



OS DESAFIOS DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL NA ERA PÓS-BEPS

*Paulo Ayres Barreto*¹

*Caio Augusto Takano*²

I – Introito

O momento é de significativa transformação no Direito Tributário Internacional. Se até há pouco tempo praticamente não havia resistência à ideia de que seria perfeitamente legítima a economia tributária decorrente de estruturas empresariais verdadeiras, erigidas segundo formas jurídicas permitidas e que não configurassem artifícios dolosos para evitar a incidência tributária – como impecavelmente ensina PAULO DE BARROS CARVALHO³ –, a intensificação do fenômeno da erosão

1. Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP Livre Docente pela Universidade de São Paulo – USP Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET.

2. Doutorando e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo – USP Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas. Conselheiro Julgador do Conselho Municipal de Tributos. Professor Convidado da Pós-Graduação da FGV Management. Advogado em São Paulo.

3. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e positivação no direito tributário*.

da base tributária mundial nas últimas décadas tem gerado, em contrapartida, uma maior atenção dos Estados no combate a práticas elisivas das empresas transnacionais, que passaram a buscar instrumentos para limitar, com maior rigor, o espaço dentro do qual o contribuinte pode estruturar seus negócios para otimizar sua carga tributária, sob o pretexto de se garantir a obtenção dos meios econômicos necessários para custear suas atividades essenciais.

A constante integração econômica e a diminuição de fronteiras num cenário de acelerado processo de globalização criaram oportunidades para a estruturação de modelos operacionais em escala mundial, ou planejamentos tributários de natureza global – para referir à expressão de MICHAEL LENNARD⁴ –, que, dentro dos limites legais, permitem que os contribuintes possam transferir seus resultados a jurisdições com regras de tributação mais favoráveis, o que é facilitado pela intensa mobilidade do capital e dos meios de produção.

Tal fenômeno, de erosão da base tributária, não é atribuível somente a condutas dos contribuintes. As oportunidades para se reduzirem os tributos devidos em operações transacionais decorrem, por vezes, de atos de decisão legislativa dos diversos Estados que deliberadamente oferecem incentivos fiscais de toda sorte, ou, ainda, em virtude da ausência de uma adequada interação normativa entre o conjunto de regras tributárias impostas por cada país⁵, que não apenas poderá resultar numa dupla tributação, mas igualmente em uma dupla não tributação de um determinado rendimento pelos países envolvidos⁶.

Volume I. São Paulo: Noeses, 2011, p. 88.

4. Cf. LENNARD, Michael. Base erosion and profit shifting and developing country tax administrations. *Intertax*, v. 44, n. 10. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 740.

5. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 30.

6. Cf. OCDE. *Action plan on base erosion and profit shifting*. Amsterdam: OECD

Nesse contexto é que deve ser compreendido o projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*), liderado pela OCDE. Constatando que os planejamentos tributários das empresas transnacionais consistiam na exploração de oportunidades decorrentes de tratamentos legislativos conferidos pelos diferentes países (*mismatches*), bem como de conceitos de tributação internacional que não acompanharam o desenvolvimento da atividade econômica dos contribuintes⁷, as administrações tributárias dos países-membros da OCDE se viram compelidas a tomar alguma atitude que, a um só tempo, atendesse à crescente necessidade de receitas para políticas públicas dos Estados e restabelecesse a legitimidade e a estabilidade do regime tributário internacional⁸.

Tratando-se de iniciativa dos próprios Estados, não é de se espantar que a quase totalidade das medidas propostas no Plano de Ação do Projeto BEPS seja destinada a combater – direta ou indiretamente⁹ – aquilo que convencionaram ser a principal causa da erosão da base tributária: os planejamentos tributários empreendidos por empresas transnacionais, em especial aqueles considerados “abusivos” ou “agressivos”, isto é, decorrentes da tomada de posições fiscais “audaciosas”¹⁰ e que permitem uma economia tributária

Publishing, 2013, p. 9.

7. Cf. OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013, p. 47.

8. Cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, p. 60.

9. Diretamente, por meio de ações que visam especificamente à implementação de medidas para combater tais planejamentos pela alteração das normas de direito internacional que propiciaram erosão de base tributária (p. ex.: Ação 6 – “Prevenção de abuso dos tratados”) ou, indiretamente, por intermédio de ações que visam a aumentar a cooperação entre Estados ou entre Estados e contribuintes, bem como permitir a troca de informações em matéria tributária (p. ex.: Ação 11 – “Estabelecer metodologias para coleta e análise de dados sobre BEPS e as ações para seu enfrentamento”).

10. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31.

significativa àquele que se submeter aos seus riscos. Sob os influxos do Plano BEPS, retoma-se, agora com um enfoque internacional, a discussão sobre os limites à elisão tributária, que há muito tem dado azo a intensos debates doutrinários e jurisprudenciais.

À inerente complexidade do tema, soma-se, ainda, o fato de que o conceito de “planejamento tributário agressivo” não é claro ou estreme de dúvidas¹¹. Mais ainda, sequer há convergência pelos estudiosos se ele deve ver combatido ou não por um ordenamento jurídico, na medida em que o conceito de “agressividade” não está necessariamente imbricado com o de “ilicitude”. Outrossim, se é verdadeiro que o conceito de “agressividade” pode abranger o de “abuso”, haverá também situações em que possivelmente serão realizados planejamentos tributários que, conquanto não sejam ilegais ou abusivos, podem ser considerados “agressivos”¹². E, nesta última situação, a necessidade ou a compatibilidade de normas jurídicas que forneçam meios para combater tais planejamentos com o nosso sistema tributário não nos parecem óbvias, a exigir aprofundada reflexão pelos estudiosos e formuladores de política tributária.

Não são poucos os desafios existentes do planejamento tributário internacional na Era Pós-BEPS, em que os Estados necessitam, de um lado, encontrar uma resposta adequada ao comportamento do contribuinte que, conquanto legal, “ameaça a sobrevivência do Estado Fiscal e a noção global de justiça”¹³, e, de outro, devem se atentar aos limites ínsitos de seu ordenamento jurídico a serem observados, eminentemente os

11. Cf. DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 43.

12. Cf. PANAYI, Christiana HJI. Is aggressive tax planning socially irresponsible? *Intertax*, vol. 43, n. 10. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 545.

13. Cf. DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 43.

de natureza constitucional, bem como outros direitos e garantias dos contribuintes. Encontrar uma solução harmoniosa é missão árdua aos formuladores de política tributária, mas fundamental para que se cumpram os valores prestigiados em seus respectivos sistemas tributários.

Nosso propósito, no presente estudo, é o de investigar os possíveis influxos das propostas do Plano de Ação da OCDE sobre a disciplina normativa aplicável aos planejamentos tributários internacionais.

Inicialmente, será feita uma breve contextualização, no *Tópico II*, sobre as propostas e objetivos do Plano BEPS, frente ao complexo cenário internacional de tributação hodierno, pelo qual se identificará a tensão existente entre os interesses dos particulares – contribuintes e investidores – e dos Estados envolvidos no âmbito do BEPS. Também se constatará que os Estados, em vez de reconhecer sua parcela de responsabilidade para a ocorrência da erosão da base tributável, preferiram apontar as estruturas e planejamentos tributários das empresas transnacionais como sendo o principal motivo daquele fenômeno, resultando em uma aproximação no Plano de Ação que pouco contribui para o aprimoramento da relação entre fisco e contribuinte, conduta que inequivocamente merece incisivas críticas.

No *Tópico III*, analisar-se-ão algumas medidas propostas no Projeto BEPS para combater práticas “abusivas” ou “agressivas” de planejamento tributário, com foco nas Ações 2, 6 e 12, investigando os principais desafios encontrados para a adoção das propostas da OCDE para combater aquelas práticas e, ainda, sua adequação ao nosso ordenamento jurídico.

Por fim, no *Tópico IV*, verificar-se-á que a inserção dos novos *standards* tributários para o planejamento tributário propostos pela OCDE encontra limites no ordenamento jurídico brasileiro, que prestigia sobretudo valores como segurança jurídica e certeza do direito, superáveis apenas mediante substancial alteração legislativa em nosso sistema

tributário, em caminho radicalmente oposto ao que tem sido trilhado pelo legislador nacional.

Eis o desafio que se nos apresenta.

II – A erosão da base tributária e os desafios da tributação internacional

O Projeto BEPS surgiu como uma resposta à insuficiência do atual paradigma de tributação internacional para lidar com a erosão da base tributária e a transferência de resultados (*base erosion and profit shifting*)¹⁴, na qual se propôs uma série de recomendações que, rigorosamente, visam eliminar a dupla não tributação e espaços para o planejamento tributário internacional, com o objetivo, dentre outros, de se recuperar a confiança na justiça e legitimidade do regime tributário internacional¹⁵.

Com a crescente integração econômica e mobilidade de capitais, decorrentes do acelerado processo de globalização, de um lado, e a lenta evolução do regime tributário internacional, incapaz de lidar normativamente com os novos modelos operacionais dos contribuintes, de outro, criaram-se as condições necessárias para que as empresas multinacionais maximizassem as vantagens – tributárias ou não – decorrentes de suas estruturas e organizações empresariais¹⁶. A internacionalização da economia obrigou os modelos operacionais

14. Cf. BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation, In *6 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014, p. 10.

