

*Coordenadores*  
*Carlos Alexandre de Azevedo Campos*  
*Gustavo da Gama Vital de Oliveira*  
*Marco Antonio Ferreira Macedo*

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO FISCAL

*Estudos em homenagem ao Professor*  
**RICARDO LOBO TORRES**

Realização:



2019

 EDITORA  
JusPODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

**Copyright:** Edições JusPodivm

**Conselho Editorial:** Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

**Capa:** Maitê Coelho ([maitescoelho@yahoo.com.br](mailto:maitescoelho@yahoo.com.br))

C198d Campos, Carlos Alexandre de Azevedo.  
Direitos fundamentais e estado fiscal: estudos em homenagem ao  
Professor Ricardo Lobo Torres / Coordenadores Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Gustavo da Gama Vital de Oliveira, Marco Antonio Ferreira Macedo – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

784 p.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-442-2684-1

1. Direitos Fundamentais. 2. Direitos Primordiais. I. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. II. Oliveira, Gustavo da Gama Vital de. III. Macedo, Marco Antonio Ferreira. IV. Título.

CDD 341.27

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPodivm.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPodivm. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções cívicas cabíveis.

## APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva foi organizada com o objetivo de prestar mais uma das diversas homenagens que serão sempre merecidas ao grande **Professor Ricardo Lobo Torres**. O livro foi idealizado e teve sua organização iniciada antes mesmo do falecimento do estimado Professor em 2018, para homenagear seus 80 anos. No entanto, como fomos surpreendidos com o seu passamento, foi necessário, com muito pesar, modificar o sentido da homenagem.

A organização dos capítulos procurou abordar alguns dos principais temas que foram objeto da intensa e proffica produção acadêmica do mestre. O objetivo foi ressaltar as principais características que fizeram sua obra ser tão marcante para o Direito Brasileiro: a teoria dos direitos fundamentais e sua intrínseca relação com o fenômeno tributário e orçamentário, a interpretação tributária e o planejamento tributário.

Com efeito, embora o Direito Financeiro tenha sido a disciplina que mais ocupou a produção acadêmica do Professor, sua contribuição ao Direito Público brasileiro foi notável, fato ilustrado pela influência considerável de sua obra em importantes autores do Direito Constitucional.

Como é próprio dos grandes mestres, a obra de Ricardo Lobo Torres construiu pontes e aproximações entre os diversos ramos do Direito: aproximou o Direito Tributário e o Direito Constitucional, o Direito Financeiro e o Direito Tributário. E foi além, ao estabelecer importantes pontes entre o Direito e os demais ramos do conhecimento, como a filosofia moral, a ética, a ciência política e a teoria da justiça.

Por tal razão, a leitura de sua obra – e dos trabalhos que compõem o presente trabalho coletivo – revela que o mestre era muito maior do que a própria cadeira de titularidade de Direito Financeiro que ocupou na UERJ. Não se podia defini-lo apenas como um tributarista, pois era, acima de tudo, um publicista.

Embora os livros deixados por Ricardo Lobo Torres sejam tão relevantes, certamente o seu maior legado não poderá ser descrito com as competentes palavras técnicas que permearam os artigos da presente obra. Trata-se dos seus exemplos de generosidade intelectual, cordialidade e humildade que sempre impressionaram a todos os que conviviam com ele. Tais exemplos, infelizmente, são muito difíceis de serem dimensionados em palavras, mas continuarão vivos na memória de todos os que tiveram a inefável oportunidade de desfrutar de sua companhia.

Janeiro de 2019.  
**Os Coordenadores.**

investimentos. A opinião pública, por sua vez, insuflada pela mídia, tem reagido fortemente à elisão fiscal, com manifestações e boicotes alavancados nas mídias sociais.

Apesar de as autoridades e organizações internacionais reconhecerem a legalidade na utilização de planejamentos tributários pelas empresas, tem havido um movimento para enquadrar certos planejamentos tributários, mais agressivos, em uma zona de controle fora do debate evasão ilícita e elisão lícita.

Isso porque é necessário que as empresas contribuam para o custeio dos serviços públicos, de forma mais solidária, sendo uma peça relevante no controle da concorrência fiscal internacional.

Com efeito, a “voluntariedade” no engajamento a comportamentos mais comedidos em relação aos planejamentos fiscais é preferível à regulação. Primeiramente porque tira a pressão dos governos por fiscalizações mais constantes e complexas. Em segundo lugar porque grandes corporações multinacionais possuem recursos e estruturas para encontrar sempre alternativas disponíveis para pagar menos tributos.

Do ponto de vista da RSC, apesar da premissa básica no desenho das iniciativas de RSC ser a de que a empresa deve gerar lucro e valor aos seus acionistas, o combate aos planejamentos tributários agressivos, não é inconsistente com tal princípio. Mas, uma das dificuldades das empresas em incluir o tema da tributação no âmbito da RSC é a falta de regras de tributação claras e transparentes, trazendo certa insegurança e rigidez para escolhas legítimas das empresas em relação a planejamentos tributários.

Assim, considera-se que, certa harmonização no desenho da RSC norteada por princípios e parâmetros “internacionalmente aceitos” possa contribuir com o combate aos planejamentos tributários agressivos fortalecendo as diretrizes e sugestões da OCDE, que tem sido ativa nessa matéria.

Nesse caso, faz-se necessário aos países que não pertencem a OCDE que avaliem as sugestões oferecidas, contribuindo para o debate. De outra forma, poderão ser forçados a se adequar a tais parâmetros, dada a interconectividade no mundo de hoje.

Ainda que há quem advogue que as diretrizes da OCDE sejam normas não compulsórias (*soft law*) e, as iniciativas de RSC serem voluntárias e não constituírem obrigações que possam ser “cobradas” das empresas, o reconhecimento das diretrizes da OCDE pelos Estados cria uma força normativa que os força a agir.

Por outro lado, com base nos princípios da boa-fé e transparência, o compromisso das empresas feito por meio de suas iniciativas de RSC passa a vincular as empresas. Talvez de forma mais difícil no âmbito da legislação tributária, mas certamente do ponto de vista contratual, por seus *stakeholders* e clientes, que contrataram com determinada empresa, considerando sua postura cidadã. Assim, a boa-fé na atuação das empresas, sobretudo para aquelas que se declaram socialmente responsáveis, deve, portanto, nortear todas as práticas internas, incluindo o modo em que age diante das questões tributárias.

