. The Relevance of the Preamble for Treaty Entitlement. *In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. Tax Treaty Entitlement*. IBFD: Amsterdã, 2019. p. 1-22.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

PÉREZ, Juan Zornoza. El Convenio Multilateral: Un Análisis Preliminar. *In: CID, José Manuel Almudí; GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras. El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*. Madri: Aranzadi, 2017 (livro digital).

PETERS, Carmel. Developing Countries' Reactions to the G20/OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 6, n° 3, p. 375-381, 2015.

PETUTSCHNIG, Matthias. Common Consolidated Corporate Tax Base and Limitation on Benefits Clauses. *British Tax Review*, Londres: Sweet & Maxwell, n° 1, p. 68-93, 2018.

PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 9, n° 1, p. 47-98, 2017.

PICCIOTTO, Sol. International Taxation and Intrafirm Pricing in Transnational Corporate Groups. *Accounting Organizations and Society*, Londres: Elsevier, v. 17, n° 8, p. 759-792, 1992.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Tradução Arthur Goldhammer. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

PINELLI, Martino. La Convenzione Multilaterale BEPS e il suo Recepimento in Svizzera. *Novità Fiscali*, Manno: SUPSI, nº 9, p. 389-398, 2018.

PIÑEROS, Jorge Leonardo Rodríguez. La Aplicación de la Cláusula de PPT del Plan de Acción BEPS en la Red de Convenios de Doble Imposición Suscritos por Colombia. *Revista de Derecho Fiscal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, nº 17, p. 7-61, 2020.

PINTO, Élidea Graziane. *Gasto Tributário (não) tem Limite de Prazo, nem Teto Fiscal?* Consultor Jurídico. Publicado em 30 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-30/gasto-tributario-nao-limite-prazo-nem-teto-fiscal>. Acesso em: 4 jun. 2020.

PIOTROWSKI, Richard. The Importance of Preamble in Constitutional Court Jurisprudence. *Acta Juridica Hungarica*, Budapeste: Akadémiai Kiadó, v. 52, nº 1, p. 29-39, 2011.

PÎRVU, Daniela. *Corporate Income Tax Harmonization in the European Union*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2012.

PISTONE, Pasquale. The Meaning of Tax Avoidance and Aggressive Tax Planning in European Union Tax Law: Some Thoughts in Connection with the Reaction to Such Practices by the European Union. In: DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. EATLP Annual Congress Munich, 2 a 4 de junho de 2016. Amsterdã: IBFD, 2017. p. 73-100.

PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis. An Introduction to the Anti-Tax Avoidance Directive and the Implementation of the BEPS Project in the European Union. In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis (Ed.). *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*. Amsterdã: IBFD, 2018.

PLANSKY, Patrick; SCHNEEWEISS, Hermann. Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the ACT Group Litigation. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 35, nº 9, p. 484-493, 2007.

POLITIFACT. *Obama Targets Cayman "Tax Scam"*. Politifact. Publicado em 10 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://www.politifact.com/article/2008/jan/10/obama-targets-cayman-islands-tax-scam/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

POLÔNIA. *Synthesized Text of the MLI and the Agreement Between the Government of Poland and the Government of the State of Israel for the Avoidance of Double Taxation and for the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Publicado em 1º de julho de 2018. Disponível em: <https://www.podatki.gov.pl/media/4569/israel-mli-synthesized-text.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

POMERLEAU, Kyle. *Inversions under the New Tax Law*. Washington D.C.: Tax Foundation, 2018. Disponível em: <https://taxfoundation.org/inversions-new-tax-law/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

PORTUGAL. *Convenção entre a República Portuguesa e a República de Angola para Eliminar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e Prevenir a Fraude e a Evasão Fiscal*. Celebrado em 18 de setembro de 2018. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Pages/convencoes.aspx. Acesso em: 22 nov. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 21/85, de 30 de julho. Atualizada de acordo com a Lei nº 67/2019. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/393601>. Acesso em: 29 dez. 2020.

PUFENDORF, Samuel von. *Le Droit de la Nature et des Gens ou Système Général des Principes les plus Importants de la Morale, de la Jurisprudence, et de la Politique*. Livro V. Tradução Jean Barbeyrac. Basileia: Thourneisen, 1706.

PYLE, David J. *Tax Evasion and the Black Economy*. Nova York: Palgrave Macmillan, 1989.

QUEIROZ, Luís Cesar de Souza. Limites do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RAIMONDO, Fabián O. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

RAJAMANI, Lavanya. The Cancun Climate Agreements: Reading the Text, Subtext and Tea Leaves. *International and Comparative Law Quarterly*, Londres: British Institute of International and Comparative Law, v. 60, nº 2, p. 499-520, 2011.

RAMHARTER, Lisa; SZUDOCZKY, Rita. Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Tax Treaty Entitlement*. IBFD: Amsterdã, 2019. p. 55-90.

