

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Melody Araújo Pinto Furman

**ANÁLISE DA REGRA DO “PRINCIPAL PURPOSE TEST” E SUA
UTILIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA**

Belo Horizonte

2022

*Para Cuba Araújo, minha filha, que
esteve fielmente ao meu lado no
decorrer deste estudo.*

Melody Araújo Pinto Furman

**ANÁLISE DA REGRA DO “PRINCIPAL PURPOSE TEST” E SUA
UTILIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Belo Horizonte
2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F986a Furman, Melody Araújo Pinto
Análise da regra do “*principal purpose test*” e sua utilização na legislação tributária brasileira / Melody Araújo Pinto Furman. Belo Horizonte, 2022.
126 f. : il.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. 2. Bitributação - Tratados. 3. Bitributação - Brasil. 4. Acordos internacionais. 5. Legislação tributária - Brasil. 6. Política tributária - Brasil. 7. Elisão fiscal. 8. Sonegação fiscal. I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 336.2.032

Melody Araújo Pinto Furman

**ANÁLISE DA REGRA DO “PRINCIPAL PURPOSE TEST” E SUA
UTILIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Luís Eduardo Schoueri– USP (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Alessandra Machado Brandão Teixeira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 29 de março de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Marciano Seabra de Godoi, que tornou toda minha trajetória acadêmica possível. Agradeço por me ensinar a realizar pesquisas, por despertar meu interesse acadêmico, por corrigir meus erros, por me orientar desde a graduação. Agradeço por todo o apoio, incentivo e dedicação ao longo desses anos.

Ao Dr. Valter Lobato, por ter me acolhido quando escolhi cursar o mestrado, e demais membros da equipe pelo apoio.

Agradeço minha família e amigos, por todo apoio e incentivo.

Agradeço à CAPES e PUC MINAS, por tornarem possível a realização desse estudo.

RESUMO

A pesquisa investiga a norma do *principal purpose test* (PPT), uma regra geral antiabuso introduzida na Convenção Modelo da OCDE em sua versão de 2017 (CM OCDE 2017), como fruto da Ação 6 do Projeto BEPS (G-20/OCDE).

Examinamos diversas críticas de diferentes autores estrangeiros e brasileiros sobre a regra PPT e seus diversos elementos, bem como o âmbito de aplicação da regra. Verificamos que a regra PPT é aplicável apenas para operações artificiais e não genuínas, e sugerimos algumas alterações em sua redação.

Observamos que a política fiscal brasileira contempla a introdução da regra PPT nos acordos internacionais e que essa regra tem sido incluída em todos os tratados celebrados após a publicação da Ação 6 do Projeto BEPS.

Embora os autores brasileiros, em geral, tenham uma opinião contrária à validade da introdução de qualquer norma geral antiabuso nos tratados internacionais brasileiros, concluímos que a regra PPT tem sido validamente incorporada nos acordos.

Palavras Chave: PPT, tratado contra a dupla tributação, abuso de tratados, *treaty shopping*, *rule shopping*, GAARs, SAARs.

ABSTRACT

This research investigates the principal purpose test, a general anti-avoidance rule that was introduced in the OCDE Model Tax Convention of 2017, suggested by Action 6 of the BEPS Project (G-20/OCDE).

We studied a series of critics made by different authors, from Brazil and abroad, with reference to the PPT rule and its elements. After doing so, we concluded that the rule is well restricted, and aims to deny tax benefits only to operations that are artificial and not genuine.

We also saw that Brazil's tax policy is favorable to the introduction of this rule in our treaties and that the PPT has been included in all treaties that were negotiated after Action 6 of the BEPS Project.

Even though the Brazilian authors in general oppose the introduction of any anti avoidance rule in our tax treaties, we conclude that the PPT has been validly introduced in tax conventions.

Key words: PPT, treaties against double taxation, treaty abuse, *treaty shopping*, *rule shopping*, GAARs, SAARs.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU - Advocacia Geral da União - AGU

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting* (erosão da base tributária e transferência de lucros)

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CM OCDE - Convenções Modelo da OCDE

CM ONU- Convenções Modelo da Organização das Nações Unidas

CVDT - Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

GAARs - General Anti-Avoidance Rules (regras gerais antiabuso)

MLI - *Multilateral Instrument* (instrumento multilateral)

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OECE - Organização Europeia de Cooperação Econômica

ONU - Organização das Nações Unidas

PGR - Procuradoria Geral da República

PPT - *Principle Purpose Test* (teste do principal propósito)

PTA - Processos Administrativos Tributários

SAARs - Special Anti-Avoidance Rules (regras específicas antiabuso)

STF - Supremo Tribunal Federal

TAARs - Targeted Anti-Avoidance Rules

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO E OS MECANISMOS PROPOSTOS PELA OCDE PARA COMBATER SEU USO ABUSIVO.....	9
1.1 Introdução.....	9
1.2 Dupla tributação internacional.....	9
1.3 Breve histórico sobre os tratados internacionais que evitam a dupla tributação.....	11
1.4 Estrutura da Convenção Modelo OCDE 2017	13
1.5. Abuso de tratados, <i>treaty shopping</i> e <i>rule shopping</i>	15
1.6. Regras antiabuso sugeridas pela OCDE antes do Projeto BEPS.	19
1.7. A Ação 6 do Projeto BEPS e as mudanças introduzidas na Convenção Modelo OCDE 2017.....	22
1.8. Conclusões parciais.....	27
2. A REGRA DO PRINCIPAL PURPOSE TEST (PPT)	29
2.1 Introdução.....	29
2.2 Origem e comentários introdutórios sobre a regra PPT.....	31
2.2.1. Comentários da CM OCDE 2017	31
2.2.2. A relação da regra PPT com o <i>guiding principle</i>	32
2.3. A relação da regra PPT com outras normas antiabuso do tratado.....	34
2.3.1. Comentários da CM OCDE 2017	34
2.3.2. Relação da regra PPT com a LOB e outras regras SAARs contidas no tratado.....	36
2.4. Benefícios atingidos pela regra PPT.	43
2.4.1. Comentários da CM OCDE 2017	43
2.4.2. Escopo dos benefícios	44
2.5. Teste da razoabilidade, elementos subjetivo e objetivo.	47
2.5.1. Comentários da CM OCDE 2017	47
2.5.2. Teste da razoabilidade.....	49
2.5.3. Elemento subjetivo.	50
2.5.4. Elemento objetivo.	55
2.6. Aplicação e efeitos da regra PPT.....	60

	6
2.6.1. Comentários da CM OCDE 2017	60
2.6.2. Consequências da regra PPT.....	61
2.7. Incorporação da regra PPT nos tratados	65
2.8. Conclusões parciais.....	69
3. EXEMPLOS FORNECIDOS PELA OCDE SOBRE A APLICAÇÃO DA REGRA PPT.	74
3.1. Introdução.....	74
3.2. Exemplos de <i>treaty shopping</i>	74
3.3. Exemplos de operações genuínas.....	78
3.4. Exemplos com regras SAARs e PPT.	80
3.5. Conclusões parciais.....	83
4. A REGRA PPT NAS CONVENÇÕES BRASILEIRAS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.....	85
4.1. Introdução.....	85
4.2. Histórico das normas antiabuso nos tratados internacionais tributários no Brasil	85
4.2. Tratados celebrados após a Ação 6 do Projeto BEPS	89
4.3. Conclusões parciais.....	92
5. A REGRA PPT E OS POSICIONAMENTOS DA DOURINA BRASILEIRA.....	94
5.1. Introdução.....	94
5.2. Planejamento tributário no Brasil e a regra PPT.	95
5.2.1. Planejamento tributário e seus limites no contexto brasileiro.....	95
5.2.2. A doutrina brasileira e a regra PPT.	101
5.4. A ADI 2.446 e o combate à introdução de normas que combatem o planejamento abusivo no ordenamento brasileiro.....	105
5.4.1. O parágrafo único do art. 116 do CTN.....	106
5.4.2. A ADI nº 2.446/2001	108
5.5. Conclusões parciais.....	114
CONCLUSÕES	116
REFERÊNCIAS.....	118

INTRODUÇÃO.

Em julho de 2013, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou o Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), que contempla quinze ações para lidar com a problemática da erosão da base tributária e transferência de lucros no âmbito internacional.

As ações propõem mudanças na legislação doméstica de cada país, nas regras dos tratados bilaterais e na Convenção Modelo da OCDE para evitar a dupla tributação da renda (OCDE, 2013a e 2013b). Algumas das mudanças propostas foram definidas como padrões mínimos, devendo necessariamente ser adotadas pelos países engajados no Projeto.

Entre as ações que incluem padrões mínimos, destaca-se a Ação 6, que busca combater o uso abusivo de tratados internacionais voltados a evitar a dupla tributação da renda. Essa Ação introduz, entre outras questões, uma regra antiabuso a ser incorporada nos tratados tributários e no modelo convencional da OCDE, a *Principal Purpose Test* (PPT).

A assim chamada de “regra PPT” permite que o benefício de um tratado ou acordo não seja concedido quando for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que um dos principais propósitos da operação foi a obtenção do benefício fiscal. Não haverá tal denegação se restar estabelecido que a concessão do benefício buscado está de acordo com o objetivo e propósito das disposições pertinentes do acordo (OCDE, 2015a).

A doutrina doméstica e internacional de direito tributário discute sobre os seguintes elementos da regra: (i) origem, (ii) relação com outras normas antiabuso dos tratados, (iii) escopo dos benefícios atingidos, (iv) teste da razoabilidade, (v) elemento subjetivo, (vi) elemento objetivo, (vii) concessão de benefício alternativo.

A presente dissertação examina todos esses elementos, e pretende responder as seguintes perguntas centrais sobre o tema: O que é a regra PPT? Qual o escopo e abrangência da regra PPT? Como os comentários oficiais da CM OCDE e a doutrina interpretam a regra? A política fiscal do Brasil tem se mostrado favorável à inclusão dessa regra nos tratados internacionais? A doutrina doméstica brasileira entende que a regra PPT poderia ser incorporada nos tratados contra a bitributação?

Para responder aos questionamentos, estruturou-se a presente dissertação em cinco capítulos, além da introdução e conclusão.

No primeiro capítulo, é feita uma exposição introdutória sobre os tratados internacionais de dupla tributação, as práticas de abuso de tratados conhecidas e combatidas há anos pela OCDE, a Ação 6 do Projeto BEPS e suas implicações.

No segundo e principal capítulo, estuda-se com profundidade a regra PPT e as discussões doutrinárias sobre os elementos dessa regra. Para tanto, expõem-se, inicialmente, os comentários oficiais da OCDE sobre a regra, seguidos de críticas formuladas pelos autores estudados.

O terceiro capítulo examina os exemplos práticos de aplicação da regra PPT que são fornecidos pela CM OCDE 2017, de modo a buscar deixar mais claros os limites e o modo de aplicação da referida regra

O quarto capítulo estuda a evolução histórica de introdução de normas antiabuso nos tratados brasileiros e averigua se e como a regra PPT tem sido incluída nos tratados celebrados após a publicação da Ação 6 do Projeto BEPS.

Por fim, o último capítulo examina posicionamentos de autores brasileiros sobre a introdução de uma norma geral antiabuso nos tratados internacionais, expondo-se e examinando-se as críticas da doutrina nacional acerca da regra PPT.

1. TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO E OS MECANISMOS PROPOSTOS PELA OCDE PARA COMBATER SEU USO ABUSIVO.

1.1 Introdução.

Nesse capítulo aborda-se o fenômeno da bitributação internacional, o histórico de acordos internacionais firmados para combater esse fenômeno e a estrutura da atual Convenção Modelo OCDE (CM OCDE).

Em seguida, estudam-se algumas práticas de abuso de tratados de bitributação e as regras introduzidas na CM OCDE ao longo dos anos para combater tais práticas.

Nesse contexto, aborda-se o surgimento do Projeto BEPS e o Plano de Ação 6, que busca combater o uso abusivo de tratados internacionais. Analisam-se algumas mudanças introduzidas na CM OCDE 2017, como fruto da Ação 6.

O conteúdo desse capítulo é uma preparação para que se possa compreender o contexto no qual a regra do propósito principal (PPT), estudada em profundidade no capítulo seguinte, foi inserida na CM OCDE 2017.

1.2 Dupla tributação internacional.

Para tratar da bitributação internacional, necessário primeiro ressaltar que os Estados adotam diferentes elementos de conexão para tributar determinados fatos, objetos e pessoas, conectando-os aos ordenamentos tributários. Os elementos de conexão podem ter natureza objetiva - se relacionados com o fato e coisa tributável; ou subjetiva - se relacionados com a pessoa tributável (PEREIRA, 2010, p. 217; XAVIER, 2015, p. 214).

Dois elementos de conexão se destacam nas discussões sobre a bitributação internacional da renda: o elemento que tributa considerando a **fonte** do rendimento, e o elemento que tributa considerando a **residência** de quem auferir o rendimento. Os Estados não necessariamente tributam internamente as situações/pessoas considerando apenas um desses elementos – podem ora tributar considerando a fonte e ora tributar considerando a residência¹.

¹ Existem discussões sobre a superação da dicotomia fonte-residência, que não serão analisadas no presente estudo (ROCHA, 2017, p. 9).

O elemento de conexão da fonte considera o local da origem, proveniência ou do pagamento de rendimentos. O Estado exerce o poder tributário sobre fatos/situações que ocorrem em seu território, ainda que o beneficiário do rendimento não resida no local.

Esse elemento de conexão (fonte) pode ser associado com o exercício de uma tributação territorial/limitada, pois a tributação é restringida aos limites daquele território (GODOI, 2014, p. 277; PEREIRA, 2010, p. 223; XAVIER, 2015, p. 216).

A tributação que considera o elemento de conexão da fonte favorece a posição dos países que importam capitais – em regra, países menos desenvolvidos (GODOI, 2014, p. 277; PEREIRA, 2010, p. 221; ROCHA, 2013, p. 43; ROCHA, 2017, p. 8; XAVIER, 2015, p. 216).

O elemento de conexão da residência pode ser associado com o exercício do poder de tributação universal, pois tributam-se os rendimentos de fonte interna e externa, considerando o Estado de residência do seu titular (GODOI, 2014, p. 277; PEREIRA, 2010, p. 218; XAVIER, 2015, p. 216).

A tributação que considera esse elemento de conexão favorece a posição dos países que exportam capitais, onde residem os titulares dos rendimentos – em regra, países mais desenvolvidos (GODOI, 2014, p. 277; PEREIRA, 2010, p. 221; ROCHA, 2013, p. 43; ROCHA, 2017, p. 8; XAVIER, 2015, p. 216).

O fenômeno da dupla tributação internacional pode ocorrer quando os Estados adotam elementos de conexão diversos – como, por exemplo, uma renda ser tributada na fonte onde é produzida e onde reside o beneficiário do rendimento; e pode também ocorrer quando os Estados adotam o mesmo elemento de conexão, mas atribuem significado diferente a esse elemento – como, por exemplo, quando dois Estados consideram que uma mesma pessoa reside em ambos territórios, por conceituarem o que constitui a residência de forma diversa (XAVIER, 2015, p. 215; GODOI, 2014, p. 277; ROCHA, 2013, p. 27; SCHOUERI, 1995, p. 1).

Luís Eduardo Schoueri (2003, p. 27; 2005, p. 303) comenta que as medidas que buscam afastar a bitributação internacional são tão antigas quanto o mais antigo imposto. Tais medidas podem ser unilaterais - concedidas pelas leis domésticas dos Estados, ou bi/multilaterais - fixadas por acordos de bitributação.

Como medidas unilaterais para o alívio da bitributação, pode-se citar o método da isenção e da imputação – o da isenção consiste, como o próprio nome indica, em

isentar a renda já tributada em outro país; e o de imputação/creditamento consiste na dedução/creditamento do imposto pago no exterior (SCHOUERI, 2005, p. 303; ROCHA, 2013 p. 29; XAVIER, 2015, p. 747).

O Brasil, por exemplo, admite que as pessoas jurídicas compensem o imposto sobre a renda recolhido no exterior, pelo método da imputação, o que consiste em uma medida unilateral de alívio da dupla tributação (art. 26 da Lei nº 9.249/95, art. 15 da Lei nº 9.430/96 e art. 87 da Lei nº 12.973/14).

Por sua vez, as medidas bi/multilaterais que evitam a bitributação são os acordos/convenções, que procuram dirimir ou impedir o fenômeno de bitributação por normas de repartição de competência tributária (SCHOUERI, 1995, p. 1).

As normas convencionais podem reconhecer a competência tributária dos Estados envolvidos de forma exclusiva ou cumulativa. Tratando-se do reconhecimento de competência exclusiva de um Estado, não haverá dupla tributação do rendimento – apenas o Estado de residência exercerá a tributação, ou apenas o Estado da fonte. Caso haja o reconhecimento da competência cumulativa, são estabelecidas regras que limitam ou mitigam os efeitos da competência concorrente (SCHOUERI, 1995, p. 20; XAVIER, 2015, p. 621).

A CM OCDE, por exemplo, se baseia em duas premissas para dirimir e eliminar a dupla tributação: (i) reduz a competência tributária do Estado da fonte e, quando permite a tributação cumulativa, pode limitar as alíquotas incidentes na fonte; (ii) atribui ao Estado de residência o encargo de eliminar a dupla tributação, aplicando os métodos isenção ou de crédito fiscal/imputação, previstos nos artigos 23-A e 23-B da CM OCDE 2017 (ROCHA, 2013, p. 45; XAVIER, 2015, p. 621).

Feitas tais considerações, passa-se a expor um breve histórico dos tratados que buscam evitar a bitributação internacional.

1.3 Breve histórico sobre os tratados internacionais que evitam a dupla tributação.

Desde o final do século XIX são firmados acordos para evitar a bitributação internacional da renda. Luís Eduardo Schoueri (2003, p. 27; 2005, p. 304) afirma que as primeiras convenções foram as celebradas entre a Prússia e a Saxônia sobre impostos diretos (1869); entre a Áustria e Hungria sobre a tributação de empresas

(1869/1870); e entre Prússia e Áustria para afastar a bitributação da renda (1899). Afirma o autor que a celebração de acordos se tornou mais frequente após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tendo esse fenômeno se intensificado após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Em 1928, a antiga Sociedade das Nações elaborou os primeiros quatro modelos uniformes de acordos de bitributação a serem seguido pelos países, que tratavam de: impostos diretos, impostos de sucessões, assistência administrativa e assistência judiciária (ROCHA, 2013, p. 43; SCHOUERI, 2005, p. 304).

Sérgio André Rocha (2013, p. 42) explica que, na época em que foram elaborados esses quatro modelos, foram criadas comissões que se reuniram para estudar o fenômeno da bitributação. Essas comissões se preocupavam em estabelecer em qual medida uma cooperação internacional envolveria um sacrifício por parte dos Estados envolvidos, e como esse sacrifício deveria ser repartido.

Os principais critérios levantados pelas comissões para proposição de acordos foram os da fonte e da residência, e buscava-se avaliar quando a tributação deveria ser exercida pelo país da fonte e quando deveria ser exercida pelo país da residência.

Em 1943, foi realizada uma conferência da Sociedade das Nações no México, na qual foi editada uma nova convenção modelo de tributação da renda, substituindo o modelo de 1928. Os países latino-americanos tiveram uma presença marcante nessa conferência, e esse novo modelo convencional atribuiu uma competência tributária maior para o Estado da fonte (ROCHA, 2013, p. 43; SCHOUERI, 2005, p. 305).

Em 1946, esse novo modelo foi revisado em uma conferência realizada em Londres, e foi substituído por outro modelo convencional que passou priorizar a tributação no Estado da residência, que passou a ter o direito exclusivo de tributar juros, royalties, rendas e pensões (ROCHA, 2013, p. 44; SCHOUERI, 2005, p. 305).

Dez anos depois, em 1956, foi instituído o Comitê Fiscal da OCDE (na época nomeada Organização Europeia de Cooperação Econômica – OECE), que também passou a elaborar convenções modelo (CM OCDE) destinadas a evitar a dupla tributação. O primeiro projeto de convenção foi publicado em 1963 (*draft convention*), e revisto em 1977. Em 1992 foi publicada a primeira CM OCDE, atualizada em 1994, 1997, 2000, 2002, 2005, 2008, 2010, 2014 e 2017 (OCDE, 2017a, p. 13).

O modelo convencional da OCDE é criticado por privilegiar a tributação pelo Estado de residência (que tende a beneficiar os países desenvolvidos), em detrimento do Estado da fonte (que tende a beneficiar países em desenvolvimento) (ROCHA, 2013, p. 45; SCHOUERI, 2005, p. 306).

A Organização das Nações Unidas (ONU), buscando facilitar a celebração de acordos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, retomou o trabalho da antiga Sociedade das Nações e, em 1967, instituiu um grupo responsável por elaborar uma convenção modelo contra a dupla tributação. Em 1980, como fruto do trabalho grupo, foi publicada a primeira CM ONU. Essa CM foi atualizada em 2001, 2011 e 2017 (ONU, 2017, p. 7).

A CM ONU se diferencia da CM OCDE porque busca favorecer a tributação pelo Estado da fonte, em detrimento da tributação pelo Estado de residência, no intuito de favorecer a competência tributária dos países em desenvolvimento (ONU, 2017, p. 5). Contudo, Luís Eduardo Schoueri (2005, p. 306) afirma que a CM ONU não satisfaz plenamente os interesses dos países em desenvolvimento, pois foi embasada na CM OCDE, que prioriza a tributação pelo Estado de residência.

Inobstante eventuais críticas sobre a repartição de competência tributária da CM OCDE, importa observar que esse modelo exerce uma influência marcante nos acordos de bitributação firmados atualmente (ROCHA, 2013, p. 46; SCHOUERI, 2005, p. 306)².

O modelo convencional da OCDE será analisado com destaque no presente estudo, pois foi a CM OCDE de 2017 que introduziu a regra do propósito principal (PPT) nos acordos de bitributação.

1.4 Estrutura da Convenção Modelo OCDE 2017.

A atual CM OCDE 2017 reconhece a competência tributária tanto do Estado da fonte quando do de residência.

A CM possui a seguinte estrutura: o art. 1º delimita as pessoas visadas, o art. 2º os impostos visados, o art. 3º traz definições gerais, o art. 4º o conceito de residente e o art. 5º o de estabelecimento permanente.

² Sérgio André Rocha (2017, p. 153) entende que os tratados brasileiros são mais influenciados pela CM ONU que pela CM OCDE. Essa questão não será objeto desse estudo.

Em seguida, são apresentadas regras distributivas da competência tributária para rendimentos específicos, categorizados como: rendimentos imobiliários (art. 6), lucros das empresas (art. 7), transporte aéreo e marítimo (art. 8), empresas associadas (art. 9), dividendos (art. 10), juros (art. 11), royalties (art. 12), ganhos de capital (art. 13), rendimentos de emprego (art. 15), remuneração de direção (art. 16), artistas e desportistas (art. 17), pensões (art. 18), remunerações governamentais (art. 19), estudantes (art. 20), outros rendimentos (art. 21) e rendimentos de capital (art. 22).

O art. 14, que dizia respeito aos serviços independentes, foi excluído na CM OCDE 2017, por entender a Organização que a tributação dos lucros, na forma como prevista pelo art. 7, seria aplicável aos rendimentos do antigo art. 14³ (OCDE, 2017a, p. 306).

Após as regras distributivas, os artigos do modelo dispõem sobre: métodos para evitar a dupla tributação (art. 23), cláusula de não discriminação (art. 24), cláusula de procedimento amigável (art. 25), troca de informações (art. 26), assistência na cobrança de tributos (art. 27), funcionários diplomáticos e consulares (art. 28), direito aos benefícios do tratado (art. 29), extensão territorial (art. 30), entrada em vigor (art. 31) e, por fim, denúncia/término do acordo (art. 32).

A CM OCDE 2017 reconhece a competência exclusiva do Estado de residência sobre os seguintes rendimentos, com determinadas exceções: lucros das empresas (art. 7), transporte aéreo e marítimo (art. 8), royalties (art. 12), rendimentos de emprego (art. 15), pensões (art. 18), remunerações governamentais (art. 19), estudantes (art. 20), outros rendimentos (art. 21) e rendimentos de capital (art. 22).

Os rendimentos sujeitos, em regra, a tributação cumulativa (Estado da fonte e da residência), são: rendimentos imobiliários (art. 6), empresas associadas (art. 9), dividendos (art. 10), juros (art. 11), ganhos de capital (art. 13), remuneração de direção (art. 16) e artistas e desportistas (art. 17).

Como visto, a CM OCDE 2017 se baseia em duas premissas para dirimir e eliminar a dupla tributação: (i) reduz a competência tributária do Estado da fonte e, quando permite a tributação cumulativa, limita as alíquotas incidentes na fonte; (ii) atribui ao Estado de residência o encargo de eliminar a dupla tributação, aplicando os

³ Ademais, afirmaram não havia diferença entre o critério de estabelecimento permanente, contido no art. 7º, e o de base fixa, que era usado no antigo art. 14 (OCDE, 2017a, p. 306).

métodos isenção ou de crédito fiscal/imputação, previstos nos artigos 23-A e 23-B da CM OCDE 2017 (ROCHA, 2013, p. 45; XAVIER, 2015, p. 621).

A CM OCDE é acompanhada de comentários oficiais que a OCDE publica, que dizem respeito à aplicação de cada um dos artigos propostos.

Muitos autores discutem sobre a natureza jurídica e efeitos dos comentários oficiais à CM OCDE (DOUMA, ENGELE, 2008; LANG, BRUGGER, 2008; ROCHA, 2013, p. 204; SCHOUERI, 2003; XAVIER, 2015, p. 154). Alguns defendem que os comentários fazem parte do contexto da Convenção, enquanto outros entendem que são apenas elementos de interpretação. Na primeira corrente pode-se identificar, exemplificativamente, discussão sobre a possibilidade de um Estado alegar violação do tratado se a outra parte contratante não observar os comentários da OCDE na aplicação do tratado (ROCHA, 2013, p. 206).

A natureza e força dos comentários da CM OCDE não será explorada nessa pesquisa – nos atentaremos aos comentários da CM OCDE 2017 para compreender o escopo e implicações da regra PPT na forma como sugerida pela Organização.

1.5. Abuso de tratados, *treaty shopping* e *rule shopping*.

As medidas bi/multilaterais firmadas em acordos para evitar a dupla tributação visam beneficiar os residentes de um ou ambos os Estados contratantes que, de forma recíproca, limitam sua competência tributária.

Contudo, os contribuintes por vezes estruturam suas operações para usufruir de benefícios convencionais que, em princípio, não lhe seriam devidos, e há casos em que essas operações podem ser tratadas como “**abusos**” do tratado (ONU, 1998, p. 7).

Uma forma de efetuar um planejamento tributário nesse sentido é pela prática do *treaty shopping*, que ocorre quando o contribuinte, por pessoa interposta, adquire residência fiscal em um Estado que possui determinado acordo contra a bitributação, com o objetivo de aproveitar dos benefícios desse acordo. É como se o contribuinte “comprasse” o benefício do acordo, que em princípio não lhe seria aplicável (BECKER, WURM, 1988, p. 2; SCHOUERI, 1995, p. 22).

Outra forma de planejamento é o *rule shopping*, que ocorre quando um contribuinte tem direito a usufruir de um benefício do tratado, mas pretende usufruir

de um benefício mais favorável do que o que lhe é aplicável, e estrutura sua operação para “adquirir” o benefício busca obter (MORENO, 2017, p. 438). Esses fenômenos serão exemplificados adiante.

As principais estruturas trilaterais de que se valem os contribuintes no *treaty shopping*, segundo a ONU (1988), são: (i) *conduit companies*/empresas canais, e (ii) *stepping stone companies*/empresas trampolins, podendo o planejamento ser concretizado por operações trilaterais e bilaterais.

Um exemplo de esquema de utilização de empresa canal seria: uma empresa situada no País C (Estado de residência) possui ações em outra empresa situada no País A (Estado fonte), e os dividendos pagos de A para C são tributáveis na fonte e na residência, pois não há acordo para evitar a dupla tributação entre A e C.

A empresa situada no País C então transfere suas ações para sua subsidiária no País B, que por sua vez possui acordo com A, acordo esse que isenta de imposto na fonte o pagamento de dividendos entre as partes, ou seja, não há tributação no País A (fonte). Além disso, de acordo com as leis internas do País B (subsidiária), há isenção do imposto de renda sobre os dividendos recebidos de outro País, ou seja, não há tributação no País A (fonte), e tampouco no País B, onde reside a empresa interposta.

Dessa forma, os dividendos que seriam tributados, originalmente, quando a empresa situada no País A pagasse dividendos para a empresa no País C, deixam de ser tributados na fonte (País A) quando são transferidos estrategicamente para a interposta pessoa situada no País B. Além disso, o rendimento pode ser acumulado e mantido indefinidamente no País B (onde reside a empresa interposta), sem o ônus da tributação (ONU, 1988). A empresa residente no País C de certo modo “comprou” um tratado que lhe beneficiava, o tratado celebrado entre os Países A e B, cujas disposições em princípio não lhe seriam aplicáveis. Essa “compra” foi efetivada pela introdução de uma interposta pessoa no País B.

Por sua vez, um exemplo de esquema de utilização de empresa trampolim seria: uma empresa situada no País C (Estado de residência) possui juros a receber de um empréstimo concedido para outra empresa situada no País A (Estado fonte), e os juros pagos de A para C são tributáveis na fonte, pois não há acordo entre A e C.

A empresa situada no País C então transfere o crédito decorrente desse empréstimo para uma subsidiária localizada no País B. O País B possui acordo com

A, acordo esse que isenta a tributação na fonte no pagamento de juros entre as partes. Dessa forma, a empresa interposta no País B recebe os juros devidos pela empresa situada no País A (fonte) sem tributação na fonte.

Muito embora os juros pagos não sejam tributáveis na fonte (País A) em decorrência do tratado entre A e B, esses valores seriam tributáveis internamente no País B, de residência da interposta pessoa. A interposta empresa situada no País B então usa dos juros recebidos para pagar sua dívida junto a empresa situada no País C, sendo que o País C não tributa internamente os juros recebidos do exterior e tampouco o País B tributa, na fonte, os juros pagos ao exterior.

Nesse exemplo, a interposta pessoa situada no País B foi utilizada como um trampolim para que os juros devidos pela empresa situada no País A chegassem à empresa situada no País C sem tributação. Novamente, o contribuinte “comprou” os benefícios de um tratado que não lhe seria aplicável, pela introdução de uma interposta pessoa na operação.

No caso da estrutura de empresa trampolim, diferentemente da empresa canal, os valores não poderiam ficar no País da interposta pessoa sem tributação (País B), e por isso os recursos são transferidos para o país de residência do contribuinte (País C), como despesas que reduzem o lucro tributável da interposta pessoa (ONU, 1988).

As estruturas bilaterais também podem ser utilizadas para planejamentos tributários. Dois exemplos foram retratados por Becker e Wurm (1988) e comentados por Schoueri (1995, p. 25): a criação de uma empresa holding e a criação de uma estrutura de quinteto.

Um exemplo de criação de uma empresa holding seria: uma empresa situada no País A (residência) possui dividendos a receber de outra localizada no País B (fonte), na qual possui participação minoritária.

Existe um acordo entre o País A e B que permite que os dividendos remetidos entre esses países não sejam tributados na fonte se o beneficiário possuir participação majoritária na empresa que distribui os dividendos. Além disso, pela lei interna do País B, os dividendos pagos entre as empresas situadas nesse território são isentos de tributação.

Para evitar a tributação que ocorreria na fonte caso a empresa situada no País B remetesse os dividendos diretamente para a empresa situada no País A (por não

existir participação majoritária entre as partes), cria-se uma subsidiária da empresa situada no País A no País B.

Essa interposta pessoa, situada no País B, recebe os rendimentos de forma isenta da empresa distribuidora de dividendos, que também está situada no País B (de acordo com a legislação doméstica). Em seguida, a interposta pessoa remete os valores recebidos para sua controladora situada no País A, utilizando-se do benefício do tratado entre A e B, que isenta de tributação os dividendos pagos para quem possua participação majoritária no capital da empresa que distribui.

Dessa forma, a Empresa situada no País A que, em princípio deveria tributar os dividendos recebidos da empresa situada no País B, na qual não possui participação majoritária, cria uma interposta pessoa para receber os dividendos de forma isenta⁴.