## Abuso dos Acordos de Bitributação e Teste do Objetivo Principal: Repensando o Teste do Objetivo Principal à Luz da Segurança Jurídica

Luís Eduardo Schoueri<sup>1</sup>  
Clara Gomes Moreira<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito do teste do objetivo principal. 2.1. “Não obstante outras disposições da presente Convenção...”. 2.2. “... um benefício da presente Convenção [...] em relação a um componente de renda ou de capital...”. 2.3. “... obter esse benefício constituiu um dos objetivos principais de um acordo ou operação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício...”. 2.4. “... se for razoável concluir, com base em todos os fatos e circunstâncias relevantes...”. 2.5. “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”. 2.6. “... um benefício da presente Convenção não será concedido.” 3. Segurança jurídica e teste do objetivo principal. 3.1. GAARs e segurança jurídica. 3.2. Teste do objetivo principal como uma norma de exceção: “... o objetivo principal...” (teste subjetivo), a alocação ao Estado do teste objetivo e o significado da substância. 3.3. Medida alternativa: a cumulação do teste do objetivo principal com a cláusula da limitação de benefícios. 4. Conclusão

### 1. INTRODUÇÃO

O teste do objetivo principal (*principal purpose test*) foi proposto no bojo da Ação nº 6 (*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 2015), compreendida nos planos de ação de combate à erosão da base tributária e transferência de lucros (BEPS). No mesmo contexto, apresenta-se a Convenção Modelo OCDE/2017 (artigo 29, parágrafo 9º) e a *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* (MLI, 2018) (artigo 7º, parágrafo 1º<sup>3</sup>). Muito embora o Brasil não componha

1 Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado.

2 Doutoranda em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogada.

3 “Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard

a OCDE nem tenha assinado o MLI<sup>4</sup>, os seus compromissos no *inclusive framework* e a sua firme atuação quando da elaboração dos planos de ação BEPS, na qualidade de integrante do G-20, não deixam dúvidas quanto à relevância do tema para o País.

Não por outra razão em outubro de 2017, o Brasil firmou com a Argentina um protocolo de emenda<sup>5</sup> ao acordo de bitributação celebrado entre esses Estados, objetivando “favorecer [...] os investimentos argentinos no Brasil, assim como os investimentos brasileiros na Argentina”; “reduzi[r] as possibilidades de planejamento tributário [...] [por isso] adotou-se artigo de amplo alcance destinado a combater a elisão fiscal e o uso abusivo do acordo”; dentre outros fins. Esse acordo de bitributação é o primeiro assinado pelo Brasil a possuir o teste do objetivo principal nos moldes propostos pela OCDE, além de, em termos domésticos, ser a primeira norma antiabuso geral (*general anti-avoidance rule* – GAAR) eficaz.

A noção de “objetivo principal” ou “principal propósito”, no entanto, não é nova nos acordos brasileiros. Nos acordos realizados com África do Sul (2003), Chile (2001), México (2003), Peru (2006), Rússia (2004), Trinidad e Tobago (2008), Ucrânia (2002) e Venezuela (2005), prevê-se, genericamente, quanto aos dividendos, juros e *royalties*, que o respectivo benefício não se aplica, caso “o principal propósito” ou “um dos principais propósitos” do negócio jurídico seja de “tirar proveito” da norma jurídica em questão.

Existe, todavia, um grande debate na doutrina<sup>6</sup> quanto ao conteúdo e compatibilidade do teste do objetivo principal com o direito doméstico (nacional e comunitário europeu), especialmente no que se refere à segurança jurídica.

*to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement.”*

4 Cf. GALENDI JÚNIOR, Ricardo; SCHOUERI, Luís Eduardo. Interpretative and Policy Challenges Following the OECD Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. **Bulletin for International Taxation**, p. 340-348, jun./2017.

5 Decreto Legislativo nº 136/2018 e Decreto nº 9.482/2018.

6 BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective. **Intertax**, vol. 43, issue 12, p. 825-838, 2015, p. 838. CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule. **Global Taxation**, vol. 1, p. 186-190, jun./2016, p. 189. 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**, p. 31-55, jan./2018, p. 47-48. DE BROE, Luc; LUTUS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. **Intertax**, vol. 43, issue 2, p. 122-146, 2015, p. 146. KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 277-285. LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. **Tax Notes International**, vol. 74, issue 7, p. 655-664, mai./2014, p. 663-664. PINETZ, Erik. Use of Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PIS-TONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposal to Revise the OECD Model Convention**. Wien: Linde, 2016, p. 293-294. ROLIM, João Dácio. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. **Intertax**, vol. 44, issue 11, p. 815-822, 2016, p. 817.

Esse artigo examina essas controvérsias considerando o acordo de bitributação Brasil-Argentina e o sistema constitucional tributário nacional.

## 2. CONCEITO DO TESTE DO OBJETIVO PRINCIPAL

O teste do objetivo principal conota uma GAAR a ser prescrita em acordos de bitributação, visando a combater, dentre outras formas de abuso dos acordos, o *treaty shopping*. Esse ocorre quando um contribuinte, objetivando se aproveitar de um acordo de bitributação, em relação ao qual ele não é um beneficiário, estrutura o seu negócio jurídico interpondo entre si e a sua fonte outra pessoa que é contemplada por esse acordo, e, desse modo, atrai a sua aplicação.<sup>7</sup> Essa norma antiabuso possui termos genéricos e ampla aplicação<sup>8</sup>. Vale dizer, enquanto uma GAAR, o teste do objetivo principal se caracteriza por não ter limites quanto à matéria coberta ou às soluções adotadas.

As GAARs se diferenciam das *special anti-avoidance rules* – SAARs, as quais se restringem a prescrever um consequente normativo para um comportamento determinado que o legislador deseja evitar; e das *targeted anti-avoidance rules* – TAARs, as quais, conquanto igualmente genéricas, têm o seu escopo de atuação reduzido. Assim, enquanto o acordo Brasil-Argentina apresenta uma GAAR (porque é aplicável a qualquer dispositivo), os demais acordos antes referidos contêm TAARs, uma vez que elas são voltadas a uns poucos dispositivos (dividendos, juros e *royalties*).