RANZ, Alfredo. Principal Purpose Test y Medidas Aclaratorias y Opcionales de Corte Antiabusivo (Acción 6). In: *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*. Madri: Aranzadi, 2017 (livro digital).

RAO, M. Govinda; RAO, R. Kavita. Trends and Issues in Tax Policy and Reform in India. *India Policy Forum*, Nova Delhi: NCAER, v. 2, p. 55-122, 2006.

RASI, Beatriz de Prince. BEPS Action 12 – Analysis of Compatibility with Brazilian and EU Fundamental Freedoms. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, nº 3, p. 32-50, 2018.

RATNER, Leonard G. Constitutions, Majoritarianism, and Judicial Review: The Function of a Bill of Rights in Israel and the United States. *American Journal of Comparative Law*, Oxford: OUP, v. 26, n° 3, p. 373-396, 1978.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, New Haven: Yale Law School, v. 81, p. 823-854, 1972.

RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, Nova York: Columbia Law School, v. 114, n° 7, p. 1861-1912, 2014.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madri: RAE, 2019. Disponível em: <https://dle.rae.es/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIG, José Luís de Acuña. Simulación (Art. 16 LGT). In: BOADILLA, Ricardo Huesca (Coord.). *Procedimientos Tributarios: Comentarios a la Ley General Tributaria y Reglamentos de Desarrollo con Jurisprudencia*. Madri: Wolters Kluwer, 2007. t. I, p. 67-80.

REINHOLD, Richard L. What is Tax Treaty Abuse? (Is Treaty Shopping an Outdated Concept?). *The Tax Lawyer*, Washington D.C.: ABA, v. 53, n° 3, p. 663-702, 2000.

REINHOLD, Steven. Good Faith in International Law. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Londres: UCL, v. 2, p. 40-63, 2013.

REINO UNIDO. *Convention between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Austria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains*. Celebrado em 22 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/austria-tax-treaties>. Acesso em: 22 nov. 2020.

REINO UNIDO. *Synthesised Text of the MLI and the Convention between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital Gains*. Publicado em 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/india-tax-treaties>. Acesso em: 16 ago. 2020.

REINO UNIDO. *Synthesised text of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI) and the Convention between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Government of New Zealand for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income and Capital Gains*. Ratificado em 27 de junho de 2018 (Nova Zelândia) e em 29 de junho de 2018 (Reino Unido). Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/753724/Synthesised_Text_of_the_MLI_and_the_1983_New_Zealand-UK_Double_Taxation_Convention.pdf. Acesso em: 9 nov. 2020.

REUTERS. *Special Report: How Starbucks Avoids UK Taxes*. Publicado em 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015>. Acesso em: 14 dez. 2019.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, João Sérgio. Mechanisms to Fight Treaty Abuse: An Overview. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, v. 7, p. 252-264, 2020.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro: UERJ, v. 3, nº 3, p. 1-39, 2015.

RICUPERO, Rubens. WTO in Crisis: Déjà Vu All Over Again or Terminal Agony? In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; CARNEIRO, Cristiane Lucena; PIRES, Luciana Maria de Oliveira Sá. *The WTO Dispute Settlement System: A Developing Country Perspective*. Cham: Springer, 2019. p. 17-24.

ROCHA, Sérgio André. Direito internacional tributário: das origens ao contexto atual. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, ano 17, nº 102, p. 51-77, 2012.

ROCHA, Sérgio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Org.). *O dever fundamental de pagar impostos: o que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 15-40.

ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROCHA, Sérgio André. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROCHA, Sérgio André; SANTOS, Ramon Tomazela. A Convenção Multilateral da OCDE e a Ação 15 do Projeto BEPS. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, ano 16, nº 93, p. 177-178, 2018.

ROCHA, Sérgio André; TAVARES, Romero J. S.; TORRES, Heleno Taveira; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Manifesto à declaração conjunta sobre projeto de preços de transferência OCDE-Brasil*. Consultor Jurídico. Publicado em 25 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/opiniaio-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde>. Acesso em: 12 maio 2020.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Volume 4: Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRÍGUEZ, Adrián. Colombia. In: WHITEHEAD, Simon (Ed.). *The Tax Disputes and Litigation Review*. The Law Reviews. 8. ed. Londres: Law Business Research, 2020. p. 50-59.

RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ROIN, Julie A. The Economic Underpinnings of International Taxation. In: GUZMAN, Andrew T.; SYKES, Alan O. *Research Handbook in International Economic Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007.

ROJO, Luís Durán. La Transformación del Derecho Moderno y su Incidencia en la Concepción del Derecho Tributario. *Revista Ius et Veritas*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 50, p. 174-203, 2015.

ROSEMBUJ, Túlio. *Derecho Fiscal Internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001.

ROSEMBUJ, Túlio. *El Fraude de Ley, la Simulación y el Abuso de las Normas en el Derecho Tributario*. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 1999.

ROSENBLOOM, H. David. Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 22, nº 2, p. 83-86, 1994.

ROSSIGNOL, Jean-Luc. *La gouvernance juridique et fiscale des organisations*. Paris: Lavoisier, 2010.