A outra estrutura bilateral ficou conhecida pelos tratados celebrados pela Alemanha, que possuíam a particularidade de não conceder benefícios fiscais na fonte se os dividendos fossem pagos a acionistas com mais de 25% de participação da empresa que distribui dividendos (de forma contrária ao que sugere a OCDE, que prevê a concessão de benefícios se o beneficiário possuir uma participação igual ou maior que 25%, como se constatará adiante).

Diante desse contexto, uma empresa situada em país diverso, que possui 100% de participação em uma empresa alemã, pode dividir sua participação em cinco empresas, criadas apenas para receber os dividendos sem tributação na fonte (SCHOUERI, 1995, p. 26)⁵.

Nota-se que, em todos os exemplos dados a operação foi estruturada de forma a obter uma economia tributária que, em princípio, não seria devida ao contribuinte.

O relatório publicado pela ONU em 1988 já alertava que a importância de lidar com esses planejamentos varia de país para país, e que é necessário questionar se o potencial custo dessas operações abusivas é tão alto, que tornaria necessário lidar com os abusos arriscar obter consequências desvantajosas, como a insegurança sobre aplicação do tratado (ONU, 1988, p. 22).

⁴ Nosso entendimento é que nesse caso houve a prática do rule shopping, pois o tratado entre o País A e o País B já seria aplicável, e a interposta pessoa foi utilizada para “comprar” o melhor benefício desse tratado.

⁵ Novamente, entendemos que se trata do rule shopping, pois buscou-se o melhor benefício de um tratado aplicável para as partes envolvidas.

1.6. Regras antiabuso sugeridas pela OCDE antes do Projeto BEPS.

Em 1977, a OCDE já alertava quanto às características de planejamentos como os que exemplificamos acima, conforme comentários ao parágrafo 8 do artigo 1 da CM OCDE de 1977:

(...) a extensão da rede de tratados de dupla tributação reforça o impacto de tais manobras que possibilitam, pela criação de figuras legais construídas de forma artificial, que o contribuinte se beneficie tanto de vantagens fiscais existentes em determinado ordenamento interno quanto dos alívios tributários garantidas pelas acordos de bitributação. (OCDE. 1977, p.47, tradução nossa)⁶.

Veja-se, então, que desde 1997 a CM OCDE se preocupa em atingir planejamentos conceituados como “abusivos”, que usam de figuras legais de forma artificial/distorcida para obter benefícios fiscais. Diante desse contexto, a Organização passou a propor algumas medidas para lidar com o abuso dos tratados.

Algumas das regras propostas para atingir esses casos consistem na adoção de regras chamadas de *Special Anti-Avoidance Rules* (SAARs), que prescrevem um consequente normativo para um comportamento determinado que o legislador deseja evitar. Existem também as *General Anti-Avoidance Rules* (GAARs), que são normas gerais antiabuso, de ampla aplicação, e as *Targeted Anti-Avoidance Rules* (TAARs), que também são normas gerais, mas são aplicadas somente para determinados dispositivos dos tratados, como os relativos a juros e royalties, por exemplo (SCHOUERI e MOREIRA, 2019). Listamos, abaixo, algumas das antigas propostas da OCDE para combater o abuso de tratados (OCDE, 2014a, p. 66).

1. A cláusula que analisa a qualidade dos sócios (*look through approach*), que permite que os benefícios de um acordo sejam concedidos apenas quando a empresa for detida por beneficiários que também residam, majoritariamente, no Estado onde a empresa foi constituída (OCDE, 2014a, p. 66; XAVIER, 2015, p. 330). Nesse sentido, veja-se o art. 25 da Convenção Brasil-Israel:

⁶ No inglês: “Moreover, the extension of the network of double taxation conventions still reinforces the impact of such manoeuvres as they make it possible, through the creation of usually artificial legal constructions, to benefit both from the tax advantages available under certain domestic laws and the reliefs from tax provided for in double taxation conventions” (OCDE. 1977, p.47).

ARTIGO 25

Limitação de Benefícios

1. Uma entidade legal que seja residente de um Estado Contratante e obtenha rendimentos de fontes do outro Estado Contratante não terá direito, no outro Estado Contratante, aos benefícios da presente Convenção, se mais de 50 % da participação beneficiária em tal entidade (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% das ações com direito a voto ou do capital da sociedade) forem detidos, direta ou indiretamente, por qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não forem residentes de um Estado Contratante. (BRASIL, 2005).

Essa cláusula atinge diretamente os planejamentos que usam de empresas canais, mas não atinge outros planejamentos, como estruturas bilaterais, e pode não atingir a estrutura trampolim se a subsidiária, interposta pessoa, não for detida majoritariamente por empresa situada em outro Estado (SCHOUERI, 1995, p. 141).

2. A cláusula de exclusão de benefícios (*exclusion approach*), que não permite que residentes usufruam dos benefícios do tratado se, de acordo com as leis internas, possam desfrutar de privilégios fiscais, possuindo tratamento similar aos não residentes (OCDE, 2014a, p. 71).

3. A cláusula que condiciona o benefício da redução da tributação na fonte à efetiva tributação do rendimento no Estado de residência (*subject to tax approach*), ou seja, o benefício só seria aplicável quando se estiver em uma situação de bitributação (OCDE, 2014a, p. 67).

Em 1997, a OCDE tentou incluir uma cláusula como essa na CM, mas por dificuldades práticas acabou por sugerir a inclusão do conceito de beneficiário efetivo (*beneficial owner*).

Essa conceito é usado para condicionar a redução da tributação na fonte para dividendos, juros e royalties – a tributação reduzida só é concedida quando o seu destinatário for o “beneficiário efetivo” do rendimento, quando tiver a titularidade econômica do benefício que o tratado concede (RYYNÄNEN, 2009, p. 357; SCHOUERI, 1995, p. 156; XAVIER, 2015, p. 335).

4. Uma cláusula que exclui a aplicação do tratado que concede isenção ou redução do imposto a sociedades residentes em um dos Estados, quando essa sociedade for controlada por não residentes e usar de 50% ou mais do seu rendimento para pagar créditos a tais pessoas, como juros, royalties, despesa de viagem e outras (*channel approach*) (OCDE, 2014a, p. 67). Essa cláusula busca atingir estruturas trampolins.

A OCDE recomenda que as cláusulas supramencionadas sejam acompanhadas de outras que garantam a concessão dos benefícios em operações de boa-fé (*bona fide cases*), tais como: (i) a sociedade demonstrar que seu principal propósito não foi de obtenção de benefícios, e que a operação teve fundamentos econômicos substanciais (*general bona fide provision*); (ii) se exercer no outro Estado uma atividade com substância real (*activity provision*); (iii) se o benefício concedido não superar o valor do imposto que será pago no Estado de residência (*amount of tax provision*); (iv) quando a empresa tiver suas ações cotadas na bolsa de valores e for detida por residentes de um dos Estados contratantes (*stock exchange provision*); (v) quando o não residente do Estado contratante for residente em um Estado que também tenha acordo de bitributação que permita a concessão de benefício tão proveitoso ou ainda mais proveitoso que o benefício que está sendo pleiteado (*alternative relief provision*) (OCDE, 2014a, p. 68).

A OCDE também passou a prever, desde 1992, no parágrafo 21 dos comentários ao artigo 1º da CM OCDE, a adoção de uma cláusula de limitação de benefícios – *limitation on benefits* (LOB), que integra as regras citadas e evita que pessoas que não sejam efetivamente residentes em um dos Estados contratantes tenham acesso aos benefícios do tratado (OCDE, 1992, p.47; 2014a, p. 69).

Em 2017, essa cláusula foi incorporada ao artigo 29 da CM OCDE 2017 com algumas alterações (como a introdução de uma nova cláusula de escape), conforme será constatado adiante (OCDE, 2017, p. 21). Segundo a OCDE, a cláusula foi inspirada em tratados de bitributação celebrados pelos Estados Unidos, Índia e Japão (OCDE, 2015a, p. 20)⁷.

Todas as regras supramencionadas, incluindo a LOB, são regras SAARs, pois prescrevem um conseqüente normativo para determinados comportamentos específicos.

Desde 2003, a OCDE passou a prever também um *guiding principle* nos comentários ao artigo 1º de sua CM. Esse princípio afirma que os benefícios do tratado não devem ser concedidos se o principal propósito da operação for a obtenção do benefício fiscal e se a obtenção desses benefícios for contrária aos objetivos e propósitos do tratado.

⁷ Essa cláusula de limitação de benefícios já era incluída, desde 1976, no modelo de negociação de acordo de tributação dos Estados Unidos (SCHOUERI, 2005, p. 307).

Esse princípio será estudado no próximo capítulo, pois possui uma relação com a regra do teste do principal propósito (PPT), contida no atual § 9º do art. 29 da CM OCDE 2017.

1.7. A Ação 6 do Projeto BEPS e as mudanças introduzidas na Convenção Modelo OCDE 2017.

Em fevereiro de 2013, a OCDE, atendendo a pedido do grupo G20, publicou um relatório acerca da problemática da erosão da base tributária e transferência de lucros e propôs a introdução de um plano de ação com alcance mundial para lidar com a questão (OCDE, 2013a).

Em julho desse mesmo ano foi publicado o Projeto BEPS, que propôs quinze ações a serem desenvolvidas nos anos seguintes para lidar com essa questão, englobando mudanças na legislação doméstica de cada país, nas regras dos tratados bilaterais e na CM OCDE (OCDE, 2013b).

O Projeto destacou que os cidadãos estavam se tornando mais sensíveis para as questões de justiça fiscal e se opondo aos planejamentos agressivos que, utilizando de práticas artificiosas, proporcionam uma dupla não tributação ou uma tributação muito reduzida (OCDE, 2013b, p. 10).

Ademais, o Projeto identifica o abuso de tratados como uma das suas principais preocupações e afirma que “(...) regras antiabuso rigorosas nos tratados, em conjunto com o exercício do direito de tributar pelas regras domésticas, vão contribuir para restaurar a tributação no Estado fonte” (OCDE, 2013b, p.21).

Algumas das mudanças propostas pelo Projeto BEPS foram definidas como padrões mínimos de combate da erosão e transferência de lucros, devendo necessariamente ser adotadas pelos países engajados no Projeto. Atualmente, 141 países estão engajados no Projeto, e o Brasil se encontra entre esses países (OCDE, 2022).

Esse Projeto tem exercido fortes influências nos acordos firmados para evitar a bitributação. Destaca-se que a última ação do Projeto (Ação 15) tratou da implementação de um instrumento multilateral (MLI - *multilateral instrument*), com o intuito de modificar de forma acelerada e sincronizada os tratados bilaterais até então

vigentes, para que esses incorporem as mudanças propostas no Projeto (OCDE, 2015b).

Em 2015, foi criado um grupo de trabalho para desenvolver o MLI (“*ad hoc group*”), que contou com a participação de mais de 100 jurisdições, incluindo países não-membros da Organização. Em novembro de 2016, o tratado multilateral foi publicado (OCDE, 2021).

A assinatura desse acordo é opcional até mesmo para os membros da OCDE e, atualmente, 96 jurisdições já assinaram o Instrumento e 61 jurisdições já ratificaram o acordo (OCDE, 2022).

O Brasil, mesmo tendo participado dos trabalhos que resultaram nos relatórios finais do Projeto BEPS e integrado o grupo de jurisdições que discutiram a elaboração do texto do MLI, optou por não assinar referido instrumento, preferindo emendar individualmente seus tratados de dupla tributação de modo a neles incorporar os padrões mínimos definidos pelo Projeto.

Entre as Ações que introduzem padrões mínimos, destaca-se a Ação 6, que busca combater o uso abusivo de tratados internacionais. Diversas das mudanças propostas por essa Ação buscam atingir a prática do *treaty shopping* e do *rule shopping*.

O Relatório Final da Ação 6, publicado em outubro de 2015, foi dividido em três seções (A, B e C) (OCDE, 2015a). A seção A sugere a introdução de novas regras nos acordos internacionais, sendo que algumas são padrões mínimos; a seção B altera o título e preâmbulo dos tratados, o que também é um padrão mínimo; e a seção C, última do relatório, comenta sobre política fiscal e sobre fatores que os países devem considerar antes de decidir se devem celebrar ou manter acordos fiscais com determinados Estados, especificamente aqueles Estados que não tributam ou tributam a renda de forma reduzida.

Como padrão mínimo, devem ser adotadas: (i) mudanças no título e preâmbulo dos tratados, (ii) a regra LOB acompanhada de outros mecanismos que lidam com abuso ou a regra PPT (OCDE, 2015a, p. 13 e 23).

A primeira mudança consiste na reformulação do título e preâmbulo da CM OCDE e de outros tratados para que conste, expressamente, que os acordos buscam evitar a dupla tributação sem criar oportunidades para “*tax evasion and avoidance*”,

traduzidos no presente estudo como evasão e elusão tributária (GODOI, CIRILO, 2020, p. 5; OCDE, 2015a, p. 95)⁸.

A segunda consiste na introdução regra LOB ou da PPT. A LOB é uma regra SAARs que, conforme já mencionado, foi inspirada nos tratados firmados pelos Estados Unidos, Índia e Japão. Essa regra já constava como uma sugestão da OCDE nos comentários do artigo 1º, e foi incorporada no art. 29, parágrafos 1-8º da CM OCDE 2017.

A regra LOB possui requisitos e condições objetivas para testar a residência do beneficiário, que são baseados em: (i) natureza jurídica; (ii) titularidade e; (iii) atividade exercida, de forma a garantir que os benefícios do tratado serão concedidos apenas se houver uma efetiva ligação entre o contribuinte e o Estado de residência (PEGORARO, 2015).

A LOB define, basicamente, que os benefícios do tratado serão concedidos apenas para “**pessoas qualificadas**”, que são especificadas - um indivíduo, um Estado e suas entidades, determinadas empresas com ações cotadas na bolsa de valores, determinadas organizações sem fins lucrativos e fundos de pensão, entre outros - e inclui uma salvaguarda geral quando há exercício de uma atividade empresarial com substância econômica.

Nos termos do artigo incorporado na CM OCDE 2017, a LOB possui uma nova salvaguarda – que inovou em relação a LOB que até então era sugerida pelos comentários ao art. 1º da CM OCDE. Trata-se de uma regra de escape que permite que as autoridades concedam o benefício ainda que o contribuinte não seja tido como “pessoa qualificada” pelos testes da regra, desde que se demonstre satisfatoriamente que a obtenção do benefício fiscal não é um dos principais propósitos da operação, e que a concessão do benefício está de acordo com os objetivos e propósitos da Convenção, conforme parágrafo 8º, alínea “c” do art. 29 da CM OCDE 2017 (OCDE, 2014a, p. 69; 2017a, p. 49 e 585).

A LOB pode ser acompanhada de outras regras que lidem com abusos de tratados ou da regra PPT. A CM OCDE propõe uma redação simplificada para adoção

⁸ O trecho incluído originalmente é “and prevention of tax evasion and avoidance”. Ainda que alguns tratados brasileiros tenham traduzido o termo tax avoidance como “elisão”, entendemos que, para evitar dúvidas, o termo deve ser tratado como elusão tributária, conforme será esclarecido no último capítulo.

da LOB, quando ela for acompanhada da regra PPT; e outra versão detalhada, quando for adotada individualmente (OCDE, 2015a, p. 13).

A regra PPT é uma espécie de cláusula de salvaguarda da LOB em sentido invertido (GODOI, CIRILO, 2020; OCDE, 2014a, p. 90), incorporada ao parágrafo 9º do novo artigo 29 da CM OCDE 2017.

A regra PPT é uma regra GAARs que permite que os benefícios do acordo sejam negados quando for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que um dos principais propósitos da operação foi de usufruir dos benefícios do tratado; salvo se restar estabelecido que a concessão dos benefícios está de acordo com o objetivo e propósito de disposições pertinentes da convenção (OCDE, 2015a, p. 90). Se os países desejarem, podem incluir apenas a PPT, sem a regra LOB (OCDE, 2021).

Como visto, essas mudanças fazem parte dos padrões mínimos a serem adotados pelos países engajados no Projeto BEPS.

A Ação 6 também sugeriu a introdução de outras regras SAARs para atingir as operações: (i) estruturadas para reduzir artificialmente a tributação na fonte de dividendos; (ii) que driblam a tributação na fonte do ganho de capital obtido na venda de ações cujo valor advém primariamente de bens imóveis; (iii) que envolvem entidades com dupla residência e (iv) que buscam obter a dupla não-tributação sobre rendimentos de estabelecimentos permanentes.

A primeira SAARs mencionada surgiu no seguinte contexto: o art. 10 da CM OCDE 2014 determinava que quem detivesse mais de 25% de participação societária receberia os dividendos com uma tributação reduzida na fonte, aplicando-se uma alíquota de 5%. Contudo, a OCDE identificou que essa redução estava sendo utilizada de forma abusiva, citando como exemplo o aumento da participação societária durante um curto período, operação essa estruturada com o principal propósito de obter o benefício de tributação por alíquota reduzida.

Em decorrência, o art. 10, parágrafo 2º, alínea “a” da CM OCDE 2017 passou a prever um período mínimo de 365 dias de detenção de participação societária para que um contribuinte possa usufruir das alíquotas reduzidas na fonte sobre os dividendos (OCDE, 2017b, p. 136; OCDE, 2015, p. 74).

A segunda SAARs foi incorporada no art. 13, parágrafo 4º da CM OCDE 2017, que trata de ganhos de capital. A CM OCDE prevê que, em geral, o ganho de capital

deve ser tributado exclusivamente no país de residência do alienante, com algumas exceções; entre elas, os ganhos da venda de participações no capital de uma sociedade cujo patrimônio seja majoritariamente composto de propriedade imobiliária (mais de 50%) – hipótese em que permite-se a tributação concorrente entre o Estado de fonte e de residência.

A Ação 6, além de sugerir que essa tributação concorrente (entre Estado fonte e residência) possa ocorrer também na venda de participações em outras entidades, como *trust*; identificou a necessidade de alterar o artigo para evitar situações de diluição do patrimônio da entidade pouco antes da venda de participações, no intuito de reduzir o percentual do ativo imobiliário, evitando a tributação no Estado fonte. Nessa perspectiva, a redação foi alterada para acrescentar que, se em um período de 365 dias antes da alienação da participação os ativos imobiliários forem tidos como predominantes na entidade, o Estado da fonte poderá exercer sua competência tributária (OCDE, 2017b, p. 19; OCDE, 2015a, p. 75).

A terceira SAARs, incorporada no art. 4, parágrafo 3º da CM OCDE 2017, tratou da introdução de um dispositivo que já era sugerido desde 2008 pela OCDE, que lida com a dupla residência. A nova redação da regra passou a determinar que, quando uma entidade tiver dupla residência fiscal, as autoridades competentes determinarão, por acordo mútuo, onde será considerada sua residência, considerando fatores relevantes. Pela antiga redação desse artigo, a residência era tida no Estado em que estivesse situada a sede de direção efetiva da entidade (OCDE, 2015a, p. 94).

Por fim, a última alteração buscou atingir o uso abusivo de estabelecimentos permanentes e foi incorporada no art. 29, parágrafo 8º, alínea “a” e “b” da CM OCDE 2017 (OCDE, 2015a, p. 79).

Interessante notar que diversas das SAARs supramencionadas contribuem para assegurar a competência tributária do Estado fonte.

Entre as vinte e uma mudanças introduzidas na CM OCDE 2017, na atualização do modelo convencional de 2014, onze foram oriundas da Ação 6 do Projeto BEPS. O quadro abaixo resume as mudanças que decorreram dessa Ação, incluindo as mudanças no texto convencional e nos comentários da CM OCDE:

Quadro 1- Mudanças na CM OCDE 2017

Mudanças na CM OCDE que decorreram da Ação 6 (2014 para 2017)	Seção
1. Mudanças no título, preâmbulo e introdução da CM.	B

2.	Mudanças nos Comentários ao artigo 1 sobre "uso impróprio da Convenção", que incluem provisões opcionais para negar benefícios do tratado caso o rendimento seja beneficiado por regimes especiais de tributação, bem como se ocorrerem mudanças na legislação interna do outro Estado signatário após a conclusão do tratado.	A
3.	Adição do parágrafo 3 ao artigo 1 e respectivos comentários, que codifica o princípio de que os tratados não podem restringir o direito de um Estado tributar seus próprios residentes	A
4.	Mudanças nos artigos 3 e 4 e respectivos comentários, acerca dos fundos de pensão.	A
5.	Mudanças no parágrafo 3 do artigo 4 e comentários relacionados (regra de desempate para determinar a residência a ser considerada pelo tratado no caso de dupla-residência de pessoas não físicas)	A
6.	Mudanças no parágrafo 2, alínea "a" do artigo 10, introduzindo um período mínimo de detenção de participações societária para aplicação da alíquota reduzida de 5% para dividendos, e comentários relacionados.	A
7.	Substituição do parágrafo 17 dos comentários ao artigo 10 por um parágrafo que propõe uma alternativa de negar benefícios da alíquota reduzida de dividendos (prevista no artigo 10, parágrafo 2, alínea "a") para certos tipos de investimentos coletivos, cujos rendimentos não são tributados na residência.	A
8.	Substituição do parágrafo 22 dos comentários ao artigo 10 para acrescentar que os Estados podem negar a tributação reduzida na fonte quando o dividendo usufruir de tratamento especial na residência.	A
9.	Mudanças no parágrafo 4 do artigo 13 e seus comentários, tratando de operações que buscam circunscrever a aplicação desse dispositivo, que limita a competência do Estado fonte de tributar o ganho de capital de participações em empresas imobiliárias.	A
10.	Mudanças nos artigos 23 A e 23 B e comentários relacionados nos artigos 10, 11, 21 e 23 A e 23 B. Essas mudanças tratam de problemas relacionados com o alívio da dupla tributação e os novos parágrafos 2 e 3 do artigo 1.	A
11.	Foi acrescentado o artigo 29 e comentários relacionados, que incluiu a regra LOB, a regra direcionada a estabelecimentos permanentes e a regra PPT.	A

Fonte: Elaborado pela autora com dados extraídos da Ação 6 (OCDE, 2015a), CM OCDE (2014a, 2017b) e CM ONU (2011 e 2017).

Todas as mudanças destacadas em cinza foram também adotadas pela atualização da Convenção Modelo da ONU de 2017, o que revela a importância da Ação 6 do Projeto BEPS nos modelos de tratados.

1.8. Conclusões parciais.

Conforme visto, a bitributação internacional da renda é um fenômeno que é combatido há anos e, desde 1928, são publicados modelos de acordos e tratados voltados a evitar a dupla tributação da renda.

As medidas bi/multilaterais firmadas em acordos para evitar a dupla tributação visam beneficiar os residentes de um ou ambos os Estados contratantes que, de forma recíproca, limitam sua competência tributária. Contudo, alguns contribuintes estruturam suas operações para usufruir de benefícios convencionais que, em princípio, não lhe seriam devidos.

Desde 1977, a OCDE estuda, desenvolve e propõe a adoção de medidas para lidar com o abuso dos tratados, almejando atingir práticas como as do *treaty shopping* e *rule shopping*.

Três são tipos de regras que são usualmente sugeridas para inibir o abuso de tratados: (i) as regras gerais antiabuso, de ampla aplicação (*General Anti Avoidance Rules* - GAARs); (ii) as regras gerais antiabuso direcionadas para determinados dispositivos (*Targeted Anti Avoidance Rules* – TAARs); e (iii) as regras específicas, que prescrevem um conseqüente normativo para um comportamento determinado que o legislador deseja evitar (*Special Anti Avoidance Rules* – SAARs).

Em outubro de 2015, a OCDE publicou o relatório final da Ação 6 do Projeto BEPS, que sugere diversas mudanças a serem incorporadas nos tratados e nas legislações domésticas para lidar com o abuso dos acordos, incluindo regras SAARs e GAARs.

Como padrão mínimo, devem ser adotadas: (i) mudanças no título e preâmbulo dos tratados, incluindo a intenção de evitar a dupla não tributação/ redução da tributação por evasão e elusão fiscal, (ii) a regra LOB (SAARs) acompanhada de algum mecanismo que lide com outros casos de abuso ou a regra PPT (GAARs). A regra PPT será estudada no próximo capítulo.

1. A REGRA DO PRINCIPAL PURPOSE TEST (PPT).

2.1 Introdução.

Conforme visto, uma das principais mudanças introduzidas pela Ação 6 do Projeto BEPS foi a sugestão da inclusão da regra PPT nos tratados, que foi incorporada no §9º do artigo 29 da CM OCDE 2017.

A regra está incluída entre os padrões mínimos do Projeto BEPS, de forma que todos os países engajados no Projeto devem incluir a regra PPT ou a LOB com outros mecanismos que lidam com abuso. Atualmente, 141 países (OCDE, 2015a, p. 23).

A regra PPT foi também introduzida no §1º do art. 7º do MLI que, conforme mencionado, modifica de forma acelerada e sincronizada os tratados bilaterais até então vigentes. Atualmente, 96 jurisdições já assinaram o Instrumento, e 61 jurisdições já ratificaram o acordo (OCDE, 2022), o que evidencia sua relevância no atual contexto de tratados de bitributação.

A doutrina, ao analisar a regra PPT, discute sobre sua validade e seus elementos. Será visto que essa regra, que possui cerca de oitenta palavras, enseja múltiplas discussões.

Abaixo, transcrevemos a regra PPT na forma como foi traduzida para a versão em português do MLI, tradução essa que foi feita por membros do *ad hoc group* e publicada no sítio eletrônico da OCDE. Acrescentamos, em negrito, a subdivisão de elementos da regra, em observância às críticas efetuadas pela doutrina:

Não obstante as disposições de uma Convenção fiscal abrangida **[relação com outras normas]**, não serão concedidos benefícios ao abrigo da Convenção fiscal abrangida relativamente a um elemento do rendimento ou do património **[o benefício]**, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes **[teste da razoabilidade]**, que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios **[elemento subjetivo]**, salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida **[elemento objetivo]**. (OCDE, 2016, grifo nosso).

Diante desse contexto, a regra PPT será estudada da seguinte forma:

- a) Comentários gerais sobre a regra PPT, sua relação com o *guiding principle* e com as regras antiabuso domésticas - §169 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017;
- b) Relação da regra PPT com a LOB e outras regras antiabuso contidas no tratado - §171, 172 e 173 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017;
- c) Benefícios atingidos pela regra PPT - §175 e 176 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017;
- d) Elemento subjetivo, objetivo e teste da razoabilidade - §170, 174, 178, 179, 180 e 181 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017;
- e) Efeitos da aplicação da regra PPT e concessão de benefícios alternativos - §183, 184, 185 e 186 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017.

A metodologia utilizada para redigir esse capítulo consistiu em, para cada aspecto estudado da regra PPT, primeiramente expor os comentários oficiais da CM OCDE 2017.

Tais comentários foram originalmente publicados no relatório final da Ação 6 (OCDE, 2015a, p. 55-69), e foram posteriormente incorporados nos parágrafos 169 - 187 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 (OCDE, 2017a, p. 587-604). Referidos comentários serão considerados na interpretação da regra PPT, pois se destinam a explicar a regra proposta pela referida organização⁹.

Em seguida, são evidenciadas as críticas (quando existentes) realizadas pelos seguintes autores: Andressa Pegoraro (2021), Andrés Báez Moreno (2017), Blazej Kuzniacki (2018), Carlos Palao Taboada (2015), Craig Elliffe (2019), David G. Duff (2018), Dennis Weber (2017), Ian Zahra (2019a, 2019b), Luc de Broe e Joris Luts (2015), Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019); Marcos Livio Gomes (2021), Michael Lang (2014, 2020); Rita C Cunha (2016), Robert J. Danon (2017), Reinout

⁹ Conforme mencionado no capítulo 1, há discussão sobre a natureza jurídica e efeitos dos comentários oficiais à CM OCDE (XAVIER, 2015, p. 154; DOUMA, ENGELE, 2008; LANG, BRUGGER, 2008; SCHOUERI, 2003), mas tal discussão não será explorada para o propósito dessa pesquisa.

Kok (2016), Stef van Weeghel (2019) e Vikram Chand (2015, 2018a, 2018b). Ao final de cada tópico, quando cabível, expomos nossos entendimentos e críticas.

Antes de concluir o capítulo, expomos as opiniões dos autores estudados sobre a validade da incorporação da regra PPT nos tratados.

2.2 Origem e comentários introdutórios sobre a regra PPT.

2.2.1. Comentários da CM OCDE 2017.

O §169 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 afirma que a regra PPT reflete as orientações já contidas nos §61 e §76-80 dos comentários ao art. 1 da CM OCDE 2017. Abaixo, expomos o que é dito nos §61, §76-80.

O mencionado §61 dos comentários ao artigo 1 da CM OCDE 2017 contém o *guiding principle*, que determina que os benefícios do tratado não devem ser concedidos se o principal propósito da operação for a obtenção do benefício fiscal e se a obtenção desses benefícios for contrária aos objetivos e propósitos do tratado. É dito ainda que esse princípio é aplicável inobstante às das disposições contidas no §9º do artigo 29 (PPT), que meramente confirmam o princípio (OCDE, 2017a, p. 75).

O §76, por sua vez, afirma que muitos países incluem, na sua legislação doméstica, uma regra geral antiabuso (GAARs), que previne práticas que não são tratadas por regras específicas (SAARs).

Em seguida, o §77 afirma que podem surgir questionamentos sobre conflitos entre as regras domésticas antiabuso e as normas internas e o tratado. É dito que os conflitos podem ser evitados quando o tratado expressamente possibilitar a consideração de regras domésticas antiabuso; e que também podem ser evitados porque vários dispositivos do tratado dependem da aplicação de leis domésticas – como o conceito de residência fiscal (fazendo-se referência ao que consta no §72 e 73 dos comentários ao art. 1º da CM OCDE 2017).

Comenta-se ainda que, quando os principais aspectos da GAARs doméstica estiverem em conformidade com o *guiding principle* e com a regra PPT, restaria evidente que não há conflito entre a GAARs doméstica e o acordo; haja vista que o *guiding principle* e a regra PPT negariam os benefícios nas circunstâncias atingidas pela GAARs doméstica.

O §78 afirma que, em muitos países, a doutrina e jurisprudência desenvolveram formas para lidar com a elusão fiscal, tais como a avaliação da prevalência da substância sobre a forma, substância econômica, propósito comercial, abuso da lei e fraude. É dito que essas figuras evoluem com o tempo e são importantes para a interpretação da legislação tributária, e que podem ser utilizadas na interpretação dos tratados internacionais.

É dito, no §79, que em princípio não há conflito entre os tratados de dupla tributação e as formas domésticas de lidar com o abuso (como as figuras acima mencionadas e GAARs domésticas). Afirma-se que, se as disposições domésticas tiverem como consequência a reclassificação dos fatos considerando, por exemplo, a substância econômica da operação, o tratado será aplicado considerando essa reclassificação.

Por fim, o §80 diz que, inobstante a inexistência de conflito entre as disposições domésticas e os tratados, os países devem observar as disposições do tratado para aliviar a dupla tributação se não houver clara evidência de que está ocorrendo um abuso do tratado (OCDE, 2017, p. 80).

Assim, a CM OCDE indica que a regra PPT reflete as orientações do *guiding principle* e dos comentários que tratam da relação de regras domésticas antiabuso com os tratados.

A relação de regras domésticas antiabuso com a regra PPT foge do escopo dessa dissertação, motivo pelo qual comenta-se, a seguir, apenas sobre a relação do *guiding principle* com a regra PPT.

2.2.2. A relação da regra PPT com o *guiding principle*.

Conforme visto, o §169 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 afirma que a regra PPT reflete as orientações já contidas no *guiding principle*, o que indica que a regra foi inspirada nesse princípio.

Desde 2003 o *guiding principle* tem sido incorporado na CM OCDE. Reproduz-se, abaixo, a sua redação, conforme o §61 dos comentários ao artigo 1 da CM OCDE 2017:

61. É importante notar que não deve ser assumido que o contribuinte está aderindo a transações abusivas mencionadas acima. Um princípio guia é que os benefícios do tratado de dupla tributação não devem ser concedidos

quando o principal propósito **[elemento subjetivo]** para adesão a determinada transação ou arranjo for a obtenção de um tratamento tributário mais benéfico, e a obtenção desse tratamento nessas circunstâncias for contrário ao objetivo e propósito das disposições relevantes do acordo **[elemento objetivo]**. Esse princípio é aplicável de forma independente das disposições do parágrafo 9 do art. 29. (OCDE, 2017a, p. 75, tradução e grifos nossos)¹⁰.