15. Yariv Brauner enuncia, ainda, como interesses em jogo no sucesso do projeto BEPS: a estabilidade do direito internacional tributário; a relevância do papel desempenhado pela OCDE na política tributária internacional; a confiança entre países desenvolvidos e em desenvolvimento que já estejam envolvidos em projetos baseados em colaboração recíproca; os avanços nas políticas de cooperação e em uma possível redução das medidas unilaterais para combater a evasão fiscal. Cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, p. 112.

16. Cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, p. 57.

tradicionais a evoluir, de modo a alinhar estratégias tributárias com o planejamento comercial com estratégias e operações corporativas¹⁷, permitindo sinergias e uma maior racionalização operacional que otimizaram seus resultados e diminuíram seus custos, dentre os quais os tributários.

Não se deve perder de vista que os próprios Estados possuem uma parcela significativa de culpa para o aumento da erosão da base tributária, decorrente do aumento da própria concorrência entre os países, o que se refletiu no crescente oferecimento de diversas vantagens tributárias como forma de atrair investimentos e capital estrangeiro tornando possível a atuação efetiva ou “agressiva” das empresas transnacionais¹⁸. Estados preocupados com a fuga de capitais para jurisdições de baixa ou nenhuma tributação igualmente se engajaram no ciclo de competição fiscal para atrair investimentos¹⁹, naquilo que se convencionou chamar de “corrida até o fundo” (*race to the bottom*)²⁰, impactando sobretudo a arrecadação tributária dos Estados.

O regime tributário internacional tradicional, baseado na competição e em tratados bilaterais, sobre não conseguir lidar satisfatoriamente com os desafios da elisão e evasão internacional, acabou por contribuir decisivamente para sua existência²¹. De um lado, contribuintes montam suas estruturas comerciais de modo a se aproveitarem de tratamentos tributários

17. Cf. RUSSO, Rafaelle (ed.). *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam: IBFD, 2007, p. 72.

18. Cf. ROCHA, Sérgio André. El proyecto Beps de la OCDE y el derecho fiscal internacional en Brasil. *Revista Direito Tributário Atual*, n° 35. São Paulo: Dialética, 2016, p. 395.

19. Cf. TOUMI, Marika. Anti-avoidance and harmful tax competition: from unilateral to multilateral strategies? In LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. *The international taxation system*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 83.

20. Cf. MCLURE, Charles E. Globalization, tax rules and national sovereignty. In *International Bureau of Fiscal Documentation: Bulletin*. Amsterdam: IBFD, August 2001, p. 329.

21. Cf. TOUMI, Marika. Anti-avoidance and harmful tax competition: from unilateral to multilateral strategies? In LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. *The international taxation system*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 85-86

mais benéficos, conferidos pelos Estados, seja em suas legislações internas, seja em sua rede de tratados internacionais. De outro, os próprios Estados incentivam tal comportamento, seja voluntariamente, ao conceder incentivos àqueles que investirem em seu país, seja involuntariamente, pela criação de tais oportunidades ao negociar, com outros Estados, cláusulas que se afastam do padrão internacional, na busca de seus interesses individuais.

À míngua de coordenação internacional, pouca efetividade restará nas medidas destinadas a combater a erosão da base tributária internacional. Se um país adota regras que sejam difíceis de replicar ou aplicar, ou que estejam situadas fora daquele padrão que outros países fazem ou tendem a fazer²², cria-se espaço para que os contribuintes, atuando em conformidade com as legislações dos países envolvidos, implementem planejamentos tributários que resultem em baixa ou nenhuma tributação (prática que ficou conhecida como “arbitragem fiscal internacional”²³). Igualmente, da falta de coordenação entre diferentes sistemas tributários e da extensiva rede de tratados para evitar a bitributação, não idênticos, celebrados entres diversas jurisdições, frutos de longos processos de negociação e de concessões recíprocas específicas em cada caso, é que se abre espaço para a prática do *Treaty Shopping*²⁴. Comum a ambos os casos, portanto, é o fato de que decorrem da falta de coordenação nas políticas e legislações tributárias dos Estados soberanos no cenário internacional.

22. A assimetria entre diferentes sistemas tributários não decorre apenas da busca por atração de investimentos e da competição fiscal entre jurisdições. Pelo contrário, enquanto produto da soberania fiscal, os sistemas tributários refletem a história, cultura, valores e necessidades de seus países, sendo, portanto, natural e esperado que haja diferenças entre elas, inclusive em matéria tributária. Cf. ROSENBLOOM, H. David. Where's the pony? Reflections on the making of international tax policy. In *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2009, p. 535.

23. Cf. ROSENBLOOM, H. David. International Tax Arbitrage and the International Tax System, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation, *Tax Law Review*, n. 53. New York: New York University School of Law: 1998, p. 153.

24. Cf. PETKOVA, Svetozara. Treaty Shopping – the perspective of national regulators. *Intertax*, vol. 2, n. 11. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, p. 543.

Nesse contexto, houve a percepção pelos Estados de que medidas unilaterais, por mais substanciais que sejam, não são capazes de coibir os planejamentos tributários internacionais realizados por grandes empresas multinacionais que se valiam de oportunidades decorrentes da falta de integração entre os diferentes tratamentos legislativos conferidos por diversos países. Sob esta perspectiva, o Projeto BEPS é promissor, clamando por três pilares fundamentais e interdependentes para a realização da reforma no regime tributário internacional: (i) a necessidade de se estabelecer um regime baseado na colaboração e no multilateralismo; (ii) abordagem holística e sistemática dos problemas existentes no regime atual; e (iii) inevitabilidade de se aceitar soluções inovadoras para os problemas que não têm sido resolvidos pela aplicação das normas existentes²⁵. Busca-se, assim, para que seja superado o paradigma anterior, a renovação dos *standards* de tributação internacional.

O desafio a ser enfrentado pelos diversos Estados no âmbito do BEPS é da mesma magnitude que os resultados prometidos. Para o seu sucesso, é forçoso reconhecer a imprescindibilidade da harmonização entre o interesse dos investidores e dos Estados. Isso porque, sob o ponto de vista jurídico, medidas que visem ao combate a práticas que resultem em transferência de resultados e erosão da base tributária devem ser introduzidas normativamente. Se isso é verdadeiro, é de se esperar que haja um ambiente de elevada alteração legislativa e a imposição de regras jurídicas mais austeras, que podem gerar perniciosos efeitos sobre a capacidade de atração de investimentos em tais jurisdições²⁶.

25. Cf. BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation, In 6 *World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014, pp. 13-14.

26. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49.

Estamos convencidos de que tão relevante quanto a proteção dos sistemas jurídicos contra violações – situações abusivas que artificialmente reduzam a base tributária de um país – é que se prestigiem valores como segurança jurídica, livre iniciativa e liberdade para o exercício profissional, bem como outros princípios fundamentais das atividades econômicas dos contribuintes (não-discriminação, neutralidade tributária, necessidade de evitar a dupla tributação etc.) e, fundamentalmente, os limites constitucionais existentes em cada ordenamento jurídico.

Demais disso, uma solução duradoura depende, fundamentalmente, do aprimoramento da **relação** entre fisco e contribuinte (*enhanced relationship*), com vistas ao desenvolvimento da confiança recíproca e promoção da segurança jurídica²⁷. É imprescindível que os contribuintes e a sociedade civil participem ativamente das discussões no âmbito do BEPS, para que não se frustrem os objetivos de cooperação.

Não é esse, entretanto, o caminho que tem sido trilhado pela OCDE e pelo G-20. Nas recomendações do Plano de Ação e nos demais relatórios (*Discussion Draft e Final Report*), verifica-se uma preocupação constante em buscar um consenso entre as autoridades fiscais dos países envolvidos (muitas vezes, priorizando os interesses dos Estados de residência), sendo restrita a participação da comunidade jurídica internacional para a construção de propostas consistentes ou, até mesmo, para ofertar objeções às medidas sugeridas pela OCDE que não levassem em consideração direitos e garantias dos contribuintes. Tampouco há um trabalho minucioso no sentido de se compreenderem também os interesses de economias emergentes e em desenvolvimento, temática negligenciada no âmbito do Projeto BEPS e das publicações da OCDE²⁸.

27. Sobre o conceito de “*enhanced relationship*” e os desafios para sua implementação, cf. OWENS, Jeffrey. The “*enhanced relationship*”: a challenge for revenue bodies and taxpayers. In *Bulletin for International Taxation: European Taxation*. Amsterdam: IBFD, July 2008, pp. 351-353..

28. Cf. LENNARD, Michael. Base erosion and profit shifting and developing

Trilha-se o caminho inverso, distanciando-se do ideal de estreitamento das relações entre fisco e contribuinte, da busca pela transparência fiscal e cooperação internacional, da segurança jurídica e da certeza do direito, fundamentais para se atraírem investimentos externos e promover o *compliance* voluntário das obrigações tributárias. A lógica existente no âmbito do BEPS é radicalmente inversa. Consoante aponta LUÍS EDUARDO SCHOUERI, prevalece uma “mentalidade militar”, baseada num raciocínio causalista (em que ações dos contribuintes são tidas como a causa da erosão da base tributável, sem olhar para a responsabilidade dos próprios Estados), que “não se compatibiliza com o reconhecimento das próprias falhas, imputando-se ao inimigo a origem de todas as mazelas”²⁹.