RUSSO, Raffaele. Base Erosion and Profit Shifting. In: BOCCIA, Francesco; LEONARDI, Robert (Ed.). *The Challenge of the Digital Economy: Markets, Taxation and Appropriate Economic Models*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 39-54.

RUST, Alexander. CFC Legislation and EC Law. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 36, nº 11, p. 492-501, 2008.

RUST, Alexander. Germany: Consequences of a Treaty Override? In: LANG, Michael; RUST, Alexander; OWENS, Jeffrey; PISTONE, Pasquale *et al.* *Tax Treaty Case Law Around the Globe 2017*. Viena: IBFD, 2018, p. 3-12.

SAINT-AMANS, Pascal. *Enhanced International Tax Coordination Works*. The Global Governance Project. Publicado em 16 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.globalgovernanceproject.org/enhanced-international-tax-coordination-works/>. Acesso em: 5 jul. 2020.

SAINT-AMANS, Pascal. *News Conference – Launch of the 2015 BEPS Package*. Video Conference. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dVRVfIz9c64>. Acesso em: 19 nov. 2020.

SALIN, Pascal. *The Case Against “Tax Harmonization”*: The OECD and EU Initiatives. Liberales Institut, 2007. p. 1-17. Disponível em: <http://www.steuerwettbewerb.ch/papers/Pascal-Salin-The-Case-Against-Tax-Harmonisation.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SANDLER, Daniel. *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*. 2. ed. Londres: Kluwer Law International, 1998.

SANSONETTI, Pietro. *Tax Evasion: The Evolution of Swiss Criminal Tax Law*. Publicado em 12 de março de 2013. Disponível em: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fbx9bvjp4g6/tax-evasion-the-evolution-of-the-swiss-criminal-tax-law>. Acesso em: 29 dez. 2019.

SANTAMARIA, Manuela. *Fiscalità Internazionale*. Milão: Giuffré, 2009.

SANTOS, María José. Reflexiones Generales sobre la Adopción del Estandar Internacional Relativo al Informe País por País Introducido por el Plan BEPS. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo: Universidad de Montevideo, nº 35, p. 121-190, 2019.

SANTOS, Ramon Tomazela. *Brazil’s absence from the Multilateral BEPS Convention and the new amending protocol signed between Brazil and Argentina*. Kluwer International Tax Blog. Publicado em 5 de setembro de 2017. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2017/09/05/brazils-absence-multilateral-beps-convention-new-amending-protocol-signed-brazil-argentina/>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SANTOS, Ramon Tomazela. A Critical Evaluation of the OECD’s BEPS Project. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 79, p. 239-245, 2015.

SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory v. Helvering até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 243, p. 126-145, 2015.

SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SÃO PAULO. *Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991*. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-11154-de-30-de-dezembro-de-1991>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SÃO PAULO. *Lei nº 14.133, de 24 de janeiro de 2006*. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2006/1413/14133/lei-ordinaria-n-14133-2006-cria-o-programa-de-modernizacao-da-administracao-tributaria>. Acesso em: 18 abr. 2020.

SÃO PAULO. *Processo Administrativo nº 6017.2019/0018420-5*. CMT-SP, Quarta Câmara Julgadora Efetiva. Rel. Cons. Bianka Zloccowick Borner de Oliveira. Decidido em 31 de julho de 2019.

SARFO, Nana Ama. Developing Countries' Search for a Post-Pandemic Tax Path. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 98, p. 1104-1108, 2020.

SARFO, Nana Ama. How the OECD Became the World's Tax Leader. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 98, p. 624-628, 2020.

SARFO, Nana Ama. U.N. Reemerging in Digital Economy Tax Debate. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 99, p. 17-19, 2020.

SASSEVILLE, Jacques. The Definition of "Dividends" in the OECD Model Tax Convention. In: MAISTO, Guglielmo. *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdã: IBFD, 2012. p. 82.

SASSEVILLE, Jacques. Treaty Recognition of Groups of Companies. In: MAISTO, Guglielmo (Ed.). *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*. Amsterdã: IBFD, 2008. p. 129-136.

SAYDÉ, Alexandre. *Abuse of Law and Regulation of the Internal Market*. Oxford: Hart, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Arbitramento e norma antielisão: da estrita legalidade ao devido processo legal. *Cadernos de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, v. 90, p. 144-154, 2002.

SCHAFFNER, Jean. *Droit Fiscal International*. Windhof: Larcier, 2014.

SCHEIPERS, Sibylle. *Negotiating Sovereignty and Human Rights: International Society and the International Criminal Court*. Manchester: Manchester University Press, 2009.

SCHENK, Deborah H. Saving the Income Tax with a Wealth Tax. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 53, n° 3, p. 423-476, 2000.

SCHILCHER, Michael; SPIES, Karoline; ZIRNGAST, Sabine. Mutual Assistance in Direct Tax Matters. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus. *Introduction to European Law on Direct Taxation*. 5. ed. Viena: Linde, 2018. p. 255-310.