Naquele primeiro acordo, além disso, a redação da GAAR se aproxima do modelo da OCDE, conforme se observa abaixo:

Artigo 29, parágrafo 9º, CM OCDE	Artigo 27, parágrafo 1º, do acordo de bitributação Brasil-Argentina
“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”	“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.”

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

8 KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. **World Tax Journal**, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 245.

Essa condição pode ser um indicativo de que o Brasil pretende se orientar pelo modelo da OCDE, em que pese as autoridades nacionais poderem se posicionar diversamente, o que demanda um acompanhamento das suas futuras ações nessa temática. Apresentamos, nos tópicos subsequentes, o conteúdo do teste do objetivo principal, segundo a sua interpretação literal, finalística e contextual, sem prejuízo da consideração anterior.

## 2.1. “Não obstante outras disposições da presente Convenção...”

O teste do objetivo principal geralmente não é a única norma antiabuso prescrita em um acordo de bitributação. Os comentários 171 a 173 ao artigo 29 da CM OCDE/2017<sup>9</sup> sustentam que essa GAAR tem caráter “suplementar” em relação às demais SAARs constantes nos acordos. É possível, por assim dizer, que uma situação não configure abuso do acordo segundo uma SAAR, mas o seja em consonância com a GAAR.

Levantam-se argumentos em contrariedade a esse entendimento de duas ordens: uma primeira posição sustenta que a norma especial prevalece sob a norma geral, em linha com o brocardo *‘lex speciali derogat lex generalis’*<sup>10</sup>; uma segunda posição acrescenta que a SAAR é mais “rigorosa” do que a GAAR, não havendo utilidade prática em aplicar ambas normas antiabuso<sup>11</sup>.

Há quem defenda, diversamente, inexistir uma antinomia entre a GAAR e a SAAR, sob o argumento de que essas normas possuem requisitos cumulativos à caracterização do abuso, sem que exista uma relação hierárquica entre elas. Uma situação não abusiva, nesse sentido, é aquela que atende a ambas normas, por serem elas independentes entre si<sup>12</sup>. Uma analogia clarifica essa ideia: cada uma dessas normas constituiria um filtro pelo qual uma situação passa, não sendo ela abusiva, ao passar pelos dois filtros.<sup>13</sup>

É interessante notar que o problema exposto não se confunde com o debate que se faz nos diferentes ordenamentos jurídicos que contemplam GAAR e SAAR. Afinal, no âmbito interno, essas normas produzem consequências distintas e, portanto, configuram uma antinomia. Um exemplo ilustra essa distinção: enquanto uma norma concernente ao preço de transferência (SAAR) provoca um ajuste de preços, segundo um dos métodos legais de cálculo, a GAAR, normalmente, leva à desconsideração do negócio efetuado, impondo a sua substituição por outro. Em tal cenário, torna-se mandatória a decisão sobre a norma aplicável, sendo correto o raciocínio pelo critério da especialidade. Isto é, como regra, no direito interno, a aplicação de uma SAAR se faz no lugar de uma GAAR.

Pode haver a sua aplicação concomitante, no entanto, somente quando a GAAR assegura que a SAAR tenha lugar. Assim, por exemplo, se um contribuinte se vale de uma estrutura abusiva para fugir da aplicação de uma SAAR, então a GAAR será aplicada primeiro e, em decorrência disso, poderá haver a aplicação da SAAR. De qualquer modo, não se pode confundir essa situação doméstica com aquela dos acordos, já que, como apontado, nesse último caso, não há uma antinomia entre a GAAR e a SAAR, pois elas produzem consequências idênticas (a inaplicabilidade da norma do acordo). Por essa razão, essas normas se aplicam de modo independente e sucessivo.

Quanto à utilidade da GAAR, lembramos que a especialidade da norma antiabuso nada nos diz sobre o seu “rigor”. A especialidade somente se refere à limitação do seu escopo de aplicação. A GAAR, nesse sentido, será “útil”, quando ela preveja critérios diversos da SAAR e/ou verse sobre situações não compreendidas por essa última.

Por último, para afastarmos qualquer cogitação quanto à aplicação cumulativa da GAAR e da SAAR nos acordos, ressaltamos que o texto do dispositivo antes reproduzido (“*não obstante outras disposições da presente Convenção*”) afasta qualquer dúvida quanto à correção desse entendimento.

## 2.2. “... um benefício da presente Convenção [...] em relação a um componente de renda ou de capital...”

A norma antiabuso serve a outra norma, no sentido de impedir que se aplique essa segunda norma, quando os seus requisitos foram atendidos, porém de forma abusiva. O comentário 175 ao artigo 29, § 9º, da CM OCDE/2017<sup>14</sup>

9 “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. [...]”

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. [...]”

10 BAÉZ MORENO, Andrés. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, issue 6 e 7, p. 432-446, 2017, p. 441.

11 PERDELWITZ, Andreas. International Tax Structuring for Holding Activities. In: COTRUT, Madalina. *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 321.

12 PALAO TABOADA, Carlos. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation*, p. 602-608, oct./2015, p. 605.

13 Cf. CHAND, Vikram. The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules. *Intertax*, vol. 46, issue 2, p. 115-123, 2018, p. 116. DE BROE, Luc; LUTUS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, vol. 43, issue 2, p. 122-146, 2015, p. 132.

KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 245-246. LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, vol. 74, issue 7, p. 655-664, mai./2014, p. 658.

14 “The term “benefit” includes all limitations (e.g. a tax reduction, exemption, deferral or refund) on taxation imposed on the State of source under Articles 6 through 22 of the Convention, the relief from double taxation provided by Article 23, and the protection afforded to residents and nationals of a Contracting State under Article 24 or any other similar limitations. This includes, for example, limitations on the taxing rights of a Contracting State in respect of dividends, interest or royalties arising in that State, and paid to a resident of the other State (who is the beneficial owner) under Article 10, 11 or 12. It also includes limitations on the taxing rights of a Contracting State over a capital gain derived from the alienation of movable property

sustenta que o “benefício” deve ser lido como toda limitação imposta pelo acordo ao poder de tributar do Estado fonte, ou seja, as regras relativas à alocação do poder de tributar e as que impedem a dupla tributação e conferem proteção aos residentes ou nacionais<sup>15</sup>.