Não surpreendentemente as principais ações do Projeto BEPS se voltam a combater práticas dos contribuintes relacionadas com planejamentos tributários consideradas “abusivas”, “artificiais” ou “agressivas”, sem, no entanto, oferecer uma precisa delimitação do conteúdo semântico de cada um desses signos ou um conceito jurídico respectivo.

Nesse sentido, a OCDE parece utilizar-se do “princípio das ambiguidades construtivas”, largamente utilizado nas negociações de tratados no âmbito da OMC para se atingir um consenso entre os diferentes países envolvidos³⁰, dentro daquilo que JOÃO MAURÍCIO ADEODATO aponta como estratégia do discurso centrado no controle de vagueza e ambiguidade, cujo objetivo é “desqualificar argumentos adversos sem precisar

country tax administrations. *Intertax*, v. 44, n. 10. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 743.

29. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 30-31.

30. Cf. THORSTENSEN, Vera, O papel do órgão de solução de controvérsias – visão das comunidades diplomática e acadêmica. In BAPTISTA, Luiz Olavo, CELLI JUNIOR, Umberto, YANOVICH, Alan. *10 anos de OMC: Uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 92.

estabelecer seu significado, lançando mão de expressões com cargas negativas”³¹.

O problema que surge, no entanto, é o de que, a despeito de seus ganhos retóricos, essa estratégia discursiva induz à falsa ideia de que há qualquer consenso na delimitação das fronteiras normativas dentro das quais um determinado planejamento tributário é considerado lícito e a partir das quais é considerado ilícito pelos diversos ordenamentos jurídicos.

Com efeito, os limites normativos à estruturação dos planejamentos tributários diferem radicalmente de país em país. Conforme pontifica DAVID WARD, as administrações tributárias e as cortes dos diferentes países apresentam uma “considerável variação” dos níveis de planejamento tributários que serão tolerados e do preciso lugar onde será traçada a linha a partir da qual se diferenciará elisão e evasão tributária³². Não há, portanto, como identificar uma transação ilegal unicamente sob uma perspectiva internacional³³. Cada jurisdição possui suas próprias regras e políticas antievasivas/antielisivas, razão pela qual uma mesma transação pode ser classificada como lícita em uma jurisdição e ilícita noutra³⁴.

A despeito das divergências doutrinárias sobre o tema, é forçoso convir que a existência de um maior ou menor espaço para a elisão tributária estará sempre atrelada às estipulações do direito posto em cada sistema normativo. Como oportunamente adverte JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “a elisão no sentido genérico é matéria de direito positivo, portanto elisão é aquilo

31. Cf. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª Edição; São Paulo: Noeses, 2014, pp. 308-309.

32. Cf. WARD, David A. Abuse of tax treaties. *Intertax*, vol. 23, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 1995, p. 176.

33. Cf. RUSSO, Rafaelle (ed.). *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam: IBFD, 2007, p. 49.

34. Cf. AVI-YONAH, Reuven S.; SARTORI, Nicola; MARIAN, Omri. *Global perspectives on income taxation law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 102.

que a ordem jurídica positiva diz que ela é”³⁵. No mesmo sentido, explica PAULO DE BARROS CARVALHO que “normas diferentes podem incidir sobre o mesmo suporte fático, engendrando também fatos juridicamente diversos”³⁶. Em nossa visão, não merecem reparos tais assertivas também sob a ótica do direito tributário internacional, porquanto normas de diferentes ordenamentos jurídicos poderão incidir sobre um mesmo planejamento tributário, conferindo-lhe efeitos radicalmente distintos, ora tratando como lícito, ora como ilícito.

Não é este o espaço para realizar longas digressões sobre a distinção entre evasão e elisão tributária, ou sobre a diferença desses institutos em relação à noção de elusão ou opção fiscal³⁷. Importa consignar, contudo, que não há um tratamento uniforme mundo afora para se definirem tais conceitos. Cada ordenamento confere o tratamento jurídico que julga mais adequado, modificando, por vezes, os conceitos e colocando no campo do lícito condutas que, em outros ordenamentos, seriam ilícitas, ou vice-versa.

Se assim é, o tema dos limites à elisão tributária internacional deve ser enfrentado à luz do direito positivo brasileiro, uma vez que o fato de um planejamento tributário ser considerado como “abusivo” ou “agressivo” em um determinado sistema tributário não conduz imediatamente à conclusão de que, em outro sistema, ele necessariamente também o será. Depende, antes, da decisão política de cada Estado sobre o nível de tolerância aos planejamentos tributários realizados pelos contribuintes.

35. Cf. BORGES, José Souto Maior. A norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do sistema tributário nacional. *Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal*, p. 213.

36. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6ª Edição. São Paulo: Noeses, 2015, p. 160.

37. Sobre o tema, cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária: limites normativos*. Tese apresentada ao concurso à livre-docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro – área de Direito Tributário – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008.

Há certa convergência nos diversos ordenamentos jurídicos em tolerar a economia de opção, na medida em que nesta há um comportamento induzido pelo legislador ou por ele admitido, que propicia a escolha de uma alternativa (entre duas ou mais presentes no ordenamento jurídico) para o reconhecimento da percussão tributária, bem como igualmente há convergência na repreensão da evasão ou fraude fiscal, que pressupõe um ilícito.

Nada obstante, entre elas há uma imensa zona cinzenta que abrange situações em que há a utilização de formas jurídicas lícitas e aceitas pelo ordenamento que, por vezes, (discutivelmente) poderão afrontar de forma indireta a *mens legis* ou princípios prestigiados pelo sistema tributário. Surge neste ponto, para parcela da doutrina, a distinção entre elisão e elusão tributária: enquanto primeira seria a economia lícita de tributos, a última constituiria a prática de planejamentos organizados com o propósito exclusivo de obter a economia de tributos, mediante expedientes artificiais e, portanto, desprovidos de causa jurídica³⁸. Nesse passo, sustenta GERD WILLI ROTHMANN, que “fica claro que a *elisão fiscal* é economia lícita de tributos, sem o recurso a condutas ilícitas ou abusivas, tais como *simulação, fraude à lei, abuso de direito e abuso das estruturas* do direito, que caracterizam a *elusão fiscal*”³⁹.

Em que pese o raciocínio empreendido por aqueles que sustentam tal distinção, optamos, neste estudo, a afastar o conceito de elusão tributária. Operando o direito com o binômio “lícito/ilícito”⁴⁰, não parece haver justificativa para a criação de uma terceira figura intermediária. Conquanto possa até auxiliar a superação da dificuldade inerente à definição

38. Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado. Autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: RT, 2003, p. 187.

39. Cf. ROTHMANN, Gerd Willi. Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso? In. PRETO, Raquel Elita Alves. *Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IASP, 2015, p. 681.

40. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

de determinados arranjos ou negócios jurídicos como lícitos ou ilícitos, pouco auxilia na identificação de critérios seguros que digam respeito à tolerância dos sistemas tributários a tais arranjos ou negócios.

Tudo isso para se concluir que diferentes ordenamentos jurídicos poderão possuir – e na maioria das vezes possuem – distintos critérios para caracterizar planejamentos tributários que são lícitos ou ilícitos e, portanto, terão maior ou menor interesse em coibir determinadas condutas que se sujeitam na referida “zona cinzenta” entre a legítima elisão e a evasão fiscal. Exemplificativamente, um planejamento do contribuinte estruturado de tal forma que, de acordo com a legislação, infringe a *mens legis*, terá uma maior tendência a ser hostilizado em países em que a fraude à lei ou a doutrina do “*substance over form*” compõem o rol de limitações ao planejamento tributário, enquanto que haverá uma maior tendência a tolerá-lo em ordenamentos que possuam outros limites à elisão. Da mesma forma, a classificação dos planejamentos em “abusivo” ou “artificial”, se procedente, poderá apontar para planejamentos que não são proibidos em todas as jurisdições.

Tal assertiva é fundamental para aquele que se propõe a estudar o tema, sob o risco de se importar soluções que, não obstante úteis ou relevantes alhures, não se compaginam com nosso ordenamento jurídico.

Portanto, para investigarmos os possíveis influxos das medidas sugeridas no Plano BEPS sobre o tema do planejamento tributário internacional, passaremos a expor, em linhas gerais, o tratamento da matéria pela OCDE em seus relatórios, especialmente aquelas ações que visam a combater estruturas tributárias consideradas “agressivas” e “abusivas”, e, posteriormente, a nossa visão sobre como tais medidas devem ser inseridas (e se devem ser inseridas) em nosso ordenamento jurídico.