Muitos autores estudados comentam sobre as semelhança e diferenças entre esse princípio e a regra PPT.

Adianta-se que as principais diferenças entre o *guiding principle* e a regra PPT são as seguintes: (i) o elemento subjetivo, pois o princípio determina que os benefícios não devem ser concedido se **o** principal propósito, e **não um dos** principais propósitos da operação for a obtenção do benefício fiscal; (ii) o *guiding principle* não diz a quem compete comprovar a satisfação dos elementos subjetivo e objetivo, enquanto nos comentários à regra PPT é dito que cabe ao contribuinte comprovar que satisfaz ao elemento objetivo (§170 dos comentários ao art. 29); (iii) o *guiding principle* exige que o principal propósito da operação **seja** a obtenção do benefício para negar os efeitos do tratado, enquanto a regra PPT introduz o teste da razoabilidade - exige que seja **razoável concluir**, com base nas circunstâncias, que a obtenção do benefício foi um dos principais propósitos da transação.

Quanto à primeira questão colocada, será visto que há discussão se, na prática, a regra PPT exige que o benefício seja apenas **um dos** principais propósitos, ou se deve ser **o** propósito predominante da operação (tópico 2.5.3).

Acerca do segundo ponto, discute-se se o ônus da prova na regra PPT é mais oneroso para o contribuinte que no *guiding principle*, e se o elemento objetivo deve ser comprovado apenas pelo contribuinte, ou pelo contribuinte e pelo fisco (tópico 2.5.4).

Por fim, quanto à terceira questão, será visto que se discute sobre o teste da razoabilidade. Alguns entendem que o teste atribuiu efeitos discricionários às autoridades e que, por consequência, a regra PPT seria aplicada de forma menos

¹⁰ No original, em inglês: “61. It is important to note, however, that it should not be lightly assumed that a taxpayer is entering into the type of abusive transactions referred to above. A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions. That principle applies independently from the provisions of paragraph 9 of Article 29, which merely confirm it.”

rigorosa que o *guiding principle*; enquanto outros entendem que há uma objetivação do teste e que ele implica na análise e comparação de todos os elementos de prova pertinentes (tópico 2.5.2 e 2.5.3).

Ademais, alguns autores comentam sobre a aplicação do *guiding principle*, considerando a existência da regra PPT.

Sobre o tema, David G. Duff (2018, p. 960) e Robert J. Danon (2017, p. 11) entendem que, quando a regra PPT for introduzida em um tratado, o *guiding principle* se torna menos relevante.

David G. Duff (2018, p. 960) acrescenta que os comentários da CM OCDE afirmam que o *guiding principle* deve ser considerado “independentemente” da regra PPT, o que indica que, ainda que a regra PPT não seja incorporada no tratado, o *guiding principle* deve ser aplicado.

Concordamos com a posição dos autores e entendemos que essa é a orientação da CM OCDE – ainda que a regra PPT não seja incorporada nos tratados, os Estados podem desconsiderar operações abusivas pelo *guiding principle*¹¹.

2.3. A relação da regra PPT com outras normas antiabuso do tratado.

2.3.1. Comentários da CM OCDE 2017.

A primeira parte da regra PPT afirma que “**não obstante as disposições de uma Convenção fiscal abrangida**, não serão concedidos benefícios ao abrigo da Convenção fiscal (...)” (OCDE, 2016, grifos nossos). Analisa-se a relação dessa regra com outras normas antiabuso da Convenção.

Nos §171 e 172 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017, é dito que a regra PPT (GAARs) possui caráter **suplementar** em relação à regra LOB (SAARs) – se o benefício for negado pela LOB, ele não é “abrigado pela Convenção fiscal”.

Por outro lado, ainda que uma pessoa seja tida como qualificada pela LOB, os benefícios podem eventualmente ser negados pela regra PPT, pois a LOB não garante que todos os fatos envolvidos em uma transação ou operação praticada não constituam um abuso do tratado. É de se ver:

¹¹ Lembra-se que a CM OCDE 1997 determinou que planejamentos “abusivos” são os que usam de figuras legais de forma artificial/distorcida para obter benefícios fiscais.

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

[...] 172. Diversamente, o fato de uma pessoa fazer jus aos benefícios pelos parágrafos 1 a 7 não significa que os benefícios não possam ser negados pelo parágrafo 9. Os parágrafos 1 a 7 são regras que focam primeiramente na natureza legal, propriedade e atividades gerais de residentes de um Estado Contratante. Como ilustrado nos exemplos do próximo parágrafo, estas regras não implicam que a transação ou arranjo não pode constituir uso impróprio do acordo de bitributação. (OCDE, 2017a, p. 591; tradução adaptada de PEGORARO, 2021, p. 102, grifos nossos¹²)

O §173, que trata do elemento objetivo da regra PPT (comentado a seguir) menciona um exemplo hipotético de uma situação que passaria pela regra LOB, mas não pela regra PPT: de forma simplificada, é possível dizer que a regra LOB determina que sociedades de capital aberto são tidas como qualificadas se atenderem aos seguintes requisitos: (i) as ações forem negociadas em plataformas reconhecidas pelo Estado de residência da empresa e; (ii) sua gerência e controle forem exercidos no Estado de residência (art. 29, §2 da CM OCDE 2017). Os requisitos garantem uma ligação entre a empresa e o Estado de residência, mas isso não significa necessariamente que não houve abuso do tratado.

O §173 exemplifica: uma empresa que é um banco de capital aberto, recebe rendimentos de uma fonte situada em outro Estado. O banco atende aos requisitos que comprovam sua relação com o Estado de residência, de forma que, considerando a regra LOB, é uma “pessoa qualificada”.

Contudo, isso não significa que os benefícios não podem ser negados por motivos estranhos à relação do banco com seu Estado de residência. Essa instituição pode utilizar da sua residência para se beneficiar de um acordo que proporciona a tributação reduzida na fonte, e repassar os recursos para terceiros, ocupando o papel

¹² No original: “171. Paragraph 9 supplements and does not restrict in any way the scope or application of the provisions of paragraphs 1 to 7 (the limitation-on-benefits rule) and of paragraph 8 (the rule applicable to a permanent establishment situated in a third jurisdiction): a benefit that is denied in accordance with these paragraphs is not a “benefit under the Convention” that paragraph 9 would also deny. Moreover, the guidance provided in the Commentary on paragraph 9 should not be used to interpret paragraphs 1 to 8 and vice-versa.

172. Conversely, the fact that a person is entitled to benefits under paragraphs 1 to 7 does not mean that these benefits cannot be denied under paragraph 9. Paragraphs 1 to 7 are rules that focus primarily on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State. As illustrated by the example in the next paragraph, these rules do not imply that a transaction or arrangement entered into by such a resident cannot constitute an improper use of a treaty provision.”

de uma interposta pessoa em um planejamento que envolve uma estrutura de *treaty shopping* (OCDE, 2017a, p. 591).

Os comentários indicam, portanto, que a regra GAAR (PPT) suplementa a regra SAARs (LOB).

2.3.2. Relação da regra PPT com a LOB e outras regras SAARs contidas no tratado.

Diante do contexto acima, a doutrina discute sobre a relação suplementar entre as regras.

(i) Aplicação das regras sobre fatos diferentes.

A maioria dos autores estudados afirmam que o caráter suplementar das regras (PPT e LOB) significa que a regra PPT se aplica para fatos diferentes dos que são abrangidos pela LOB/outras SAARs. Assim, entendem que o caráter suplementar da regra PPT significa que a PPT e a LOB/SAARs são aplicáveis sobre mesma operação/arranjo somente quando essas regras recaírem sobre fatos diferentes da operação.

Nesse sentido, David Duff (2018, p. 961-963), Ian Zahra (2019a, p. 620), Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 133), Robert J. Danon (2018, p. 35) e Vikram Chand (2018b, p. 116-118) entendem que as regras só são aplicadas na mesma operação se cada regra for aplicada para um fato diferente contido na mesma operação, o que está em consonância ao princípio "*lex specialis derogat legi generali*" – quando duas normas puderem ser aplicadas sobre o mesmo fato, a mais específica prevalece.

Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 133) e Vikram Chand (2018b, p. 116-118) acrescentam uma crítica à expressão "não obstante" contida na redação da regra PPT ("não obstante as disposições de uma convenção"), pois entendem que essa expressão pode levar à compreensão de que a regra PPT se sobrepõe às cláusulas SAARs, quando na realidade a regra PPT se aplica sobre os fatos que não recaem no escopo das SAARs.

Andressa Pegoraro (2021, p. 107), Luís Eduardo Schoueri e Clara Gomes Moreira (2019, p. 783) afirmam, no mesmo sentido dos autores supramencionados, que as regras são complementares pois atingem abusos diferentes¹³.

Os autores que discordam desse entendimento são Andrés Báez Moreno (2017, p. 440 - 441), Carlos Palao Taboada (2015, p. 605) e Michael Lang (2014, p. 658).

Andrés Báez Moreno (2017, p. 440 - 441), inicialmente, reconhece que existe a interpretação de que a regra PPT não se aplicaria para os mesmos fatos que a regra LOB. Ainda assim, o autor entende que, se uma operação passar por uma SAARs, não deve ser considerada abusiva, independentemente de outros fatos envolvidos na operação.

Carlos Palao Taboada (2015, p. 605), por sua vez, afirma que não se pode comparar uma GAAR (no caso, a regra PPT) e SAAR (a LOB) com o princípio '*lex specialis derogat lex generalis*', pois a hipótese de aplicação da GAAR não é a mesma que de uma SAARs. Afirma que uma GAAR é "genérica" no sentido de que é destinada a abranger todos os tipos de elusão tributária, enquanto a SAARs combate uma transação ou elusão específica, e que a escolha entre aplicação de uma regra ou outra deve ser discutida.

Michael Lang (2014, p. 658) criticou a aplicação conjunta de uma GAAR com SAARs por um exemplo hipotético, envolvendo o art. 13, §4º da CM OCDE 2014, que trata da tributação do ganhos de capital. A CM OCDE prevê que, em geral, o ganho de capital deve ser tributado exclusivamente no país de residência do alienante, com algumas exceções; entre elas, os ganhos da venda de participações no capital de uma sociedade cujo patrimônio seja majoritariamente composto de propriedade imobiliária (mais de 50%) – hipótese em que se permite a tributação concorrente entre o Estado de fonte e de residência. A regra SAARs, no caso, seria exigência da detenção de 50% de ativos imobiliários¹⁴.

¹³ Luís Eduardo Schoueri e Clara Gomes Moreira (2019, p. 766) acrescentam uma observação interessante sobre o tema: a relação da GAAR e SAAR no âmbito internacional não pode se confundir com a aplicação de normas como essas no âmbito doméstico, pois no âmbito doméstico as normas podem possuir efeitos diversos e configurar uma antinomia. No âmbito internacional isso não ocorre, pois ambas possuem a mesma consequência – inaplicabilidade do benefício do acordo (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 767).

¹⁴ Essa regra foi comentada no capítulo 1.

Nesse contexto, LANG (2014, p. 658) afirmou que não entendia o motivo pelo qual uma GAAR “poderia em alguns casos reduzir o percentual de 50%” de ativos imobiliários que devem ser detidos pela sociedade para propiciar a tributação reduzida no Estado fonte.

Nós discordamos desses autores e concordamos com a primeira corrente exposta (aplicação do princípio *lex specialis derogat legi generali*). No caso exemplificado por LANG (2014), entendemos que GAAR não alteraria a regra SAARs que impõe um percentual fixo para obtenção de benefício, mas testaria outros fatos da operação como, por exemplo, a redução artificial do patrimônio imobiliário da sociedade.

Entendemos que a própria CM OCDE indica que a regra PPT não se aplica sobre fato que foi testado pela LOB. É de se ver que, no exemplo contido no §173 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017, foi evidenciado que a LOB pode testar a relação de uma empresa com seu Estado de residência, mas que isso não garante que essa empresa não abuse do tratado. Cada regra é aplicada para um fato diferente – a regra LOB para testar a relação da empresa com o Estado de residência, e a regra PPT para testar o abuso da estrutura da operação¹⁵.

Reproduz-se, abaixo, o texto original da CM OCDE de 2017, no intuito de evidenciar as exatas palavras usadas que indicam que não há aplicação das duas regras sobre o mesmo fato:

173 (...) As long as that company is a “qualified person” as defined in paragraph 2, it is clear that the benefits of the Convention should not be denied solely on the basis of the ownership structure of that company, e.g. because a majority of the shareholders in that company are not residents of the same State. The object and purpose of subparagraph c) of paragraph 2 is to establish a threshold for the treaty entitlement of public companies whose shares are held by residents of different States. The fact that such a company is a qualified person does not mean, however, **that benefits could not be denied under paragraph 9 for reasons that are unrelated to the ownership of the shares of that company.** (OCDE, 2017a, p. 591)

Sendo assim, em nossa opinião, a regra PPT não se aplica aos mesmos fatos já testados pela LOB e por outras regras SAARs.

Por fim, releva mencionar que Robert J. Danon (2018, p. 35) acrescenta que, muito embora a OCDE comente apenas sobre a relação da LOB com a regra PPT,

¹⁵ No mesmo sentido, são os exemplos “E” e “J” do §182 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017, que serão comentados no capítulo 3.

esses comentários devem também ser considerados para as demais regras SAARs contidas no tratado. Concordamos com o autor, e entendemos que os comentários da CM OCDE 2017 deveriam esclarecer essa questão.

(ii) Relação de regras SAARs com o elemento objetivo da regra PPT.

O elemento objetivo da regra PPT, que será estudado no tópico 2.5.4, permite que os benefícios sejam concedidos ainda que a operação recaia na regra PPT, desde que a concessão esteja de acordo com o objeto e fim das disposições relevantes da convenção.

Analisando a relação desse elemento com a aplicação suplementar da regra PPT com regras SAARs, Andressa Pegoraro (2021, p. 108), David Duff (2018, p. 964), Michael Lang (2014, p. 658) e Vikram Chand (2018b, p. 116-118) entendem que, muito embora a regra PPT possa ser aplicada “não obstante as disposições de uma convenção”; se uma operação atender aos requisitos de uma regra SAARs, os benefícios não podem ser negados pela regra PPT sobre o mesmo fato atestado pela SAARs, porque isso seria contrário ao elemento objetivo da regra PPT.

Chand (2018b, p. 116-118) exemplificou seu entendimento com o art. 10, parágrafo 2º, alínea “a” da CM OCDE, que prevê que quem detém mais de 25% de participação societária recebe dividendos com uma tributação reduzida na fonte¹⁶. A detenção de 25% de participação societária é uma regra SAARs.

Nesse contexto, CHAND (2018b, p. 120) afirma que, ainda que a aquisição de uma participação societária de 25% ocorra com o único propósito de obtenção de benefícios de um tratado, e ainda que a regra PPT pudesse ser aplicada sobre os mesmos fatos que uma SAARs¹⁷; os benefícios não poderiam ser negados, pois o contribuinte atendeu aos requisitos da regra SAARs contida no art. 10 – de forma que a concessão dos benefícios está de acordo com o objeto e fim das disposições

¹⁶ Viu-se também que a OCDE identificou que essa redução estava sendo utilizada de forma abusiva, com o aumento da participação durante um curto período com o propósito de obter acesso a alíquota reduzida. Em decorrência, a OCDE passou a sugerir alteração da regra para incluir um período mínimo de detenção da participação societária, de 365 dias (outra SAAR) para usufruir da alíquota reduzida sobre dividendos (OCDE, 2017b, p. 136; OCDE, 2015, p. 74).

¹⁷ Como visto, na opinião do autor a regra PPT e a LOB não são aplicáveis sobre o mesmo fato, pelo princípio '*lex specialis derogat lex generalis*' (CHAND, 2018b, p. 116-118).

relevantes da convenção. Esse exemplo consta na alínea “E” do §182 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017.

Concordamos com esse entendimento que, ao nosso ver, complementa a interpretação de que a regra PPT e outras regras específicas não se aplicam sobre o mesmo fato; pois se o fato passou por uma SAARs, seria contrário ao objetivo do tratado negar o benefício testando o mesmo fato pela regra PPT, de forma que seria contrário ao elemento objetivo da regra PPT.

Andrés Báez Moreno (2017, p. 440 - 441) também entende que se um fato passa pela SAARs, negar benefícios avaliando o mesmo fato seria contrário ao elemento objetivo da regra PPT. Não obstante, o autor entende que se um fato passa pela SAARs, a operação como um todo não pode ser analisada pela regra PPT (e não somente o mesmo fato); pois essa análise de outros fatos pela PPT, para o autor, seria contrária ao elemento objetivo da regra.

Nesse sentido, o autor conclui que a regra PPT só se aplicaria para operações de *rule shopping*, pois os casos de *treaty shopping* já seriam tratados pela regra LOB.

Isso porque, tratando-se de uma operação de *treaty shopping*, entende que os dispositivos relevantes são aqueles que dizem respeito à residência do contribuinte, pois nessas operações a residência é adquirida em um dos Estados contratantes com o objetivo de aproveitar dos benefícios do tratado. Sendo assim, entende o autor que seria contraditório reconhecer a ligação com o Estado de residência e ao mesmo tempo negar o benefício pela regra PPT (ainda que a regra PPT teste outros fatos); pois, se a operação passou pela regra LOB, a residência estaria de acordo com os “objetivos e propósitos relevantes da convenção”. Dessa forma, para o autor, a regra PPT se aplicaria somente para *rule shopping*, e os casos de *treaty shopping* seriam tratados atingidos somente pela regra LOB (MORENO, 2017, p. 441).

Robert J. Danon (2017, p. 34) expressamente discorda da posição de Moreno, justificando seu entendimento contrário da seguinte forma: (i) nada na redação da regra PPT indica que apenas o *rule shopping* será atingido pela regra; (ii) os comentários da OCDE indicam que a regra PPT busca combater abusos não tratados pela LOB; (iii) limitar o escopo da regra PPT dificultaria a interpretação da cláusula do “beneficiário efetivo” (*beneficial owner*), pois afirma que essa cláusula não consegue atingir planejamentos sofisticados de *treaty shopping*.

De forma similar, Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 133)¹⁸ apontam que o próprio relatório final da Ação 6 indica que nem todos os casos de *treaty shopping* podem ser evitados pela LOB.

Assim como os autores supra, discordamos do entendimento de que a regra PPT seja aplicável apenas para operações de *rule shopping*. Em princípio, a avaliação de estruturas de *treaty shopping* recai na competência da regra LOB, e não da regra PPT. Não obstante, mesmo passando pela regra LOB, a operação pode ser questionada pela regra PPT quando for identificado um abuso sobre um fato não testado pela regra LOB.

(iv) Cláusula de salvaguarda da LOB.

Identificamos que a regra LOB, na forma como incorporada pela CM OCDE 2017, possui uma cláusula de escape (“*saving clause*”), que é uma espécie de regra PPT em sentido invertido (GODOI, CIRILO, 2020).

Nesse sentido, nos comentários ao art. 29 §8º da CM OCDE é sugerida a introdução de uma regra que permita que um residente que não seja tido como “pessoa qualificada” pela regra LOB possa pedir à autoridade do Estado no qual o benefício foi negado que lhe conceda os benefícios. As autoridades poderão acatar o pedido, levando em consideração as disposições pertinentes da Convenção, desde que o contribuinte demonstre que a operação não almejou, como um de seus principais propósitos, a obtenção de benefícios do tratado (OCDE, 2017a, p. 558; GODOI e CIRILO, 2020, p. 9).

Diante desse contexto, entendemos que é importante analisar os comentários da CM OCDE sobre aplicação dessa salvaguarda.

O §103 afirma que para obtenção dos benefícios o contribuinte deve estabelecer, de forma satisfatória, que possui razões não tributárias para realizar as operações, e que um fator relevante a ser considerado é se o contribuinte possui nexo com o Estado de residência (OCDE, 2017a, p. 559).

No §104, é dito que os benefícios podem não ser concedidos se implicarem na dupla não tributação ou na tributação muito reduzida, considerando ambos os Estados

¹⁸ Entendimento exposto na nota de rodapé nº 121. A indicação do relatório pode ser conferida em: OCDE, 2015a, p. 23.

envolvidos (fonte e residência), suas legislações domésticas e os objetivos da Convenção.

O §105 dá exemplos de questões que podem ser avaliadas para aplicação da cláusula, tais como a estrutura e operações do contribuinte, se a empresa foi recentemente adquirida por não residentes para fins não fiscais, se os rendimentos são submetidos à dupla tributação, dupla não tributação ou tributação mínima.

Os §106 e 107 dizem o que para verificar se “um dos principais propósitos” foi a obtenção de benefícios, todos os fatos e circunstâncias relevantes devem ser avaliados. Além disso, afirmam que, em regra, o pedido de aplicação dessa salvaguarda da regra LOB será feito ao Estado fonte; mas que pode também ser feito ao Estado de residência se os benefícios decorrerem da aplicação dos artigos 23 A e 23 B, que mitigam a dupla tributação.

No §108, é dito que essa cláusula atrai grande discricionariedade para as autoridades competentes e que, contanto que as autoridades exerçam seus poderes de acordo com os requisitos da regra, suas decisões serão condizentes com a convenção.

Em seguida, é dito que as autoridades devem considerar os fatos e as circunstâncias relevantes e consultar a autoridade do outro Estado envolvido antes de conceder ou negar a aplicação da cláusula.

O §109 determina que a autoridade competente pode conceder um, alguns ou todos os benefícios do tratado, e pode ainda conceder benefícios com determinadas condições, como limitações temporais.

Os §109 -112 tratam do procedimento do pedido de aplicação dessa cláusula de escape.

Alguns dos comentários acima se diferem bastante dos comentários da regra PPT, conforme será visto adiante.

Por ora, importa observar que, em geral, os comentários indicam que essa cláusula de salvaguarda analisará se os benefícios podem ser concedidos sobre a perspectiva da regra LOB, ou seja, analisando a ligação do beneficiário com o Estado de residência.

Sendo assim, entendemos que ainda que os benefícios sejam concedidos pela cláusula de salvaguarda da LOB, poderão ser negados pela regra PPT, desde que

seja identificado algum tipo de abuso não relacionado com a ligação do contribuinte com o Estado de residência.

2.4. Benefícios atingidos pela regra PPT.

2.4.1. Comentários da CM OCDE 2017.

A regra PPT aduz que “(...) não serão concedidos **benefícios** ao abrigo da Convenção fiscal (...) caso seja razoável concluir (...) que a obtenção **desses benefícios** era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos **benefícios** (...)” (OCDE, 2016, grifos nossos).

No §175 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 é dito que o termo “benefício” inclui todas as limitações de tributação ao Estado fonte previstas nos arts. 6 a 22 da CM, bem como o alívio à dupla tributação concedido pelo Estado de residência com base no art. 23 (isenção ou imputação/crédito) e a proteção aos residentes e nacionais prevista no art. 24 (cláusula de não discriminação).

O §176 afirma ainda que a frase “da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios” é deliberadamente extensiva, para alcançar situações que visam, como principal objetivo, a obtenção de benefícios. Exemplificam com uma operação de *treaty shopping*:

(...) TCO, sociedade residente no Estado T, figura como credora em contrato de mútuo que prevê o pagamento de juros de 4% pela SCO, sociedade residente no Estado S. Os Estados T e S não firmaram acordo de bitributação, sendo aplicável a alíquota de 25% de IRRF sobre os juros conforme lei interna do Estado S. Há acordo de bitributação entre os Estados T e R, que prevê a não incidência de IRRF sobre juros. TCO transfere o empréstimo para RCO, sua subsidiária residente no Estado R, em contrapartida ao recebimento de notas promissórias com juros de 3,9%. Nesse caso (...) se os fatos evidenciarem que um dos principais propósitos da TCO ter transferido seu empréstimo para RCO **for a busca da aplicação do tratado entre o Estado R-S [que reduz a tributação na fonte]**, a regra seria aplicada [PPT] para negar o benefício, tendo em vista que o benefício resultaria indiretamente de uma transferência de empréstimo. (OCDE, 2017a, p. 588, tradução de PEGORARO, 2021, p. 52, grifos nossos ¹⁹).

¹⁹ No original, em inglês: “TCO, a company resident of State T, has acquired all the shares and debts of SCO, a company resident of State S, that were previously held by SCO’s parent company. These include a loan made to SCO at 4 per cent interest payable on demand. State T does not have a tax convention with State S and, therefore, any interest paid by SCO to TCO is subject to a withholding tax on interest at a rate of 25 per cent in accordance with the domestic law of State S. Under the State R-

São esses os comentários da CM OCDE sobre o escopo dos benefícios.

2.4.2. Escopo dos benefícios.

Conforme visto, a regra PPT pode ter como consequência a negativa de benefícios, sendo necessário averiguar ainda se um dos principais propósitos da operação foi a obtenção de benefícios. Diante do contexto acima, a doutrina discute sobre o que são os “benefícios”.

(i) O que são os benefícios.

Os autores discutem sobre o termo “benefício”. Alguns questionam se, para aplicação da regra PPT, os benefícios almejados devem ser analisados sob uma perspectiva global – ou seja, se houve uma redução da carga tributária considerando a tributação tanto no Estado da fonte quando no Estado da residência - ou se basta a concessão de benefício por um dos Estados envolvidos para aplicação da regra PPT, ainda que a economia efetuada em um dos países seja financeiramente compensada por um ônus atribuído pelo outro país envolvido.

Michel Lang (2015, p. 657) entende que o “benefício” deriva da aplicação de um dos dispositivos do tratado em comparação com a legislação doméstica e que deve ser considerada a carga fiscal sob uma perspectiva global, incluindo a tributação que seria aplicável no Estado fonte e residência²⁰.

Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 768) parecem coincidir com o entendimento de que a carga fiscal deve ser avaliada em uma perspectiva global, pois

State S tax convention, however, there is no withholding tax on interest paid by a company resident of a Contracting State and beneficially owned by a company resident of the other State; also, that treaty does not include provisions similar to paragraphs 1 to 7. TCO decides to transfer the loan to RCO, a subsidiary resident of State R, in exchange for three promissory notes payable on demand on which interest is payable at 3.9 per cent. In this example, whilst RCO is claiming the benefits of the State R-State S treaty with respect to a loan that was entered into for valid commercial reasons, if the facts of the case show that one of the principal purposes of TCO in transferring its loan to RCO was for RCO to obtain the benefit of the State R-State S treaty, then the provision would apply to deny that benefit as that benefit would result indirectly from the transfer of the loan.”

²⁰ Michael Lang (2014, p. 656) comentou ainda, sobre os benefícios, que o termo não abrangeria rendimentos do capital; pois, diante da versão provisória do relatório da Ação 6, não era previsto que a regra PPT se aplica a “um elemento do rendimento ou do património”. Essa crítica, contudo, deve ser analisada à luz do contexto em que foi realizada, e não persiste pela atual redação da regra PPT.

afirmam que o benefício seria uma economia sob o viés **financeiro** entre a situação de aplicação de uma norma do acordo em comparação com a da legislação doméstica, ou de outro acordo de bitributação mais oneroso, ou ainda de outra norma do mesmo acordo mais onerosa.

Andressa Pegoraro (2021, p. 112), David Duff (2018, p. 970), Marcus Livio Gomes (2021, p. 93) e Robert J. Danon (2018, p. 19), de forma diversa, entendem que deve-se comparar apenas a tributação efetuada por um dos Estados pela aplicação do tratado em detrimento da tributação que ocorreria pela lei doméstica, não sendo necessário analisar o efeito global/total da operação.

Andressa Pegoraro (2021, p. 112) acrescenta que não seria necessário analisar o benefício sob uma perspectiva global por existirem casos em que a redução de tributação no Estado fonte, por si só, já representa um benefício econômico (por exemplo, quando o contribuinte apura prejuízo fiscal e não recolhe tributos no Estado da residência). Além disso, menciona a complexidade que a análise do benefício sob uma perspectiva global atrairia.

Por fim, destaca-se que alguns autores criticam que o art. 24 da CM OCDE seja tido como um benefício (nos termos do §175 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017), por ser difícil vislumbrar um exemplo em que esse artigo atrairia um benefício em uma situação de abuso do tratado (DE BROE, LUTS, 2015, p. 131; LANG, 2014, p. 657; DUFF, 2018, p. 969).

Nosso entendimento sobre o tema será exposto a seguir.

(ii) Relação do “benefício” com a salvaguarda da regra LOB e com o elemento objetivo da regra PPT.

Como visto no tópico supra, ao tratar da cláusula de salvaguarda da regra LOB (uma espécie de PPT invertida), a CM OCDE 2017 afirma que a salvaguarda não será concedida se o benefício almejado resultar em nenhuma ou pouca tributação considerando a carga fiscal do Estado fonte **e do** Estado de residência (OCDE, 2017a, p. 559).

É o que consta no §104 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017:

Ademais, benefícios discricionários não serão concedidos se o benefício requisitado resultar em nenhuma tributação ou na tributação mínima imposta

tanto pelo Estado de residência quanto pelo Estado fonte, considerando as **leis domésticas de ambos os Estados contratantes**, bem como o objeto e propósito da Convenção. Por exemplo, dupla não tributação pode ocorrer pelo uso de instrumentos híbridos que geram dedução no Estado de residência e a renda decorrente do instrumento é tratada como isenta no Estado de residência. Por outro lado, o fato de não existir tributação ou de existir tributação mínima em ambos os Estados pode não ser inconsistente com o propósito e objetivo da Convenção [...] quando as disposições da Convenção evidenciarem que ambos os Estados contratantes pretendiam que os dividendos fossem tributados minimamente ou duplamente não tributados. (OCDE, 2017a, p. 559, tradução nossa²¹)

Diante dessa redação, nos parece que quando a OCDE sugere que a carga fiscal seja analisada sob uma perspectiva global, deixa essa sugestão expressa nos comentários aos artigos – o que não ocorreu nos comentários da regra PPT.

Pela nossa interpretação dos comentários da CM OCDE 2017, para aplicação da regra PPT, não há necessidade de que haja um benefício econômico considerando a carga tributária de forma global – o Estado fonte pode aplicar a regra PPT se identificar o abuso de tratados em relação a um benefício que lhe diga respeito; ainda que o benefício concedido no Estado fonte seja compensado financeiramente com um ônus tributário na residência²².

O contribuinte, por sua vez, pode alegar que a regra PPT não lhe seria aplicável (pelo elemento objetivo, a ser estudado adiante) porque a operação não teve como propósito preponderante a obtenção de economia tributária – demonstrando a carga fiscal total incidente sobre sua operação não gera uma dupla não tributação/tributação muito reduzida.

Dessa forma, considerando as questões acima mencionadas, entendemos que não há necessidade de avaliar a carga fiscal em uma perspectiva econômica/global para aplicação da regra PPT.

²¹ No ingles: “104. Also, discretionary benefits typically will not be granted if the benefit requested would result in no or minimal tax imposed on the item of income in both the State of residence of the applicant and the State of source, taking into account the domestic law of both Contracting States as well as the provisions and the object and purpose of the Convention. For example, double non-taxation may occur through the use of a hybrid instrument that generates a deduction in the State of source where the income

from that instrument is treated as exempt in the State of residence. On the other hand, the fact that there is no or minimal tax in both States may not be inconsistent with the object and purpose of the Convention in the case of dividends paid by a company resident of one State to a company resident of the other State that owns a substantial part of the shares of the paying company where the provisions of the Convention reveal that the Contracting States intended these dividends to be subject to low or no taxation in both States.”

²² Os exemplos de aplicação da regra PPT convergem nesse sentido, como será visto no próximo capítulo, como os contidos nos §182 e 187 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017.

2.5. Teste da razoabilidade, elementos subjetivo e objetivo.

2.5.1. Comentários da CM OCDE 2017.

A regra PPT afirma que:

(...) não serão concedidos benefícios ao abrigo da Convenção fiscal abrangida relativamente a um elemento do rendimento ou do património, caso seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes [**teste da razoabilidade**], que a obtenção desses benefícios era um dos principais objetivos de uma construção ou transação da qual resultem, direta ou indiretamente, os referidos benefícios [**elemento subjetivo**], salvo quando seja determinado que a concessão desses benefícios, nessas circunstâncias, é conforme com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida [**elemento objetivo**]. (OCDE, 2016, grifo nosso).