A doutrina<sup>16</sup>, por sua vez, discute sobre o sentido de “benefício”, uma vez que ele conota uma comparação entre duas situações, sendo uma melhor do que a outra em atenção a um critério. Os acordos de bitributação visam a promover a maior troca comercial entre os indivíduos residentes ou nacionais – a depender do critério de conexão eleito – de diferentes Estados<sup>17</sup>, ao evitar a bitributação jurídica e, em alguns casos, econômica da renda.

O benefício, a nosso ver, deriva, portanto, da aplicação de uma norma do acordo a um rendimento ou capital, os quais, em uma situação contrária, estariam submetidos à dupla tributação ou à aplicação de uma norma de consequência mais onerosa. A condição mais vantajosa, em outras palavras, diz respeito ao cotejo sob o viés financeiro entre a situação de aplicação de uma norma do acordo e aquela de mera aplicação da legislação doméstica, de outro acordo de bitributação ou ainda de outra norma do mesmo acordo.

Apesar dessa percepção econômica do benefício, em consonância com os comentários e a própria doutrina, não se impõe à autoridade fiscal a comprovação da economia fiscal para a caracterização do abuso. Pode-se conceder duas justificativas para tanto: presume-se a economia tributária e/ou pretende-se preservar a integralidade do acordo em atenção aos seus fins, independentemente da obtenção da benesse financeira. Entendemos, todavia, que a obtenção ou não de uma vantagem financeira pode ser um “[d]os fatos e circunstâncias relevantes” para concluir sobre o abuso, no sentido de ser um indício, dentre outras provas avaliadas pela autoridade fiscal nesse exame, como exploraremos mais à frente.

### 2.3. “... obter esse benefício constituiu um dos objetivos principais de um acordo ou operação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício...”

Se a aplicação da norma do acordo for um dos objetivos principais para a celebração de um negócio jurídico segundo uma estrutura determinada, satisfaz-se o teste subjetivo, ainda que existam outros fundamentos, e.g., comerciais

*located in that State by a resident of the other State under Article 13. When a tax convention includes other limitations (such as a tax sparing provision), the provisions of this Article also apply to that benefit.”*

15 KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, vol. 44, issue 5, p. 406-412, 2016, p. 408.

16 LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, vol. 74, issue 7, p. 655-664, mai./2014, p. 657-658.

17 KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 264-267; 271-272.

de igual relevância que a justifiquem. O comentário 180 ao artigo 29, parágrafo 9º, da CM OCDE/2017<sup>18</sup> é no mesmo sentido.

Em resposta, parcela da doutrina<sup>19</sup> defende que esse teste possui um *standard* muito baixo, o que permite que hipóteses despidas de abuso sejam abrangidas por esse teste. Isso porque é difícil concluir que um contribuinte abusou de um acordo, caso ele possua razões outras de igual relevância, mas de cunho não tributário para a realização de um negócio jurídico de certo modo. É sugestivo, por conseguinte, mudar a redação do dispositivo para “o propósito essencial ou predominante”<sup>20</sup> ou “o propósito exclusivo ou predominante”<sup>21</sup>.

Argumenta-se, em oposição, quanto às operações transfronteiriças, haver um limite à capacidade institucional do Estado de conseguir informações sobre as operações dos contribuintes, o que justificaria essa norma.<sup>22</sup> A veracidade desse último posicionamento, contudo, é bastante controversa nos casos em que existentes mecanismos de intercâmbio de informações entre os Estados. Ora, considerando que os acordos de bitributação costumam prever o mecanismo de troca de informações, deve-se partir da premissa de que há, normalmente, meios para os Estados obterem informações sobre as atividades dos contribuintes.

Para iniciarmos o enfretamento dessa divergência – essa temática será retomada mais à frente –, definimos, precipuamente, os “objetivos principais” (*one of the principal purposes*). A palavra “*purpose*” foi traduzida para o português como “*objetivo*”, sendo que a doutrina em língua inglesa<sup>23</sup> prefere falar em “*motivo*” ( *motive*). Independentemente de qualquer imprecisão terminológica<sup>24</sup>, somos da opinião que o “objetivo” não trata propriamente da razão para a eleição de um Estado<sup>25</sup> ou para a economia tributária; não se confunde

18 “The reference to “one of the principal purposes” in paragraph 9 means that obtaining the benefit under a tax convention need not be the sole or dominant purpose of a particular arrangement or transaction. It is sufficient that at least one of the principal purposes was to obtain the benefit.”

19 KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, vol. 44, issue 5, p. 406-412, 2016, p. 408.

20 KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 257-261.

21 DE BROE, Luc; LUTUS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, vol. 43, issue 2, p. 122-146, 2015, p. 132.

22 DRÜEN, Klaus-Dieter; DRISSEN, Daniel. Burden of proof and anti-abuse provisions. In: MEUSSEN, Gerard. *The burden of proof in tax law*. Amsterdam: IBFD, 2013, p. 32.

23 CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule. *Global Taxation*, vol. 1, p. 186-190, jun./2016, p. 188. LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, vol. 74, issue 7, p. 655-664, mai./2014, p. 658-661. PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse in European Union Law: A Theory. *EC Tax Review*, nº 3, p. 134-147, 2011, p. 144.

24 PIANTAVIGNA, Paolo. The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Aggressive Tax Planning. *World Tax Journal*, p. 193-232, mai./2018, p. 230.

25 KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, vol. 44, issue 5, p. 406-412, 2016, p. 408.

com as intenções de um contribuinte<sup>26</sup> e as consequências produzidas por um negócio jurídico<sup>27</sup>; nem se trata em verdade de um exame de artificialidade<sup>28</sup>.