III – O Projeto BEPS e a sua influência na delimitação dos limites ao planejamento tributário internacional

Os planejamentos tributários das empresas transnacionais estão no epicentro do conjunto de medidas sugeridas pela OCDE no âmbito do BEPS. Considerados como a principal razão do fenômeno da erosão da base tributária internacional, não surpreende o fato de que a quase totalidade das medidas propostas no Plano de Ação do Projeto BEPS seja destinada a combater direta ou indiretamente tais planejamentos, seja pela adoção de medidas específicas para lidar com ele, seja pela adoção de medidas administrativas voltadas à transparência fiscal e à cooperação entre países, conferindo meios efetivos para que os Estados possam atuar de forma eficaz em sua contenção. Todas as ações do Projeto BEPS dizem respeito, pois, em alguma medida, a formas de se combater o planejamento tributário.

Foge do escopo deste artigo, entretanto, abordar todas as ações do Projeto BEPS e seus possíveis impactos sobre a matéria do planejamento tributário internacional. Antes, nossa proposta é focar especificamente nas Ações 2 (“Neutralizando os efeitos dos arranjos híbridos”), 6 (“Prevenir o abuso dos tratados”) e 12 (“Exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo”) do Plano de Ação da OCDE, que guardam imbricada relação com o tema objeto de estudo e potencialmente impactarão com maior intensidade os limites existentes para a realização de planejamentos tributários pelos contribuintes.

Sem a pretensão de esgotarmos o tema, passaremos a apresentar as propostas da OCDE veiculadas nas Ações acima mencionadas, indicando os principais desafios para sua implementação.

a) A Ação 2 do BEPS e o combate à arbitragem fiscal internacional (tax arbitrage)

Um dos principais desafios da tributação internacional decorre do fato de que, em um mundo que está cada vez mais integrado economicamente, os sistemas tributários são, por vezes, desenhados de forma isolada, com vistas exclusivamente às suas necessidades arrecadatórias, sem existir uma preocupação de alinhá-lo com os demais ordenamentos jurídicos de outros países, gerando oportunidades para que os contribuintes, valendo-se das lacunas normativas decorrentes dessa falta de integração (*mismatches*), reduzam substancialmente sua carga tributária⁴¹.

Reconhecendo tal fato, a OCDE assume, em seu plano de ação, haver a necessidade de complementar os *standards* de tributação existentes, originalmente desenhados para prevenir a dupla tributação, com instrumentos que sejam capazes de impedir a dupla não tributação, evitando-se, assim, que os instrumentos utilizados para eliminar os obstáculos para o crescimento do fluxo do comércio internacional e atração de investimentos deem azo a uma dupla não tributação indesejada.

Na Ação 2 do Projeto BEPS, a erosão da base tributária decorrente da arbitragem fiscal internacional é descrita a partir de binômios como dupla dedução, dupla não tributação e dedução/não tributação, propondo-se medidas para neutralizar os efeitos dos instrumentos e entidades híbridos, seja mediante a alteração das normas constantes nos tratados para evitar a dupla tributação ou nas leis domésticas de cada país.

41. Algumas das principais formas para praticar a arbitragem fiscal internacional e obter uma dupla não tributação ou redução da carga tributária são por intermédio de: (i) entidades híbridas; (ii) entidades com dupla residência; (iii) instrumentos híbridos; e (iv) transferências híbridas. Cf. RUSSO, Raffaele. The OECD Report on hybrid mismatch arrangements. In *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2013, p. 110.

Inúmeros são os desafios existentes para que as medidas propostas pela OCDE logrem êxito, exigindo um elevado nível de coordenação entre os diferentes países. Diante da multiplicidade de caminhos possíveis a serem tomados pelo legislador tributário diante de cada situação em que se demanda um ato de decisão pelo Poder Legislativo, dificilmente se atingirá uma harmonização em nível suficiente para eliminar o fenômeno da arbitragem fiscal internacional (*tax arbitrage*), razão pela qual há autores que sustentam que ela configura simplesmente uma “realidade fiscal”⁴².

Seja como for, a despeito de toda complexidade e discussões que circunscrevem o tema, no que se refere ao objeto do presente estudo, importa investigar, em especial, uma das justificativas apresentadas pela OCDE para justificar o combate à arbitragem fiscal internacional: a de que a utilização de instrumentos híbridos implicaria violações aos limites do planejamento tributário.

Neste ponto, em que pese muitas vezes um instrumento híbrido acabar por conferir um tratamento tributário mais benéfico (tais como a ocorrência de dupla dedução de um mesmo rendimento em duas jurisdições diferentes ou a postergação do reconhecimento de um rendimento ou antecipação do reconhecimento de custo ou despesa etc.), tal fato, por si, não nos parece suficiente para que se coloque, sobre eles, o estigma do “abuso”, “artificialidade” ou “agressividade”.

Emblemático é o caso dos juros sobre capital próprio (JCP), instrumento *sui generis* de nossa legislação, criado para compensar, de certa forma, a extinção da correção monetária de balanço. Sua classificação jurídica, no âmbito do direito interno, não é pacífica, havendo extensas discussões sobre se eles possuem natureza de juros ou de dividendos. A nosso ver, juros sobre capital próprio têm natureza jurídica de lucros/dividendos, porém com efeito fiscal próprio de permitir

42. Cf. MAY, Gregory. Getting realistic about international tax arbitrage. *Taxes - The tax magazine*, march 2007, p. 38

a dedução para fins de apuração do lucro real⁴³. Seja como for, à parte da disputa sobre a sua classificação no âmbito do direito interno, fato é que, para fins da tributação sobre a renda, ele permite a dedução, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.249/95. Sua natureza híbrida poderá provocar, em alguns casos, uma dedução no Brasil, sem a correspondente tributação no país do beneficiário. É o que ocorreu na Espanha, em que, recentemente, entendeu-se que os JCP configuram dividendos (e não juros) e que, portanto, fazem jus à isenção do Decreto Real nº 4/2004, que isenta os dividendos sob certas condições. Nesse cenário, estaríamos diante de uma situação de dedução/não tributação.

Ademais, a utilização de instrumentos híbridos pode estar justificada a partir de outras razões negociais legítimas, derivadas das vantagens econômicas obtidas com a combinação dos elementos de capital próprio e capital de terceiros (v.g., redução dos custos de financiamento e a transferência de riscos), não estando atrelada, necessariamente, à economia de impostos⁴⁴. Igualmente, não há de se perder de vista que todos os instrumentos híbridos decorrem de possibilidades previstas na legislação societária dos diversos países, tratando-se, portanto, de operações lícitas.

Tome-se, por exemplo, uma pessoa jurídica estrangeira residente em um país que confere isenção aos dividendos (tal qual o Brasil) e que pretenda investir em uma pessoa jurídica brasileira. Ela simplesmente poderia aportar capital e receber dividendos, o que seria isento tanto no Brasil quanto em seu país de residência. De outro lado, poderia essa mesma investidora, por hipótese, valendo-se das assimetrias existentes na

43. Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Juros sobre capital próprio: não-incidência de PIS e COFINS. *Revista de Direito Tributário*, n. 100. São Paulo: Malheiros, s.d., pp. 130-139.

44. Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. *Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – as considerações de política fiscal da Ação 2 do Projeto BEPS*. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 135-137.

legislação do país para classificar instrumentos financeiros, em vez de aportar capital, adquirir notas perpétuas⁴⁵ com diferimento de juros emitida pela companhia brasileira. Supondo-se que o Estado da residência classifique seus instrumentos financeiros de acordo com a substância econômica, como a maioria dos países mundo afora, e o Brasil segue o critério da forma jurídica, os rendimentos derivados da nota perpétua seriam considerados, sob a ótica da tributação da renda, como juros dedutíveis no Brasil e dividendos isentos no Estado da residência, gerando uma situação de dedução/não tributação.

Tal situação inequivocamente seria condenada pela Ação 2 do Projeto BEPS. Entretanto, se o contribuinte pode optar por dois caminhos considerados igualmente lícitos pelo ordenamento jurídico para realizar um determinado investimento no exterior, um deles poderia ser considerado “abusivo”, “artificial” ou “agressivo” apenas porque mistura características de instrumento de capital em um instrumento de dívida, gerando menor carga tributária?

A nosso ver, conquanto seja relevante a iniciativa de se combater uma indesejada dupla não tributação ou uma redução da carga tributária mediante uma dupla dedução ou uma dedução sem a correspondente tributação, trata-se de matéria que deverá ser decidida normativamente, após ampla discussão no Congresso de cada país, não cabendo qualquer censura a planejamentos tributários que se valham das discrepâncias entre diferentes ordenamentos jurídicos, à mínima de introdução de legislação específica que a combata.

45. Notas de dívida perpétua consistem no contrato de mútuo sem prazo de vencimento ou com prazo excessivamente longo, que, pelas suas características, permitem taxas de juros menores, bem como um retorno constante e previsível aos investidores. Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. *Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – as considerações de política fiscal da Ação 2 do Projeto BEPS*. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 136.

b) A Ação 6 do BEPS e o combate ao abuso de tratados

A Ação 6 é considerada como uma peça-chave para todas as reformas propostas no projeto BEPS referentes ao direito dos tratados⁴⁶, buscando-se desenvolver recomendações com o objetivo de se prevenir a utilização abusiva dos tratados que visam evitar a dupla tributação, bem como a “concessão de benefícios dos tratados em circunstâncias impróprias”⁴⁷.