São três os elementos que serão analisados adiante: (i) o teste de razoabilidade, que trata dos fatos e circunstâncias relevantes para aplicação da regra PPT; (ii) o elemento subjetivo, que exige que a obtenção do benefício seja um dos principais objetivos da operação; e (iii) o elemento objetivo/cláusula de salvaguarda, que exige a determinação de que a concessão dos benefícios nas circunstâncias envolvidas esteja de acordo com o objeto e fim das disposições relevantes do tratado.

Em decorrência, é necessário estudar os comentários da OCDE que tratam dessas questões - §170, 174, 178, 179, 180 e 181 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017.

Quanto ao teste de razoabilidade, no §178 é dito que, para aplicação da regra PPT, é importante analisar de forma objetiva os propósitos e objetivos de todos os envolvidos na operação, e que os propósitos da operação só podem ser verificados analisando-se cada caso específico. A OCDE afirma ainda que não é necessário existir prova conclusiva da **intenção** da pessoa ou pessoas envolvidas na operação, bastando que seja razoável concluir, após análise objetiva dos fatos, que um dos principais propósitos da transação foi a obtenção do benefício do tratado. Na parte final desse comentário, é dito que, quando a operação só possa ser **razoavelmente** explicada em razão do benefício do acordo, será possível concluir que esse foi um dos principais propósitos da transação.

O §179 reitera que a regra não pode ser afastada pela simples alegação de que a operação não foi realizada para obter benefícios – todas as provas devem ser ponderadas (“*weighed*”) para avaliar se é razoável concluir que a operação foi realizada com tal intenção. Essa determinação exige razoabilidade, de forma que diferentes interpretações sobre o evento devem ser objetivamente consideradas.

Por sua vez, o §181, tratando tanto do teste de razoabilidade quanto do elemento subjetivo, afirma que um propósito não será um dos principais propósitos da operação quando for razoável concluir, diante do contexto envolvido, que o benefício não foi uma das principais causas consideradas e não justificaria as operações. Afirma-se ainda que será improvável que um dos principais propósitos seja tido como a obtenção do benefício quando uma operação tiver relação genuína com a atividade comercial exercida pelo contribuinte.

O §181 fornece um exemplo de uma operação que envolve uma empresa canal (*conduit company*): um banco no Estado B, como pessoa interposta, realiza diversos investimentos em nome de um contribuinte residente no Estado A, investimentos esses em países com os quais o Estado B possui acordo de bitributação, e o Estado A não.

O §174 afirma que um Estado contratante pode negar os benefícios quando for razoável concluir, considerando os fatos e circunstâncias relevantes, que um dos principais propósitos da operação foi a obtenção do benefício do tratado. Afirma-se que isso busca assegurar que as convenções tributárias sejam aplicadas de acordo com o propósito com que foram firmadas, em respeito às transações de boa-fé, no sentido de serem operações que envolvam a troca de bens e serviços e a movimentação de pessoas e capitais, e não para operações que tenham como principal objetivo a obtenção de um tratamento tributário mais favorável.

Quanto ao elemento subjetivo, no §180 foi destacado que, para fins da regra PPT, não é necessário que o benefício fiscal seja o único propósito da operação ou transação. O comentário contém ainda o seguinte exemplo: uma pessoa pode vender uma propriedade por vários motivos, mas se antes da venda se torna residente em um dos Estados signatários de um tratado e um dos principais motivos para a mudança foi a obtenção do benefício do tratado, a regra PPT pode ser aplicada. A regra PPT é aplicável neste caso ainda que existam outros motivos para a mudança,

como a facilitação da venda da propriedade e busca de boas condições para reinvestimento do ganho com a venda²³.

Quanto ao elemento objetivo, foi comentado no §170 que a regra possui uma salvaguarda, que permite que a pessoa que teria o benefício negado – o contribuinte - demonstre que a obtenção do benefício estaria de acordo com o objetivo e propósito das cláusulas relevantes do tratado.

2.5.2. Teste da razoabilidade.

Conforme visto, a regra PPT pode ser aplicada pelas autoridades se for “razoável concluir, tendo em conta todos os fatos e circunstâncias relevantes”, o que é chamado pela doutrina de teste da razoabilidade, cuja origem é bastante discutida pela doutrina.

(i) Origem do teste da razoabilidade.

Alguns autores afirmam que o teste da razoabilidade da regra PPT é muito similar ao teste contido na regra geral antiabuso (GAAR) do Reino Unido.

O primeiro estudo identificado nesse sentido foi de Rita C. Cunha (2016, p.188), que afirmou que a análise do que seria “razoável” deriva do sistema jurídico inglês. Esse padrão inglês, segundo a autora, surgiu com o caso “*associated provincial picture houses, limited v. wednesbury corporation*”, pelo qual restou estabelecido que os seguintes fatores são ponderados para testar a “razoabilidade” de um ato/decisão administrativa: (i) se o ato considerou elementos estranhos ao caso; (ii) se não foram considerados todos os elementos relevantes do caso; e (iii) se o ato/decisão é tão irrazoável que nenhuma outra autoridade pública consideraria tal solução (BUGARIN e MENEGUIN, 2015, p. 15).

De forma similar, Craig Elliffe (2019, p. 13), Dennis Weber (2017, p. 50)²⁴, Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 771) e Stef van Weeghel (2019, p. 31)

²³ Esse exemplo corresponde a um caso concreto julgado pelo Canadá (DUFF, 2018, p. 981).

²⁴ Dennis Weber (2017, p. 50) comentou ainda que o teste de razoabilidade é muito comum em GAARs, exemplificando com a norma no Reino Unido, Austrália, Canadá e África do Sul.

afirmam que o teste de razoabilidade do Reino Unido, introduzido em 2013, possui similaridades o teste de razoabilidade contido na regra PPT.

Como o teste da razoabilidade é usado para averiguar se o elemento subjetivo da regra PPT foi satisfeito, ele será analisado em conjunto com esse elemento.

2.5.3. Elemento subjetivo.

Para aplicação da regra PPT é necessário ser razoável concluir (teste da razoabilidade) que a obtenção de benefícios foi um dos principais propósitos/objetivos da operação. A doutrina classifica esse teste, presente na regra PPT, como elemento subjetivo da regra, mas será visto adiante que há um debate sobre sua natureza, e se esse teste é ou não realmente “subjetivo”.

(i) Interpretação do elemento subjetivo.

A doutrina discute se o teste do “principal propósito” deve interpretado de forma subjetiva – buscando avaliar a **intenção do contribuinte**; ou objetiva – avaliando o **genuinidade da operação**.

Para que se entenda essa discussão esclarecemos que, segundo Marciano Seabra de Godoi (2016, p. 41), existem três parâmetros que usualmente são adotados nas GAARs: (i) a busca pelo artificialismo nas configurações e formas jurídicas adotadas pelo contribuinte; (ii) a verificação da inexistência de um motivo não tributário que possa explicar ou justificar a escolha do contribuinte por aquela forma negocial; (iii) a análise dos efeitos da operação em relação ao propósito da lei e do sistema tributário.

O primeiro parâmetro seria objetivo, buscando avaliar o propósito da operação. O segundo seria subjetivo, pois avalia o propósito/estado de espírito do contribuinte.

GODOI (2016, p. 41) afirma que o sistema alemão, por exemplo, é adepto do primeiro parâmetro, objetivo, pois se embasa nas características externas da operação, e não nas intenções subjetivas do contribuinte. Exemplificou da seguinte forma: um contribuinte, para vender participação societária, constrói e desfaz uma sociedade em um curto intervalo de tempo para driblar a norma de incidência de imposto de renda sobre o ganho de capital. As características externas da operação

indicam que não há coerência entre o objetivo prático da operação e os meios da formalização da operação.

A França, por sua vez, privilegiaria o segundo parâmetro, subjetivo, analisando o estado de espírito do contribuinte e seu propósito de abusar da economia tributária, se a opção por determinada forma jurídica não puder ser explicada por razões que não sejam a economia tributária. O estado de espírito do contribuinte é avaliado por meio de indícios objetivos, afirmando GODOI (2016, p. 41), que a diferença entre o critério (i) e (ii) não é tão acentuada em termos de resultados práticos alcançados com a aplicação da regra geral.

O terceiro parâmetro, por sua vez, estaria presente implicitamente em todos os sistemas que adotam uma GAAR.

Andrés Báez Moreno (2017, p. 435), analisando a regra PPT, sugere que o teste “subjetivo” seja interpretado de forma objetiva, ou que sua redação seja alterada para expressamente relacionar a regra PPT com operações artificiais ou sem propósito comercial, de forma a ressaltar sua natureza objetiva.

Andressa Pegoraro (2021, p. 136), Blazej Kuzniacki (2018, p. 261), Carlos Taboada (2015, p. 605), Craig Elliffe (2019, p. 13), e Marcus Livio Gomes (2021, p. 98) entendem que o elemento “subjetivo” da regra PPT não busca analisar a intenção/estado de espírito do contribuinte, mas sim a operação, de forma que seria objetivo.

Andressa Pegoraro (2021, p. 136) e Carlos Palao Taboada (2015, p. 605) acrescentam que a regra PPT seria aplicável apenas para as operações não genuínas, artificiais ou sem propósito comercial.

Similarmente, Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 771) afirmam que o elemento “subjetivo” não trata da intenção do contribuinte ou consequências da operação. Para os autores, o elemento subjetivo busca a substância do negócio jurídico.

David G. Duff (2018, p. 977), embora entenda que o teste da regra PPT busque analisar o objetivo da operação, afirma que é difícil separar o propósito subjetivo dos contribuintes do propósito da operação, e conclui a regra PPT pode levar em consideração a intenção dos contribuintes.

Por sua vez, Ian Zahra (2019a, p. 614) afirma que esse elemento da regra PPT tem traços subjetivos, pois considera o propósito do contribuinte e o resultado

almejado; mas que não seria propriamente subjetivo por ter vários fatores que o tornam objetivo, como o teste da razoabilidade, que exige a análise objetiva dos fatos e circunstâncias do caso.

Dennis Weber (2017, p. 49) também entende que é a intenção do contribuinte que é considerada na regra PPT, mas afirma que, ao tornar necessário verificar se é “razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes” que a intenção foi de obtenção do benefício, o elemento subjetivo da regra PPT se tornou objetivo.

Por sua vez, Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 132) e Michael Lang (2014, p. 658) apenas afirmam que esse elemento da regra é subjetivo e busca avaliar a intenção do contribuinte.

Nessa perspectiva, Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 132) criticam a regra, pois entendem que a consideração da motivação pessoal do contribuinte pode acarretar um tratamento desigual – dois contribuintes que praticam a mesma operação podem ter tratamentos tributários diferentes porque um tinha a intenção de obter benefícios fiscais. Afirmam ainda que os empresários precisam considerar os efeitos fiscais de uma operação, de forma que a regra PPT não poderia negar a concessão de benefícios por ser essa a intenção do contribuinte.

A discussão sobre qual o melhor ou mais indicado parâmetro a ser adotado em uma GAARs – se um parâmetro subjetivo, como na França; ou objetivo, como na Alemanha (GODOI, 2016), foge do escopo dessa dissertação.

Não obstante, seguindo essas classificações, nos parece que a **redação** da regra PPT indica que ela possui um teste **subjetivo**, pois analisa se um dos propósitos da operação foi a obtenção de economia tributária, e entendemos, de forma semelhante à DUFF (2018, p. 977), que o propósito da operação se confunde com o propósito do contribuinte. O teste da razoabilidade, contudo, impõe uma certa objetividade para o elemento subjetivo.

Ademais, os **comentários** da CM OCDE (inclusive os exemplos fornecidos) indicam que o teste é **objetivo**, buscando analisar as características externas e o grau de artificialidade da operação, e não o estado de espírito do contribuinte.

Entre todos os comentários oficiais ao art. 29 da CM OCDE 2017, depreende-se que o §178 é o único que menciona a intenção do contribuinte, quando diz que é necessário analisar o resultado almejado pelas **pessoas** envolvidas na operação. Não

obstante, logo em seguida desse mesmo parágrafo é dito que não é necessário obter prova da intenção do contribuinte, e sim que seja razoável concluir, analisando todos os fatos e circunstâncias, que o objetivo **da operação** foi a obtenção de benefícios.

Todos os demais comentários (§179, 174, 180 e 181) indicam que é o propósito da operação que importa, deixando claro que deve ser feita uma análise objetiva das provas e circunstâncias envolvidas na operação, e que as operações genuínas não satisfazem o elemento/teste “subjetivo”. Nesse sentido, são também os exemplos práticos de aplicação da regra PPT fornecidos pela OCDE (§182 e 187 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017), que serão analisados no próximo capítulo.

Diante desse contexto, entendemos que a redação da regra deveria ser alterada para deixar claro que o que se busca é verificar, por um parâmetro objetivo, a substância econômica/propósito negocial/grau de artificialidade da operação, e não a intenção do contribuinte.

(ii) A obtenção dos benefícios ser “um dos” principais propósitos e o teste da razoabilidade.

Como visto, a regra PPT dispõe que a obtenção de benefícios deve ser **um dos principais** propósitos da operação. Esse trecho da regra PPT atrai duas questões: (i) se a obtenção do benefício deveria ser **o** principal propósito da operação, (ii) quando será razoável concluir (teste da razoabilidade), que o elemento subjetivo foi satisfeito.

Quanto ao primeiro ponto, viu-se que a regra PPT exige que o benefício seja um dos principais propósitos da operação; enquanto o *guiding principle* exige que a obtenção de benefícios **o** principal propósito da operação.

Michael Lang (2014, p. 659), analisando a questão, critica o fato de que a regra PPT prevê que a obtenção dos benefícios deve ser **um dos** principais objetivos, e não o único objetivo da operação.

Similarmente, Blazej Kuzniacki (2018, p. 257), Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 132) e Robert J. Danon (2018, p. 22) entendem que a redação da regra PPT deveria ser alterada para que conste que o “único”, “predominante” ou “essencial” objetivo da operação seja a obtenção de benefícios.

Quanto à segunda questão, de ser razoável concluir que a obtenção de benefícios foi um dos principais propósitos da operação, David G. Duff (2018, p. 1009)

e Rita C. Cunha (2016, p.188) entendem que o teste da “razoabilidade” previsto na regra PPT impõe padrões baixos de prova e aumenta a margem de discricionariedade das autoridades.

Dennis Webber (2017, p. 50) não concorda com esse pretensão baixo padrão do teste da razoabilidade e comenta que a CM OCDE exige que os fatos e circunstâncias sejam ponderados (“*weighed*”) para que se verifique se a obtenção de benefícios foi um dos principais propósitos da operação (§179 dos comentários ao art. 29), de forma que as autoridades comparam vários fatos entre si para concluir se o elemento subjetivo foi ou não satisfeito.

Fazendo referência a esse mesmo comentário da CM OCDE, Vikram Chand (2018a, p. 23) sugere que a expressão “um dos principais propósitos” seja interpretada de forma restritiva. Entende que se a operação tiver justificativas econômicas e comerciais que se sobreponham (“*outweigh*”) ao benefício fiscal, não poderá ser considerado que um dos principais propósitos da operação foi a obtenção do benefício.

Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 771) entendem que a expressão “razoável concluir” se refere à cuidadosa consideração dos elementos de prova, de forma que não se chega a nenhuma conclusão sem antes avaliar as provas pertinentes.

Criticam que o fisco deva considerar “todos os fatos e circunstâncias relevantes” (redação do teste da razoabilidade) sem que tenha sido claramente explicitado o que seriam essas “questões relevantes”. Propõem que as questões relevantes sejam as relacionadas com a substância do negócio jurídico. Entendem também que a obtenção de uma vantagem financeira pode ser um dos fatos e circunstâncias relevantes para caracterização do abuso (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 768).

A CM OCDE 2017 deixa claro que não basta que o benefício fiscal seja **um dos** principais propósitos da operação para aplicação da regra PPT, sendo também necessário que a operação não seja genuína, tenha elementos artificiais, não tenha substância econômica. É nesse sentido que a regra determina que todos os fatos e circunstâncias relevantes devem ser considerados e ponderados, para que seja razoável concluir se o elemento subjetivo foi ou não satisfeito.

Entendemos que a alteração do elemento subjetivo, na forma proposta no tópico *supra*, já resolve essa questão, pois deixa claro que a regra se aplica para operações artificiosas e retira o trecho da regra que se refere a “um dos principais propósitos”.

2.5.4. Elemento objetivo.

A parte final da regra PPT permite que o benefício seja concedido quando for determinado que a concessão está de acordo com o objeto e o fim das disposições relevantes da Convenção fiscal abrangida, e a doutrina classifica esse teste como elemento objetivo da regra PPT. Sumarizamos abaixo as discussões sobre o tema.

(i) Disparidade do ônus da prova.

Os autores comparam o ônus da prova que entendem ser do contribuinte e do fisco na regra PPT, e comparam também o ônus da prova do *guiding principle* com o ônus de prova da regra PPT.

Essa discussão está centrada na seguinte questão: quando a regra PPT afirma que o teste da razoabilidade será utilizado para averiguar se a obtenção de benefícios é um dos principais objetivos da operação (elemento “subjetivo”), não restam dúvidas para a doutrina de que cabe ao fisco demonstrar que é razoável concluir que esse elemento subjetivo foi satisfeito.

Contudo, o §170 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 diz que o **contribuinte** poderá obter o benefício se estabelecer que satisfaz ao elemento objetivo.

Nessa perspectiva, a doutrina discute se: (i) o ônus do elemento objetivo é só do contribuinte ou se é do fisco também, ou seja, se as autoridades devem estabelecer que a negativa dos benefícios está de acordo com o propósito e objetivo da operação antes de aplicar a regra PPT; (ii) se há disparidade entre o ônus da prova do fisco e do contribuinte na regra PPT; (iii) se há disparidade entre o ônus da prova da regra PPT em relação ao *guiding principle*.

Os autores Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 132) Marcus Livio Gomes (2021, p. 139), Michael Lang (2014, p. 660), Robert J. Danon (2018, p.18), Stef van Weeghel

(2019, p. 14) e Vikram Chand (2018a, p. 21) entendem que o ônus comprobatório do elemento subjetivo contido na regra PPT é do fisco, e que o ônus do elemento objetivo contido na regra PPT é do contribuinte.

Nesse sentido, criticam a disparidade que entendem existir entre o ônus da prova do contribuinte e do fisco, por ser necessário que o fisco “*reasonably*” – ou seja, razoavelmente – conclua pela satisfação do elemento subjetivo; enquanto o contribuinte deve “*establish*” – ou seja, estabelecer, convincentemente – que satisfaz o elemento objetivo.

Vikram Chand (2018a, p. 21) entende que, na prática, o ônus comprobatório, diante de um órgão julgador, seria assim aplicado: inicialmente as autoridades precisam provar que há um benefício fiscal almejado pela operação, e que esse foi um dos principais motivos da operação. O contribuinte então deve se defender demonstrando que a operação foi movida por outros motivos, aportando fatos e argumentações neste sentido. Se os julgadores entenderem que é razoável concluir que o elemento subjetivo da regra PPT foi satisfeito, o contribuinte poderá demonstrar que sua operação está de acordo com o elemento objetivo da regra, e as autoridades podem rebater esses argumentos.

David G. Duff (2018, p. 1002), Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 132), Marcus Livio Gomes (2021, p. 139), Stef van Weeghel (2019, p. 14) e Vikram Chand (2018a, p. 21) também criticam a suposta disparidade do ônus da prova da regra PPT em relação ao *guiding principle*, pois entendem que, pelo princípio, cabe à autoridade comprovar tanto que o elemento subjetivo quanto o objetivo foram satisfeitos; ao passo em que a regra PPT atribuiria o ônus da prova do elemento objetivo ao contribuinte, ônus ainda que consideram mais exigente que o do fisco (elemento subjetivo).

Por outro lado, Andressa Pegoraro (2021, p. 126), Blazej Kuzniacki (2018, p. 249, 260), Carlos Palao Taboada (2015, p. 605) e Ian Zahra (2019b, p. 687) entendem que não cabe ao fisco satisfazer somente o elemento subjetivo, como também o objetivo.

Blazej Kuzniacki (2018, p. 249, 260) afirma que, muito embora a redação da regra PPT não tenha dito expressamente que as autoridades devem considerar também o elemento objetivo antes de aplicar a regra PPT, os elementos subjetivo e objetivo estão estritamente relacionados e o elemento objetivo também deve ser

considerado pelas autoridades. Essa necessidade de analisar o elemento objetivo estaria em consonância com o art. 31, §1º da CVDT, que prevê que o 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”.

Nós concordamos com essa segunda corrente de autores. Com efeito, nos parece que as autoridades devem avaliar não só o elemento subjetivo, como também o objetivo antes de aplicar a regra PPT. Ainda que os dois elementos sejam satisfeitos, pode o contribuinte escapar da regra se demonstrar que a concessão do benefício está de acordo com os objetivos do tratado.

Conforme será visto no próximo capítulo, nos exemplos práticos fornecidos pela CM OCDE sobre a aplicação da regra PPT, quando o elemento subjetivo é satisfeito, os comentários da CM OCDE 2017 sempre indicam que o elemento objetivo deve ser avaliado antes de tomar a decisão pela aplicação da regra.

Ademais, ainda que o ônus da demonstração do elemento objetivo fosse exclusivo do contribuinte, não concordamos com as críticas sobre a suposta disparidade do ônus da prova da regra PPT com relação ao *guiding principle*, pois esse princípio tampouco esclarece a quem cabe o ônus da prova, conforme visto no tópico 2.2.2.

(ii) As “disposições relevantes” da Convenção.

Como visto, o elemento objetivo considera se a concessão de benefícios é conforme o “objeto e fim” das “disposições relevantes da convenção”. Discute-se se as disposições relevantes são determinadas regras específicas, ou se seria o tratado como um todo; bem como qual seria o objetivo dessas regras/do tratado como um todo.

Blazej Kuzniacki (2018, p. 262), David G. Duff (2018, p. 988), Ian Zahra (2019a, p. 617), Marcus Livio Gomes (2021, p. 120), Reinout Kok (2016, p. 409) e Vikram Chand (2018a, p. 26) entendem que “as disposições relevantes” consideram o tratado como um todo (incluindo título e preâmbulo), em observância ao art. 31 da CVDT. Tal artigo dispõe que os tratados devem ser interpretados de “boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”, e que o contexto do tratado compreende, além do texto, seu preâmbulo e anexos (BRASIL, 2009).

Na perspectiva de que o elemento objetivo avalia o tratado como um todo, Blazej Kuzniacki (2018, p. 267) e Marcus Livio Gomes (2021, p. 120) entendem que o propósito do tratado deve ser tido como a busca pela eliminação da dupla tributação internacional sem o incentivo da evasão e elusão fiscal.

Reinout Kok (2016, p. 409) entende que os objetivos do tratado podem ser extraídos também dos comentários oficiais da CM OCDE, caso os Estados não tenham feito reservas quanto aos comentários. Cita como exemplo o §54 dos comentários ao art. 1 da CM OCDE 2017, que afirma que o principal propósito da CM OCDE é a promoção a eliminação dupla tributação, a troca de serviços e bens e movimentação de pessoas e de capital, prevenindo a elusão e evasão tributária.

Vikram Chand (2018a, p. 25) afirma que os objetivos estão contidos no tratado e são: (i) evitar a bitributação internacional; (ii) evitar a evasão tributária, sendo que esse seria um objetivo secundário, salvo se o preâmbulo dispuser de forma contrária.

Por outro lado, Andrés Báez Moreno (2017, p. 437-438), Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 776), Robert J. Danon (2018, p. 22) e Stef van Weeghel (2019, p. 15), entendem que as “disposições relevantes da convenção” dizem respeito apenas alguns dispositivos, e não ao tratado como um todo.

Exemplificando, Andrés Báez Moreno (2017, p. 437-438) afirma que, tratando-se de uma operação de *treaty shopping*, os dispositivos relevantes seriam aqueles que dizem respeito à residência do contribuinte, pois nessas operações a residência é adquirida em um dos Estados contratantes com o objetivo de aproveitar dos benefícios do tratado. Assim, o elemento objetivo nesse caso seria avaliado em observância ao objetivo e propósito da concepção de “residente”. Esse elemento, segundo o autor, ensejaria problemas práticos, pois o art. 4º, §1º, por exemplo, implica na análise das leis domésticas, que definem quem é residente fiscal em um dos Estados.

Nos casos de *rule shopping*, quando um residente tem direito a usufruir de um benefício do tratado, mas pretende se usufruir de um benefício mais favorável, os dispositivos relevantes seriam os que tratam do benefício evitado e do benefício almejado. Contudo, o autor ressalva que isso exigiria que houvesse um objetivo e propósito por trás de cada regra de limitação de competência, e que os tratados não costumam ter esse objetivo específico - as regras de limitação usualmente são

consequência das negociações dos Estados contratantes. Em decorrência, critica que a aplicação da regra PPT seria complicada.

Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 776) entendem que, para uma operação estar de acordo com o “objeto e propósito” das disposições relevantes, deve ter substância econômica, afirmando, contudo, que os países podem adotar diferentes conceitos para “substância econômica”, o que pode atrair discussões.

Entendemos que essa problemática da análise dos objetivos e fins de uma Convenção não é uma discussão nova e tampouco exclusiva da regra PPT. Em 1988, o relatório publicado pela ONU já dizia que, para identificar se houve abuso de um tratado, é primeiro necessário identificar a quem o tratado busca beneficiar e quais são os dispositivos relevantes do tratado (ONU, 1988).

Se, por exemplo, há um dispositivo que concede benefício para quem detém mais de 25% de participação societária em uma sociedade, o dispositivo relevante da Convenção pode ser essa regra, pois o objetivo é beneficiar o contribuinte que tenha essa participação. Nesse exemplo, se o arranjo for artificialmente estruturado para driblar essa regra, o objetivo do tratado estaria sendo contrariado²⁵.

Entendemos que, se há uma regra SAARs em questão, os objetivos e propósitos da convenção são atender a essa regra, sem operações que driblem ou sejam articuladas de forma a artificialmente obter o benefício limitado pela SAARs. Nos demais casos, o “objeto e propósito” podem ser avaliados considerando o tratado como um todo.

Os exemplos fornecidos pela OCDE de aplicação da regra PPT são confusos quanto a essa questão. Em algumas oportunidades, analisa-se se a concessão do benefício estaria de acordo com o tratado como um todo; em outras, analisa-se apenas o dispositivo do benefício em questão, conforme será visto no próximo capítulo.

Em geral, os exemplos que tratam de regras SAARs analisam o objetivo do artigo que concede o benefício, enquanto nos demais exemplos o elemento objetivo é analisado em função do tratado como um todo.

²⁵ Nesse sentido, nota-se que o “Exemplo E” do §182 da CM OCDE 2017, foi fornecido um exemplo que envolvia a tributação reduzida na fonte sobre dividendos de acordo com o art. 10 da CM, e foi dito que se o contribuinte atender à regra SAARs desse artigo, a concessão de benefícios estaria de acordo com o objetivo e propósito do art. 10 (OCDE, 2017a, p. 591).

Entendemos que a CM OCDE deveria esclarecer essa questão nos comentários ao art. 29.

2.6. Aplicação e efeitos da regra PPT.

2.6.1. Comentários da CM OCDE 2017.

Conforme visto, a regra PPT afirma que “não serão concedidos benefícios ao abrigo da convenção fiscal abrangida relativamente a um elemento do rendimento ou do património” (OCDE, 2016). Os §183, 184, 185 e 186 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 dizem respeito aos efeitos e aplicação da regra PPT.

O §183 afirma que vários países possuem algum tipo de processo de aprovação doméstica para aplicação de GAARs. É dito que os Estados podem estabelecer um procedimento administrativo para garantir que a regra PPT só seja aplicada após aprovação por um conselho da administração.

No §184, sugere-se a inclusão de uma cláusula para que as autoridades fiscais possam conceder um benefício do acordo de bitributação diverso daquele negado pela cláusula de PPT, com base na desconsideração da transação praticada pelo contribuinte. A cláusula sugerida consta abaixo:

184. (...) Quando um benefício previsto numa Convenção é negado a uma pessoa com base no parágrafo 9, a autoridade competente de um Estado Contratante que de outro modo teria concedido este benefício deve tratar a pessoa como sendo autorizada a receber este benefício, ou um benefício diferente em relação a um item específico da renda ou do capital, se esta autoridade competente, por meio de pedido daquela pessoa e após consideração dos fatos e circunstâncias, determinar que tais benefícios poderiam ser concedidos na ausência da transação ou arranjo referido no parágrafo 9. **A autoridade competente do Estado Contratante para o qual o pedido foi realizado deve consultar a autoridade competente do outro Estado Contratante antes de rejeitar o pedido realizado nos termos deste parágrafo por um residente daquele outro Estado.** (OCDE, 2017a, p. 602; tradução de PEGORARO, 2021, p. 74²⁶)

²⁶ No original: “10. Where a benefit under this Convention is denied to a person under paragraph 9, the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted this benefit shall nevertheless treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that person and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement referred to in paragraph 9. The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State.”

O §185 dispõe que os fatos e as circunstâncias devem ser levados em consideração na análise do requerimento do contribuinte, além de ser necessário que um Estado consulte o outro Estado contratante antes de negar o pedido, se o pedido for efetuado por um **residente** em outro Estado. Esse comentário indica que o Estado da **fonte** deve consultar o Estado de **residência** antes de negar a concessão do benefício alternativo.

Em seguida, é exposto um exemplo prático de aplicação dessa cláusula no §186: um contribuinte repassa seu direito de receber dividendos para outro residente do mesmo Estado, no intuito de, juntando as participações, usufruir da alíquota reduzida de 5% no Estado fonte, aplicável somente para quem detém 25% de participação na empresa (art. 10, § 2, item “a”, da CM OCDE 2017).

Esse benefício pode ser negado pela regra PPT, mas as autoridades do Estado fonte podem conceder um benefício alternativo, permitindo a tributação pela alíquota reduzida de 15%, que é aplicável quando não há de 25% de participação na empresa (art. 10, § 2, item “b”, da CM OCDE 2017). Esse é um exemplo de concessão de benefício alternativo em uma operação de *rule shopping*.

2.6.2. Consequências da regra PPT.

(i) Reclassificação dos fatos.

Os autores questionam se, na falta da adoção da regra de benefício alternativo, todos os benefícios do acordo serão negados ou se haverá uma reclassificação dos fatos para aplicação de outro benefício. Questionam ainda o limite para a reclassificação dos fatos.

Blazej Kuzniacki (2018, p. 272- 273) realiza os seguintes questionamentos: no *treaty shopping*, o investidor poderá ser protegido diante da eventual existência de tratado entre o seu país de residência e o Estado fonte (tendo em vista que o tratado entre o país da pessoa interposta pode não ser aplicado)? E no *rule shopping*, o contribuinte ainda poderá obter benefícios em observância à reclassificação da renda? Para o autor, nenhuma dessas questões foi respondida pela OCDE.

Sobre o primeiro questionamento, entendemos que o contribuinte poderá demonstrar, pelo elemento objetivo da regra PPT (salvaguarda), que deve ser protegido por existir um tratado entre o seu país de residência e o Estado da fonte, independentemente da interposta pessoa. Essa diretriz está em consonância à *alternative relief provision*, estudada no capítulo 1, que permite a concessão de benefícios quando o não residente do Estado contratante for residente em um Estado que também tenha acordo de bitributação que permita a concessão de benefício tão proveitoso ou ainda mais proveitoso que o benefício que está sendo pleiteado.

Quanto ao limite da reclassificação dos fatos, Michael Lang (2015, p. 663) afirmou que, de duas, uma: ou a regra é aplicada para excluir os benefícios em um dos Estados, e enseja dupla tributação e tem efeitos penalizantes; ou a regra PPT permitirá que as autoridades reenquadrem a operação em fatos “fictícios”, o que levaria ao questionamento de qual o limite para tal reenquadramento. Explica-se: o autor entende que, se a regra PPT não for aplicada de forma a reenquadrar o arranjo de forma “fictícia”, ela ensejará dupla tributação – pois os benefícios serão negados e nenhum outro benefício será concedido em seu lugar.