Ao controlar o objetivo principal, busca-se a substância de um negócio jurídico, ou seja, o seu grau de sustentabilidade<sup>29</sup> em atenção às razões apresentadas para o seu desenvolvimento. Um ponto interessante nessa construção é o comentário 178 ao artigo 29, parágrafo 9º, da CM OCDE/2017: “quando [...] um negócio jurídico *somente* puder ser explicado *razoavelmente* [ou *racionalmente*] por um benefício que deriva de um acordo”<sup>30</sup> [tradução livre]. Com base nessa explicação, os objetivos principais são os pilares de sustentação do desenho de um negócio jurídico, sem o qual ele não se mantém e/ou não se equilibra. Em outras palavras, sem um deles, não se justifica esse negócio ou se o faz de maneira incompleta.<sup>31</sup>

Ainda com tal explicação, não nos parece despropositado mencionar que essa fórmula tende a trazer problemas na sua aplicação. Afinal, dificilmente se encontrará uma transação em que os benefícios obtidos por um acordo não tenham sido considerados, quando da estruturação do negócio jurídico, especialmente caso se tenha em mente ser cediço que uma das funções primordiais dos acordos de bitributação é a atração de investimentos. Espera-se que o investidor busque países com os quais os acordos de bitributação foram celebrados, havendo, pois, sempre a preferência pela estruturação do negócio jurídico envolvendo essas localidades. Se é verdade que a existência dos acordos é determinante para a realização do investimento, então será improvável encontrar um caso em que, na ausência do benefício do acordo, a estrutura se manteria inabalada.

#### 2.4. “... se for razoável concluir, com base em todos os fatos e circunstâncias relevantes....”

À autoridade fiscal compete realizar o teste subjetivo em atenção a “todos os fatos e circunstâncias relevantes” do caso, quando alcançará uma conclusão “razoável” sobre a matéria. Alguns doutrinadores argumentam que no teste subjetivo

26 Cf. em sentido contrário: BAÉZ MORENO, Andrés. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, issue 6 e 7, p. 432-446, 2017, p. 436.

27 PIANTAVIGNA, Paolo. The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Aggressive Tax Planning. *World Tax Journal*, p. 193-232, mai./2018, p. 198, 213-214, 221.

28 DOURADO, Ana Paula. The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law. In: ENGLISCH, Joachim (ed.). *International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism*. Amsterdam: IBFD, 2016, p. 273.

29 PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse in European Union Law: A Theory. *EC Tax Review*, nº 3, p. 134-147, 2011, p. 145, 230-231.

30 “Where [...] an arrangement can only be reasonably explained by a benefit that arises under a treaty [...]”

31 Cf. em sentido contrário: CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule. *Global Taxation*, vol. 1, p. 186-190, jun./2016, p. 187. PINETZ, Erik. Use of Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds.). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposal to Revise the OECD Model Convention*. Wien: Linde, 2016, p. 287.

há um pequeno ônus da prova<sup>32</sup> do Estado, o qual, com efeito, “é fácil”<sup>33</sup> de ser atendido; outros afirmam, diferentemente, que esse exame “não é fácil” e a razoabilidade não mede o ônus da prova das autoridades fiscais. Elas em quaisquer casos se baseiam nos fatos e circunstâncias relevantes<sup>34</sup>; outro posicionamento é que a razoabilidade é a qualidade da decisão produzida, ou seja, uma decisão justificada<sup>35</sup>. Essas proposições doutrinárias precisam ser melhor exploradas.

Essa redação, inicialmente, foi inspirada no modelo britânico: “tendo em conta todas as circunstâncias, seria razoável concluir”<sup>36</sup> [tradução livre] (parte 5 do *Financial Act 2013*, seção 207 (1)). Essa “razoabilidade”, entretanto, tal como antes empregada e no teste do objetivo principal, mais se assemelha à “racionalidade”. Isso porque a razoabilidade, geralmente, se atrela a um juízo moral (certo ou errado, segundo determinados valores), em contraposição ao sentido da racionalidade como uma virtude intelectual (e.g., escolher um meio compatível com o fim pretendido).<sup>37</sup> O “razoável concluir”, logo, a nosso ver, se refere ao raciocínio cuidadoso em consideração aos elementos de prova<sup>38</sup>. Não se “pula” às conclusões sem avaliar as provas pertinentes.<sup>39</sup>

Por assim dizer, afirmações como ‘É fácil.’ ou ‘É difícil.’ não são aplicáveis. A complexidade da análise depende do seu objeto, podendo ser mais “fácil” ou mais “difícil” a depender do caso concreto, sem que generalizações a seu respeito sejam verdadeiras. Não é possível, de igual modo, prever abstratamente a extensão do ônus da prova. Ele pode ser menor ou maior em consonância com os “fatos e circunstâncias relevantes”. Essa delimitação do objeto de prova, não obstante, obviamente é menor do que se todos os elementos fáticos relativos a um negócio jurídico fossem examinados, o que não significa, todavia, que todos esses fatos sejam necessários à resolução da questão.

Concordamos, por outro lado, com a definição da razoabilidade como um critério para a produção de um ato justificado. As razões que justificam essa

32 CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule. *Global Taxation*, vol. 1, p. 186-190, jun./2016, p. 188.

33 PINETZ, Erik. Use of Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds.). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposal to Revise the OECD Model Convention*. Wien: Linde, 2016, p. 287.

34 WEBER, Dennis. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law. *Erasmus Law Review*, nº 1, p. 48-59, ago./2017, p. 50-51.

35 CUNHA, Rita C. BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule. *Global Taxation*, vol. 1, p. 186-190, jun./2016, p. 188.

36 “having regard to all the circumstances, it would be reasonable to conclude”

37 SIBLEY, W. M. The Rational Versus the Reasonable. *The Philosophical Review*, nº 62, p. 554-560, 1953, p. 556-557.

38 Artosi, Alberto. Reasonableness, Common Sense, and Science. In: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (eds.). *Reasonableness and Law*. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2009, p. 69.

39 MacCormick, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 166.

decisão dizem respeito a “todos os fatos e circunstâncias relevantes”. “Fatos e circunstâncias relevantes”, porém, em relação ao quê? Propomos, em linha com o ponto anterior, que a importância se refira à substância de um negócio jurídico<sup>40</sup>; e.g., à estrutura física, pessoal e financeira das sociedades; às atividades exercidas e a sua conexão com a atividade fim do grupo econômico; à assunção de riscos; à história das sociedades e/ou do grupo econômico; ao decurso do tempo; à economia tributária produzida; e às circunstâncias externas relacionadas às decisões tomadas. A cada caso concreto, como já dito, haverá um novo critério de relevância da prova a ser observado pelo aplicador racional. Desse modo, enquanto a estrutura física pode ser relevante para uma atividade industrial, no caso da *holding* pura parece ser despropositado (ou incoerente) inquirir sobre as suas instalações ou o seu número de empregados.