Inúmeros questionamentos circunscrevem as medidas propostas pela Ação 6 do BEPS, a demonstrar a complexidade inerente ao tema, que não tem encontrado tratamento pacífico pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Entretanto, como aponta LUÍS EDUARDO SCHOUERI, dentre as questões que poderiam ser apontadas, uma merece especial relevância: “não se encontra clara a noção de abuso, pressuposto da Ação. Afinal, se o abuso implica o uso além da finalidade para a qual foi concebido o instrumento, importa indagar, ao menos, se ela foi, ou não, atingida”⁴⁸.

Registre-se, por oportuno, que inexistente uma definição explícita de “abuso” na Convenção Modelo da OCDE, e tampouco na Convenção Modelo da ONU⁴⁹. Tradicionalmente, nos comentários da OCDE sobre o art. 1º da Convenção Modelo, propugnam serem duas as principais finalidades dos tratados:

46. Cf. BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation, In *6 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014, p. 12.

47. As propostas da Ação 6 do Projeto BEPS são as seguintes: (i) desenvolvimento de dispositivos na Convenção Modelo e de recomendações para regras domésticas que visem prevenir a concessão de benefícios de tratados internacionais em circunstâncias impróprias; (ii) esclarecimento de que os tratados internacionais não devem ser utilizados para gerar dupla não-tributação; e (iii) identificação de considerações de política fiscal que, no geral, os Estados devem levar em consideração antes de celebrar um tratado internacional de bitributação.

48. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 42.

49. Cf. NOVOA, César García. *El derecho tributario actual: innovaciones y desafíos*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015, p. 184.

(i) evitar a dupla tributação de transações internacionais com elementos de conexão ligados aos dois Estados contratantes; (ii) a alocação, entre duas jurisdições, do direito de tributar os rendimentos de tais transações⁵⁰. Tal linha de raciocínio, no entanto, parece minimizar a importância de uma terceira finalidade dos tratados, que surge com maior evidência nos países em desenvolvimento e predominantemente importadores de capitais: a utilização dos tratados contra a dupla tributação como um instrumento de desenvolvimento de países menos favorecidos, mediante a atração de recursos indispensáveis ao seu desenvolvimento econômico⁵¹.

A questão que deve ser enfrentada é a seguinte: há abuso na situação em que, buscando o incremento de investimento estrangeiro, um Estado conceda os benefícios do tratado, mesmo perante a interposição de uma terceira pessoa ou estabelecimento permanente em seu território, cujo intuito foi unicamente possibilitar que um terceiro não residente em nenhum dos Estados Contratantes usufruísse dos benefícios de um tratado, se for identificada a existência da estrutura comercial do contribuinte e o incremento do nível de investimento e de capital estrangeiro naquele Estado? A resposta parece-nos negativa.

Normativamente, impende destacar que o *Treaty Shopping* é uma forma de planejamento tributário que, em geral, não é proibida e, portanto, não carrega intrinsecamente um ilícito ou um abuso. Se assim é, seus limites deverão decorrer dos próprios tratados ou de normas de direito internacional, mediante a inclusão de regras antiabuso específicas.

Nesse intento, duas espécies de medidas têm sido adotadas pelos negociadores de tratados para limitar a concessão de benefícios decorrentes de normas inseridas nos tratados

50. Por todos, cf. REINHOLD, Richard L. What is tax treaty abuse? (Is treaty shopping an outdated concept?). *Tax Lawyer*, vol. 53, 2000, pp. 673-675.

51. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 17. São Paulo: Dialética, 2003, p. 46.

internacionais de bitributação, inspiradas nas regras de limitação de benefícios (*Limitation on Benefits – LOB*): a primeira consiste na verificação da adequação de se concederem benefícios de um tratado a uma determinada pessoa, perquirindo se a pessoa interposta por um residente em um terceiro Estado possui “conexão suficiente” com o Estado de residência; a segunda, partindo da premissa de que o contribuinte é um residente e satisfaz a primeira regra, investiga se um particular item de rendimento faz jus aos benefícios dos tratados⁵².

Embora não caibam aqui maiores digressões sobre os testes objetivos geralmente impostos pelas regras de limitação de benefícios⁵³, deve-se destacar que as cláusulas LOB, propostas nos relatórios da OCDE, parecem-nos condizente com o propósito de delimitar situações abusivas. De fato, seus enunciados veiculam regras objetivas que, rigorosamente, têm o condão de distinguir, na maioria dos casos, situações em que há efetiva atividade empresarial, produtora de riquezas e geradora de investimentos, daquelas outras situações cuja existência não se consegue comprovar.

No entanto, as regras objetivas da cláusula de limitação aos benefícios têm recebido críticas, seja em razão da complexidade e da dificuldade de aplicação de alguns dos testes, ou, ainda, pelo fato de não conseguir prevenir todas as espécies de *Treaty Shopping* abusivos, especificamente alguns arranjos com “empresas-canais” (*conduit companies*)⁵⁴. É possível no-

52. Cf. REINHOLD, Richard L. What is tax treaty abuse? (Is treaty shopping an outdated concept?). *Tax Lawyer*, vol. 53, 2000, p. 672.

53. Para uma abordagem completa das cláusulas LOB (*Limitation on Benefits*), cf. RUST, Alexander [et al]. Limitation on benefits articles in income tax treaties: the current state of play. *Intertax*, vol. 41, n. 6/7. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013, pp. 395-404. Em excelente estudo recentemente publicado no Brasil, cf. PEGORARO, Andressa. O combate do treaty shopping nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil e a influência do projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) – O futuro das cláusulas de limitação de benefícios (LOB). *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 237. São Paulo: Dialética, 2015, pp. 7-27.

54. Cf. DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: tax treaty abuse. *Intertax*, vol. 43, n. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015, p. 130.

tar, destarte, o potencial caráter subincludente⁵⁵ que tais regras, da perspectiva do Fisco, podem ter. Isto é, sua hipótese normativa não alcançaria determinados fatos que se amoldariam aos valores e vetores que informaram a sua feitura.

Ciente dessas limitações, a própria OCDE sugeriu a inclusão de uma cláusula de “propósito principal” (*Principal Purpose Test – PPT*), mais ampla e de caráter subjetivo, que visa alcançar casos de abuso de tratados não cobertos pelas regras objetivas de limitação dos benefícios. Referida regra prevê que, considerados todas as circunstâncias e os fatos relevantes, benefícios não serão concedidos se a intenção de obtê-los foi *um dos principais propósitos* de qualquer arranjo ou transação que resultou, direta ou indiretamente, naqueles benefícios, exceto se a sua concessão estiver de acordo com o objetivo e a finalidade do tratado.

Como se vê, a aproximação das cláusulas LOB é mais precisa, porém corre-se o risco de prover um roteiro para que contribuintes cometam “abusos” por intermédio de reestruturações de negócios que tenham como finalidade obter benefícios de um determinado tratado internacional, por um contribuinte residente em um terceiro Estado (não contratante), especialmente em tratados cuja validade perdure no tempo. De outro lado, a aproximação da cláusula PPT, mais abrangente, oferece uma maior flexibilidade para a administração tributária lidar com estratégias tributárias que poderão ser desenhadas com o passar do tempo, mas inegavelmente gera insegurança jurídica para os contribuintes⁵⁶.

Diante disso, seria aconselhável que o Brasil não caísse na tentação de, sob o pretexto de buscar uma medida mais eficiente e flexível, introduzir uma regra que não compagina

55. Cf. SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, pp. 89-92.

56. Sobre o tema, cf. BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective. *Intertax*, v. 43, n. 12. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 825-838.

com as diretrizes de nosso ordenamento jurídico, ligado de modo imbricado às noções de legalidade e de segurança jurídica, e que, ainda, terá como efeito a diminuição do potencial de atração de investimentos estrangeiros no país.

Enquanto a última questão trata de matéria afeta à decisão de política tributária, a primeira inequivocamente se refere aos limites normativos à elisão tributária. Afinal, questiona-se se nosso ordenamento jurídico toleraria elevado grau de subjetividade para se coibirem estruturas societárias e planejamentos tributários dos contribuintes. A despeito do argumento histórico, que será apresentado no Tópico IV, a atual conformação legislativa da matéria em nosso direito posto – seja no altiplano constitucional, seja no âmbito das normas gerais de direito tributário – não confere subsídios para tal pretensão.

Ao delimitar as hipóteses em que o planejamento tributário é ilícito para (apenas) aquelas em que for constatada simulação ou dissimulação⁵⁷, optou o legislador nacional por conferir uma primazia ao princípio da autonomia privada, cuja única exceção reside nos casos em que for constatada simulação. E nem poderia ser de outra forma, pois, como ensina HUMBERTO ÁVILA, “como o ato não foi praticado, obviamente que seus efeitos não podem ser protegidos, pela singela razão de que o Direito não protege o que não foi feito”⁵⁸.

Daí a cláusula do propósito principal ser mais adequada para países, e inclusive tribunais, que se valem da doutrina da “substância sobre a forma” na delimitação dos planejamentos tributário⁵⁹, porquanto, naqueles ordenamentos, há um maior

57. Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Ato simulado e sonegação fiscal. In. VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito tributário e os conceitos de direito privado. São Paulo: Noeses, 2010, pp. 1049-1065.