Carlos Paulo Taboada (2015, p. 606) diverge dessa opinião e defende que a aplicação de uma GAARs exige necessariamente que os fatos e a operação sejam reclassificados com base na sua substância econômica, e não na forma que foi realizada para fins de distorcer a tributação/praticar a elusão fiscal. A reclassificação, para o autor, não implica em uma “ficção” sobre os fatos ocorridos. Aponta ainda que várias GAARs domésticas, como da Espanha, da Comissão Europeia, do Canadá e do Reino Unido, não definem claramente suas consequências, atribuindo às autoridades o poder de discriminá-las, sendo comum que isso ocorra. Entende que a posição de LANG (2015) é de oposição à todas as GAARs em geral.

Andrés Báez Moreno (2017, p 442) se filia à posição de Lang (2015) e critica Taboada (2015), afirmando que uma GAARs não necessariamente precisa conceder às autoridades poder para reclassificar as operações de forma “fictícia” e desconsiderar a forma adotada pelo contribuinte. Ele nomeia essa reclassificação como efeito “ilimitado” de uma GAARs e afirma que, muito embora a maioria dos países adote GAARs com “efeitos ilimitados”, existem outras que limitam seu escopo. Afirma que os efeitos da regra PPT são limitados – gera apenas a negativa do benefício tributário almejado.

Para o autor, a cláusula do benefício alternativo (§184 dos comentários ao art. 29) atribuiria efeitos “ilimitados” à PPT, o que reforçaria que, originalmente, a regra PPT é “limitada”, não podendo ensejar a reclassificação “fictícia” das operações.

Afirma ainda que a regra PPT com efeitos “limitados” implica na não concessão de benefícios pelo Estado da fonte, o que enseja a possibilidade da dupla tributação (caso o Estado de residência não conceda isenção/créditos sobre o valor pago), e isso geraria um efeito penalizante – podendo tal efeito ser questionado sob a perspectiva constitucional de cada país.

Dessa forma, Andrés Báez Moreno (2017, p 433 e 442) crítica que sejam concedidas às autoridades poderes para reclassificar as operações e desconsiderar as que ocorreram, mas reconhece que se esse efeito não for atribuído à PPT, essa regra pode gerar uma dupla tributação. Blazej Kuzniacki (2018, p. 273-274) concorda com referido autor.

David G. Duff (2018, p. 970) entende que a regra PPT, por si só, não permite a reclassificação dos fatos, mas ressalva que as leis domésticas podem realizar a reclassificação e permitir a concessão de outros benefícios.

Por outro lado, Robert J. Danon (2017, p. 31-32), de forma similar à Taboada (2015), entende que as autoridades podem conceder benefícios alternativos mesmo se a cláusula não for incluída, pelos seguintes motivos: (i) a expressão “não serão concedidos os benefícios” deve ser lida em conjunto com a parte da regra que diz que um dos principais objetivos da operação foi a obtenção do benefício – se os benefícios forem concedidos de acordo com a reclassificação dos fatos, eles não serão mais relacionados com operações abusivas; (ii) entende que o argumento de que a regra PPT não permite a concessão de benefícios alternativos meramente por existir a sugestão de inclusão de uma regra específica nesse sentido não é válido, pois a regra PPT deve ser interpretada em observância à sua redação, objetivo/ propósito e relação com outras provisões do tratado; (iii) como a própria OCDE sugere a cláusula de benefício alternativo, a concessão dos mesmos não fere aos padrões mínimos da Ação 6.

Andressa Pegoraro (2021, p. 172), Marcus Livio Gomes (2021, p. 149), Ian Zahra (2019b, p. 689) e Vikram Chand (2018a, p. 40), no mesmo sentido, entendem que essa cláusula do benefício alternativo não é obrigatória e que a falta da sua adoção não implica na impossibilidade de conceder os benefícios.

Vikram Chand (2018a, p. 40) complementa que a concessão do benefício alternativo deve ocorrer especialmente nos casos em que as regras domésticas permitiam a reclassificação e concessão dos benefícios.

Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 776) também entendem que outras regras do acordo podem ser aplicadas, de forma semelhante aos efeitos de uma GAARs doméstica.

Quanto à possibilidade de a regra PPT desconsiderar a operação praticada de forma abusiva e reclassificar os fatos, nos filiamos à corrente dos autores que defendem que outros benefícios podem ser concedidos mesmo na ausência da adoção da cláusula de benefício alternativo, pois o objetivo da regra PPT é desconsiderar operações abusivas, e não penalizar o contribuinte com a dupla tributação.

(ii) Efeitos no Estado de residência.

Outra discussão que se identifica na doutrina é quanto aos efeitos da regra no âmbito do Estado de residência.

Os autores Blazej Kuzniacki (2018, p.273), Carlos Palao Taboada (2015, p. 606), Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 134) e Michael Lang (2015, p. 662) criticam o fato de a OCDE não esclarecer esses efeitos.

Taboada (2015, p. 606) critica sob a seguinte perspectiva: se o Estado da fonte aplica a regra PPT e majora sua tributação, será que o Estado de residência deve conceder crédito sobre o valor recolhido “adicionalmente” pelo contribuinte na fonte? O que acontece se o Estado de residência discordar da aplicação da regra PPT? O autor entende que isso poderia ser resolvido pelo procedimento amigável (art. 25 da CM OCDE 2017).

Quanto à crítica de Taboada (2015, p. 606), viu-se que, no §185 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017, foi dito que a autoridade do Estado da fonte deve consultar o Estado de residência antes de rejeitar o pedido do contribuinte de concessão de benefício alternativo.

Entendemos que a necessidade de o Estado da fonte consultar o de residência antes de rejeitar a concessão de um benefício alternativo pode ser compreendida justamente pelo fato de que o Estado de residência pode acabar aliviando uma

tributação mais onerosa aplicada pelo Estado da fonte, de forma prejudicial para o Estado de residência.

Entendemos que essa consulta ao Estado de residência deveria ser feita não somente quando adotada a regra do benefício alternativo, como deveria também ser obrigatória na adoção da regra PPT. O Estado da fonte deveria sempre consultar, ou ao menos informar ao Estado de residência que pretende aplicar a regra PPT.

Como visto, a regra PPT é aplicável quando houver um benefício – que pode ser concedido pelo Estado da fonte ou da residência. Suponha-se, hipoteticamente, que um contribuinte almeje obter a tributação reduzida sobre dividendos no Estado da fonte de 5%, e que as autoridades do Estado da fonte entendam que, considerando a essência da operação, o benefício que poderia ser concedido seria a tributação pela alíquota de 15%. O Estado da fonte deveria, ao nosso ver, consultar ou informar o Estado de residência sobre a questão, tendo em vista que o de residência irá aliviar a dupla tributação considerando a alíquota incidente na fonte de 15%.

Por outro lado, se o Estado da residência resolver aplicar a regra PPT, não necessariamente precisa informar o Estado da fonte, pois a rejeição/concessão de benefício alternativo na residência não afeta a tributação que ocorre no Estado da fonte.

Além disso, Blazej Kuzniacki (2018, p.273) acrescenta que, em princípio, o Estado de residência não decidirá sobre a aplicação da regra PPT, e que isso pode onerar a defesa do contribuinte, que deve se defender para o Estado fonte.

Sobre essa crítica, de oneração da defesa do contribuinte, entendemos que isso é um risco incorrido por contribuintes que desejam usufruir de benefícios de tratados internacionais de bitributação.

2.7. Incorporação da regra PPT nos tratados.

Após evidenciar a regra PPT e as críticas feitas sobre a regra, expomos a opinião dos autores estudados sobre a validade da introdução da regra PPT nos tratados.

Andrés Báez Moreno (2017, p. 445), Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 146), Michael Lang (2014, p. 663), Rita Cunha (2016, p. 63) e Robert J. Danon (2017, p. 26) não concordam com a introdução da regra PPT nos acordos.

Andrés Báez Moreno (2017, p. 445) comenta que existem elementos de disparidade entre as regras antiabuso domésticas e a regra PPT, e cita alguns: (i) as GAARs geralmente são baseadas em um teste de artificialidade; (ii) buscam identificar o principal objetivo da operação (e não um dos principais objetivos); (iii) a GAARs usualmente tem como consequência a requalificação dos fatos. Segundo o autor, essas diferenças seriam desproporcionais e podem tornar a regra PPT incompatível com o ordenamento da União Europeia (EU).

Luc de Broe e Joris Luts (2015, p. 146) criticam o ônus da prova da regra PPT, afirmando que a regra concede demasiado poder discricionário às autoridades fiscais e que seus efeitos são imprevisíveis, de forma que sua compatibilidade com a UE poderia ser questionada.

Michael Lang (2014, p. 663) afirma que a regra PPT é superficial e prejudicial para a cultura jurídica. Afirmou ainda que quando os contribuintes buscarem benefícios de um acordo, as autoridades não irão avaliar o objetivo e propósito do tratado, pois irão aplicar uma regra antiabuso vaga e os fatos serão avaliados de acordo com os “instintos” das autoridades, e não de acordo com a lei.

Rita Cunha (2016, p. 187,189), referenciando o sistema da UE, critica que a redação da regra PPT é vaga e exige que as autoridades fiscais determinem o que constitui um “principal propósito” e uma operação “abusiva” a depender de cada caso, de forma que a regra não teria uma redação previsível ou clara o suficiente para atender ao princípio da segurança jurídica.

Robert J. Danon (2017, p. 26) afirma que a regra PPT pode ser interpretada de forma ampla e atrai o risco de negar benefícios para operações genuínas, existindo um possível conflito de compatibilidade da regra PPT com o ordenamento da UE. Os principais pontos de divergência identificados pelo autor foram: (i) o elemento subjetivo; (ii) o ônus da prova; (iii) falta de previsão de salvaguarda para operações genuínas. Não obstante, avaliando os exemplos práticos de aplicação da regra PPT fornecidos pela CM OCDE 2017, o autor reconhece que a regra resguarda operações genuínas.

Por outro lado, os autores estudados que defendem à incorporação da regra PPT (ainda que com alterações) são Andressa Pegoraro (2021), Blazej Kuzniacki (2018, p. 275-293), Carlos Palao Taboada (2015, p. 608), Dennis Weber (2017, p. 56) e Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 783).

Andressa Pegoraro (2021) analisa a compatibilidade da regra com o sistema brasileiro. Sugere que a regra seja adotada, e que algumas questões controversas da PPT sejam interpretadas de forma a torná-la compatível com o ordenamento interno. Nesse sentido, sugere que seja exigida a apresentação de provas claras e convincentes, por parte das autoridades, de que o principal propósito/um dos principais propósitos da operação foi a obtenção de benefício. Sugere ainda que seja exigida a identificação de indícios de artificialidade nos fatos e circunstâncias relevantes, que devem ser analisados de forma objetiva, para aplicação da regra.

Blazej Kuzniacki (2018, p. 275-293) avalia a possível incompatibilidade da regra PPT com o sistema constitucional Polonês. A Polônia é um país que teve sua GAARs doméstica julgada inconstitucional, conforme explica o autor, por ter sido decidido pelo Tribunal Constitucional que a regra era vaga, imprecisa e ambígua.

Ao analisar a regra PPT, o autor afirmou que a regra teria que ser alterada para conceder segurança jurídica. Propõe as seguintes mudanças: (i) previsão de que o principal ou essencial propósito da operação foi a obtenção de benefícios; (ii) que a obtenção de tais benefício seria contrária ao propósito dos dispositivos do tratado que justificaram a concessão do venefício, que chama de “disposições relevantes”; (iii) que as operações sem substância econômica ou propósito comercial contradizem o objetivo das “disposições relevantes”; (vi) que o conceito de substância econômica e propósito comercial serão definidos pelos Estados contratantes em um memorando; (vii) que, se o benefício almejado for negado, outros benefícios poderão ser concedidos de acordo com a substância econômica e propósito da operação (KUZNIACKI, 2018, p. 293).

Carlos Palao Taboada (2015, p. 608) afirma que, como todas as GAARs, a regra PPT atrai um nível de incerteza, mas que os países podem adaptar a sua redação para tornar a regra seja compatível com seu sistema interno. Afirma ainda que argumentos contrários à PPT que se embasam na incerteza da regra usualmente derivam da rejeição a qualquer tipo de GAAR, adotando uma posição filosófica/legal que pode ser chamada de “formalismo”. Quem suporta essa posição, segundo o autor, costuma denunciar a violação do princípio da legalidade e afirmar que a elusão tributária deve ser tratada por regras específicas, como as SAARs. Essa posição, segundo o autor, serve ao interesse de quem apoia o planejamento tributário agressivo.

Dennis Weber (2017, p. 56) defende que a regra PPT é compatível com o ordenamento da UE. Aponta que os seguintes argumentos são usados em contrariedade à PPT: (i) que o teste da razoabilidade contido na regra PPT seria contrário ao princípio da segurança jurídica; (ii) que concede poderes discricionários às autoridades; (iii) que não possui um teste para verificar a substância econômica e genuinidade.

O autor rebate da seguinte forma: (i) o teste da razoabilidade contido na regra PPT não contraria o princípio da segurança jurídica, e os que defendem de forma contrária não analisam o contexto da regra PPT; (ii) o teste da razoabilidade não concede poder discricionário para autoridades, que precisam realizar uma análise objetiva de todos os fatos e circunstâncias envolvidas para aplicar a regra PPT, de forma que “presunções” não são admitidas.

Quanto a terceira questão, reconhece que a regra PPT pode ser tida como mais abrangente que as GAARs usuais, por não tratar da artificialidade da operação. Não obstante, afirma que a regra PPT é semelhante às regras de abuso de direito que são aplicadas pelo Tribunal Europeu de Justiça, de forma que o autor entende que dificilmente essa corte julgaria a regra PPT como contrária ao princípio da legalidade e segurança jurídica.

Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 783), por sua vez, concluem que a regra precisaria ser alterada para que fosse compatível com o ordenamento brasileiro. Propõem as seguintes mudanças: (i) mudar o teste subjetivo, para que exija que o principal propósito da operação, e não um dos principais, seja a obtenção de benefícios; (ii) alocar o ônus do elemento objetivo às autoridades administrativas; (iii) que sejam descritos, de forma exemplificativa, os elementos que informam a substância do negócio.

Nos filiamos à corrente de autores que defendem a validade da incorporação da regra PPT nos tratados.

A regra nos parece ser, em essência, uma forma mais ampla de atingir operações de contribuintes que estruturam suas operações para usufruir de benefícios convencionais que, em princípio, não lhe seriam devidos

Entendemos que, como todas as GAARs, a regra PPT possui, por natureza, uma textura aberta, cabendo à jurisprudência definir seus contornos em cada caso concreto (num contínuo no qual os casos anteriores devem funcionar como guia para

os casos posteriores), o que atrai diversos questionamentos e discussões doutrinárias. Não obstante as críticas quanto à vagueza e insegurança jurídica, a CM OCDE 2017 empreendeu um esforço significativo para definir, razoavelmente, o alcance e as hipóteses de aplicação da regra.

A CM OCDE 2017 indica que a regra é aplicada somente para planejamentos que usam de figuras legais de forma artificial/distorcida para obter benefícios fiscais, em situações nas quais os benefícios não seriam aplicáveis para o contribuinte.

Sugerimos as seguintes mudanças para aprimoramento da regra: (i) alteração do teste de razoabilidade/elemento subjetivo, para que passe a prever que a regra busca identificar a substância econômica/propósito comercial/grau de artificialidade da operação, e não a intenção do contribuinte; (ii) previsão de que o Estado fonte deve informar e/ou consultar o de residência antes de negar benefícios.

Ademais, nos comentários da CM OCDE, sugerimos que seja esclarecido: (i) que a regra PPT suplementa todas as regras SAARs do tratado, e não apenas a regra LOB; (ii) o que são os objetivos e fins relevantes do tratado – se o tratado deve ser avaliado como um todo, se apenas algumas regras devem ser consideradas, como avaliar o objetivo e fim das regras e/ou do tratado.

2.8. Conclusões parciais.

Nesse capítulo foram estudados, a partir de uma exaustiva revisão bibliográfica, os elementos da regra PPT as e diversas discussões sobre a regra. Sumarizamos abaixo as principais conclusões do capítulo, na seguinte ordem: (i) origem da regra PPT, (ii) relação com outras regras, (iii) benefícios envolvidos na regra; (iv) elemento subjetivo e teste da razoabilidade, (v) elemento objetivo, (vi) concessão de benefício alternativo. Nós estudamos todos esses elementos, e expomos abaixo as principais conclusões sobre as questões envolvidas.

Inicialmente, avaliamos a origem da norma e vimos que a introdução de uma GAAR não é uma novidade no modelo convencional da OCDE, pois a regra PPT espelha o *guiding principle*, introduzido na CM OCDE 2003.

Em seguida, estudamos a relação da regra PPT com outras regras antiabuso do tratado, considerando o trecho da norma que diz que: “não obstante as disposições de uma convenção (...)”. Isso porque a regra PPT é uma GAAR, e os comentários da

CM OCDE 2017 indicam que ela pode ser adotada de forma a complementar à regra LOB (uma SAARs).

Entendemos que a aplicação suplementar da regra PPT ocorre não somente com LOB, mas sim com qualquer SAARs contida no acordo e entendemos que os comentários da CM OCDE 2017 deveriam esclarecer essa questão.

Sobre essa relação, entendemos que a regra PPT não se aplica aos mesmos fatos que as regras SAARs. Assim, é possível que uma mesma operação seja tida como abusiva pela regra PPT e não por outra SAARs, desde que as regras sejam aplicáveis sobre fatos diferentes.

Nesse sentido, a LOB pode, por exemplo, testar se o contribuinte possui uma relação efetiva com o Estado de residência; mas isso não significa que a operação não pode ser tida como abusiva por almejar determinados benefícios tributários no Estado da fonte.

Compreendemos ainda que, se a regra PPT fosse aplicável sobre um fato já testado por uma SAARs, isso seria contrário ao elemento objetivo da regra PPT. Isso porque, se o fato testado estivesse consoante à exigência de uma SAAR, seria contrário ao objeto e fim das disposições do tratado negar o benefício pela regra PPT.

Avaliamos também o que consistiria um “benefício” para fins da aplicação da regra, e se seria necessário o contribuinte efetivamente obter um ganho financeiro considerando a tributação no Estado da fonte e da residência.

Compreendemos que, para a aplicação da regra PPT, basta a existência do benefício fiscal em um dos Estados envolvidos, ainda que esse benefício possa ser compensado com o ônus financeiro no outro Estado. Não obstante, o contribuinte pode evidenciar que a operação como um todo não gerou um benefício econômico e financeiro pelo elemento objetivo da regra, no intuito de evitar sua aplicação.

Quanto ao teste da razoabilidade e elemento subjetivo da regra (se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção de benefícios ser um dos principais objetivos de uma operação ou transação), nós avaliamos se ele seria realmente “subjetivo”, e concluímos que redação da regra PPT indica que sim, pois a regra analisa se um dos propósitos da operação foi a obtenção de economia tributária, e o propósito da operação é confundível com o propósito do contribuinte. Ainda que a redação assim seja, os comentários da CM OCDE 2017 (inclusive os exemplos fornecidos) indicam que o teste é objetivo,

buscando analisar as características externas e o grau de artificialidade da operação, e não o estado de espírito/intenção do contribuinte.

Os comentários da CM OCDE 2017 deixam claro que a regra se aplica para operações não genuínas/sem substância econômica/com elementos de artificialidade; e que o teste da razoabilidade (ser razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes) é proposto como uma forma de filtrar as operações que não atendem a esses requisitos. Nesse contexto, sugerimos que a regra seja alterada para esclarecer que o que se busca é verificar, por um parâmetro objetivo, a substância econômica/propósito comercial/grau de artificialidade da operação, e não a intenção do contribuinte.

Além disso, a doutrina critica o fato de que o elemento subjetivo se refere a **um** dos principais propósitos, e não o principal propósito da operação. Concluimos que os comentários da CM OCDE 2017 indicam que, para a aplicação da regra PPT, não basta que um dos principais propósitos da operação seja a obtenção de benefícios.

Entendemos que a alteração do elemento subjetivo, na forma proposta *supra*, já resolve essa questão, pois deixa claro que a regra se aplica para operações artificiais e retira o trecho da regra que se refere a “um dos principais propósitos”.

Quanto ao elemento objetivo da regra (salvo quando seja determinado que a concessão dos benefícios, nessas circunstâncias, é conforme o objeto e fim das disposições relevantes da convenção), observamos que a doutrina discute se o ônus da sua prova é apenas do contribuinte, ou se do contribuinte e do fisco.

Entendemos ele deve ser atendido tanto pelo fisco quanto pelo contribuinte – o fisco deve considerar, na aplicação da regra PPT, o elemento subjetivo e o objetivo. Ainda que os dois elementos sejam satisfeitos, pode o contribuinte evidenciar que sua operação está de acordo com o objeto e fim das disposições pertinentes do tratado.

Contudo, os comentários da CM OCDE 2017 não esclarecem o que são os objetivos e fins relevantes do tratado – se o tratado deve ser avaliado como um todo, se apenas algumas regras devem ser consideradas, como avaliar o objetivo e fim das regras e/ou do tratado, e entendemos que a CM OCDE precisa esclarecer essas questões.

Viu-se também que a CM OCDE 2017 sugere a introdução de uma regra que permite a concessão de um benefício alternativo quando a regra PPT é aplicada. Essa regra afirma que a autoridade pode conceder, a pedido do contribuinte, o benefício

pleiteado, ou um benefício diferente, se considerar que esse benefício poderia ter sido concedido na ausência de uma transação abusiva, atingida pela norma regra PPT. Ademais, a autoridade deve consultar o outro Estado antes de rejeitar o pedido de concessão de benefício alternativo.

A doutrina passou a debater se seria necessário a adoção dessa regra para descon sideração da operação abusiva/artificial e tributação/concessão de benefícios consoante à essência da operação efetuada. Nós entendemos que, ainda que essa regra não seja adotada, as autoridades podem conceder um benefício alternativo, pois o objetivo da regra é descon siderar operações abusivas, e não penalizar o contribuinte com a dupla tributação.

Por fim, viu-se que o Estado da fonte deve consultar o Estado de residência antes de negar a concessão do benefício alternativo.

Nós entendemos que a necessidade de o Estado fonte consultar o de residência antes de rejeitar a concessão de um benefício alternativo pode ser compreendida pelo fato de que o Estado de residência pode acabar aliviando uma tributação mais onerosa aplicada pela fonte, de forma prejudicial para a residência.

Entendemos que essa consulta ao Estado de residência deveria ser feita não somente quando adotada a regra do benefício alternativo, como deveria também ser obrigatória na adoção da regra PPT. O Estado da fonte deveria consultar, ou ao menos informar ao de residência que pretende aplicar a regra PPT.

Por outro lado, se o Estado da residência resolver aplicar a regra PPT, não precisa necessariamente informar o Estado da fonte, pois a rejeição/concessão de benefício alternativo na residência não afeta a tributação que ocorre no Estado da fonte.

Em decorrência dessa questão, entendemos que deveria constar não só na regra do benefício alternativo, mas também na regra PPT em si, que o Estado da fonte deve consultar, ou ao menos informar, ao de residência, que aplicará a regra PPT e sobre seus efeitos na operação.

Após estudar a regra PPT, concluímos que a regra é uma GAAR bem delimitada, e que as críticas sobre a regra ser “vaga”, “subjetiva” ou ainda incompatíveis com determinados ordenamentos devem ser repensadas considerando todos os elementos expostos da regra PPT e comentários da CM OCDE 2017. A CM

OCDE 2017 empreendeu um esforço significativo para definir, razoavelmente, o alcance e as hipóteses de aplicação da regra.

Sugerimos as seguintes mudanças para aprimoramento da regra: (i) alteração do teste de razoabilidade/elemento subjetivo, para que passe a prever que a regra busca identificar a substância econômica/propósito comercial/grau de artificialidade da operação, e não a intenção do contribuinte; (ii) previsão de que o Estado fonte deve informar e/ou consultar o de residência antes de negar benefícios.

Ademais, nos comentários da CM OCDE, sugerimos que seja esclarecido: (i) que a regra PPT suplementa todas as regras SAARs do tratado, e não apenas a regra LOB; (ii) o que são os objetivos e fins relevantes do tratado – se o tratado deve ser avaliado como um todo, se apenas algumas regras devem ser consideradas, como avaliar o objetivo e fim das regras e/ou do tratado.

No capítulo seguinte, alguns exemplos de aplicação da regra PPT contidos nos comentários oficiais da CM OCDE 2017 serão analisados, de modo a buscar deixar mais claros os limites e o modo de aplicação da referida regra.

3. EXEMPLOS FORNECIDOS PELA OCDE SOBRE A APLICAÇÃO DA REGRA PPT.

3.1. Introdução.

O §182 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 fornece treze exemplos hipotéticos da aplicação da regra PPT (exemplos A-M), e o §187 mais seis exemplos adicionais (exemplos A-F) de situações que devem combatidas por outros mecanismos, caso a regra PPT não seja incorporada nos tratados.

Dividimos os exemplos em três grupos:

- Os que tratam de *treaty shopping*, com aplicação da regra PPT - exemplos A e B do §182 e A e C do §187;
- Os que tratam de operações genuínas, que afastam a aplicação da regra PPT– exemplos C, D, F, G, H, I, K, L, M do §182 e B, D, E e F do §187;
- Os que tratam de operações que envolvem regras SAARs e a regra PPT – exemplos E e J do §182.

Iremos avaliar, à luz desses exemplos, algumas questões tratadas no capítulo anterior, quais sejam: (i) se o “benefício” da operação é avaliado considerando a tributação no Estado da fonte e residência (tópico 2.4.2); (ii) se basta que o elemento subjetivo seja satisfeito para aplicação da regra PPT, ou se as autoridades devem também analisar o elemento objetivo (tópico 2.5.4); (iii) se o elemento subjetivo é analisado sob a perspectiva da intenção subjetiva contribuinte, ou do propósito da operação (tópico 2.5.3); (iv) se o/os exemplo/s mencionam diretamente a análise do propósito comercial e substância econômica; (v) se houve a reclassificação dos fatos para aplicação da regra PPT (tópico 2.6.2).

3.2. Exemplos de *treaty shopping*.

Conforme mencionado, os exemplos “A” e “B” do §182 e “A” e “C” do §187 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 tratam de hipóteses de aplicação da regra PPT para negar benefícios. Abaixo, reproduzimos os exemplos.

(i) Exemplo A do §182.

TCO, pessoa jurídica residente no Estado T, detém participação societária na SCO, uma companhia listada na bolsa de valores do Estado S. Não há acordo de bitributação entre os Estados T e S e, em decorrência, os dividendos distribuídos de SCO para TCO são tributados na fonte pela alíquota de 25% (IRRF), de acordo com as leis domésticas do Estado S.

Existe uma convenção entre os Estados R e S que exime a tributação na fonte sobre dividendos pagos para beneficiário efetivo no outro país. TCO então cede para RCO, uma instituição financeira independente no Estado R, seus direitos ao recebimento de dividendos já declarados por SCO, mas ainda não distribuídos.

Nesse exemplo, os comentários afirmam que, na falta de outros fatos e circunstâncias que demonstrem o contrário, seria razoável concluir que um dos principais propósitos da operação de cessão de direito de recebimento dos dividendos foi a obtenção do benefício de não tributar na fonte os dividendos (elemento subjetivo);

e que seria contrário ao propósito e objetivo da Convenção conceder o benefício diante dessa operação de *treaty shopping* (elemento objetivo) (OCDE, 2017a, p 592).

David G. Duff (2018, p. 669 e 995), Ian Zahra (2019a, p. 617), Stef van Weeghel (2019, p. 32) e Vikram Chand (2018a, p. 27) comentam que esse exemplo foi inspirado no caso Royal Dutch Oil Company, de 1994.

Nesse caso, uma companhia holandesa anunciou os dividendos que iria distribuir. Uma empresa residente no Reino Unido adquiriu o direito de recebê-los de um contribuinte (titular das ações) residente em Luxemburgo. O residente no Reino Unido, como adquirente do direito de receber benefícios, pleiteou a aplicação de uma alíquota reduzida na fonte (pelo acordo Holanda-Reino Unido), o que posteriormente foi revertido por decisão da Suprema Corte Holandesa (VLEGGERT, 2010).

(ii) Exemplo B do §182.

SCO, sociedade residente no Estado S, é subsidiária da TCO, sociedade residente no Estado T. O Estado T não possui acordo com o S e, em decorrência,

dividendos pagos de SCO par TCO são submetidos a uma tributação na fonte de 25% de acordo com a legislação doméstica do Estado S.

Não obstante, existe um tratado entre os Estados R e S que permite que a tributação na fonte seja reduzida para 5%. TCO então entra em um acordo com a RCO, instituição financeira residente no Estado R, que é tida como pessoa qualificada pela alínea “c” do §2 do art. 29 da Convenção (regra LOB).

RCO adquire o usufruto das ações preferenciais recém-emitidas por SCO, sem direito a voto, pelo período de três anos. O montante pago para a aquisição do usufruto é correspondente ao valor dos dividendos que serão pagos pelo período de três anos, com o desconto de uma taxa que corresponde ao valor que seria pago caso TCO contraísse um empréstimo da RCO.

Nesse exemplo, de forma muito similar ao exemplo “A” (comentado acima), os comentários da CM OCDE 2017 afirmam que, na falta de outros fatos e circunstâncias que demonstrem o contrário, seria razoável concluir que um dos principais propósitos do arranjo foi a obtenção do benefício de tributação na fonte sob alíquota de 5%, concedida pelo tratado entre os países R e S; e que seria contrário ao propósito e objetivo da Convenção conceder o benefício diante dessa operação de *treaty shopping* (elemento objetivo) (OCDE, 2017a, p 592).

David G. Duff (2018, p. 665 e 995), Ian Zahra (2019a, p. 617), Stef van Weeghel (2019, p. 32) e Vikram Chand (2018a, p. 27) comentam que esse exemplo foi inspirado no caso Bank of Scotland, de 2006.

No caso, uma empresa residente no EUA vendeu o direito de receber dividendos de uma subsidiária situada na França para um banco residente no Reino Unido, no intuito de usufruir de uma tributação reduzida na fonte, aplicável pelo acordo firmado entre a França e o Reino Unido.

A Suprema Corte da França negou a concessão de benefícios para o banco residente no Reino Unido, e entendeu que a operação representava um empréstimo obtido pela empresa do EUA junto ao banco do Reino Unido, que seria quitado pelos dividendos distribuídos pela subsidiária localizada na França e pelos benefícios fiscais previstos no tratado França-Reino Unido (BARBOSA, 2017, p. 125).

Vikram Chand entende que essa decisão reclassificou a operação e considerou que, para fins fiscais, o beneficiário efetivo da renda era a empresa residente no EUA, e não o banco residente no Reino Unido (CHAND, 2018a, p. 28).

(iii) Exemplo A do §187.

RCO, pessoa jurídica de capital aberto residente no Estado R, é detentora da sociedade SCO, uma empresa situada no Estado S. TCO, uma empresa residente no Estado T, que não possui acordo fiscal com o Estado S, gostaria de adquirir participação em SCO, mas acredita que a tributação que será imposta na fonte (Estado S) tornaria o investimento inviável.

TCO entra em um acordo com RCO, pagando para essa empresa um valor equivalente à participação em SCO, e recebe de RCO o valor equivalente aos dividendos que receberia de SCO.

Os comentários afirmam que esse é um esquema de utilização de empresa canal²⁷, no qual RCO foi envolvida na operação com o principal propósito de reduzir a tributação na fonte para TCO. Nessa perspectiva, os comentários afirmam que os países devem lidar com situações como essa quando optarem por não incluir a regra PPT.

Muito embora o exemplo nada tenha dito, pressupõe-se que existe acordo entre os Estados T e R que reduz/isenta a tributação na fonte no exemplo citado.

(iv) Exemplo C do §187.

TCO, residente no Estado T que não possui acordo com o Estado S, empresta dinheiro para SCO, residente o Estado S.

Ao perceber que os juros do empréstimo serão tributados na fonte pelo Estado S, TCO cede o direito de receber os juros e a dívida para uma subsidiária que detém, RCO. RCO é residente no Estado R, que possui acordo com o Estado S, acordo esse que não permite a tributação na fonte sobre juros em determinadas circunstâncias. RCO, por sua vez, passa a dever TCO, repassando para sua controladora os juros que recebe de SCO.

A CM OCDE 2017 afirma que esse é um exemplo de utilização empresa canal, estruturada com intuito de reduzir a tributação na fonte.

²⁷ Explicações sobre esquemas com empresa canal constam no tópico 1.5.

(v) Análise dos exemplos.