## 2.5. “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”

O teste subjetivo não resulta em uma afirmação conclusiva sobre o abuso, havendo um teste subsequente: o objetivo. Em outras palavras, em se insurgindo contra a conclusão do teste subjetivo, ao contribuinte facultar-se demonstrar que a aplicação da norma de tributação do acordo de bitributação nessa situação não contraria “o objeto e propósito das disposições pertinentes” desse acordo.

Afirma-se, entretanto, que não é fácil definir o fim das normas de um acordo<sup>41</sup>, principalmente porque nem sempre as razões para a sua assinatura são públicas, além do que qualquer generalização a seu respeito desconsidera que os Estados celebram acordos por razões diferentes. Não é precisa, ademais, a distinção entre o fim principal e o secundário de uma norma.<sup>42</sup> Discute-se, ainda, se o fim “das disposições pertinentes” se refere ao acordo como um todo, às normas principais (e.g., à norma alocativa) ou ao próprio teste do objetivo principal.<sup>43</sup>

Antes que prossigamos, analisamos os comentários à CM OCDE, apesar de não desconhecermos, como visto, que eles não vinculam vários Estados<sup>44</sup>, como o Brasil. Esses comentários descrevem exemplos de aplicação do teste objetivo que são relevantes a esse estudo e cujos elementos principais são os seguintes:

40 PIANTAVIGNA, Paolo. The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Aggressive Tax Planning. *World Tax Journal*, p. 193-232, mai./2018, p. 198.

41 KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 262.

42 DE BROE, Luc; LUTUS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, vol. 43, issue 2, p. 122-146, 2015, p. 131-132.

43 KOK, Reinout. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, vol. 44, issue 5, pp. 406-412, 2016, p. 409.

44 KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 271.

*Exemplos A e B:* a sociedade beneficiária (CCo) atua como uma *conduit company*, enquanto um mero corredor para a circulação de valores entre a sociedade beneficiária efetiva desse negócio jurídico (ACo) e a sociedade fonte (BCo), sem agregar qualquer valor à atividade econômica e, inclusive, podendo não obter qualquer vantagem financeira por semelhante função ou a sua remuneração é incompatível com as condições de mercado. Aplica-se o teste do objetivo principal.

*Exemplo J:* em que pese o negócio jurídico entre as sociedades BCo e CCo, a sociedade ACo (sociedade relacionada à sociedade CCo) assume a responsabilidade pela execução do contrato perante a sociedade BCo em benefício da sociedade CCo, sem receber remuneração por semelhante função ou em condições incompatíveis com as de mercado. Aplica-se o teste do objetivo principal.

*Exemplos C, F, G, H, I, K e M:* a sociedade CCo, efetivamente, desenvolve a empresa, agregando valor à atividade econômica realizada no Estado C, conforme se depreende de sua estrutura física, financeira e pessoal compatível com a função exercida. Essa função pode ser até mesmo de gestão de outras sociedades. Compreende-se, ainda, nessa hipótese a constituição da sociedade CCo como uma expansão normal ou previsível da empresa. Não se aplica o teste do objetivo principal.

*Exemplos D e L:* no que se refere às sociedades relativas aos investimentos financeiros, a sua qualificação como beneficiária dos acordos de bitributação depende de a opção de seus investidores por ela ocorrer independentemente da localização dos seus investimentos – e.g., há uma pluralidade de investimentos em inúmeros Estados – e de essa sociedade, outrossim, não considerar a localização dos investidores como um critério para a sua aceitação – e.g., há investidores de diversos Estados. Não se aplica o teste do objetivo principal.

*Exemplo E:* no que se diz respeito à sociedade que, e.g., aumenta a sua participação societária em outra para atender a um requisito numérico estabelecido no acordo de bitributação para a sua aplicação a uma dada situação, afirma-se que atende ao próprio fim da norma em questão. Não se aplica o teste do objetivo principal.

Esses exemplos não são exaustivos nem, admitamos, absolutamente claros, mas eles indicam alguns critérios empregados pela OCDE para se afastar o abuso: (1) a sociedade residente exerce uma atividade econômica, agregando valor; (2) há uma estrutura física, pessoal e financeira compatível com as atividades exercidas; (3) a constituição da sociedade segue o curso previsível de condução da empresa; (4) atenta-se para as condições de mercado; (5) não se contrariam os critérios legais; e (6) quanto às sociedades de investimento, os investimentos eleitos e os investidores aceitos independem da sua localização. Todos esses elementos funcionam como indícios que se somam e são ponderados em uma situação concreta, sem prejuízo de outros que venham a ser considerados para a compreensão da substância de um negócio jurídico.

Com isso em mente, voltamos à redação desse dispositivo: “o objeto e propósito das disposições pertinentes da presente Convenção”. Visando a responder quais são “o objeto e propósito”, necessitamos, em primeiro lugar, definir as

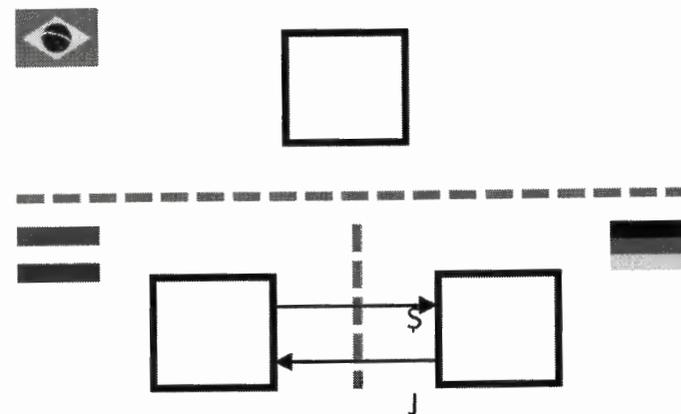
“disposições pertinentes da [...] Convenção”. Essas disposições obviamente não dizem respeito ao acordo como um todo, caso contrário, não se limitaria o seu escopo de aplicação a somente algumas das suas disposições; se escreveria “o objeto e propósito da presente Convenção”. Elas também não compreendem o teste do objetivo principal. Isso porque, como visto, essa GAAR serve a outra norma que versa sobre a repartição do poder de tributar propriamente. Não por outra razão, quando um contribuinte abusa de um acordo, ele não abusa de uma GAAR, TAAR ou SAAR, mas sim das mencionadas normas de repartição (ou dos benefícios). As “disposições pertinentes”, logo, são as normas relativas aos limites impostos pelo acordo de bitributação à atividade tributária de um dos Estados Contratantes.