58. Cf. ÁVILA, Humberto. IRPJ e o contrato de permuta sob a perspectiva do planejamento tributário. In. *Contribuições e imposto sobre a renda: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 254-255.

59. Cf. LENNARD, Michael. Base erosion and profit shifting and developing country tax administrations. *Intertax*, v. 44, n. 10. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law

espaço para se perquirir sobre as razões que levaram o contribuinte a optar por determinada estrutura jurídica em detrimento de outra. Nosso ordenamento, em contrapartida, exige que se possa provar a efetiva existência da estrutura jurídica (“forma”) escolhida pelo contribuinte, legalmente autorizada e não evidenciadora de qualquer descompasso com a realidade fática.

c) A Ação 12 e o combate preventivo aos planejamentos tributários “agressivos”

A Ação 12 do Plano BEPS tem como objetivo o combate a planejamentos tributários “potencialmente agressivos ou abusivos”, por meio da obtenção de informações relevantes que possam aumentar a efetividade das atividades de fiscalização, ou permitir que as autoridades tributárias possam responder tempestivamente a mudanças das condutas do contribuinte mediante políticas operacionais ou alterações legislativas⁶⁰.

Busca-se, portanto, a cooperação dos contribuintes para que se alcance um nível maior de transparência fiscal, pela criação de um regime obrigatório de declaração de estruturas ou esquemas tributários, permitindo ao fisco dispor de informações relevantes de maneira tempestiva, orientada e pormenorizada que permitam a identificação de áreas de potencial risco de erosão da base tributária⁶¹. As vantagens da adoção desse regime obrigatório de declaração seriam: (i) a redução do tempo necessário para que uma autoridade tributária possa identificar uma lacuna ou interpretação que dê suporte a um planejamento tributário agressivo ou abusivo; e

International, 2016, p. 742.

60. Cf. OECD. *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 18.

61. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 46.

(ii) impedir que haja a transposição de estruturas e esquemas tributários de uma jurisdição a outra⁶².

A despeito das inúmeras questões operacionais que surgem em relação às formas de se implementar o regime de declarações pretendido pela OCDE (v.g., clareza para que o contribuinte possa compreender a exata dimensão de seu dever de declaração, responsabilidade do promotor do planejamento, amplitude das *hallmarks* utilizadas, equilíbrio entre custos de conformidade e ganhos para a Administração; confidencialidade da informação obtida etc.)⁶³, ganha evidência, para enfrentar o tema a que se propõe este estudo, que o próprio objeto das referidas declarações (i.e., planejamentos tributários “potencialmente agressivos ou abusivos”) não é definido pela OCDE, dando uma ampla margem para que cada país defina o escopo de suas declarações.

Em relação ao conceito de “abuso”, o problema, conforme sustentamos acima, não seria a identificação de seu significado, pressupondo o uso além da finalidade para a qual foi concebido determinado instrumento jurídico, mas a identificação, no caso concreto, da ocorrência ou não do abuso. O mesmo não se dá no que tange ao conceito de “planejamento tributário agressivo”, cujos contornos definitórios permanecem obscuros.

Na doutrina internacional, há quem sustente que o conceito de “planejamento tributário agressivo” não é um conceito jurídico que visa a permitir maior espaço de atuação administrativa e judicial na recaracterização, para fins tributários,

62. Cf. BAKER, Philip. The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 89.

63. É importante não perder de vista que a própria OCDE reconhece que o sucesso da Ação 12 depende de uma implementação consistente, clara e que confira maior segurança jurídica aos contribuintes, reconhecendo que “a falta de clareza e segurança poderá levar ao inesperado fracasso da declaração (e a imposição de sanções), o que pode aumentar a resistência dos contribuintes em relação a tais regras” e que, ademais, “a falta de clareza pode resultar no recebimento pela Administração Tributária de informações irrelevantes ou de baixa qualidade”.

de estruturas jurídicas adotadas pelos contribuintes, mas um princípio a nortear ação legislativa dos diversos países visando melhorar suas regras antielisivas ou antievasivas, bem como a adoção de tais regras pelos diversos países⁶⁴, isto é, um mero “*guiding principle*” na condução de políticas tributárias⁶⁵.

Entretanto, limitar a relevância da existência de um conceito de “planejamento tributário agressivo” que – bem ou mal – está sendo utilizado no antecedente normativo de normas tributárias ou em decisões de Tribunais (como, por exemplo, a Corte Europeia de Justiça), implica retirar a possibilidade de a doutrina exercer seu papel na participação da conformação de um sistema jurídico mais coeso e harmônico. Concordamos, portanto, com MARTA CALDAS que, justificando a importância de se conceituar e diferenciar os conceitos de planejamento tributário agressivo e abusivo, afirmou que “estabelecer limites é fortalecer a legalidade e a segurança jurídica”⁶⁶.

Nada obstante, a significação da expressão “planejamento tributário agressivo” não é pacífica, nem mesmo entre aqueles que buscaram conceituá-la juridicamente, bem como não há contornos definidos que lhe confirmem identidade própria e distinta das noções de “abuso” e “artificialidade”.

A expressão foi primeiramente utilizada nos Estados Unidos da América para se referir a uma espécie de planejamento tributário caracterizado por estruturas jurídicas

64. Cf. DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 48-49.

65. Cf. CARRERO, José Manuel Calderón; SEARA, Alberto Quintas. The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning. *Intertax*, vol. 44, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, pp. 210-211.

66. Cf. CALDAS, Marta. *O conceito de planejamento fiscal agressivo: novos limites ao planejamento fiscal?* Cadernos IDEFF, n° 18. Coimbra: Almedina, 2015, p. 152.

contrárias ao espírito ou finalidade da legislação fiscal⁶⁷, em acepção inicial que se aproximava muito fortemente à própria noção de abuso (ofensa ao espírito ou à finalidade da legislação). No âmbito doutrinário, há quem o defina juridicamente como um planejamento tributário lícito, mas inconsistente com a análise da substância econômica (“*substance over form test*”)⁶⁸, ou, ainda, como uma estrutura negocial esteja baseada pura e somente em motivos de elisão tributária (“*business purpose test*”)⁶⁹.

Diante da multiplicidade de acepções existentes para a expressão – um “conceito guarda-chuva” para referir às lições de ANA PAULA DOURADO⁷⁰ –, cumpre indagar se haveria limites para se introduzir um regime de declaração de planejamentos tributários, tal como proposto pela OCDE, em nosso ordenamento jurídico, o que nos leva a perquirir os limites normativos à elisão tributária em nosso direito positivo.

O Código Tributário Nacional qualifica como ilícitas apenas a simulação *absoluta* e a *simulação relativa* (dissimulação)⁷¹. Nesta, há dois negócios jurídicos: um é ostensivo e simulado, e não representa a verdadeira vontade das partes; e o outro é oculto, dissimulado, e constitui a relação jurídica

67. Cf. MULLIGAN, Emer; OATS, Lynne. Tax risk management: evidence from the United States. *British Tax Review*, n. 6. Londres: Sweet & Maxwell, 2009, p. 681.

68. Cf. CARRERO, José Manuel Calderón; SEARA, Alberto Quintas. The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning. *Intertax*, vol. 44, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 207.

69. Cf. ROCHA, Sérgio André. Countries’s aggressive tax treaty planning: Brazil’s case. *Intertax*, vol. 44, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 337.

70. Cf. DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 43

71. Sobre o tema, cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária: limites normativos*. Tese apresentada ao concurso à livre-docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro – área de Direito Tributário – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008.

verdadeira. Na simulação absoluta, há, aparentemente, um negócio jurídico celebrado pelas partes, mas verdadeiramente não é da intenção das partes celebrar negócio algum. O ato ou negócio jurídico simplesmente não ocorreu.

Não há outros limites normativos à estruturação do planejamento tributário. Foram estes os limites postos. Propósito negocial, prevalência da substância sobre a forma e outras perquirições e mesmo jaez não foram positivadas para, em matéria de planejamento tributário, solucionar os chamados “hard cases”. Nas hipóteses extremas, nessa matéria, as soluções são simples. Na zona cinzenta, o limite normativo consiste na identificação da ocorrência de simulação ou dissimulação.

De outro lado, entendemos que a ocorrência dos ilícitos civis, por sua vez, dista de ser irrelevante. Atuam, em verdade, como *indícios* de simulação ou dissimulação, nunca sendo suficientes, por si, para se desconsiderarem atos ou negócios jurídicos celebrados pelo contribuinte. Se não restar comprovada a ocorrência de simulação ou de dissimulação, não há autorização para requalificação fática com base na alegação de abuso de direito. Prevalecerá a norma especial de direito tributário, não se aplicando a geral de direito privado.