SCHIPPERS, Martijn. BEPS and Transfer Pricing but What about VAT and Customs? *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, n° 3, p. 174-179, 2016.

SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Versão de Rafael Agapito. Madri: Alianza Editorial, 2009.

SCHMIDT, Peter Koerver. Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the

Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment. *Nordic Tax Journal*, Aarhus: De Gruyter, n° 2, p. 87-112, 2016.

SCHNEIDER, Daniel M. Internal Revenue Code Section 306 and Tax Avoidance. *Virginia Tax Review*, Charlottesville: University of Virginia, v. 4, n° 2, p. 287-330, 1985.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, n° 23, p. 302-320, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 69, n° 12, p. 690-726, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito brasileiro*. São Paulo: Dialética, 1999.

SCHULTZ, Andrew G. Graveyard Robbery in the Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993: A Modern Look at the Constitutionality of Retroactive Taxes. *John Marshall Law Review*, Chicago: John Marshall Law School, v. 27, n° 3, p. 775-818, 1994.

SCHUMPETER, Joseph. The Crisis of the Tax State. In: SWEDBERG, Richard. *The Economics and Sociology of Capitalism*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1991. p. 116-133.

SCHWARZ, Jonathan. *Beneficial Ownership: CJEU Landmark Ruling*. Kluwer International Tax Blog. Publicado em 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/02/27/beneficial-ownership-cjeu-landmark-ruling/>. Acesso em: 11 dez. 2020.

SENEGAL. *Convention entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg pour l'Élimination de la Double Imposition et la Prévention de l'Évasion Fiscale en Matière d'Impôts sur le Revenu et sur la Fortune*. Celebrado em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.dri.gouv.sn/sites/default/files/an-documents/Loi%202018-08.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

SEROIN, Isabelle. L'Application des Règles d'Interprétation de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités dans le Cadre de l'ALÉ, de l'ALÉNA, du GATT et de l'OMC. *Revue Juridique Thémis*, Montréal: Université de Montréal, v. 34, n° 1, p. 227-272, 2000.

SHAHABUDDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. Cambridge: CUP, 1996.

SHAHEEN, Fadi. International Tax Neutrality: Reconsiderations. *Virginia Tax Review*, Charlottesville: University of Virginia, v. 27, n° 1, p. 203-240, 2007.

SHAHEEN, Fadi. International Tax Neutrality: Revisited. *Tax Law Review*, Nova York: NYU, v. 64, n° 2, p. 131-148, 2011.

SHAPOVALOV, Mikhail A. Derecho Financiero Internacional: Historia, Estado Actual y Perspectivas de Desarrollo. *Dikaion*, Chía: Universidad de la Sabana, ano 29, v. 24, n° 1, p. 171-195, 2015.

SHARMA, P. The Intentional Use of the India–Mauritius (1982) and India–Singapore (1994) Tax Treaties to Promote Foreign Direct Investment in India. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 66, n° 12, p. 632-636, 2012.

SHARMAN, J. C. *Havens in a Storm: The Struggle for Global Tax Regulation*. Ithaca: Cornell University Press, 2006.

SHAVIRO, Daniel. Two Faces of the Single Tax Principle. *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn: Brooklyn Law School, v. 41, n° 3, p. 1293-1302, 2016.

SHEPPARD, Lee A. De-FANGED International Taxation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 94, p. 1155-1163, 2019.

SHEPPARD, Lee A. News Analysis: Is Europe Ready for BEPS? *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 78, p. 874-880, 2015.

SHRAIDEH, Saleh Al. Testing WTO Retaliation: Is It Really Working At All. *International Trade and Business Law Review*, Londres: Routledge, v. 18, p. 97-117.

SHU-CHIEN, Jennifer Chen. Neutrality as Tax Justice: The Case of the Common Consolidated Corporate Tax Base Under EU Law. *European Studies*, Leiden: Brill, v. 5, p. 33-66, 2018.

SHUGART, Matthew Soberg; TAAGEPERA, Rein. Plurality Versus Majority Election of Presidents: A Proposal for a Double Complement Rule. *Comparative Political Studies*, Nova York: SAGE Publishing, v. 27, n° 3, p. 323-348, 1994.

SIANCALEPORE, Giovanni. L'Italia Si Conferma Ordinamento No Trust. *Comparazione e Diritto Civile*, Salerno: CDC, v. 3, p. 18-46, 2015.

SIERRA, María Teresa Mata. La Armonización Fiscal de los Impuestos Especiales. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, León: Universidad de León, n° 5, p. 41-64, 2018.

SILVEIRA, Ricardo Maitto da. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do BEPS e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da economia digital: desafios no brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 922-943.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Caso Eagle 2: tributação de lucros auferidos no exterior em virtude de participações societárias. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Org.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Ed., 2010. p. 279-304.

SILTALA, Raimo. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Portland: Hart, 2000.