Pergunta-se, em segundo lugar, sobre “o objeto e propósito” desses benefícios. Muito se discutiu acerca de o “objeto” e “propósito” possuírem conceitos autônomos, contudo, prevaleceu o entendimento de que a expressão “objeto e propósito” é uma unidade conceitual referente à interpretação teleológica.<sup>45</sup> O fim dessa norma, precipuamente, nada diz sobre a intenção (o subjetivo) das autoridades celebrantes do acordo. A interpretação teleológica é uma análise objetiva<sup>46</sup>, segundo o texto do acordo, o contexto, outros instrumentos normativos conexos, as práticas entre os Estados Contratantes e o direito internacional, sem prejuízo de, em caráter suplementar, se avaliarem os trabalhos preparatórios e circunstâncias de conclusão do acordo (artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT)).

Há quem sustente, nesse sentido, que os fins desses benefícios são a distribuição justa dos rendimentos e capitais entre os Estados Contratantes, eliminar as barreiras comerciais e incentivar os investimentos estrangeiros (os fins últimos), e evitar a dupla tributação (o fim operacional).<sup>47</sup> Esses fins, não obstante, à primeira vista, não traduzem a busca da substância de um negócio jurídico, em linha com os exemplos da OCDE. Para tanto, exploramos a seguir a proibição do abuso, partindo de um exemplo – para os fins desse exemplo, desconsidere a existência de qualquer norma antiabuso aplicável.

Duas sociedades: (1) a matriz BCo, residente no Brasil; e (2) a subsidiária ACo, residente na Alemanha. A BCo pretende financiar o desenvolvimento de softwares pela ACo. Destacamos, por um lado, que o acordo de bitributação Brasil-Alemanha (1975) se encontra sem efeito desde 2005<sup>48</sup>. Caso o empréstimo, portanto, fosse feito entre a BCo e a ACo, poderia haver a bitributação jurídica dos juros, o que pode ser evitado pela interposição de uma sociedade

na Holanda. Isso porque o acordo Alemanha-Países Baixos (2012), por outro lado, no seu artigo 11, parágrafo 1<sup>49</sup>, prevê a tributação exclusiva dos juros pelo Estado de residência. Constitui-se, conseqüentemente, (3) a subsidiária HCo, residente nos Países Baixos, a qual não exerce qualquer atividade econômica, salvo deter um ativo muito grande. Ressaltamos que, caso houvesse dois empréstimos (BCo-HCo e HCo-ACo), no pagamento de juros pela HCo à BCo, em consonância com o acordo Brasil-Países Baixos (1990), artigo 11, parágrafo 2<sup>50</sup>, haveria a tributação na fonte e na residência, sem prejuízo do mecanismo brasileiro de dedução do imposto pago nos Países Baixos, observado o disposto no artigo 23, parágrafo 5<sup>51</sup>.



Em atenção ao posicionamento da OCDE, a HCo é uma *cash box*, uma “caixa” cujo único conteúdo econômico são os bens do ativo de sua titularidade, sem que exista a correlação entre o seu poder econômico e as suas atividades desempenhadas. A OCDE conclui que essa estrutura comercial se justifica, exclusivamente, pelo objetivo de tirar proveito do acordo de bitributação Alemanha-Países Baixos, além de ser incompatível com “o objeto e propósito” da norma relativa à tributação dos juros. Isso porque essa norma não pretende

45 JONAS, David S.; SAUNDERS, Thomas N. The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, nº 3, p. 565-609, mai./2010, p. 578-579.

46 RUST, Alexander; VOGEL, Klaus. Introduction. In: REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (eds.). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. vol. I. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 39.

47 KUŹNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 265.

48 Decreto nº 5.654/2005.

49 “Interest arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State.”

50 “Todavia, esses juros podem ser também tributados no Estado de que provém e nos termos das leis desse Estado mas se quem os receber for o beneficiário efetivo dos juros, o imposto assim incidente não poderá exceder:

(a) 10 por cento (dez por cento) do montante bruto dos juros, se quem os receber for um banco e se o empréstimo for concedido por um prazo mínimo de 7 anos e relacionado com a compra de equipamento industrial, com estudo, compra ou instalação de unidades industriais ou científicas, bem como com o financiamento de obras públicas

(b) 15 por cento (quinze por cento) do montante bruto dos juros, nos demais casos.”

51 “Quando um residente no Brasil receber rendimentos que, nos termos desta Convenção, possam ser tributados na Holanda, o Brasil permitirá, como dedução do imposto de renda dessa pessoa, um valor igual ao imposto de renda pago na Holanda. Todavia, a dedução não será maior do que a parcela do imposto que seria devido antes da inclusão do crédito correspondente aos rendimentos que podem ser tributados na Holanda.”

compreender as situações de abuso, as quais são identificadas pela ausência da substância<sup>52</sup>.

Admitimos, entretanto, que similar conclusão decorre da pré-compreensão de que os acordos de bitributação *não devem* funcionar como um meio de transferência de lucros entre as jurisdições. A substância, dessa forma, conota um critério não somente de delimitação do escopo de aplicação de um acordo, como também de repartição do poder de tributar entre os Estados – maiores críticas a essa última parte ultrapassam o escopo desse estudo, sendo deixadas para outra oportunidade.

Observamos, todavia, que o significado de substância é amplo, alargando o seu conteúdo em função da experiência nacional e internacional. O abuso dos acordos do presente não se reveste nem se revestirá das mesmas características do abuso do passado e do futuro. Não é possível, ademais, falar em uma definição global de substância, isto é, os Estados atribuem diferentes conteúdos à substância, principalmente no que toca àqueles países não membros da OCDE. Por todo o exposto, apesar de concordarmos com a associação do “objeto e propósito” dos benefícios ao exame de substância de um negócio jurídico, alertamos que essa conclusão atrai inúmeras dificuldades com relação à segurança jurídica, seja quanto à amplitude do seu significado e a cognoscibilidade, seja quanto à possibilidade da sua modificação e a irretratividade e a previsibilidade – essa última temática não será aprofundada nesse artigo.