Quanto aos exemplos A e B do §182, que são exemplos de aplicação da regra PPT, foi possível verificar que os comentários analisaram se um dos principais propósitos da **operação** foi a obtenção de benefícios – nada investigando sobre as intenções subjetivas dos contribuintes (tópico 2.5.3).

Além disso, os comentários analisaram não somente o elemento subjetivo, mas também o elemento objetivo antes de afirmar que a regra PPT seria aplicável, o que indica que as autoridades fiscais devem avaliar ambos os elementos (tópico 2.5.4).

O elemento objetivo foi analisado de acordo com os objetivos e propósitos da Convenção em geral, e não em relação a determinados dispositivos específicos, como o art. 10 da CM OCDE 2017, que trata da redução da tributação na fonte sobre dividendos (tópico 2.5.4). Essa questão foi criticada pela doutrina (CHAND, 2018a, p. 27; ZAHRA, 2019, p. 617; WEEGHEL, 2019, p. 32).

Ademais, o “benefício” almejado pela operação foi avaliado sob a perspectiva da redução da tributação na fonte; ou seja, não foi analisada a carga fiscal/financeira global (tópico 2.4.2).

Quanto aos exemplos A e C do §187, viu-se que os elementos específicos da regra PPT não foram explorados. Isso porque esses comentários da CM OCDE 2017 não tratam da aplicação da regra PPT, e sim de operações que devem ser combatidas por outras regras, quando o acordo não incorporar a referida regra.

3.3. Exemplos de operações genuínas.

Conforme mencionado, os Exemplos C, D, F, G, H, I, K, L, M do §182 e B, D, E e F do §187 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 tratam de situações genuínas, de forma que foi evidenciado que a regra PPT/outras mecanismos que lidam com abuso não seriam aplicáveis.

Como são muitos exemplos, elaboramos abaixo alguns comentários gerais sobre todos.

(i) Análise dos exemplos.

Quanto aos exemplos do §182, observa-se que nos Exemplos C, D, F, G, H, I e M os comentários da OCDE analisaram se um dos principais propósitos da **operação** foi a obtenção de benefícios – nada investigando sobre as intenções ou motivos subjetivos dos contribuintes (tópico 2.5.3).

Nos Exemplos K e L do §182, os comentários usam expressões que podem levar ao entendimento de que é a intenção do contribuinte que está sendo analisada, tais como: “na decisão sobre investir ou não na SCO, RCO considera a existência de um benefício” e “na decisão de vender [...] RCO considera a existência de um benefício” (OCDE, 2017a, p 599).

Não obstante, logo após referidos trechos, os comentários afirmam que o motivo da decisão, por si só, não é suficiente para averiguar o elemento subjetivo da regra PPT, sendo necessário analisar o **contexto** no qual a operação foi realizada, de acordo com os propósitos das **operações**.

Além disso, entre os referidos exemplos, o elemento objetivo foi analisado somente nos exemplos C, D e I do §182, talvez por não ter sido o elemento subjetivo satisfeito nos demais casos (tópico 2.5.4).

Nesses exemplos, o elemento objetivo foi analisado de acordo com os objetivos e propósitos da Convenção em geral, e não em relação a determinados dispositivos específicos (tópico 2.5.4).

A maioria dos exemplos não comenta sobre o “benefício” almejado, com exceção dos Exemplos D, K e L do §182, que mencionam benefícios sobre dividendos e juros. Nota-se então que não houve uma análise do benefício de forma global (tópico 2.4.2).

Quanto aos exemplos B, D, E e F do §187, como não tratam da regra PPT, e sim de outros mecanismos antiabuso que devem ser adotados, os elementos específicos da regra PPT não foram abordados.

Uma questão relevante que deve ser destacada é que, nesses exemplos em que os comentários afastam a aplicação da regra PPT, bem como afastam a necessidade de impor outros mecanismos antiabuso, são feitas diversas referências ao propósito negocial e substância econômica da operação.

Vejamos:

§182 (...)

Exemplo C: (...) fica claro que o principal propósito do investimento e construção da planta está relacionado com a **expansão dos negócios** de RCO e baixo custo de mão de obra naquele país (...)

Exemplo D: (...) para determinar se o parágrafo 9 é aplicável para o investimento, é necessário analisar o contexto no qual o investimento foi realizado

Exemplo F: (...) está relacionado com a **expansão das atividades** do grupo (...)

Exemplo G: (...) assumindo que os serviços intragrupo providenciados por RCO, incluindo a tomada de decisões, é necessário para a realização da sua atividade, e que houve a criação de uma verdadeira empresa na qual RCO exerce funções **com substância econômica**, usando ativos reais e assumindo riscos reais ()

Exemplo H: (...) foi estabelecido por motivos de **eficiência de negócios** ()

Exemplo I: (...) ocorreu para promover **eficiência na gestão** da concessão de licença de royalties ()

Exemplo M: “os investimentos em ativo imobiliário foram feitos por motivos consistentes com o **propósito do fundo** ()

“§182 (...)

Exemplo B: () **atividades comerciais normais** com estrutura na qual ECO e SCO exercem reais atividades **com substância econômica** nos Estados R e S()

Exemplo D: (...) o fato de que TCO historicamente mantém depósitos com RCO também é um fator que indica que o empréstimo (.)

Exemplo E: (...) porque RCO está de acordo com o padrão de uma organização comercial ()

Exemplo F: (...) RCO parece exercer **reais atividades comerciais** com substância econômica, usando ativos reais e assumindo riscos reais () (OCDE, 2017a, p. 593 – 606, grifos e tradução nossa)

Todos esses exemplos reforçam o que foi visto sobre a regra PPT – que a regra se aplica para operações artificiais, sem substância econômica.

Nesse sentido, David D. Duff (2018, p. 993) e Vikram Chand (2018a, p. 31) comentam que os exemplos indicam que a regra PPT não se aplica para transações genuínas de investimento no estrangeiro.

3.4. Exemplos com regras SAARs e PPT.

Os exemplos E e J do §182 dos comentários ao art. 29 da CM OCDE 2017 tratam de situações que envolvem a aplicação da regra SAARs e sua relação com a regra PPT.

(i) Exemplo E do §182.

Exemplo E – RCO é uma pessoa jurídica residente no Estado R, que nos últimos cinco anos deteve 24% de participação societária na SCO, sociedade

residente no Estado S. Após a entrada em vigor do tratado de bitributação firmado entre os Estados R e S (com inclusão do art. 10 nos termos sugeridos pela CM OCDE 2017), RCO decide aumentar sua participação societária na SCO para 25%. Os fatos e as circunstâncias revelam que o aumento na participação societária ocorreu para a obtenção do benefício do acordo de bitributação relacionado à alíquota reduzida de IRRF sobre dividendos, prevista no art. 10, §2º, “a”, da CM OCDE 2017.

Nesse exemplo, os comentários afirmam que, muito embora um dos principais propósitos da operação seja a obtenção dos benefícios (elemento subjetivo), a regra PPT não se aplica porque pode ser estabelecido que a concessão de benefícios está de acordo com o objetivo e propósito do art. 10 da CM OCDE 2017 (elemento objetivo). O art. 10 permite uma tributação reduzida para quem tiver 25% de participação, e é consistente com esse artigo conceder os benefícios para um contribuinte que, genuinamente, aumenta sua participação para satisfazer esse requisito.

(ii) Exemplo “J” do §182.

Exemplo J – RCO é uma empresa residente no Estado R, irá construir uma usina para SCO, uma sociedade não relacionada residente no Estado S. O projeto de construção vai demorar cerca de 22 meses. Durante a negociação, o projeto foi dividido em dois contratos, cada um com prazo de 11 meses, sendo o primeiro assinado com a RCO e o segundo assinado com uma subsidiária da RCO, também residente no Estado R. RCO é solidariamente responsável pela sua subsidiária.

Os comentários afirmam que, na falta de outros fatos, seria razoável concluir que um dos principais propósitos para assinar dois contratos de 11 meses, sendo um deles com uma subsidiária da contratada; foi evitar que a construtora seja tida como um estabelecimento permanente pelo art. 5º, §3º da CM OCDE 2017. Isso porque, se for tida como estabelecimento permanente, há tributação concorrente entre o Estado da fonte e da residência.

Os comentários apontaram que conceder o benefício dessa regra seria contrário ao objetivo propósito do §3º, art. 5º da CM OCDE 2017, pois o período contratual de 12 meses imposto por essa regra para caracterizar o estabelecimento permanente seria ignorado.

(ii) Análise dos exemplos.

Os dois exemplos supramencionados são de *rule shopping*²⁸. Observa-se que ambos os exemplos analisaram se um dos principais propósitos da **operação** foi a obtenção de benefícios – nada dizendo sobre as intenções subjetivas dos contribuintes (tópico 2.5.3).

Além disso, o elemento objetivo foi analisado em ambos os casos (tópico 2.5.4). O elemento objetivo dessa vez não foi analisado sob a perspectiva do tratado em geral, e sim das regras SAARs específicas que: (i) delimitam como o benefício será concedido (art. 10 da CM OCDE); (ii) delimitam quando haverá tributação na fonte (art. 5 da CM OCDE).

Os “benefícios” da operação foram esclarecidos nos casos, sendo eles: (i) reduzir a tributação na fonte sobre dividendos, e (ii) evitar que a construtora seja tida como um estabelecimento permanente para evitar/reduzir a competência tributária do Estado fonte. Veja-se, assim, que uma vez mais o “benefício” não foi avaliado sobre a perspectiva global (tópico 2.4.2).

No Exemplo E, a regra SAARs exige que o contribuinte detenha 25% de participação para obter o benefício. Como já existe uma regra específica que analisa se há ou não participação suficiente, os comentários da CM OCDE 2017 indicam que a regra PPT não pode se aplicar na operação, porque seria contrário à regra SAAR e seu propósito e objetivo.

Esses comentários condizem com o nosso entendimento, exposto no tópico 2.3.2, e com o entendimento de Andressa Pegoraro (2021, p. 108), David Duff (2018, p. 964), Michael Lang (2014, p. 658) e Vikram Chand (2018b, p. 116-118); no sentido de que, se uma operação atende aos requisitos da SAARs, o benefício não pode ser negado pela regra PPT, pois isso seria contrário ao elemento objetivo da regra PPT.

No Exemplo J, a SAARs exige que o projeto de construção dure doze meses para que seja tido como um estabelecimento permanente. Muito embora os contratos, individualmente, atendam formalmente à regra SAARs – pois possuem um prazo menor que doze meses – pode-se averiguar que, diante do contexto envolvido, houve

²⁸ Para definição de *rule shopping*, vide capítulo 1.

uma separação artificial dos contratos de prestação de serviços, motivo pelo qual a regra PPT é aplicada.

Assim, a SAARs testou o período dos contratos, e a regra PPT testou se a separação dos contratos era genuína²⁹.

Esses exemplos mostram que a regra PPT não altera os critérios da regra SAARs, e também que as regras são aplicadas de forma suplementar (tópico 2.3.2).

3.5. Conclusões parciais.

O presente capítulo permitiu reforçar algumas conclusões expostas no capítulo anterior, conforme abaixo.

Inicialmente, viu-se que os comentários relacionam o elemento subjetivo da regra PPT com o propósito da operação, analisando o contexto da situação, e não a intenção pessoal do contribuinte - exemplos A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M do §182.

Todos os exemplos que trataram de operações genuínas e que afastaram a aplicação da regra PPT ou a necessidade de adoção de outras regras antiabuso – exemplos C, D, F, G, H, I, K, L, M do §182 e B, D, E e F do §187 – evidenciam a necessidade de analisar se a operação possui propósito comercial/se é genuína/se possui substância econômica/se é artificiosa. Diversos dos exemplos inclusive fazem expressa a referência à “substância econômica” da operação.

Ademais, sempre que os exemplos indicam que a regra PPT é aplicável (exemplos A, B, E e J do §182), ou que o elemento subjetivo foi satisfeito (exemplos C, D e I do §182), os comentários da CM OCDE 2017 indicam que o elemento objetivo deve ser avaliado antes de tomar a decisão pela aplicação da regra; o que indica que o ônus de analisar o elemento objetivo não é exclusivo do contribuinte.

Ainda quanto ao elemento objetivo, os comentários não esclarecem o que são os objetivos e fins relevantes do tratado – se o tratado deve ser avaliado como um todo, se apenas algumas regras devem ser consideradas, como avaliar o objetivo e fim das regras e/ou do tratado.

²⁹ A OCDE sugere que a separação de contratos para fins de evitar o enquadramento do contribuinte como estabelecimento permanente seja combatida desde 1992, conforme dispõe o §18 dos comentários ao art. 5 da CM OCDE 1992 (OCDE, 1992).

Em algumas oportunidades, analisa-se se a concessão do benefício estaria de acordo com o tratado como um todo (exemplos A, B, C, D e I do §182); em outras, analisa-se apenas o dispositivo do benefício em questão, especialmente nos exemplos que mostram a relação da regra PPT com as SAARs (exemplos E e J do §182).

Todos os comentários que trataram da abrangência do termo “benefício” indicam que não há necessidade de se avaliar se houve verdadeiro benefício econômico global, bastando que haja um benefício ou no Estado da fonte ou no de residência para aplicação da regra – exemplos A, B, D, K, L, E e J do §182.

Os exemplos E e J do §182 reforçam que a regra PPT não se aplica aos mesmos fatos que as regras SAARs, e os exemplos A, B, E e J do §182 indicam que a regra PPT suplementa todas as regras SAARs, e não só a LOB.

4. A REGRA PPT NAS CONVENÇÕES BRASILEIRAS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.

4.1. Introdução.

Após o estudo da regra PPT, buscaremos neste capítulo mostrar a evolução histórica de adoção de normas antiabuso nos tratados brasileiros. Nesse sentido, será averiguado se o Brasil já adotava regras SAARs, TAARs e GAARs nos acordos celebrados, para evitar práticas como do *treaty shopping*.

Em seguida, estuda-se se o Brasil tem adotado os padrões mínimos da Ação 6 do Projeto BEPS nos acordos celebrados após outubro de 2015 (quando o relatório final da referida Ação foi publicado), e se a política fiscal brasileira tem sido favorável à incorporação da regra PPT nos tratados tributários.

4.2. Histórico das normas antiabuso nos tratados internacionais tributários no Brasil.

Antes de tratarmos do histórico brasileiro de adoção de normas antiabuso nos tratados internacionais, necessário esclarecer que o trâmite dos tratados, que ocorre da seguinte forma: inicialmente, o Presidente da República, por uso de seus ministros, conduz as negociações e celebra tratados, nos termos do art. 84, inciso VIII, da CF/88.

Após a etapa de negociação, o Congresso Nacional deve autorizar o acordo. Se o Congresso autorizar o tratado, se manifesta por um decreto legislativo, assinado pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União. O Decreto Legislativo autoriza, mas não obriga, que o Presidente da República possa ratificar o tratado, conforme o art. 59, inciso VI da CF/88 (GODOI, 2003, p. 6).

Após a autorização, cabe ao Poder Executivo ratificar o acordo ou não. Importante notar texto em si do acordo não pode alterado pelo Congresso, pois isto importaria em uma interferência indevida do Legislativo na tarefa de negociação já previamente desempenhada pelo Poder Executivo (GODOI, 2003, p. 6).

Isso posto, passamos para a análise do histórico de regras antiabuso nos acordos tributários do Brasil.

Segundo GODOI e CIRILO (2020), até o ano de 2001, os tratados de dupla tributação celebrados pelo Brasil não adotavam qualquer regramento específico antibabuso, com exceção da adoção da regra do beneficiário efetivo, que já constava como sugestão na CM OCDE 1997.

Nesse contexto, GODOI e CIRILO (2020) comentam que, a partir de 1992, a OCDE intensificou as sugestões de combates ao planejamento tributário abusivo, inclusive recomendando regras objetivas/específicas (SAARs), por vezes adotadas dentro de cláusulas de limitação de benefícios (LOB). Foi visto, no capítulo 1, que as seguintes regras eram sugeridas pela OCDE: *look through approach*, *exclusion approach*, *subject to tax approach*, *beneficial owner* e *channel approach*. Todas essas regras são SAARs, regras que prescrevem um consequente normativo para um comportamento específico determinado que o legislador deseja evitar.

Mesmo com as recomendações da OCDE, até o ano de 2001, o Brasil não adotava normas antibabuso nos tratados.

Não obstante, entre os anos de 2001-2015, todos os tratados assinados pelo Brasil, sem exceção, passaram a conter cláusulas destinadas a combater sua utilização abusiva (GODOI, CIRILO, 2020).

Inicialmente, em 2001 e 2002, os tratados brasileiros adotaram apenas regras TAARs que, conforme explicado no capítulo 1, são regras gerais, mas são aplicadas somente a determinados dispositivos dos tratados.

Essas regras foram inseridas nos tratados com o Chile (juros e royalties) e Ucrânia (dividendos). Veja-se, exemplificativamente, a regra inserida no tratado com o Chile, que foi celebrado em 03/04/2001 e ratificado em 2003 (Decreto n.º 4.852/2003):

ARTIGO 11 (Juros)

(...) 8. As disposições do presente Artigo não se aplicarão se o principal propósito ou **um dos principais propósitos de qualquer pessoa vinculada com a criação ou a atribuição do** crédito em relação ao qual os juros são pagos for o de obter vantagens deste Artigo mediante tal criação ou atribuição (BRASIL, 2003).

Observa-se que a regra TAARs nega o benefício se um dos principais propósitos do contribuinte for a obtenção de benefícios, possuindo uma redação que lembra a regra PPT, mas com escopo reduzido de aplicação.

Posteriormente, entre os anos de 2002-2010, GODOI e CIRILO (2020) afirmam que os tratados intensificam a adoção de normas antiabuso e começam a inserir cláusulas SAARs, de limitação de benefícios, conjugadas com regras TAARs. Observaram também que, nesse período, alguns tratados adotaram regras GAARs.

Nesse contexto, os acordos com a África do Sul (Decreto nº 5.922/2006), Peru (Decreto nº 7.020/2009) e Trindade e Tobago (Decreto nº 8.335/2014) adotam regras SAARs e TAARs. Esses acordos não possuem GAARs.

As GAARs, como visto, são normas gerais antiabuso, de ampla aplicação. Em 12/12/2002, o Brasil celebrou um acordo com Israel (Decreto nº 5.576/2005), o primeiro a conter uma regra GAARs. Transcreve-se, abaixo, a redação dessa regra:

ARTIGO 25 (Limitação de benefícios)

(...) 2. Uma autoridade competente de um Estado Contratante poderá negar os benefícios da presente Convenção a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, **se, em sua opinião, a concessão de tais benefícios constituir um abuso da Convenção em conformidade com seus fins.** A autoridade competente do Estado Contratante envolvido comunicará a aplicação desta disposição à autoridade competente do outro Estado Contratante. (BRASIL, 2005, grifos nossos)

Veja-se que a permite a negativa dos benefícios se, na opinião da autoridade, a concessão constituir um abuso do acordo, considerando seus fins. Essa regra lembra a regra PPT, e suas semelhanças e diferenças serão comentadas adiante.

Interessante notar que, quando da celebração desse tratado com Israel, estava em vigor a CM OCDE 2000 e a CM ONU de 2001.

Nessa época, a CM OCDE 2000 não sugeria ainda a inclusão de uma GAARs nos tratados. A CM OCDE de 2000 apenas afirmava, nos §22-26 dos comentários ao art. 1º (pessoas visadas), que não existia consenso sobre a aplicação de GAARs domésticas ou sobre à incorporação de uma GAARs nos tratados (OCDE 2000, p. 61)³⁰.

A CM ONU de 2001 tampouco sugeria a adoção de uma GAARs. Apenas afirmava, nos §19-22 dos comentários ao art. 25 (procedimento amigável), que alguns países entendiam que seria necessário preservar um grau de discricionariedade para suas autoridades negarem os benefícios do tratado (ONU, 2001, p. 396).

³⁰ Conforme visto no capítulo 1, o *guiding principle* foi inserido somente na CM OCDE de 2003 (OCDE, 2003, p. 54).

Diante desse contexto, verifica-se que o Brasil adotou uma GAARs em um acordo antes mesmo que esse procedimento fosse sugerido pelas convenções da OCDE e da ONU. Inclusive, a CM ONU de 2011 indica que o Brasil pode ter sido pioneiro ao inserir essa GAAR no tratado com Israel. Nesse sentido é previsto, no §34 dos comentários ao art. 1º da CM ONU 2011, que existem poucos acordos internacionais que adotam GAARs, e a regra inserida no acordo Brasil-Israel é mencionada como exemplo disso (ONU, 2011, p. 57).

Posto isso, é de se ver que os acordos celebrados com o México (Decreto nº 6.000/2006), Rússia (art. 28, §1º do Decreto nº 9.115/2017), Venezuela (art. 28, §1º do Decreto nº 8.336/2014) e Turquia (Decreto nº 8.140/2013) também possuem GAARs, com redação semelhante à incorporada no tratado celebrado com Israel.

A diferença é que o acordo com Israel possui apenas SAARs e GAARs, ao passo em que os acordos com o México, Rússia e Venezuela possuem SAARS, GAARs e, adicionalmente, TAARs específicas para juros, royalties e dividendos (GODOI, CIRILO, 2020).

O acordo com o México possui ainda a peculiaridade de ter incluído uma salvaguarda geral para as regras antiabuso, dispondo genericamente que os contribuintes podem demonstrar para as autoridades que possuem o direito de obter o benefício, se ele tiver sido negado (art. 28, parágrafo 5).

O acordo com a Turquia, por sua vez, não possui SAARs ou TAARs, mas tão somente uma regra GAARs.

Considerando esse contexto, Andressa Pegoraro (2021, p. 193) compara as GAARs incluídas nos tratados celebrados com Israel, México, Rússia, Venezuela e Turquia com a regra PPT.

A autora afirma que as antigas GAARs são mais rigorosas que a regra PPT, por exigirem expressamente que ocorra um “abuso” do tratado. Contudo, critica que não tenha sido dada quaisquer definições do que seria esse abuso.

A autora critica também que a “opinião” das autoridades tenha sido expressamente considerada por essas GAARs. Afirma que o teste da razoabilidade da regra PPT (ser necessário ser razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes) atrai um poder discricionário menor às autoridades que as antigas GAARs adotadas nos acordos do Brasil.

Por sua vez, Marciano Seabra de Godoi e Simone Bento Martins Cirilo (2020, p. 13) entendem que as GAARs adotadas até 2015 são mais amplas e abertas que a regra PPT.

Concordamos com esses autores, no sentido de que essas GAARs são mais abertas e menos rigorosas que a regra PPT. Isso porque essas GAARs negam benefícios se a concessão desses constituir um abuso do tratado, considerando seus fins – ao passo em que a regra PPT nega benefícios se: (i) considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes (teste da razoabilidade), (ii) a obtenção do benefício for um dos principais objetivos da operação (elemento subjetivo, que busca verificar se houve uma prática abusiva); (iii) se a concessão dos benefícios for contrária ao objetivo e fim do tratado (elemento objetivo).

Assim, as GAARs antes adotadas não contêm o teste da razoabilidade e, além disso, consideram as opiniões das autoridades dos Estados contratantes, sem maiores definições concretas sobre os critérios que serão aplicados.

Sem prejuízo das disparidades entre as GAARs adotadas nos antigos tratados celebrados pelo Brasil e a regra PPT, o que se observa é que o Brasil já combatia o abuso de tratados por regras antiabuso há muitos anos – muito antes da Ação 6 do Projeto BEPS.

4.2. Tratados celebrados após a Ação 6 do Projeto BEPS.

Como visto nos capítulos anteriores, o Brasil, mesmo tendo participado dos trabalhos que resultaram nos relatórios finais do Projeto BEPS e integrado o grupo de jurisdições que discutiram a elaboração do texto do MLI, optou por não assinar referido instrumento, preferindo emendar individualmente seus tratados de dupla tributação de modo a neles incorporar as mudanças consideradas que incluem os padrões mínimos.

Mesmo não tendo assinado o MLI, desde que foi publicada a Ação 6 do Projeto BEPS, em outubro de 2015, todos os tratados negociados pelo Brasil incorporaram os padrões mínimos da Ação 6 do Projeto BEPS, conforme será visto.

Listam-se, abaixo, os tratados negociados e, quando cabível, ratificados pelo Brasil após outubro/2015, ordenados pela data de assinatura:

Nº	Título	Data da assinatura	Decreto Legislativo	Decreto Executivo	Status
----	--------	--------------------	---------------------	-------------------	--------

1.	Protocolo de alteração do tratado Brasil-Argentina	21 de julho de 2017	Decreto Legislativo nº 136/2018	Decreto nº 9.482/2018	Em vigor
2.	Convenção Brasil-Suíça	3 de maio de 2018	Decreto Legislativo nº 3/2021	Decreto nº 10.714/2021	Em vigor
3.	Protocolo de alteração do tratado Brasil-Singapura	7 de maio de 2018	Decreto Legislativo 2/2021	Não aplicável	Aguardando ratificação pelo Poder Executivo, antigo PDL nº 203/2019
4.	Convenção Brasil-Emirados Árabes Unidos	12 de novembro de 2018	Decreto Legislativo nº 4/2021	Decreto nº 10.705/2021	Em vigor
5.	Protocolo de alteração do tratado Brasil-Suécia	19 de março de 2019	Não aplicável	Não aplicável	Protocolo ainda não foi aprovado pela Congresso Nacional, tramita pelo PDL 217/2021 (antigo MSC 43/2020)
6.	Convenção Brasil-Uruguai	7 de junho de 2019	Não aplicável	Não aplicável	Convenção ainda não foi aprovada pela Congresso Nacional, tramita pelo antigo MSC 44/2020

Fonte: Elaborado pela autora com dados extraídos do sítio eletrônico da RFB, da Câmara dos Deputados e do Itamaraty.

Relembramos as mudanças que fazem parte dos padrões mínimos do Projeto BEPS: (i) mudanças no título e preâmbulo, (ii) a LOB acompanhada da regra PPT/de algum mecanismo que lide com outros casos de abuso ou apenas a regra PPT.

Todos os acordos passaram a adotar títulos e preâmbulos na forma como sugerida pela Ação 6. Reproduzimos abaixo o preâmbulo do protocolo celebrado com a Argentina, exemplificativamente:

Argentina

Com a intenção de concluir uma Convenção destinada a eliminar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda e sobre o capital sem criar oportunidades para a não tributação ou tributação reduzida mediante evasão ou elisão fiscal (inclusive por meio de acordos para o uso abusivo de convenções cujo objetivo seja estender indiretamente, a residentes de terceiros Estados, os benefícios previstos nesta Convenção) ()

Esse preâmbulo possui redação praticamente idêntica aos demais acordos listados³¹

³¹ Suíça: Desejosos de concluir uma Convenção para eliminar a dupla tributação em relação aos tributos sobre a renda, sem criar oportunidades para não tributação ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscal (inclusive por meio do uso abusivo de tratados com o objetivo de estender indiretamente os benefícios previstos nesta Convenção a residentes de terceiros Estados) (...)

Todos os acordos adotaram também a regra PPT, nos moldes definidos pela Ação 6 do Projeto BEPS. O único acordo que incluiu a regra PPT acompanhada da regra do benefício alternativo foi o Brasil-Singapura, conforme abaixo:

Singapura

ARTIGO 28- Direito a Benefícios

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.

Os demais acordos possuem uma regra PPT com redação praticamente idêntica à sugerida pela Ação 6, e contida no parágrafo 8º do art. 28 acima³².

Singapura: Desejosos de concluir um Acordo para eliminar a dupla tributação em relação aos tributos sobre a renda, sem criar oportunidades para não tributação ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscal (inclusive por meio do uso abusivo de acordos cujo objetivo seja estender indiretamente os benefícios previstos neste Acordo a residentes de terceiros Estados).

Emirados Árabes Unidos: Desejosos de concluir uma Convenção para eliminar a dupla tributação em relação aos tributos sobre a renda, sem criar oportunidades para não tributação ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscais (inclusive por meio do uso abusivo de acordos cujo objetivo seja estender indiretamente os benefícios previstos nesta Convenção a residentes de terceiros Estados)

Suécia: Desejosos de eliminar a dupla tributação em relação aos impostos sobre a renda, sem criar oportunidades para não tributação ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscal (inclusive por meio do uso abusivo de acordos cujo objetivo seja estender indiretamente, a residentes de terceiros Estados, os benefícios previstos nesta Convenção)

Uruguai: Desejosos de concluir uma Convenção para eliminar a dupla tributação em relação aos tributos sobre a renda e sobre o capital, sem criar oportunidades para não tributação ou tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscal (inclusive por meio do uso abusivo de acordos cujo objetivo seja estender indiretamente, a residentes de terceiros Estados, os benefícios previstos nesta Convenção).

³² Argentina: ARTIGO XXVII - Limitação de benefícios. 1. Não obstante outras disposições da presente Convenção, um benefício da presente Convenção não será concedido em relação a um componente de renda ou de capital se for razoável concluir, com base em todos os fatos e circunstâncias relevantes, que obter esse benefício constituiu um dos objetivos principais de um acordo ou operação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício, a menos que seja demonstrado que a concessão de tal benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes da presente Convenção ()

A regra PPT, combinada com um preâmbulo e título que demonstram o objetivo de evitar o uso abusivo dos tratados, já atende aos padrões mínimos da Ação 6, conforme visto no capítulo 1.

Observa-se que foram publicadas notícias em sites eletrônicos do governo acerca dos acordos que incorporaram a regra PPT e que já foram ratificados (Argentina, Emirados Árabes Unidos e Suíça). Tais notícias deixam claro que a incorporação da regra PPT e demais alterações estão em consonância com os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito do Projeto BEPS (BRASIL, 2017 e 2021).

Assim, ainda que o Brasil não tenha celebrado o MLI, tem adotado as sugestões da Ação 6 do Projeto BEPS e tem cumprido o padrão mínimo de proteção contra abusos.

4.3. Conclusões parciais.

Suíça: Artigo 27- Direito aos benefícios. 1. Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um elemento de rendimento se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo comercial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.

Emirados Árabes Unidos: Artigo 29- Direito a Benefícios (...) 4. Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um item de rendimento se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo comercial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.

Suécia: ARTIGO XXVI-A - Direito a benefícios (...) 9. Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um item de rendimento se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo comercial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.

Uruguai: Artigo 29 -Direito a Benefícios (...) 9. Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um elemento de rendimento ou capital se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo comercial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.

Nesse capítulo foi visto que, desde 2001, o Brasil tem adotado normas antiabuso nos seus tratados – normas SAARs, TAARs e GAARs.

Em 2002 o Brasil incluiu, pela primeira vez, uma GAARs no acordo celebrado com Israel. Nessa época, a CM OCDE 2000 e a CM ONU 2001 sequer recomendavam a introdução de uma regra geral que combata o abuso nos tratados tributários, e a CM ONU 2011 indica que o Brasil pode ter sido um dos países pioneiros a incorporar uma regra dessa natureza nos seus acordos.

Foram também adotadas GAARs nos acordos celebrados com o México, Rússia, Turquia e Venezuela, todos esses antes do Projeto BEPS. Essas GAARs são ainda mais amplas e abertas que a regra PPT, pois permitem genericamente que os benefícios do acordo sejam negados quando, na opinião das autoridades administrativas dos Estados contratantes, a concessão dos benefícios constituir um abuso do tratado.

Após a publicação do relatório final da Ação 6, todos os tratados celebrados pelo Brasil adotaram os padrões mínimos dessa Ação, com alteração dos títulos e preâmbulos e incorporação da regra PPT. Assim, muito embora o Brasil não tenha assinado o MLI, tem evidenciado seu compromisso em atender os padrões mínimos do Projeto BEPS pela alteração individual dos seus tratados.

Nesse contexto, concluímos que a política fiscal brasileira é favorável à introdução da regra PPT nos acordos tributários.

5. A REGRA PPT E OS POSICIONAMENTOS DA DOUTRINA BRASILEIRA.

5.1. Introdução.

Nos capítulos anteriores, estudamos a regra PPT e diversas discussões sobre essa regra, incluindo as opiniões de diversos autores sobre a incorporação da regra PPT nos tratados internacionais (capítulo 2, tópico 2.7).

Foi visto também que o Brasil adota GAARs nos seus tratados internacionais há anos, de forma que a regra PPT não seria propriamente uma novidade no nosso ordenamento.