SINGAPURA. *Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Kenya for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 12 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.iras.gov.sg/irashome/Quick-Links/International-Tax/List-of-DTAs--limited-treaties-and-EOI-arrangements/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SINGAPURA. *Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Tunisia for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.iras.gov.sg/irashome/Quick-Links/International-Tax/List-of-DTAs--limited-treaties-and-EOI-arrangements/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

SINGAPURA. *Income Tax Act*. Publicado em 1º de janeiro de 1948. Atualizado até 7 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://sso.agc.gov.sg/Act/ITA1947>. Acesso em: 25 dez. 2020.

SINGH, Mool. Law Relating to Attempts: Need for a Fresh Look. *Journal of the Indian Law Institute*, Nova Délhi: Indian Law Institute, v. 33, nº 3, p. 395-409, 1991.

SIRITHAPORN, Thidaporn; WEBER, Dennis. Legal Certainty, Legitimate Expectations, Legislative Drafting, Harmonization and Legal Enforcement in EU Tax Law. In: BROKELIND, Cécile. *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*. Amsterdã: IBFD, 2014. p. 235-272.

SLEMROD, Joel. The Economics of Corporate Tax Selfishness. *National Tax Journal*, Washington D.C.: NTA, v. 57, nº 4, p. 877-899, 2004.

SNIDER, Ken. Policy Forum: Canada's Anti-Treaty Shopping Proposals and International Treaty Obligations. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 62, nº 3, p. 705-728, 2014.

SNOEIJ, Richard. *International Tax Aspects of Sovereign Wealth Investors: A Source State Perspective*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018.

SOONG-JOHNSTON, Stephanie. Global Tax Revamp Talks "Not On Life Support", Saint-Amans Says. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 98, p. 1536-1537, 2020.

SOONG-JOHNSTON, Stephanie. OECD Unlikely to Release Draft Multilateral Instrument. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 82, p. 1037-1038, 2016.

STANILAND, Martin. Long-Haul Liberalization: Will Transatlantic Air Transport Ever Be Deregulated? In: EGAN, Michelle. *Creating a Transatlantic Marketplace: Government Policies and Business Strategies*. Manchester: Manchester University Press, 2005. p. 37-61.

STANLEY, Ian. Australia. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 97b, p. 69-89, 2012.

STEINES, John P. Subsidized Foreign Tax Credits and the Economic Substance Doctrine. *Tax Lawyer*, Washington D.C.: ABA, v. 70, n° 2, p. 443-496, 2017.

STUDNIBERG, Brian M. Minding the Gap in Tax Interpretation: Does Specificity Oust the General Anti-Avoidance Rule Post-Copthorne? *Queen's Law Journal*, Kingston: Queen's University, v. 38, n° 1, p. 209-258, 2012.

SUÍÇA. 2C_354/2018. Bundesgericht. Decisão de 20 de abril de 2020. Disponível em: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://20-04-2020-2C_354-2018&lang=de&zoom=&type=show_document. Acesso em: 9 dez. 2020.

SULLIVAN, Ruth. Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada. *Ottawa Law Review*, Ottawa: University of Ottawa, v. 30, n° 2, p. 175-228, 1999.

TABOADA, Carlos Palao. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 69, n° 10, p. 602-608, 2015.

TAMANAHHA, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Nova York: Cambridge, 2004.

TANZI, Vito. Fiscal Policy: When Theory Collides with Reality. *CEPS Working Document*, n° 246, p. 4.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAX NOTES. *1994 CARICOM Tax Agreement*. Celebrado em 6 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/1994-caricom-income-tax-agreement/1wwcy>. Acesso em: 12 dez. 2020.

TAX NOTES. *2018 Protocol to the 1996 Nordic Countries Convention* (English Translation). Assinado em 29 de agosto de 2018. Em vigor desde 28 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/base-erosion-and-profit-shifting-beps/2018-protocol-nordic-convention-available/2020/05/05/2ch6k>. Acesso em: 8 nov. 2020.

TAX NOTES. *Accordo tra il Governo della Repubblica di San Marino e il Governo degli Emirati Arabi Uniti per evitare la Doppie Imposizioni e Prevenire l'Evasione Fiscale in Materia di Imposte sul Reddito*. Celebrado em 11 de julho de 2018. Disponível em: <https://>

www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/san-marino-united-arab-emirates-2018-income-tax-agreement-and-final-protocol-italian-text/28p9y. Acesso em: 22 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between Georgia and the Kingdom of Saudi Arabia for the Avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion*. Celebrado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-georgia-saudi-arabia-income-and-capital-tax-treaty-available/2018/05/17/28202>. Acesso em: 23 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Elimination of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and on Property and the Prevention of Tax Evasion and Avoidance*. Celebrado em 5 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-egypt-uzbekistan-income-and-property-tax-treaty-available/2018/11/13/28gc6>.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the Republic of Botswana for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 29 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-botswana-czech-republic-income-tax-treaty-available/2019/11/01/2b324>. Acesso em: 22 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of Nepal and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 5 de março de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2019-bangladesh-nepal-income-tax-treaty-available/2020/10/15/2d2gf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of Gabonese Republic for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 1 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-china-gabon-income-tax-treaty-available/2018/09/18/28ff8>. Acesso em: 21 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Republic of Sudan and the Government of the Republic of Belarus for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-belarus-sudan-income-tax-treaty-available/2019/12/31/2bqsr>. Acesso em: 23 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of the State of Qatar and the Government of Ukraine for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 20 de março de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-qatar-ukraine-income-tax-treaty-available/2018/04/19/27zdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Republic of Zambia and the Government of the Republic of India for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-india-zambia-income-tax-treaty-available/2019/03/01/2960n>. Acesso em: 23 nov. 2020.