Assim, configura-se legítima, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a utilização do regime de declaração obrigatória de planejamentos tributários para buscar a identificação de abuso de direito, abuso de formas jurídicas, propósito negocial etc., ainda que os enunciados prescritivos que regem a matéria tributária no Brasil não façam referência a tais conceitos, na medida em que poderão ser relevantes para se identificar indícios de possíveis estruturas simuladas ou planejamentos que, em nosso sistema jurídico, seria considerado ilícito. Tal informação estaria, nesse sentido, em consonância com os limites positivados para a instituição de deveres instrumentais prescritos no art. 113, §2º do CTN⁷².

72. Sobre o tema, cf. TAKANO, Caio Augusto. *Limitações aos deveres instrumentais tributários (aplicação do art. 113, §2º do Código Tributário Nacional)*. Dissertação de

Entretanto, a plena aderência de referido dever instrumental ao nosso ordenamento jurídico dependeria, ainda, do cumprimento de duas condições: (i) é necessário que tais figuras (“abuso de direito”, “abuso de forma”, “negócio jurídico indireto” etc.) sejam definidas normativamente, de forma clara e consistente, principalmente porque, conforme mencionado, não há um conceito na legislação tributária de regência para elas; e (ii) que as penalidades se restrinjam à conduta de não entregar a declaração ou não cooperar com a administração tributária, não se vinculando à prática das referidas condutas, que no sistema tributário brasileiro não foram positivadas como possíveis situações que ensejam a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos celebrados pelos contribuintes.

A experiência brasileira aponta, entretanto, caminho radicalmente diverso. A Medida Provisória nº 685/15, a pretexto de instituir uma declaração de planejamentos tributários, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro conceitos como “razões extratributárias” e “forma inusual”, noções que não satisfazem o requisito de clareza e, sobretudo, não foram qualificadas pelo legislador complementar, cumprido função inscrita no art. 146 da CF/88, como limites à planificação tributária. Ademais, o art. 12 da referida Medida Provisória estipulava que a falta de declaração de uma operação que a Receita entendesse enquadrada em uma das amplas e subjetivas hipóteses do art. 7º da Medida Provisória caracterizaria “omissão dolosa do sujeito passivo com intuito de sonegação ou fraude” (crime tributário, na forma do art. 1º da Lei 8.137/90), além de gerar a incidência da multa agravada de 150%.

Não cabem aqui maiores digressões sobre a frustrada tentativa brasileira de, valendo-se da discussão existente sobre práticas de cooperação e transparência fiscal que permitissem a obtenção de informações relevantes que possam aumentar a efetividade das atividades de fiscalização, tentar

umentar os limites impositivos à elisão tributária. Entretanto, a experiência brasileira demonstra que a proposta da Ação 12 do Plano BEPS não deve ser instituída de modo a restringir o direito subjetivo do contribuinte de praticar atos ou negócios jurídicos menos onerosos à minguada de alteração legislativa competente no país que a implementar.

Por fim, somente num ambiente de *enhanced relationship* entre fisco e contribuinte será possível que o regime de declaração obrigatória seja bem-sucedido. A imposição de um regime que não seja claro, descompassado com o Código Tributário Nacional, e preveja sanções excessivamente pesadas pelo seu descumprimento contribui para a insegurança dos investidores estrangeiros e para o desvio de investimentos e de capitais para outras jurisdições⁷³.

d) A moralidade tributária e a busca de novos limites ao planejamento tributário no âmbito do Projeto BEPS

Recentemente, foram introduzidas no debate existente sobre os limites ao planejamento tributário internacional as noções fluídas de moralidade e justiça, aumentando a complexidade e a insegurança dentro de um campo que, como visto, já era bastante arenoso⁷⁴. O próprio plano de ação da OCDE para o BEPS, de certa forma, busca responder o fervor midiático, que expôs à opinião pública planejamentos tributários “agressivos” de empresas multinacionais⁷⁵. O público viu a elisão tributária internacional

73. Cf. SILVA, Fernando Castro; NEVES, Tiago Cassiano. Planejamento fiscal abusivo: o caso português no contexto internacional. *Revista de Direito Tributário Internacional*, n. 12. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 255-256.

74. Cf. PANAYI, Christiana HJI. Is aggressive tax planning socially irresponsible? *Intertax*, vol. 43, n. 10. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 548.

75. Andrei Cracea cita, exemplificativamente, algumas manchetes dos principais jornais internacionais contrárias às estruturas tributárias de grandes empresas multinacionais: “The Great Corporate Tax Dodge” (Bloomberg); “But Nobody Pays That” (New York Times); “Secrets of Tax Avoiders” (The Times) e “Tax Gap” (The Guardian). Cf. CRACEA, Andrei. OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013): Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan,

como uma tentativa imoral e antiética de tais empresas não pagarem a sua “parcela justa” nos custos estatais, o que fez com que as empresas passassem a investir em sua imagem como “boa pagadora de tributos” (dispondo-se, inclusive, a pagar por tributos que sequer são devidos em função de suas estruturas tributárias), sob pena de ter sua imagem demasiadamente desgastada no mercado e sofrer enormes prejuízos em razão da reação social e boicotes dos consumidores (*tax shaming*)⁷⁶.

A investida dos Estados em atribuir o estigma de “imoral” a planejamentos tributários “agressivos” surge, a nosso ver, como uma tentativa de se superarem as dificuldades que emergem da incapacidade de as mutações legislativas acompanharem a evolução e a dinâmica própria das atividades do setor privado, e, portanto, de conseguir coibir preventiva e tempestivamente determinadas estruturas negociais e planejamentos tributários dos contribuintes.

Como é possível verificar nos diversos relatórios da OCDE sobre o BEPS, costuma-se alegar que tais planejamentos, embora legais e admissíveis, conduziram a elevadas vantagens fiscais, que implicariam o enfraquecimento da “confiança do público na equidade e eficácia dos sistemas fiscais”, a “criação de desigualdades” e a “redução das receitas” dos governos, além de permitir que alguns contribuintes não paguem sua “parcela justa de tributos”. Tais argumentos não são estranhos às discussões da comunidade internacional, que tem revelado, em algumas situações, preocupações com questões de justiça fiscal e o respeito à capacidade contributiva, “reforçando-se a ideia do pagamento da justa quota-parte de cada um (*the tax fair-share*)”.

Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Exchange of Information as the New Standard. In *International Bureau of Fiscal Documentation, European Taxation*: November 2013, p. 565.

76. Sobre o assunto, é interessante a notícia “Google, Amazon, Starbucks: The rise of ‘tax shaming’”, publicada pelo jornal da BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/magazine-20560359> (acesso em 31 de outubro de 2016).

O raciocínio é o de que o comprometimento da distribuição da carga tributária, por intermédio de planejamentos tributários, implica não apenas a respectiva perda da arrecadação de receita esperada pelo Estado, mas o conseqüente aumento de carga tributária sobre os contribuintes “cumpridores” da lei, o que seria censurável do ponto de vista da solidariedade social, da cidadania fiscal e até de patriotismo⁷⁷.

Não obstante, estamos convencidos de que esse discurso, sobre carecer de fundamento no direito posto, não confere maior segurança ao contribuinte, porquanto as noções de moral e de justo dependem exclusivamente dos valores de seu intérprete. Dentro do contexto um Estado de Direito, em que o planejamento tributário surge como expressão da liberdade empresarial e da livre iniciativa, a tributação justa não é resultado de um julgamento moral, subjetivo, mas da conformidade da carga tributária com aquilo que foi estabelecido pelo Poder Legislativo, ao conformar o sistema tributário e fixar as regras de incidência tributárias⁷⁸, de modo que não compete à Administração Tributária intervir na forma eleita pelo contribuinte para a estruturação de seus negócios, salvo nas situações expressamente previstas no direito posto (no caso brasileiro, se ocorrer a simulação absoluta ou relativa)⁷⁹.

Demais disso, de forma geral, valores como a equidade e a solidariedade não justificam diretamente a tributação, à míngua de regras expressas de competência. Tais valores atuam como princípios que informam as decisões de política tributária sobre a criação das regras de competência, ou,

77. Cf. CALDAS, Marta. *O conceito de planejamento fiscal agressivo: novos limites ao planejamento fiscal?* Cadesnos IDEFF, n° 18. Coimbra: Almedina, 2015, p. 150.

78. Cf. CARRERO, José Manuel Calderón; SEARA, Alberto Quintas. The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning. *Intertax*, vol. 44, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 217.

79. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Entre la forma y el contenido en la anulación de los negocios jurídicos simulados para fines tributarios. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n. 66. Bogotá: ICDT, 2012, pp. 29-57.

ainda, influem o intérprete para que, em seu mister exegético, escolha, dentre as interpretações possíveis a partir do texto constitucional, aquela que os realize em maior intensidade. O que nos parece claro, cristalino, estreme de dúvidas é que a incidência tributária depende, mundo afora, de proposições legais específicas, não cabendo sua derrogação exclusivamente por valores ou princípios, mas por uma nova norma jurídica, introduzida no sistema pelo procedimento competente, que retire a norma anterior e cesse seus efeitos.