Nesse capítulo, busca-se expor as opiniões de autores brasileiros sobre a regra PPT. Essas críticas não foram expostas em conjunto com as de autores estrangeiros porque buscamos evidenciar, de forma mais clara, as peculiaridades da doutrina nacional.

Nessa perspectiva, teceremos inicialmente comentários sobre o posicionamento da doutrina brasileira acerca da limitação do planejamento tributário, considerando os estudos feitos por Marciano Seabra de Godoi (2007, 2008, 2012, 2016), para contextualizar as correntes doutrinárias existentes sobre o tema. Essa introdução é importante pois, conforme será visto, algumas críticas de autores brasileiros sobre a regra PPT são feitas não pela análise da regra em si, mas porque os autores seguem uma corrente doutrinária radicalmente contrária à introdução de normas antiabuso, de forma geral, no ordenamento brasileiro. Em seguida, expomos nossas considerações acerca das críticas efetuadas pelos autores brasileiros.

Observamos que o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda está julgando, atualmente, a validade de uma norma criada em 2004 para limitar o planejamento tributário no Brasil (ADI 2.446). Nesse contexto, analisamos se o posicionamento até o momento prevalecente entre os Ministros do STF pode ser visto como contrário à validade da introdução de qualquer norma geral antiabuso no ordenamento brasileiro – e se esse posicionamento pode, eventualmente, ser considerado como contrário à introdução da regra PPT nos tratados internacionais brasileiros.

5.2. Planejamento tributário no Brasil e a regra PPT.

Conforme esclarecido, faremos inicialmente uma síntese de estudos feitos por Marciano Seabra de Godoi (2007, 2008, 2012, 2016) sobre o posicionamento da doutrina brasileira em relação as normas que limitam o planejamento tributário. Em seguida, expomos as críticas à regra PPT.

5.2.1. Planejamento tributário e seus limites no contexto brasileiro.

O planejamento tributário possui diversas consequências de cunho econômico, como volume de recursos tributários arrecadados pelos cofres públicos, a margem de lucro dos negócios, a distribuição da carga tributária entre os contribuintes. Os mais interessados e atuantes na prática do planejamento tributário, em especial o planejamento internacional, são os contribuintes de alta renda, que possuem meios para realizar planejamentos, se beneficiando da economia tributária (GODOI, 2016, p. 2).

As normas gerais antiabuso limitam o planejamento tributário e, por isso, são envolvidas em uma discussão sobre os limites à liberdade e à autonomia de vontade frente à legalidade, sendo, assim, além de jurídica, política e filosófica.

Isso porque, em essência, discutir sobre uma GAARs significa discutir se o planejamento tributário pode ou não ser combatido por uma regra geral, e quais práticas dos contribuintes podem ser consideradas como um abuso ou não ao sistema tributário. Esse debate depende da visão de cada autor sobre justiça fiscal, natureza do tributo, função do social do tributo, entre outros fatores.

Nesse contexto, Marciano Seabra de Godoi (2016, p. 3) afirmou que, se o tributo for visto como uma norma de rejeição social e o direito tributário for tido unicamente como um mecanismo de defesa e proteção contra o poder do fisco e do Estado, o planejamento será “envolto numa aura de sacralidade e heroísmo, e sua prática considerada a quintessência do engenho humano e da liberdade individual”.

Sendo assim, se um autor se opõe ao recolhimento de tributos de forma geral, por consequência, tende a ser mais liberal quanto os limites do planejamento tributário, e em geral defende que todo e qualquer planejamento que não esteja estritamente banido por uma lei específica (como as regras SAARs) deve ser

permitido. Os autores que defendem que apenas regras específicas podem combater o planejamento costumam usar, como defesa, os princípios da segurança jurídica e da legalidade (GODOI, 2016, p. 3).

Por outro lado, se um autor é adepto ao uso de tributos como uma ferramenta de justiça social e redistribuição de renda, tende a ser mais rigoroso quanto aos limites do planejamento, e tende a ser mais favorável às GAARs. Nesse sentido, princípios como o da igualdade e capacidade contributiva podem ser destacados como os mais mencionados por essa corrente (GODOI, 2016, p. 27).

São três as classificações de planejamento tributário que adotamos nesse estudo para tratar dos limites ao planejamento tributário no Brasil: a elisão, evasão e elusão tributária (GODOI, 2007, p. 20; 2008, p. 11; 2012, p. 3; 2016, p. 23).

Se o contribuinte logra licitamente em evitar a prática do fato gerador do tributo, pratica a **elisão** tributária – o que ocorre, por exemplo, quando escolhe uma forma de tributação mais benéfica, entre as opções legais fornecidas (como, para a pessoa jurídica, a escolha entre a tributação pela sistemática do Simples Nacional, Lucro Presumido ou Lucro Real).

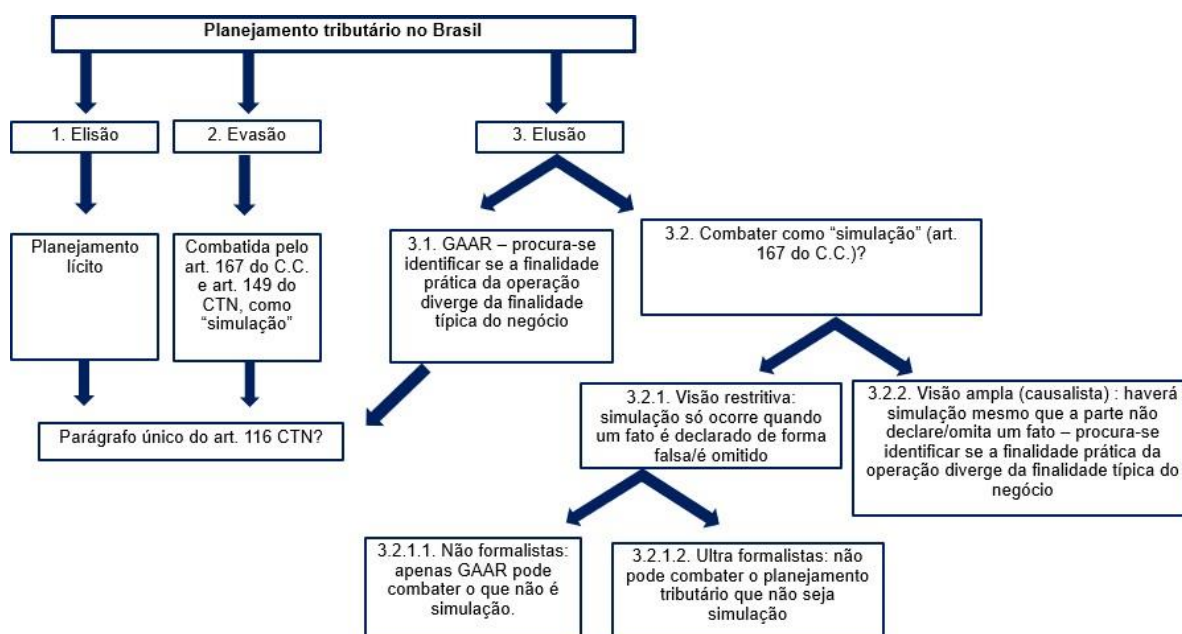
Se, por outro lado, pratica o fato gerador do tributo, mas não efetua seu pagamento, utilizando de meios ilícitos para reduzir a carga tributária, pratica a **evasão/fraude** tributária, que pode ser punida por multas qualificadas e ainda pelo direito penal. A evasão está relacionada com a prática de **omitir, fingir** ou **manipular** os fatos praticados. Pode ser praticada pela simulação (no sentido de declaração de vontade falsa) ou por uma fraude (falsificação documental).

A **elusão** fiscal, por sua vez, ocorre quando o contribuinte distorce as formas jurídicas para obter benefícios tributários. Esse fenômeno é conhecido pela expressão “tax avoidance” nos Estados Unidos e Grã-Bretanha, sendo que essa foi a expressão usada pela Ação 6 do Projeto BEPS para tratar das operações atingidas pela regra PPT (GODOI, 2016, p. 23; OCDE, 2015a).

A elusão está relacionada com a prática de operações **artificiosas** e **distorcidas**, quando o propósito prático buscado pelo contribuinte não condiz com a forma jurídica adotada. São esses os planejamentos que, ao longo desse estudo, foram chamados de “abusivos”. A elusão busca **contornar ou rodear** as leis tributárias no intuito de pagar menos tributo.

Trataremos, abaixo, das formas de combater essas práticas de planejamento. Como será visto, há uma discussão se o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN) tenta combater a elisão, evasão ou elusão fiscal, e essa discussão será tratada nos próximos tópicos.

Abaixo, apresentamos um fluxograma que resume as discussões sobre o combate do planejamento tributário no Brasil, conforme estudos elaborados por GODOI (2007, 2008, 2012, 2016). Os comentários a seguir seguem a ordem do fluxograma:



1. A elisão, considerando o conceito que adotamos para esse termo, não é vedada, pois consiste em um planejamento lícito, é uma economia opcional, seguindo a redação e o espírito da lei. Não obstante, como será visto adiante, há discussão se o parágrafo único do art. 116 do CTN tenta inibir a prática desse planejamento lícito.

2. A evasão pode ser combatida pelo inciso VII do art. 149 do CTN e pelos arts. 166 e 167 do Código Civil (C.C) de 2002. Antigamente, era combatida pelo art. 102 do antigo C.C de 1916.

O inciso VII do art. 149 do CTN prevê que o fisco pode efetuar um lançamento quando verificar falsidade, erro ou omissão de qualquer elemento definido na legislação tributária; enquanto os artigos do C.C tratam da nulidade de atos simulados e falsos.

GODOI (2016, p. 42) indica que a doutrina e jurisprudência majoritária entendem que, para que o fisco combata a evasão fiscal, não é necessário que o Poder Judiciário analise o caso e declare a operação nula, podendo o fisco pode desconsiderar a operação no ato de lançamento (art. 149 do CTN).

Ainda que a prática possa ser combatida por esses dispositivos, há uma discussão sobre o parágrafo único do art. 116 do CTN, e se essa norma possui o efeito de apenas reforçar o combate da evasão tributária (reforço esse que teria sido feito para afastar a possível necessidade de discutir a nulidade dos atos praticados pelo contribuinte em juízo, no intuito de desconsiderar a operação simulada/fraudulenta para fins fiscais).

3. O combate da elusão, por sua vez, atrai diversas controversas. Existem duas formas básicas para limitar a elusão fiscal: (i) pela adoção de uma típica norma geral antiabuso (GAARs); ou (ii) pela aplicação de um conceito amplo de “simulação” que, na prática, produz efeitos semelhantes a uma GAARs (GODOI, 2012, p. 130, 2016, p. 7).

3.1. Acerca da primeira forma, adoção de uma GAAR,s será visto que há uma discussão se o parágrafo único do art. 116 do CTN busca exercer essa função.

3.2. Quanto à segunda forma, pela aplicação de um conceito amplo de simulação, é importante ressaltar que existe uma corrente doutrinária contrária a essa interpretação. Isso porque alguns entendem que a simulação deve ser interpretada de forma restritiva, conforme explicado a seguir.

O art. 167 do C.C e o art. 102 do antigo C.C. de 1916 determinam que ocorre simulação quando uma operação não for verdadeira. Diante desse dispositivo, alguns interpretam a “simulação” de forma ampla/causalista; e outros de forma restritiva (GODOI, 2007, p. 6; 2012, p. 135; 2016, p. 9).

3.2.1. Pela visão restritiva, a simulação só ocorre quando se declara um fato de forma falsa - como quando há um contrato de compra e venda e o valor declarado na escritura é diferente do valor efetivamente pago. Por essa visão, um planejamento tributário que envolva uma operação sofisticada quase sempre não será enquadrado como ato simulado, e sim como negócio jurídico indireto – quando o legislador tributário se refere a estruturas negociais típicas, e o contribuinte usa de uma dessas estruturas de forma artificial para atingir seus objetivos, que são diversos aos

inerentes àquela estrutura. Esse seria o entendimento de Ricardo Lobo Torres (GODOI, 2016, p. 11; TORRES, 2007, p. 334).

Na visão restritiva, identifica-se duas correntes doutrinárias distintas que se opõem ao uso do conceito de “simulação” para combater negócios jurídicos indiretos: (i) a de autores que chamamos de “não formalistas”, e (ii) de autores que chamamos de “ultraformalistas”.

3.2.1.1. Os autores que chamamos de não formalistas são os que se opõem ao uso do conceito amplo de simulação, pois entendem que seria necessário existir uma GAARs para o combate do planejamento elusivo. Assim, a elusão pode ser combatida, mas não pelo conceito amplo de simulação – pode ser combatida desde que exista uma norma geral antiabuso para tanto (GODOI, 2016, p. 12 e 13).

3.2.1.2. Os autores que chamamos de ultraformalistas são os que, além de rejeitarem o uso do conceito amplo de simulação, são contrários a qualquer norma que limite um planejamento tributário, com exceção da evasão fiscal (fraude/simulação).

Para esses autores, ou o contribuinte omite, finge ou manipula os fatos praticados, praticando a evasão; ou pratica a elisão. Os planejamentos artificiosos, que distorcem as formas jurídicas usadas, que nós chamamos de elusão, são tratados por esses autores como se fossem elisão – como se fosse um planejamento lícito.

Assim, esses autores recusam a ideia de que há um “meio termo” entre o planejamento tributário lícito (elisão) e ilícito (evasão). Por essa teoria, mesmo que o contribuinte tenha usado de formas artificiosas para atingir resultados tributários mais benéficos que os que lhe seriam essencialmente aplicáveis, sua conduta não poderia ser combatida nem por uma norma geral antibauso e nem pelo conceito de simulação – só poderia ser combatida diante da existência de uma norma específica para o caso (uma SAARs, exemplificada ao longo desse estudo).

Nesse sentido, toda tentativa de limitar a elusão fiscal seria inconstitucional, pois princípios como da reserva absoluta de lei, tipicidade, segurança jurídica, proibição de tributar mediante analogia, livre-iniciativa e direito à propriedade privada não permitiriam o combate do planejamento que não constitua propriamente uma evasão - omissão/fingimento/manipulação. Esse seria o entendimento, por exemplo de Alberto Xavier e Ives Gandra Martins (GODOI, 2016, p. 11 e 24; XAVIER, 2001, o. 52; MARTINS, 2000).

3.2.2. Por outro lado, existe uma visão ampla sobre a simulação – chamada de visão causalista. Por essa visão, haverá simulação mesmo que as partes não escondam/mintam sobre um fato específico – ao invés de analisar os fatos específicos da operação, analisa-se a finalidade prática buscada naquele arranjo.

Essa visão é muito próxima ao que, na doutrina restritiva de simulação, é tratado como negócio jurídico indireto, pois busca-se identificar se a finalidade prática da operação diverge da finalidade típica do negócio (GODOI, 2016, p. 15). Esse seria o entendimento de Heleno Tôrres (GODOI, 2016, p. 16; TORRES, 2003, p. 309).

Marciano Seabra de Godoi (2007, 2008, 2012, 2016) se opõe a corrente ultra formalista, e nós concordamos com o autor, pois um posicionamento contrário à limitação do planejamento elusivo não condiz com a função do direito tributário no Estado Democrático de Direito.

Especificamente quanto ao ordenamento interno federal, o autor entende que seria importante que existisse uma norma GAARs para combater a elusão fiscal, pois essa norma atrairia maior segurança jurídica.

Isso porque, como atualmente não há uma norma específica que trate da elusão, esses planejamentos são as vezes tratados como se fossem evasão fiscal e sofrem penalidades severas, o que poderia ser evitado por uma GAAR. Uma GAAR seria importante também para atribuir um procedimento que permita que o contribuinte tome conhecimento dos fatos que levaram a autoridade a considerar o planejamento como abusivo, para que possa provas pertinentes.

Não obstante, Marciano Seabra de Godoi (2016) entende que, diante da inexistência de uma GAAR doméstica interna no âmbito federal, o planejamento elusivo pode continuar sendo combatido pela adoção do conceito amplo de simulação.

No Brasil os tribunais, especialmente o Conselho Administrativo de Recursos (CARF), costumam adotar a visão ampla de simulação para atingir o planejamento elusivo, e buscam identificar a substância real da operação e seu grau de artificialidade para desconsiderar as operações abusivas, que não constituem uma evasão e tampouco uma elisão (GODOI, 2016, p. 18).

Diante desse contexto, GODOI (2016, p. 17) observou que o CARF tem aplicado penalidades diferentes para operações de elusão e evasão – quando há elusão, desconsideram a operação sem aplicação de multa agravada; quando há evasão, desconsideram a operação com multa agravada.

Sobre o tema, Luís Eduardo Schoueri (2010, p. 17) afirmou que, desde meados da década de 1990, a jurisprudência administrativa passou a acatar posicionamentos fiscais que questionavam o planejamento tributário.

Afirma o autor que a análise dos precedentes do antigo Conselho de Contribuintes (atual CARF) evidencia que os julgamentos não adotam uma classificação unânime sobre os planejamentos tributários – conceituaram a prática como abuso de direito, fraude à lei, negócio jurídico indireto ou simulação, não existindo um padrão sobre o termo/instituto utilizado.

Ainda que diversos institutos jurídicos tenham sido utilizados para classificar os planejamentos, observou que casos semelhantes tinham desfechos parecidos. O autor evidenciou que os seguintes fatores foram determinantes para a decisão de que um planejamento tributário seria inválido: (i) a operação ser motivada exclusivamente por razões fiscais, ou não ter sentido na perspectiva empresarial; (ii) os fatos narrados pelos contribuintes não corresponderem à realidade; (iii) casos em que a operação não poderia ocorrer, pois contrairia uma norma legal. O primeiro critério foi tido como o mais relevante pelas decisões do antigo Conselho, o que foi criticado pelo autor.

Pelo exposto e, para fins desse estudo, é importante observar que a doutrina brasileira, quando analisa um planejamento abusivo/elusivo, pode ser dividida da seguinte forma: (i) autores que chamamos de não formalistas, que entendem que esse planejamento pode ser combatido por uma GAARs, (ii) autores que chamamos de ultraformalistas, que entendem que não se pode combater o planejamento elusivo, que não constitua uma evasão fiscal (fraude/sonegação); (iii) autores que entendem que esse planejamento pode ser combatido por institutos jurídicos como o da “simulação”.

5.2.2. A doutrina brasileira e a regra PPT.

Após termos resumido os estudos de GODOI (2007, 2008, 2012, 2016) e as correntes doutrinárias brasileiras sobre o planejamento tributário, passamos para a análise de críticas da doutrina brasileira à PPT.

Evidenciamos as críticas realizadas pelos seguintes autores: Andressa Pegoraro (2021), Ariel de Abreu Cunha (2018), Carlos Renato Vieira e Flávio Carvalho (2016), Gabriel Rübinger-Betti (2019, p. 261), Fernando Fonseca e Felipe Almeida (2016),

João Francisco Bianco (2020), Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019), Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano (2016), Paulo Rosenblatt e Pedro Henrique Ramos (2018) e Sérgio André Rocha (2017).

Em seguida, expomos nossos entendimentos e críticas sobre as questões levantadas por esses autores.

(i) Críticas de autores nacionais.

Conforme será visto, a maioria dos autores brasileiros apresentam opiniões desfavoráveis com relação a regra PPT.

No primeiro grupo, observamos que existem autores adeptos da corrente que chamamos no tópico supra de ultraformalistas, que se opõem à regra PPT por terem um entendimento contrário a qualquer limitação do planejamento tributário que não seja a evasão fiscal, assim como visto no tópico anterior.

Em um segundo grupo, selecionamos autores que entendem que seria necessária uma norma interna para delimitar o âmbito de aplicação da regra PPT.

No terceiro grupo, analisamos autores que criticam a regra PPT sob a perspectiva de ser ou não a regra compatível com a política fiscal internacional brasileira.

Por fim, identificamos um quarto grupo autores que analisam os elementos específicos da regra PPT e criticam a validade dessa regra considerando sua redação.

Acerca do primeiro grupo mencionado, Ariel de Abreu Cunha (2018, p. 82), Gabriel Rübinger-Betti (2019, p. 261), João Francisco Bianco (2020, 251), Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano (2016, p. 1012), Paulo Rosenblatt e Pedro Henrique Ramos (2018, p. 258) entendem que não poderia existir, no ordenamento brasileiro (interno ou internacional), uma norma geral que combata as operações abusivas (que nós chamamos de elusão fiscal), seguindo a corrente de autores que nós chamamos de ultraformalistas.

Os argumentos seguem a mesma linha dos argumentos expostos no tópico anterior, ou seja, os que são usados, de forma geral, para defender a posição contrária à limitação do planejamento que não seja a evasão. Para esses autores, ou o contribuinte omite, finge ou manipula os fatos praticados, praticando a evasão; ou pratica a elisão. Os planejamentos abusivos e artificiosos, atingidos pela regra PPT, são tratados por esses autores como se fossem elisão – planejamento lícito.

Assim, esses autores entendem que uma prática como a do *treaty shopping* só poderia ser combatida por uma norma específica que atinja a operação praticada (SAARs). Usam, em sua argumentação, princípios como da reserva absoluta de lei, tipicidade, segurança jurídica, proibição de tributar mediante analogia, livre-iniciativa e do direito à propriedade privada para sustentar uma posição contrária à PPT.

No segundo grupo mencionado, observamos que Carlos Renato Vieira e Flávio Carvalho (2016) entendem que a redação da regra PPT é demasiada vaga e incerta. Esses autores entendem que seria necessária uma lei interna que imponha mais transparência e previsibilidade sobre a aplicação da regra.

Quanto ao terceiro grupo, que analisa a relação da regra PPT com a política fiscal internacional do Brasil, destacamos que Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano (2016, p. 1012) afirmam que a regra PPT diminuiria o potencial de atração de investimentos estrangeiros no país.

Por sua vez, Sérgio André Rocha (2017) afirmou que não seria possível ainda afirmar se a Ação 6 do Projeto BEPS seria compatível com a política fiscal internacional brasileira, e que seria incerto se o Brasil entende ou não que o *treaty shopping* seria uma forma de atrair investimento.

No quarto grupo, observamos que Andressa Pegoraro (2021), Ariel de Abreu Cunha (2018, p. 82), Fernando Fonseca e Felipe Almeida (2016) e Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019) criticam determinados elementos da regra. São esses os elementos tratados pelos autores: (i) o teste da razoabilidade, (ii) o elemento subjetivo e sua previsão de que a regra busca atingir operações que tenham como “um dos principais”, e não o principal propósito, a obtenção de benefício, (iii) o ônus da prova, de forma similar as discussões expostas no tópico 2.7 (críticas de autores estrangeiros).

Nesse grupo, apenas Ariel de Abreu Cunha (2018, p. 82) entende que a regra é inválida.

Por sua vez, conforme adiantado no capítulo 2, Andressa Pegoraro (2021) e Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019) concluem que a regra deve ser alterada/interpretada de forma a se tornar compatível com o ordenamento pátrio.

Andressa Pegoraro (2021) sugere que a regra seja adotada, mas que algumas questões controversas da regra PPT sejam interpretadas de forma a tornar a regra compatível com o ordenamento brasileiro. Nesse sentido, sugere que seja exigida a

apresentação de provas claras e convincentes, por parte das autoridades, de que o principal propósito/um dos principais propósitos da operação foi a obtenção de benefício. Sugere ainda que seja exigida a identificação de indícios de artificialidade nos fatos e circunstâncias relevantes, que devem ser analisados de forma objetiva, para aplicação da regra.

Luis Eduardo Schoueri e Clara Moreira (2019, p. 783), por sua vez, concluem que a regra precisaria ser alterada para que fosse compatível com o ordenamento pátrio. Propõem as seguintes mudanças: (i) mudar o teste subjetivo, para que exija que o principal propósito da operação, e não um dos principais, seja a obtenção de benefícios; (ii) alocar o ônus do elemento objetivo às autoridades administrativas; (iii) que sejam descritos, de forma exemplificativa, os elementos que informam a substância do negócio.

Sendo assim, o que se observa é que há um posicionamento doutrinário majoritariamente desfavorável à incorporação da regra PPT nos tratados internacionais.

(ii) Nosso entendimento.

Como visto, separamos as críticas da doutrina nacional em relação a regra PPT em quatro grupos.

O primeiro foi o de autores ultraformalistas, que se opõem à introdução de normas GAARs em geral, pois não concordam com o combate da elusão fiscal. Já esclarecemos, nos tópicos anteriores, que discordamos dessa posição e que somos favoráveis ao combate de práticas abusivas, que não se enquadram nem como evasão e nem como elisão fiscal.

Em seguida, observamos que Carlos Renato Vieira e Flávio Carvalho (2016) entenderam que seria necessária uma norma interna para delimitar o escopo da regra PPT, que seria demasiada vaga e incerta. Discordamos dos autores e entendemos que a redação da regra PPT contém critérios razoavelmente claros e suficientes para que seja aplicada, conforme nossas conclusões parciais expostas no tópico 2.8.

No terceiro grupo, viu-se que alguns autores criticam a regra PPT sob a perspectiva de ser ou não essa regra compatível com a política fiscal brasileira. Como visto no capítulo anterior, esse questionamento não se sustenta, pois o Brasil já combatia o abuso de tratados por regras GAARs há muitos anos – muito antes da

Ação 6 do Projeto BEPS, e antes mesmo de ser comum a introdução de regras dessa natureza em acordos. Ademais, desde que publicada a Ação 6, todos os tratados negociados pelo Brasil contêm a regra PPT.

No quarto grupo, tratamos de autores que criticaram elementos específicos da regra PPT, como o teste da razoabilidade, o elemento subjetivo e o ônus da prova. Nós nos enquadramos nesse grupo, pois avaliamos todos os elementos e âmbito de aplicação da regra no capítulo 2.

Ademais, como adiantado no capítulo 2, nos filiamos à corrente de autores que defendem a validade da incorporação da regra PPT nos tratados, e sugerimos algumas alterações na sua redação (expostas no capítulo 2).

Por fim, observamos que o STF está julgando atualmente, a ADI 2.446, que trata da constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN e das limitações ao planejamento tributário no ordenamento brasileiro interno (federal).

Entendemos que é necessário estudar esse julgamento e os votos até o momento apresentados, no intuito de averiguar se o posicionamento atual dos Ministros do STF pode eventualmente ser tido como contrário à introdução de qualquer norma antiabuso no ordenamento brasileiro que combata a elusão fiscal – e se esse posicionamento pode também, eventualmente, ser tido como contrário à introdução de uma norma como a regra PPT nos tratados internacionais brasileiros.

Para tanto, faremos um estudo sobre o parágrafo único do art. 116 do CTN e sobre a ADI 2.446.

5.4. A ADI 2.446 e o combate à introdução de normas que combatem o planejamento abusivo no ordenamento brasileiro.

O objeto da ADI 2.446 é a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN, que é uma norma criada em 2004 para limitar o planejamento tributário no Brasil. Conforme será visto, não há um consenso na doutrina sobre qual planejamento estaria sendo limitado pela norma – a evasão, elusão ou Elisão.

Nosso objetivo não é opinar sobre a constitucionalidade do art. 116 do CTN e tampouco sobre a ADI, mas tão somente analisar se esse julgamento pode ser

contrário as normas antielusivas, e se pode impactar a introdução da regra PPT nos tratados brasileiros.

5.4.1. O parágrafo único do art. 116 do CTN.

Em 2001, foi promulgada a LC nº 104/2001, que inseriu o parágrafo único do art. 116 do CTN, na forma abaixo:

Art. 116, parágrafo único: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária (BRASIL, 1996).

Essa alteração foi oriunda do Projeto de Lei Complementar nº 77/1999, e a exposição de motivos assim previa:

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 (BRASIL, 1999, fls. 48931, grifos nossos)

Veja-se que a exposição de motivos afirma que a norma combate à elisão fiscal e que busca atingir atos praticados com abuso de forma ou de direito. Diante desse contexto, surgiram debates doutrinários sobre o tipo de planejamento que a norma busca combater – a elisão, evasão ou elusão.

GODOI (2012, p.130; 2016, p. 42) explica que parte da doutrina entendeu que esse dispositivo proíbe todo e qualquer planejamento tributário, incluindo o elisivo, ou seja, o lícito. Nesse sentido, foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), reproduzindo a opinião dos autores que chamamos de ultraformalistas, que será analisada adiante.

Outros autores entendem que a norma regula o combate da evasão fiscal, de forma que não teria inovado no ordenamento, pois já existia um consenso de que operações fraudulentas não devem ser admitidas, e já eram combatidas pelo conceito de simulação contido no C.C e no CTN.

A inovação, segundo a corrente que defende essa posição, seria quanto a forma de desconsideração da operação – se os atos nulos deveriam ou não ser

levados a juízo para que assim fossem declarados, ou se as autoridades poderiam desconsiderar essas práticas antes de qualquer discussão perante o Judiciário.

Não obstante, conforme já mencionado, a doutrina e jurisprudência anteriores a essa Lei já entendiam que, para que o fisco combata a simulação, a fraude e outros tipos de evasão fiscal, não é necessário que o Poder Judiciário analise o caso e declare a operação nula – o fisco pode desconsiderar a operação no ato de lançamento (art. 149 do CTN) (GODOI, 2012, p. 130; 2016, p. 42).

Existe ainda uma terceira corrente que entende que essa alteração buscou introduzir uma norma geral antiabuso para combater a elusão tributária, ou seja, combater o planejamento que promove uma distorção artificiosa e forçada de determinados atos ou negócios – que não se enquadra nem como elisão e nem como evasão fiscal (GODOI, 2016, p. 43).

Nesse sentido, GODOI (2016, p. 43; 2012, p. 131) entende que essa alteração no CTN buscou aderir a uma tendência mundial de adotar normas gerais de combate à elusão tributária, de forma a inibir as práticas que, de forma artificiosa, distorcem determinados atos ou negócios previstos na lei para evitar a tributação. Dessa forma, ainda que a exposição de motivos tenha feito referência ao termo “elisão”, esse terceira corrente entende que a norma buscou atingir as situações que nós chamamos de “elusão”.

Para além desse debate, a doutrina discute também a eficácia da norma, pois é previsto que a regra será aplicada “observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, e essa lei ordinária nunca foi promulgada.

Marciano Seabra de Godoi (2016, p. 44) entende que, independentemente da eventual promulgação de uma lei ordinária que estabeleça os procedimentos para aplicação da norma, sua constitucionalidade poderia ser questionada. Isso porque o parágrafo único do art. 116 do CTN não estabeleceu critérios substantivos para a definição mais precisa do que se deve ter por atos ou negócios jurídicos que seriam desconsiderados pela norma.

O autor afirmou que as normas antiabuso possuem, por natureza, uma textura aberta e que cabe à jurisprudência definir seus contornos em cada caso concreto; mas concluiu que, comparada com as normas antielisão de outros países, como Espanha e Portugal, o parágrafo único do art. 116 do CTN teria numa redação demasiada vaga, não definindo de forma razoavelmente clara as hipóteses de aplicação da norma.

As normas da Espanha e Portugal, por exemplo, fazem referência a operações que tenham motivos exclusivos ou preponderantemente voltados à eliminação ou diferimento de tributos, e cumulativamente ao caráter artificioso dos atos ou negócios jurídicos praticados. Essas características são comuns das regras GAARs, conforme visto nas discussões dos tópicos anteriores sobre a regra PPT (e são características da própria regra PPT).

Para solucionar a vagueza do parágrafo único do art. 116 do CTN, GODOI (2016, p. 44) entende que não seria necessário somente uma lei ordinária que regulamentasse “os procedimentos” para aplicação da norma, e sim uma lei complementar, que esclarecesse os atos que são passíveis de desconsideração para fins fiscais (GODOI, 2016, p. 44). Assim, no entendimento do autor, a norma não é eficaz, porque sua redação não estabelece critérios razoavelmente claros para que seja aplicada – sendo necessário que outra lei complementar delimite e/ou altere a norma.

Ademais, esclarece que os procedimentos para aplicação da norma, que poderiam ser definidos por lei ordinária, tampouco foram publicados – os que dizem respeito a autoridade competente para realizar o lançamento, forma do lançamento, prazo de recurso, etc. Foi publicada a Medida Provisória nº 66/2012 que previa, no seu art. 15-19, alguns procedimentos para aplicação da regra, mas essa regulamentação não foi convertida em lei.

Como adiantado nos tópicos anteriores, esses procedimentos seriam importantes para permitir que o contribuinte tome conhecimento dos fatos que levaram a autoridade a considerar o planejamento como abusivo e produzir provas pertinentes (GODOI, 2016, p. 44).