TAX NOTES. *Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Islamic Republic of Iran for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. Celebrado em 17 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/dividends/2018-india-iran-income-tax-treaty-available/2019/02/14/294k8>. Acesso em: 21 nov. 2020.

TAX NOTES. *Convention between the Government of the Republic of Serbia and the Government of the State of Israel for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income*. Celebrado em 22 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaty-news/treaties/2018-israel-serbia-income-tax-treaty-available/2019/01/15/291xd>. Acesso em: 22 nov. 2020.

TAX NOTES. *Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Orientale dell'Uruguay per Eliminare le Doppie Imposizioni in Materia di Imposte sul Reddito e per Prevenire le Evasioni e le Elusioni Fiscali*. Celebrado em 1º de março de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/italy-uruguay-2019-income-tax-convention-and-final-protocol-italian-text/2b460>. Acesso em: 5 dez. 2020.

TAX NOTES. *Protokoll zur Abänderung des Am 5. November 1969 in Vaduz Unterzeichneten Abkommens Zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Republik Österreich zur Vermeidung Der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen in der Fassung des Am 29. Januar 2013 in Vaduz Unterzeichneten Protokolls*. Celebrado em 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/austria-liechtenstein-2016-protocol-1969-agreement-german-text/1x4ph>. Acesso em: 5 dez. 2020.

TAX NOTES. *Protokoll Zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Norwegen zur Änderung des Abkommens vom 7. September 1987 Zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Norwegen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen*. Celebrado em 20 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-treaties/treaties/norway-switzerland-2019-protocol-1987-convention-german-text/29q9v>. Acesso em: 5 dez. 2020.

TEIXEIRA, Allan Marcel Warwar. Subcapitalização: Uma Breve Comparação entre a Regra Tributária Brasileira, a Ação 4 do BEPS e a Jurisprudência Comunitária Europeia. In: GOMES, Edgar Santos; GOMES, Marcus Lívio; MOREIRA, Francisco Lisboa (Org.). *Temas de tributação internacional: base erosion and Profit Shifting: conceitos e estudo de casos*. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. p. 97-130.

TEJANI, Riaz. *Law and Society Today*. Oakland: University of California Press, 2019.

TEUBNER, Gunther. *El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global*. Editado por Carlos Gómez-Jara Diez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

THE GUARDIAN. *Starbucks Row Exposes Timidity of the Taxman*. Publicado em 6 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2012/dec/06/starbucks-taxman>. Acesso em: 14 dez. 2019.

THE GUARDIAN. *UK and Europe Renew Calls for Global Digital Tax as US Quits Talks*. Publicado em 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/media/2020/jun/18/uk-europe-global-digital-tax-us-quits-talks-tech>. Acesso em: 25 jun. 2020.

THEOPHILOU, Christos A. Treaty Shopping – Is the New Principal Purpose Test a Game Changer? *Tax Management Transfer Pricing Report*, Arlington: Bloomberg BNA, v. 27, n° 26, p. 1-3, 2018.

THURONYI, Victor. Drafting Tax Legislation. In: THURONYI, Victor (Ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Washington D.C.: FMI, 1996. v. 1, p. 71-94.

THURONYI, Victor. International Cooperation and a Multilateral Treaty. *Brookings Journal of International Law*, Washington D.C.: Brookings Institution Press, v. 26, n° 4, p. 1641-1682, 2001.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Norma geral antielisão. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 621-634.

TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

TRECCANI. *Vocabolario italiano on line*. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/>. Acesso em: 5 dez. 2020.

TULE, Luis A. González. Los Sistemas Electorales. In: DELGADILLO, Juan Mario Solís; PUIG, Salvador Martí i; SÁNCHEZ, Francisco (Eds.). *Curso de ciencia política*. Cidade do México: Senado de la República, 2017. p. 491-518.

UCKMAR, Victor. General Report – Tax Avoidance/Tax Evasion. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roterdã: IFA, v. 68a, p. 15-53, 1983.

UGALDE, António Faúndez. El Problema del Concepto Actual de Establecimiento Permanente en los Convenios de Doble Tributación Internacional frente a los Nuevos Desafíos Fiscales en la Economía Digital. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Santiago: Universidad de Chile, v. 7, nº 1, p. 155-173, 2018.