Assim, a nosso ver, a moralidade não é aquela que subjetivamente é encontrada no juízo do aplicador do direito, mas aquela objetivada na lei. Se o contribuinte deixou de realizar o negócio jurídico ou o fato que daria ensejo ao nascimento da obrigação tributária, não há qualquer imoralidade em sua atuação. Nesse sentido, moral é aquele que atua em consonância com as regras positivadas – sejam elas sobre ou subincludentes –, porquanto, como nos recorda EROS GRAU, “apenas o direito positivo permite, em última instância, a defesa dos oprimidos e das classes subalternas”, razão pela qual “sem o direito positivo não há liberdade”⁸⁰.

Em síntese, não merecem reparos o comentário feito pelo magistrado britânico Lord Clyde, na década de 1920, de que ninguém está sujeito à menor obrigação, moral ou de outra natureza, de estruturar suas relações jurídicas com seus negócios ou com sua propriedade a permitir que a autoridade fiscal receba uma parcela maior de suas riquezas⁸¹. Eis precisamente o ponto que merece ser lembrado neste debate: assim como não há o dever legal de o contribuinte optar pela

80. Ver a conferência de encerramento proferida por Eros Roberto Grau, por ocasião do XXIV Congresso Brasileiro de Direito Tributário, realizado pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE, publicada na Revista de Direito Tributário, n. 113, São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 218-225.

81. No original: “No man in this country is under the smallest obligation, moral or otherwise, so to arrange his legal relations to his business or his property as to enable Inland Revenue to put the largest shovel into his stores”. Lord Clyde. *Ayrshire Pullman Services Ltd. v. C.I.R.*, 14 TC 263-264.

estrutura tributariamente mais onerosa, igualmente não há um dever moral nesse mesmo sentido.

IV – A inserção dos *standards* de limitação ao planejamento tributário no ordenamento jurídico brasileiro

Dúvidas não há de que as propostas da OCDE no âmbito do BEPS mereçam exaustiva reflexão por parte dos formuladores de política tributária de nosso país, bem como é desejável que sejam abertas discussões públicas sobre a viabilidade da sua implementação no sistema tributário brasileiro, com vistas a conferir instrumentos normativos mais eficazes para combate a abusos e à erosão da base tributária.

Nada obstante, as medidas sugeridas no Plano de Ação do Projeto BEPS não devem ser inseridas automaticamente na legislação interna ou nos tratados internacionais contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil. Se, de um lado, é necessário que o Brasil tome consciência do contexto em que o está inserido internacionalmente e o papel que exerce nele⁸², de outro, deve-se compaginar as reformas exigidas pelo projeto BEPS com os interesses do país, visando ao seu desenvolvimento, e, ainda, com os limites normativos ao planejamento tributário positivados em seu próprio ordenamento.

A inserção de alterações nos limites do planejamento tributário, conquanto plenamente possível por intermédio de mutação legislativa adequada para tal finalidade, exige que se proceda à cuidadosa análise da sua compatibilidade com as diretrizes e exigências constitucionais de nosso sistema. Não devem ser introduzidas acriticamente em nossa legislação, demandando uma análise exaustiva sobre a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, bem como a sua convergência com os interesses econômicos do país.

82. Nesse sentido, a palestra proferida por Luís Eduardo Schoueri, por ocasião do XXIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, realizado pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE, publicada na Revista de Direito Tributário, n. 111, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 140-146.

Igualmente não há um regime de direito internacional que obrigue a estrita observância do novo “padrão internacional” dos *standards* de tributação internacional pelos diversos Estados ou que legitime a introdução das medidas propostas em descompasso com seu direito interno, principalmente constitucional.

Se assim é, discussões existentes no âmbito do Projeto BEPS que busquem conferir maior liberdade às administrações tributárias e limites mais fluídos para o combate a planejamentos tributários tidos por “agressivos” ou “abusivos” devem estar na agenda dos formuladores de política tributária, fornecendo-lhes valioso material para discussão no âmbito do Congresso Nacional, foro apropriado para proposições de alteração da legislação tributária doméstica. Não devem servir, entretanto, para se introduzir medidas descompassadas com o direito posto, que amesquinhe direitos e garantias dos contribuintes, que enseje insegurança jurídica e diminua o fluxo de investimentos externos no país, principalmente se for introduzida por meio de medida provisória, sem qualquer participação dos representantes dos contribuintes.

Não há de se perder de vista que, sob a ótica do direito interno, por diversas oportunidades se tentaram implementar conceitos mais fluídos e amplos no combate ao planejamento tributário. Nesse contexto, por diversas vezes o Congresso Nacional brasileiro foi instado a se manifestar e, em absolutamente todas, refutou as pretensões de ampliação dos poderes da Administração Tributária para a desqualificação de negócios jurídicos praticados pelos contribuintes.

Em pelo menos quatro oportunidades, propostas de legislação aumentando as competências administrativas nessa seara foram rejeitadas. Foram elas: (i) a discussão e aprovação do Código Tributário Nacional; (ii) a minuta do projeto que daria origem à Lei Complementar nº 104/01, originalmente elaborada pela Receita Federal do Brasil; (iii) a rejeição do Capítulo da Medida Provisória nº 66/02 referente aos “procedimentos relativos à norma geral antielisão”; (iv) a rejeição dos

artigos da Medida Provisória nº 685/15 referentes ao dever de declaração de planejamentos tributários à Receita Federal do Brasil.

Diante desse histórico de expressa refutação pelo Poder Legislativo em relação às tentativas de se estabelecerem outros limites, mais fluídos ou subjetivos, à elisão tributária, surge a seguinte indagação: se essa foi a tomada de decisão do povo brasileiro, por intermédio de seus representantes, para a escolha dos limites às práticas abusivas no plano interno, por que seria diferente no plano internacional?

É evidente, pois, a incompatibilidade de regras antielisivitas em que se confere elevado grau de discricionariedade às autoridades fiscais em matéria tributária, pautando-se eminentemente por critérios subjetivos e mais fluidos para se permitir a desconsideração de estruturas negociais e atos jurídicos legítimos dos contribuintes, à míngua de alteração legislativa competente.

Dáí porque, se é legítima a busca pelas administrações tributárias por forma de limitar a capacidade de empresas transnacionais realizarem seus planejamentos tributários ou se valerem de “posições fiscais audaciosas”, que possam ter como efeito a erosão da base tributária, de outro lado não estarão em consonância com o ordenamento jurídico a adoção de medidas sugeridas no âmbito do Plano BEPS que não delimitem – de forma clara e objetiva – os limites à atuação dos contribuintes. E mesmo nessa hipótese, há de se respeitar os limites impostos no altiplano constitucional e no próprio Código tributário Nacional que, em sua redação atual, permite a desconsideração apenas nos casos de simulação, absoluta ou relativa (*dissimulação*). E nada mais.

V – Síntese conclusiva

No âmbito internacional, o projeto BEPS se apresenta como uma excelente oportunidade para se repensar os atuais

standards de tributação internacional e buscar soluções para os problemas existentes deles decorrentes, ligados, por vezes, a assimetrias nas legislações domésticas dos diversos países ou das peculiaridades de cada tratado internacional que compõe a extensa rede de tratados firmados entre os diferentes Estados. Sob a ótica do direito positivo brasileiro, oferece-nos a possibilidade de refletir sobre a política fiscal internacional adotada pelo Brasil e, no que se refere especificamente ao tema do planejamento tributário, traz à discussão a necessidade de se redefinirem seus limites normativos, com vistas ao aperfeiçoamento do combate à erosão da base tributária.

Nesse contexto, não são poucas as propostas que potencialmente modificarão os limites do planejamento tributário pelos contribuintes, uma vez que planejamentos tributários “audaciosos” ou “agressivos” – a depender da perspectiva do interlocutor, mas inequivocamente lícitos – realizados por grandes empresas transnacionais estão no coração do Plano BEPS. O desafio a ser superado nas discussões que permeiam o tema é o de conciliar os interesses dos Estados em evitar a erosão da base tributária e a alocação artificial de resultados com as garantias dos contribuintes e limites constitucionais existentes em cada país.

As medidas sugeridas no Plano de Ação do Projeto BEPS não devem ser aplicadas ou inseridas automaticamente na legislação interna ou nos tratados internacionais de bitributação celebrados pelo Brasil. A inserção de novos limites ao planejamento tributário, conquanto plenamente possível por intermédio de alteração legislativa adequada para tal finalidade, exige o exaustivo exame de sua compatibilidade com as diretrizes e exigências constitucionais do direito posto, i.e., com os limites normativos ao planejamento tributário positivados em nosso ordenamento jurídico, que prestigiam, sobretudo, a certeza do direito, a segurança jurídica e a estrita legalidade, de forma a prestigiar os comandos normativos na sua exata dimensão.

Conceitos vagos e indefinidos de “abuso” e “agressividade” no âmbito das discussões no Projeto BEPS não atuam, no sistema tributário brasileiro, como uma forma de suplementar os limites positivados para a prática de planejamentos tributários, legitimando a introdução de conceitos como “abuso de direito”, “abuso de formas jurídicas”, “ausência de efeitos jurídicos relevantes além da economia fiscal” (propósito comercial), “ato anormal de gestão”, ou, ainda, noções subjetivas relacionadas à moralidade, à minguada de modificação legislativa adequada (lei complementar), principalmente considerando o histórico legislativo brasileiro, firme em rechaçar ampliações irrestritas a repressão à elisão tributária.