Sendo assim, observa-se que não há um consenso sobre o escopo e aplicação da norma contida no parágrafo único do art. 116 do CTN. Passamos, a seguir, para a análise da ADI 2.446, que combate e pede a declaração de inconstitucionalidade dessa regra.

5.4.2. A ADI nº 2.446/2001.

(i) Petição inicial.

Em 2001, a Confederação Nacional do Comércio ajuizou a ADI 2.446/2001, defendendo a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN.

Na petição inicial, foi dito que esse dispositivo introduziu uma norma de combate à **elisão** fiscal, e que busca inibir o legítimo planejamento tributário.

Os principais argumentos utilizados foram: (i) a norma permitiria que o fisco adote uma interpretação econômica das leis e tribute por analogia, “mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador”, (ii) violação do princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada, da reserva absoluta da lei formal e da segurança jurídica, (iii) afronto ao princípio da separação de poderes, pois permitiria que as autoridades fiscais exercessem atividade privativa do legislativo, (iv) a norma combateria à elisão fiscal, em oposição a evasão, atingindo planejamentos lícitos (BRASIL, 2001, p. 3).

Essa petição reflete o entendimento dos autores que chamamos de “ultraformalistas”, que são contrários ao combate da elusão tributária, pois entendem que ou o contribuinte pratica uma evasão fiscal, ou a elisão, que seria o planejamento lícito e não limitável (GODOI, 2016, p. 43). Veremos, abaixo, o atual andamento do caso.

(ii) Andamento processual e parecer da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

A ação tramita há vinte anos no Supremo Tribunal Federal (STF) e seu julgamento ainda não foi concluído, o que evidencia uma demora injustificável.

Em 2004, a Advocacia Geral da União (AGU) manifestou-se nos autos, defendendo a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN. Em suma, juntou um parecer, no qual foi dito que a norma não veio para afastar formas lícitas de elisão tributária e tampouco os casos “clássicos” de evasão, nos quais há mascaramento da ocorrência do fato gerador. Afirmou-se que a norma serviria para atingir os planejamentos abusivos, negócios indiretos ou com falta de propósito comercial e planejamentos que violam o espírito da lei (AGU, 2004, fls. 200-2002).

O parecer ainda rebateu alguns argumentos da petição inicial e afirmou que a norma não combate os princípios constitucionais e nem usa da interpretação econômica para efetuar a tributação por analogia, pois o fato gerador estaria previsto

em lei e caberia a autoridade verificar a essência da operação e tributá-la de forma consoante ao seu fato gerador.

Assim, a AGU indica ter interpretado que a norma atinge o planejamento que nós chamamos de “elusão”, embora não tenha utilizado esse termo.

A Procuradoria Geral da República (PGR) também juntou um parecer nos autos em 2004, se manifestando pela procedência da norma. Contudo, de forma diversa da AGU, interpretou que a norma combateria a evasão fiscal, os atos praticados com a finalidade de “mascarar a efetiva ocorrência do fato gerador” (PGR, 2004, fls. 281).

O tema começou a ser julgado no plenário em 2020 e, até o presente momento, não o julgamento não foi concluído. Em junho de 2020, foi proferido voto pela relatora Ministra Carmem Lúcia, acompanhada dos Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Gilmar Mendes e Luiz Fux. Em outubro de 2021, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu voto divergente, e foi acompanhado por Alexandre de Moraes. Aguarda-se a vista do Ministro Dias Toffoli para o retorno do julgamento. Passa-se a analisar esses votos.

(iii) Voto da Ministra Carmem Lúcia.

A Ministra Carmem Lúcia, no seu voto, afirmou que a norma contida no parágrafo único do art. 116 do CTN combate a **evasão** fiscal/operações fraudulentas.

Não obstante, no decorrer do voto, a Ministra parecia adotar o mesmo entendimento do Parecer da AGU – no sentido de que os planejamentos que nós chamamos de “elusivos” seriam combatidos pela norma.

Isso porque, inicialmente, a Ministra se posicionou de forma contrária aos primeiros quatro argumentos da petição inicial, ou seja, discordou do entendimento de que a norma permitiria o fisco tribute por analogia e que violaria princípios constitucionais, como o da legalidade e tipicidade.

Afirmou ainda que a norma contida no CTN não tributa sem fato gerador; mas permite a desconsideração de operações que “dissimulam” ou “ocultam” o fato gerador. Nesse sentido, afirmou que a autoridade fica autorizada a “aplicar a base de cálculo e alíquota em uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado, dando máxima efetividade ao princípio da legalidade” (LÚCIA, 2020, p. 6).

Em seguida, afirmou que a norma não inibe o planejamento legítimo, a economia fiscal e a realização de atividades de forma menos onerosa (que nós chamamos de **elisão** fiscal).

Contudo, ao final do seu voto, a Ministra diverge dos argumentos que até então seriam favoráveis ao entendimento de que a norma inibe a elusão fiscal. Isso porque afirmou que existe uma dualidade de formas de planejamento – ou a operação será lícita (elisão), ou ilícita (evasão), e nada mencionou sobre os planejamentos artificiosos, que não se enquadram nesses conceitos (elusão). Assim, entendeu que a norma combateria a evasão e, por combater a evasão, a norma seria constitucional:

9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a **ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.**

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de **norma de combate à evasão fiscal.**

10. Pelo exposto, voto pela improcedência do pedido apresentado na presente ação. (LÚCIA, 2020)

Portanto, a Ministra concluiu que a norma combateria a evasão e que seria constitucional, e decidiu pela improcedência do pedido da ADI (declaração de inconstitucionalidade da norma).

Outra questão tratada nesse voto foi a eficácia do parágrafo único do art. 116 do CTN, por ser previsto que seria editada uma lei ordinária para regulamentar a norma. A Ministra entendeu que, enquanto a lei ordinária não for editada, as autoridades estariam impedidas de aplicar a norma.

Assim, muito embora muitos dos argumentos expostos na petição inicial da ADI tenham sido rejeitados, e a conclusão do voto tenha sido pela improcedência do pedido da ADI, o que se observa é que, em essência, o voto parece ter sido favorável ao que foi buscado concretamente na ADI, no sentido do posicionamento dos autores que nós chamamos de ultraformalistas.

Isso porque o voto concluiu que a norma combate a evasão fiscal, e nada disse sobre a elusão fiscal – de forma que restou implicitamente reconhecido que, pelo menos até o momento, não há nenhuma norma no ordenamento interno federal que limite o planejamento tributário que não constitua evasão.

Como mencionado anteriormente, esse voto foi seguido por quatro ministros (Marco Aurélio, atualmente aposentado, Edson Fachin, Gilmar Mendes e Luiz Fux).

(iv) Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Como adiantado, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu um voto divergente, entendendo que a norma seria inconstitucional.

No início do voto, o Ministro já esclarece que é adepto ao entendimento da Ministra Carmem Lúcia no que tange à interpretação de que a norma atingiria somente a evasão fiscal. O autor também concorda com a Ministra acerca do descabimento da alegação de que a norma violaria princípios constitucionais, como da legalidade e tipicidade.

O Ministro cita alguns autores para defender que a norma não tentaria combater a elisão fiscal e, em determinado trecho, indica que a norma poderia combater o planejamento que nós chamamos de “elusão”, pois comenta sobre negócios que usam de artifícios para burlar a tributação. Contudo, nos parece que o voto confundiu a elusão com evasão, tendo em vista que, logo após a menção dessas práticas abusivas, foram citadas as condutas ilícitas e a sonegação, que supostamente seriam combatidas pela norma:

Digo isso porque o objetivo do legislador não foi impossibilitar o planejamento tributário, prática comum nas atividades empresariais, com a finalidade de buscar o caminho menos oneroso de tributos para os contribuintes, **mas permitir que a autoridade administrativa desconstitua atos e negócios jurídicos nos quais forem usados artifícios juridicamente** ilegítimos para burlar a ordem tributária, evadindo-se o contribuinte da ocorrência de fato gerador que deveria constituir a obrigação tributária. **Inibe-se condutas ilícitas caracterizadas como sonegação fiscal.** (LEWANDOWSKI, 2021).

Veja-se então que o Ministro Lewandowski também entendeu que a norma combate somente a evasão fiscal.

Contudo, o Ministro entendeu que a norma seria inconstitucional porque, em seu entendimento, a norma não teria eficácia, ainda que fosse editada a lei ordinária regulamentando os procedimentos cabíveis para sua aplicação.

Isso porque, como visto, a redação do parágrafo único do art. 116 permite que a autoridade desconsidere as operações atingidas pela norma. Contudo, na opinião

do Ministro, somente o judiciário poderia desconsiderar as operações, após declarar a nulidade dos atos “simulados” na evasão fiscal.

Portanto, o Ministro também entendeu que a norma combate a evasão fiscal, mas concluiu de forma diferente, pois entendeu que o pedido da ADI seria procedente e que a norma seria inconstitucional. Concluiu que o fisco não pode desconsiderar a operação praticada sem que haja declaração da nulidade em juízo.

Esse voto, em nossa opinião, representa um grande retrocesso para o combate da evasão fiscal, pois coloca em questão: (i) a possibilidade de combate à evasão pelo fisco; (ii) a validade do combate à evasão antes de 2004, tendo em vista que essa prática sempre foi combatida pelo inciso VII do art. 149 do CTN e pelos arts. 166 e 167 do C.C.

(v) Nossas considerações.

Como explicado, a ADI 2446 foi examinada nessa dissertação no intuito de averiguar se o posicionamento atual do STF pode eventualmente ser tido como contrário à introdução de qualquer norma antiabuso no ordenamento brasileiro, e se esse posicionamento pode também, eventualmente, ser tido como contrário à introdução de uma norma como a regra PPT nos tratados internacionais brasileiros.

Viu-se, acima, que os votos até o momento proferidos concluíram que a norma do parágrafo único do art. 116 do CTN combate somente a evasão fiscal. Nesse contexto, entendemos que os votos não são necessariamente contrários à introdução de alguma outra norma que combata a elusão fiscal, pois essa questão sequer foi analisada pelo STF.

Reconhecemos que a própria ADI foi elaborada de forma a tratar somente de planejamentos elisivos e evasivos, como se houvesse logicamente apenas uma dualidade de formas de planejamentos. Nesse contexto, embora os votos tenham tratado somente dessas formas de planejamentos, entendemos que isso não significa que o STF interpretaria como inválida uma terceira classificação de planejamentos (que nós chamamos de elusão), porque isso não foi avaliado nos votos.

Entendemos também que os votos, em especial o da Ministra Carmem Lúcia (seguida por quatro ministros, até o momento), possuem elementos contrários ao posicionamento tradicional dos autores que nós chamamos de ultraformalistas, que se opõem a todo e qualquer combate da elusão fiscal.

Isso porque, em seu voto, a Ministra rejeita os argumentos de que: (i) a norma permitiria que o fisco adote uma interpretação econômica das leis para tributar por analogia, “mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador”, (ii) violaria o princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada, da reserva absoluta da lei formal e da segurança jurídica, (iii) afrontaria ao princípio da separação de poderes.

Contudo, lamentavelmente após 20 anos do ajuizamento da ADI, os Ministros ainda não aprofundaram a discussão sobre os possíveis planejamentos existentes, e se seria possível combater o planejamento que não se enquadra nem como elisão e nem como evasão.

Dessa forma, entendemos que o STF não se posicionou ainda sobre a constitucionalidade de inclusão de normas que combatem a elusão fiscal no ordenamento brasileiro (interno ou internacional), e que os votos até então proferidos pelos Ministros não invalidam a regra PPT, introduzida nos tratados brasileiros.

5.5. Conclusões parciais.

Nesse capítulo, foram expostas as opiniões de autores brasileiros sobre a regra PPT. Como visto, a maioria dos autores brasileiros se opõem à regra PPT por terem um entendimento contrário a qualquer limitação do planejamento que não seja a evasão no ordenamento brasileiro. Discordamos desse posicionamento, pois entendemos que o planejamento elusivo/abusivo pode e deve ser combatido por uma GAARs.

Existem também autores que entendem que seria necessária uma norma interna para delimitar o âmbito de aplicação da regra PPT. Nós também discordamos desse posicionamento, pois, conforme adiantado no tópico 2.8, entendemos que a norma contém critérios razoavelmente claros para que seja aplicada.

Outros autores criticam a regra PPT sob a perspectiva de ser ou não a regra compatível com a política fiscal internacional brasileira. Evidenciamos, no capítulo anterior, que o Brasil já combatia o abuso de tratados por regras GAARs há muitos anos – muito antes da Ação 6 do Projeto BEPS, de forma que a regra é compatível com nossa política fiscal.

Por fim, alguns autores criticam elementos específicos da regra e fazem sugestões sobre sua interpretação. Nós também efetuamos essas críticas, expostas no capítulo 2.

Ademais, estudamos a ADI 2.446, que está sendo julgada pelo STF. Concluimos que o STF não se posicionou ainda sobre a constitucionalidade de inclusão de normas que combatem a elusão fiscal no ordenamento brasileiro (interno ou internacional), e que os votos até então proferidos pelos Ministros não invalidam a regra PPT, introduzida nos tratados brasileiros.

CONCLUSÕES.

Os acordos contra a dupla tributação propõem medidas que visam beneficiar os residentes de um ou ambos os Estados contratantes, os quais, de forma recíproca, limitam sua competência tributária. Contudo, os contribuintes por vezes estruturam suas operações para usufruir de benefícios convencionais que, em princípio, não lhe seriam aplicáveis, e há casos em que essas operações podem ser classificadas como “abusos” do tratado.

Desde 1977, a OCDE estuda, desenvolve e propõe a adoção de medidas para lidar com o abuso dos tratados, almejando atingir práticas como as do *treaty shopping* e *rule shopping*.

Contudo, as regras até então sugeridas pela CM OCDE eram voltadas a atingir determinados tipos de planejamentos específicos (SAARs). Essas regras não conseguem acompanhar os planejamentos complexos elaborados pelos contribuintes, motivo pelo qual foi introduzida a regra PPT na CM OCDE de 2017, como fruto da Ação 6 do Projeto BEPS.

Essa regra, enquanto uma regra geral (GAAR) possui uma textura aberta, cabendo à jurisprudência definir seus contornos em cada caso concreto (num contínuo no qual os casos anteriores devem funcionar como guia para os casos posteriores), o que atrai diversos questionamentos e discussões doutrinárias. Não obstante essas críticas quanto à vagueza e insegurança jurídica, a CM OCDE 2017 empreendeu um esforço significativo para definir, razoavelmente, o alcance e as hipóteses de aplicação da regra.

Após analisar todos os elementos da regra, os comentários da CM OCDE 2017 e as críticas doutrinárias, concluímos que essa regra tem sido validamente introduzida nos tratados, e que ela possui critérios objetivos que guiam e restringem seu escopo de aplicação.

Sugerimos as seguintes mudanças para aprimoramento da regra: (i) alteração do teste de razoabilidade/elemento subjetivo, para que passe a prever que a regra busca identificar a substância econômica/propósito comercial/grau de artificialidade da operação, e não a intenção do contribuinte; (ii) previsão de que o Estado fonte deve informar e/ou consultar o de residência antes de negar benefícios.

Ademais, nos comentários da CM OCDE, sugerimos que seja esclarecido: (i) que a regra PPT suplementa todas as regras SAARs do tratado, e não apenas a regra LOB; (ii) o que são os objetivos e fins relevantes do tratado – se o tratado deve ser avaliado como um todo, se apenas algumas regras devem ser consideradas, como avaliar o objetivo e fim das regras e/ou do tratado.

Essa regra possui grande relevância no atual contexto de tratados internacionais, pois todos os países engajados no Projeto BEPS (atualmente, 141 países) devem adotar a regra PPT ou outras regras SAARs acompanhadas de mecanismos que lidam com abusos diversos. A regra PPT foi também incorporada no MLI, que modifica de forma acelerada e sincronizada os tratados vigentes, e já foi assinado por 96 países.

O Brasil, embora não tenha assinado o MLI, tem evidenciado seu compromisso em atender os padrões mínimos do Projeto BEPS pela alteração individual dos seus tratados. Verificamos que todos os acordos celebrados recentemente incorporaram a regra PPT, na forma como sugerido pela CM OCDE 2017.

Foi visto também que a regra PPT constante da Ação 6 não representa uma inovação/mudança da política fiscal brasileira, pois desde 2002 o Brasil já incorporava GAARs ainda mais amplas e abertas que a regra PPT nos seus tratados.

Os autores brasileiros, em geral, se posicionam de forma contrária à introdução de qualquer norma geral antiabuso nos tratados internacionais brasileiros. Contudo, essa oposição tem sido realizada não pela análise da regra em si, mas porque os autores seguem uma corrente doutrinária radicalmente contrária à introdução de forma geral de normas antiabuso, no ordenamento brasileiro.

Nós não concordamos com esse posicionamento e, à luz de tudo que foi estudado, entendemos que a regra PPT tem sido validamente incorporada nos tratados internacionais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. **Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de “Abusos”: Análise Crítica**. In Marcus Lívio Gomes & Luís Eduardo Schoueri (coord.), A Tributação Internacional na Era Pós- BEPS – v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARBOSA, Mateus Calicchio. **O Beneficiário Efetivo no modelo OCDE: de volta para o futuro?**. Revista de Direito Tributário Internacional Atual 02: Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2017/12/Mateus-Calicchio-Barbosa.pdf>>. Acesso em 15.07.2021.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. **Os desafios do planejamento tributário internacional na Era Pós-BEPS**. XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários - IBET. 1ed. São Paulo: Noeses, 2016.

BECKER, Helmut e WURM, Felix J. **Treaty Shopping - an emerging tax issue and its present status in various countries**. Holanda: Kluwer, 1988.

BIANCO, João Francisco. **Principal Purpose Test in Brazilian Tax Treaties**. Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 07 p. 247-251. São Paulo: IBDT, 2020.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Teoria Geral do Direito Internacional Público**. 1. ed. Belo Horizonte: O Lutador, 2020. v. 1.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial**. Brasília, 25 de outubro de 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2446. Brasília, 18 de abril de 2001.

BRASIL, Decreto Federal n.º 4.852, de 2 de outubro de 2003. **Diário Oficial**. Brasília, 3 out. 2003.

BRASIL, Decreto Federal n.º 5.576, de 8 de novembro de 2005. Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Estado de Israel Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda, celebrada em Brasília, em 12 de dezembro de 2002. **Diário Oficial**. Brasília, 8 de novembro de 2005.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2446. Brasília, 20 de maio de 2004.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2446. Brasília, 27 de setembro de 2004.

BRASIL, Decreto Federal n.º 5.799, de 7 de Junho de 2006. **Diário Oficial**. Brasília, 2006.

BRASIL, Decreto Federal nº 5.922, de 3 de outubro de 2006. **Diário Oficial**. Brasília, 4 out. 2006.

BRASIL, Decreto Federal nº 7.020, de 27 de novembro de 2009. **Diário Oficial**. Brasília, 30 nov. 2011.

BRASIL, Decreto Federal nº 8.336, de 12 de novembro de 2014. **Diário Oficial**. Brasília, 13 nov. 2014.

BRASIL, Decreto Federal nº 8.335, de 12 de novembro de 2014, DOU de 13 nov. 2014.

BRASIL, Decreto Federal nº 6.000, de 26 de dezembro de 2006, DOU de 27 dez. 2006.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial**. Brasília, 14 de dezembro de 2009.

BRASIL, Decreto Federal nº 8.140, de 14 de novembro de 2013, **Diário Oficial**. Brasília, 18 nov. 2013.

BRASIL, Decreto Federal nº 8.336, de 12 de novembro de 2014. Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Bolivariana da Venezuela para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, firmada em Caracas, em 14 de fevereiro de 2005. **Diário Oficial**. Brasília, 12 de novembro de 2014.

BRASIL, Decreto Federal nº 9.115, de 31 de julho de 2017, **Diário Oficial**. Brasília, 1 ago. 2017.

BRASIL, Decreto Federal nº 9.482, de 27 de agosto de 2018. Promulga o Protocolo de Emenda à Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e seu Protocolo, firmado em Mendoza, em 21 de julho de 2017. **Diário Oficial**. Brasília, 28 de agosto de 2018.

BUGARIN, Tomás T.S e MENEGUIN, Fernando B. **Rational Decision Making: parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo?** Revista de Informação Legislativa nº 207. Brasília: 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512447/001041584.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 13.06.2021.

CHAND, Vikram. **The Guiding Principle and the Principal Purpose Test**. International Taxation, v. 12. Países Baixos: Kluwer Law International, 2015.

CHAND, Vikram. **The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis**. Intertax, v. 46, n. 1. Países Baixos, 2018a.

CHAND, Vikram. **The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-avoidance rules**. Intertax, v. 46, n. 2. Países Baixos: Kluwer Law International, 2018b.

CUNHA, Ariel de Abreu. **Planejamento tributário internacional no Projeto BEPS: Agressivo ou agredido?**. Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 05 (2019). São Paulo: IBDT, 2019. Disponível em: <<https://www.ibdt.org.br/RDTIA/n-5-2019/planejamento-tributario-internacional-no-projeto-beps-agressivo-ou-agredido/>>. Acesso em 21.09.2021.

CUNHA, Rita C. **BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule**. Global Taxation, v. 1, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796565>>. Acesso em 13.06.2021.

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 International Taxation, v. 72, n. 1, Amsterdam: IBFD, 2018..

DE BROE, Luc. **International Tax Planning and Prevention of Abuse**. Amsterdam: IBFD, 2008. Disponível em: <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Doc14_chapter.pdf>. Acesso em 05.01.2021

DE BROE, Luc; LUTS, Joris. **BEPS Action 6: Tax treaty abuse**. Intertax, v. 43, n.2. Países Baixos: Kluwer, 2015.

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**, v. 72, n. 1, Amsterdam: IBFD, 2018.

DOUMA, Sjoerd, ENGELLEN, Frank (eds.), **The legal status of the OECD Commentaries**. Amsterdam: IBFD, 2008.

DUFF, David J. **Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2**. Canadian Tax Journal, v. 66, n. 4. Canadá: 2018.

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

FONSECA, Fernando Daniel de Moura e ALMEIDA, Felipe Toledo Soares de. A ação nº 6 do beps e os limites impostos ao planejamento tributário internacional pelos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil In: SAUNDERS, Ana Paula; GOMES, Edgar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; MURAYAMA, Janssen. (Org.). **Estudos de tributação Internacional**. 1ªed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 175-197.

GODOI, M. S. de. Os tratados ou convenções internacionais para evitar a dupla tributação e sua hierarquia normativa no Direito Brasileiro. In: Luís Eduardo Schoueri. (Org.). **Direito Tributário - Homenagem a Alcides Jorge Costa**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. II, p. 975-1008.

GODOI, Marciano Seabra de. Dois conceitos de simulação e suas consequências para os limites da elisão fiscal. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário - 11.º Volume**. São Paulo: Dialética, 2007.

GODOI, Marciano Seabra de. O quê e o porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi e ROCHA, Sérgio André. (Org.). **Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier latin, 2008, v. , p. 72-99.

GODOI, Marciano Seabra de. **Estudo comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil**. Sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 194, 2012.

GODOI, Marciano Seabra de. A Nova Legislação sobre Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei 12.973/2014) como Resultado do Diálogo Institucional Estabelecido entre o STF e os Poderes Executivo e Legislativo da União. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário- 18.º Volume**. 1ed.São Paulo: Dialética, 2014.

GODOI, Marciano Seabra de. Planejamento Tributário. In: Hugo de Brito Machado. (Org.). **Planejamento Tributário**. 1ed.São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

GODOI, Marciano Seabra de e CIRILO, Simone Bento Martins. **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 Tributário, v. 15, nº 1, 2020.

GOMES, Marcus Lívio. **The principal purpose test in the Multilateral Instrument**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2021.

KOK, Reinout. **The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6**. Países Baixos: Intertax, v. 44, n. 5, 2016.

LANG, Michael, BRUGGER, Florian. **The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation**. Australia: Australian Tax Forum, 2008. Disponível em: <https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/staff/publications/langbrugger_australiantaxforum_95ff.pdf>. Acesso em 03.06.2021.

LANG, Michael. **BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties**. Tax Notes International, v. 74, n. 7, Washington DC: Tax Analysts, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Dir.). **Direitos Fundamentais do Contribuinte**, São Paulo: Centro de Extensão Universitária - Revista dos Tribunais, 2000.

MORENO, Andrés Báez. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. **What Have We Gained from BEPS Action 6?**. Países Baixos: Intertax, vol. 45, 2017.

NAVARRO, Guilherme Neves de Paiva. **A critical analysis of the principal purpose test rule's core features and its practical applicability**. Revista de Direito Tributário Internacional Atual 07: Brasília, 2020. Disponível em: < <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2020/07/guilherme-neves.pdf>>. Acesso em 13.06.2021.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital 1977**. OCDE Publishing: Paris, 1977. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264055919-en#page1>. Acesso em 07.07.2021.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital 1992 (Condensed Version)**. OCDE Publishing: Paris, 1992. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-september-1992_mtc_cond-1992-en#page47>. Acesso em 07.07.2021.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2000 (Condensed Version)**. OCDE Publishing: Paris, 2000. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2000_mtc_cond-2000-en#page59>. Acesso em 07.07.2021.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2003 (Condensed Version)**. OCDE Publishing: Paris, 2003. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2003_mtc_cond-2003-en#page59>. Acesso em 07.07.2021.

OECD. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing**, Paris, 2013a. Disponível em < <https://www.oecd.org/ctp/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744-en.htm>>. Acesso em 25.08.2021.

OECD. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. OECD Publishing, Paris, 2013b. Disponível em <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/plano-de-acao-para-o-combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros_9789264207790-pt#page1>. Acesso em 23.06.2020.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)**. OCDE Publishing: Paris, 2014a.

OECD. **Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros**. OECD Publishing, Paris, 2014b. Disponível em <<https://www.oecd.org/tax/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version-9789264201248-pt.htm>>. Acesso em 11.02.2020.

OECD. **OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report**. OECD Publishing, Paris, 2015a.

OECD. **Action 15 Multilateral Instrument, OECD Publishing**, Paris, 2015b. Disponível em <<https://www.oecd.org/tax/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report-9789264241688-en.htm>>. Acesso em 25.08.2021

OCDE. **Convenção multilateral para a aplicação das medidas relativas às convenções fiscais destinadas a prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros**. Paris: OCDE Publishing, 2016. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>>. Acesso em 03.04.2021.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)**. OCDE Publishing: Paris, 2017a.

OECD. **2017 Update to the OCDE Model Tax Convention**. OCDE Publishing: Paris, 2017b.

OECD. **Frequently Asked Questions on the Multilateral Instrument (MLI)**. OCDE Publishing: Paris, 2017c. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>>. Acesso em 03.04.2021.

OECD. **Action 6 Prevention of tax treaty abuse**. OECD Publishing, Paris, 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/#:~:text=BEPS%20Action%206%20addresses%20treaty,other%20forms%20of%20treaty%20abuse>>. Acesso em 12.12.2021.

OECD. **Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting**. OECD Publishing, Paris, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>>. Acesso em 26.01.2022.

UNITED NATIONS (ONU). **Contributions to international co-operation in tax matters – treaty shopping/thin capitalization/co-operation between tax authorities/resolving international tax disputes**. Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais, Nova York, 1988.

UNITED NATIONS (ONU). **United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update**. Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais, Nova York, 2017.

PEGORARO, Andressa. O combate ao treaty shopping nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil e a influência do Projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) – o futuro das cláusulas de limitação de benefícios (LOB). **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 23., São Paulo: Dialética, 2015,

PEGORARO, Andressa. **A Cláusula de Principal Propósito (PPT) nos acordos para evitar a dupla tributação da renda**. São Paulo: IBDT, Edição kindle, 2021.

PERDELWITZ, Andreas. International Tax Structuring for Holding Activities. In: COTRUT, Madalirq **International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures**. Amsterdam: IBFD, 2015 *Apud* SCHOUERI, MOREIRA (2019).

PEREIRA, Paula Rosado. **Princípios do Direito Fiscal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2010. Disponível em: <https://www.srslegal.pt/xms/files/PUBLICACOES/Em_Torno_dos_Principios-...-.pdf>. Acesso em 12.10.2021.

PLOWGIAN, Michael H, RICCARDI; Christopher A. e MULLER, Martin L. **Treaty Benefits for Investment Vehicles in a Post-BEPS World**. The tax magazine, 2017. Disponível em: <<https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2017/treaty-benefits-investment-vehicles-taxes-0317.pdf>>. Acesso em 30.06.2020.

ROCHA, Sergio André. **Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROCHA, Sergio André. **Política Fiscal Internacional Brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROSENBLATT, Paulo e DOS SANTOS, Pedro Henrique Ramos Coutinho. **O alcance da Ação 6 do BEPS nos tratados para evitar a bitributação no Brasil: um cenário incerto**. Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 07 p. 247-251. São Paulo: IBDT, 2018.

ROTHMANN, Gerd Willi. **Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação**. São Paulo: IBDT, 2019. Disponível em: <<http://ibdt.org.br/biblioteca/?livro=mioloDoutoradoDrGerdWilliRothmann.php>>. Acesso em 31.05.2021.

RÜBINGER-BETTI, Gabriel. **Análise das normas antielisivas contidas nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil**. Brasília: Revista dos Estudantes de Direito na Universidade de Brasília, v. 16, p. 244-262, 2019. Disponível em: <<http://oaji.net/articles/2020/8404-1595871448.pdf>>. Acesso em 21.09.2021.

RYYNÄNEN, Olli. **The Concept of a Beneficial Owner in the Application of Finnish Tax Treaties**. Stockholm Institute for Scandinavian Law. 2009. Disponível em: <<https://www.scandinavianlaw.se/pdf/44-21.pdf>>. Acesso em 01.06.2021.

SCHUCH, Josef e NEUBAUER, Nikolaus. The Saving Clause: Article 1 (3) of the OCDE Model *In* BLUM, Daniel W. **Preventing treaty abuse**. London: Linde, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Disponível em: <<https://schoueri.com.br/publicacoes/>>. Acesso em 11.02.2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. **Revista Direito Tributário Atual nº 17**. São Paulo: Dialética, 2003. Disponível em: <<https://schoueri.com.br/>>. Acesso em 03.06.2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas sobre os tratados internacionais sobre tributação. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral. (Org.). **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Lex Editora S.A./Aduaneiras, 2005. Disponível em: <<https://schoueri.com.br/>>. Acesso em 06.07.2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O desafio do planejamento tributário. In: Luís Eduardo Schoueri. (Org.). Planejamento tributário e o propósito negocial. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. 1, p. 13-20.

SCHOUERI, Luís Eduardo e MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal: Repensando o Teste do Objetivo Principal à Luz da Segurança Jurídica. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. (Org.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Salvador: JusPodivm, 2019.

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

TAGLIALATELA, Giuseppe. Treaty abuse and passive income: holding period for intercompany dividends and modifications to Article 13 In BLUM, Daniel W. **Preventing treaty abuse**. London: Linde, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. "Elisão abusiva e simulação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho de Contribuintes", In: YAMASHITA, Douglas (coord.). **Planejamento tributário à luz da jurisprudência**, São Paulo: Lex, 2007, p.334

TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação**, Elusão Tributária, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.309.

VLEGGERT, Jan. **Abuse of Tax Treaties: a Discussion of Recent Court Cases in Various Countries with Opposite Outcomes**. Suíça: 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/1887_37150-Vleggeert%20-%20Abuse%20of%20Tax%20Treaties_%20a%20Discussion%20of%20Recent%20Court%20Cases%20in%20Various%20Countries%20with%20Opposite%20Outcomes.pdf>. Acesso em 01.02.2022.

VIEIRA, Carlos Renato; CARVALHO, Flavio. A Ação 6 do BEPS e a regra PPT Rule. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. **A tributação internacional na Era Pós-BEPS – soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento. v. II** – Substância e convenção multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 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 Case Law. **Erasmus Law Review**, n. 1. Online Journal: 2017.

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

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001, p.52.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAHRA, Ian. **The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1**. Bulletin for International Taxation, v. 73, n. 11, Online Journals, Amsterdam: IBFD, 2019a.

ZAHRA, Ian. **The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 2**. Bulletin for International Taxation, v. 73, n. 11, Online Journals, Amsterdam: IBFD, 2019b.