UNCTAD. *Trade and Development Report 2019 – Financing a Global Green New Deal*. Ginebra: UNCTAD, 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationChapters/tdr2019ch5_en.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Case C-110/99*. CJUE. Decisão de 14 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45444&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17291497>. Acesso em: 10 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Case C-196/04*. CJUE. Decisão de 12 de setembro de 2006. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=63874&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17293045>. Acesso em: 10 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Case C-321/05*. CJUE. Decisão de 5 de julho de 2007. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=61892&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17293639>. Acesso em: 10 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Commissioner Šemeta welcomes G20 Finance Ministers' agreement on new measures to combat corporate tax avoidance*. Bruxelas, publicado em 21 de setembro de 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/semeta/index_en.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Consolidated Text – Council Directive 2011/96/EU*. Publicado em 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02011L0096-20150217&from=EN>. Acesso em: 9 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Council Directive (EU) 2016/1164*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1164&from=en>. Acesso em: 18 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Countries*. 2020. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en. Acesso em: 30 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *European Parliament Rules of Procedure*. Nono Mandato Parlamentar, fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2020-02-03_EN.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16*. CJUE. Decisão de 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211053&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2496242>. Acesso em: 10 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Joint follow-up to the European Parliament resolution with recommendations to the Commission on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the Union, and the European Parliament resolution on tax rulings and other measures similar in nature or effect*. Luxemburgo: Parlamento Europeu, 2016. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98481/A8-0349-2015%20-%20A8-0317-2015.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base*. COM(2016) 683 – Final, datado de 25 de outubro de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_683_en.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Recommendation C(2016) 271*. Publicado em 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Sixth Council Directive of 17 May 1977*. 77/388/EEC. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31977L0388>. Acesso em: 15 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Tax Competition in the European Union*. Economic Affairs Series, ECON – 105 EN. Luxemburgo: Parlamento Europeu, 1998. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/econ/pdf/105_en.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

URUGUAI. *Convenio entre la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión y Elusión Fiscal en Materia de Impuestos sobre Renta y sobre el Patrimonio y su Protocolo*. Lei nº 19.697, de 9 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19697-2018>. Acesso em: 8 nov. 2020.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. Precios de Transferencia y Acuerdos Anticipados de Precios (APAs). *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Lima: IPDT, p. 5-24, 2010.

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. BEPS Principal Purpose Test and Customary International Law. *Leiden Journal of International Law*, Leiden: Leiden University, v. 33, nº 3, p. 745-766, 2020.

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. Legitimacy and the Making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism. *World Tax Journal*, Amsterdã: IBFD, v. 7, n° 3, p. 1-29, 2015.

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. *What Does the PPT Say about Global Tax Governance?* Kluwer International Tax Blog, publicado em 26 de julho de 2019. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/07/26/what-does-the-ppt-say-about-global-tax-governance/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

VALENTE, Piergiorgio. *Elusione Fiscale Internazionale*. Milão: Ipsoa, 2014.

VALOR. *Receita mira "planejamento abusivo"*. Publicado em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2018/08/15/receita-mira-planejamento-abusivo.ghtml>. Acesso em: 15 dez. 2019.

VALSAN, Remus. *Trusts and Patrimonies*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2015.

VAN APELDOORN, Laurens. BEPS, Tax Sovereignty and Global Justice. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Londres: Routledge, v. 21, n° 4, p. 478-499, 2018.

VAN DER BRUGGEN, Edwin. Unless the Vienna Convention Otherwise Requires: Notes on the Relationship between Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *European Taxation*, Amsterdã: IBFD, v. 43, n° 5, p. 142-156, 2003.

VAN DER EIJK, Cees. *The Essence of Politics*. Amsterdã: Amsterdam University Press, 2018.

VAN RAAD, Kees. Tax Treaty Interpretation and Application. In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Moris; RAUPACH, Arndt; RODI, Michael; VAN RAAD, Kees. *International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel*. Londres: Kluwer Law International, 2002. Series on International Taxation. v. 26, p. 225-230, 2002.

VANISTENDAEL, Frans. Are BEPS, FATCA, and EU Compliance Efforts Moving In the Same Direction? *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 75, p. 395-398, 2014.

VANISTENDAEL, Frans. Legal Framework for Taxation. In: THURONYI, Victor (Ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Washington D.C.: FMI, 1996. v. 1, p. 15-70.

VANN, Richard J. International Aspects of Income Tax. In: THURONYI, Victor (Ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Washington D.C.: FMI, 1998. v. 2, p. 718-810.

VEGH, Carlos A.; VULETIN, Guillermo. Fiscal Policy Responses during Crises in Latin America and Europe: Implications for the G-20. In: DERVIŞ, Kemal; DRYSDALE, Peter

(Ed.). *The G-20 Summit at Five – Time for Strategic Leadership*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2014. p. 144-158.

VELLOSO, Andrei Pitten. A teoria da igualdade tributária e o controle de proporcionalidade das desigualdades de tratamento. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, ano 15, nº 76, p. 36-72, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VERNIER, Eric. *Fraude Fiscale et Paradis Fiscaux*. Paris: Dunod, 2014.

VOGEL, Klaus. Domestic Law Perspective. In: MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Amsterdã: IBFD, 2010. p. 3-12.

VOGEL, Klaus. Double Tax Treaties and their Interpretation. *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley: UC Berkeley, v. 4, nº 1, p. 1-85, 1986.

VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital*. 3. ed. Londres: Kluwer, 1997.

VULLIERME, Jean-Louis. *Le Concept de Système Politique*. Paris: PUF, 1989.

WAERZEGGERS, Christophe; HILLER, Cory. *Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*. Tax Law IMF Technical Note. Washington D.C.: FMI, 2016. v. 1.

WAIZER, Harry. Business Purpose Doctrine: The Effect of Motive on Federal Income Tax Liability. *Fordham Law Review*, Nova York: Fordham Law School, v. 49, p. 1078-1096, 1981.

WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, Athens: University of Georgia School of Law, v. 43, nº 1, p. 1-61, 2008.

WANG, Ke Chin. *International Double Taxation of Income: Relief through International Agreement 1921-1945*. Harvard Law Review, Cambridge: Harvard University Press, v. 59, nº 1, p. 73-116, 1945.

WEBER, Dennis. The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 44, nº 2, p. 98-129, 2016.

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 Law Case Law. *Erasmus Law Review*, Haia: Eleven International, v. 10, nº 1, p. 48-59, 2017.

WEBER, Max. *From Max Weber: Essays in Sociology*. Traduzido, editado e com introdução por H. H. Gerth e C. Wright Mills. Nova York: Oxford, 1946.

WEEGHEL, Stef Van. *General Report – Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions*. Cahiers de Droit Fiscal International, v. 95a. Roterdã: IFA, 2010, p. 17-55.

WEIGHTMAN, Gavin. *The Industrial Revolutionaries: The Making of the Modern World 1776-1914*. Nova York: Grove Press, 2007.

WEILER, Joseph Halevi Horowitz. Europe in Crisis – On ‘Political Messianism’, ‘Legitimacy’ and the ‘Rule of Law’. *Singapore Journal of Legal Studies*. Dezembro de 2012, p. 248-268. Disponível em: <https://law.nus.edu.sg/sjls/articles/SJLS-Dec-12-248.pdf>.

WEINBERGER, Ota. Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals. *Ratio Juris*, Nova Jersey: Wiley, v. 12, nº 4, p. 336-353, 1999.

WEISBACH, David A. The Use of Neutralities in International Tax Policy. Coase-Sandor Institute for Law & Economics, *Working Paper*, Chicago: University of Chicago, nº 697, p. 3, 2014.

WHITE, Josh. *OECD looks Beyond the Arm’s Length Principle*. *International Tax Review*, publicado em 1º de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fydc48yqvvcz/oecd-looks-beyond-the-arms-length-principle>. Acesso em: 12 maio 2020.

WIER, Ludwig. *Tax-motivated Transfer Mispricing in South Africa: Direct Evidence using Transaction Data*. *Journal of Public Economics*, Londres: Elsevier, v. 184, nº 1, p. 1-16, 2020.

WILKIE, J. Scott. BEPS One Year In – Taking Stock. *Canadian Tax Journal*, Toronto: CTF, v. 62, nº 2, p. 455-476, 2014.

WITT, Daniel A. The New Political Economy of Taxation. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 80, p. 759-762, 2015.

WITTENDORFF, Jens. *BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm’s Length Principle*. *Tax Notes International*, v. 81. Falls Church: Tax Analysts, 2016, p. 331-358.

WOLFE, Robert. From Reconstructing Europe to Constructing Globalization: The OECD in Historical Perspective. In: MAHON, Rianne; MCBRIDE, Stephen (Ed.). *The OECD and Transnational Governance*. Vancouver: UBC Press, 2008. p. 25-42.

WYNSBERGHE, Caroline Van. The End of Belgium as We Know It: From Consociational Democracy to Partitocratic Deadlock? In: LÓPEZ-BASAGUREN, Alberto; SAN-EPIFANIO, Leire Escajedo. *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*. Cham: Springer, 2019. p. 203-220.

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

XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 3 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. p. 11-23.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielusiva*. São Paulo: Dialética, 2002.

XAVIER, Alberto. A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação. In: BARRETO, Aires Fernandino (Coord.). *Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 53-85.

XU, Yan. China's General Antiavoidance Rule and Its Commitment to the Exchange of Information. *Tax Notes International*, Falls Church: Tax Analysts, v. 91, p. 345-358.

YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos – Planejamento tributário: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex, 2005.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo normativo dos precedentes e a vinculação formal e material*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZUCMAN, Gabriel. Taxing across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh: AEA, v. 28, nº 4, p. 121-148, 2014.

ZÜGER, Mario. *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law*. Amsterdã: IBFD, 2001.