## 2.6. “... um benefício da presente Convenção não será concedido.”

Quanto à consequência da aplicação do teste do objetivo principal, a doutrina<sup>53</sup> critica a imprecisão do texto do dispositivo e a inexistência de uma manifestação expressa da OCDE sobre a temática. Questiona-se se o acordo de bitributação não se aplica como um todo ou somente uma norma específica desse. Entendemos que a configuração do ato abusivo do contribuinte não impede a aplicação de outra norma do acordo, caso o contribuinte remanesça

52 KUŹNIAKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 264-267; 271-272. WEBER, Dennis. The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect. *Intertax*, vol. 44, issue 2, p. 98-129, 2016, p. 108. WEBER, Dennis. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law. *Erasmus Law Review*, nº 1, p. 48-59, ago./2017, p. 57.

53 BAÉZ MORENO, Andrés. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, issue 6 e 7, p. 432-446, 2017, p. 441-442. DE BROE, Luc; LUTUS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, vol. 43, issue 2, p. 122-146, 2015, p. 133-134. KUŹNIAKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 272-273. LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, vol. 74, issue 7, p. 655-664, mai./2014, p. 661-662.

compreendido no escopo subjetivo do acordo de semelhança de uma GAAR doméstica<sup>54</sup>.

Ressaltamos que posicionamento diverso possui um efeito punitivo sobre as situações que, a despeito da aplicação do teste do objetivo principal, remanesçam compreendidas no escopo subjetivo do acordo.<sup>55</sup> Deve-se redirecionar, nesses casos, o negócio jurídico à norma adequada, pois o teste do objetivo principal não visa a punir o contribuinte, mas sim a impedir a aplicação “inapropriada” do acordo de bitributação.

## 3. SEGURANÇA JURÍDICA E TESTE DO OBJETIVO PRINCIPAL

O princípio da segurança jurídica foi objeto de um estudo vasto realizado por Ricardo Lobo Torres<sup>56</sup>, segundo o qual, a legalidade tributária, enquanto uma concretização da segurança jurídica, não exige o fechamento da linguagem empregada pelo legislador, admitindo a sua “complementação” pelo poder executivo, especialmente diante dos conceitos indeterminados<sup>57</sup>. Esse autor prossegue para afirmar que a legalidade, em que pese vincular a Administração, restringindo a sua discricionariedade, se opõe à possibilidade de o contribuinte abusar das normas.<sup>58</sup>

No que se refere às GAARs, ele ressaltou não haver uma posição clara na jurisprudência e doutrina nacional acerca da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade<sup>59</sup>. Não por outra razão, como mencionado no início desse estudo, a doutrina nacional e a estrangeira divergem sobre a compatibilidade do teste do objetivo principal com a segurança jurídica.

### 3.1. GAARs e segurança jurídica

Há notícia de ao menos duas decisões de tribunais constitucionais sobre a inconstitucionalidade de GAARs domésticas. No julgamento K 4/03, de 11 de maio de 2004<sup>60</sup>, o Tribunal Constitucional Polonês (*Trybunał Konstytucyjny*)

54 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*, p. 31-55, jan./2018, p. 51-52. PALAO TABOADA, Carlos. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation*, p. 602-608, oct./2015, p. 606.

55 BAÉZ MORENO, Andrés. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, issue 6 e 7, p. 432-446, 2017, p. 443.

56 TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e os seus subprincípios constitucionais. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 1, nº 3, mai./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=13036>>. Acesso em: 01º de setembro de 2018, p. 5.

57 TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo*, jan./mar. 2004, p. 217.

58 TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e os seus subprincípios constitucionais. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 1, nº 3, mai./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=13036>>. Acesso em: 01º de setembro de 2018, p. 1.

59 TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 86.

60 A nova legislação foi objeto da decisão K 3/05, de 14 de junho de 2006, sendo declarada constitucional.

decidiu que o artigo 24b § 1º do *Tax Ordinance Act*<sup>61</sup> é incompatível com a segurança jurídica, uma vez que as suas disposições são muito vagas e imprecisas, não permitindo aos seus destinatários conhecer os seus direitos e deveres. Argumentou-se que o uso de uma linguagem aberta não pode ensejar interpretações arbitrárias por parte das autoridades fiscais, principalmente pela necessidade de manter a uniformidade na aplicação da norma tributária.

Com relação ao artigo L 64 do *Livre des procédures fiscales*<sup>62</sup>, o Tribunal Constitucional Francês (*Conseil Constitutionnel*) na Decisão nº 2013-685 DC, de 29 de dezembro de 2013<sup>63</sup>, concluiu pela sua inconstitucionalidade, dentre outros fundamentos, pela violação do dever do legislador de atender à acessibilidade e inteligibilidade da lei, devendo redigir as disposições de forma suficientemente precisa, evitando o juízo arbitrário da autoridade fiscal.

Quanto ao teste do objetivo principal, a OCDE reconhece, por um lado, que ele “possui pontos fortes e fracos”<sup>64</sup>. Não desconhecemos, por outro lado, que enquanto um *standard* mínimo observado por uma coletividade de Estados, é difícil que haja um consenso sobre ele<sup>65</sup>. Sempre há divergências entre os Estados sobre essa matéria, o que não significa que não se possam instituir padrões mínimos e flexíveis para alcançar um objetivo comum: o combate ao uso inapropriado dos acordos de bitributação. Repensamos nos pontos subsequentes o teste do objetivo principal, considerando o sistema constitucional tributário nacional.

61 “Tax authorities and authorities of tax audit, in deciding in tax cases, shall disregard the tax effects of [taxpayers] legal actions, if these authorities have proved that entry into these legal actions could not have resulted in other important benefits than those stemming from diminution of the amount of tax obligation, increase of loss, increase of overpaid tax or the tax to be reimbursed.” KUZNIACKI, Błażej. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal*, vol. 10, issue 2, p. 233-294, mai./2018, p. 278.

62 “Afin d’en restituer le véritable caractère, l’administration est en droit d’écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d’un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d’une application littérale des textes ou de décisions à l’encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n’ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d’éluder ou d’atténuer les charges fiscales que l’intéressé, si ces actes n’avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l’avis du comité de l’abus de droit fiscal. L’administration peut également soumettre le litige à l’avis du comité.

Si l’administration ne s’est pas conformée à l’avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Les avis rendus font l’objet d’un rapport annuel qui est rendu public.”

63 Observe-se também a decisão nº 2015-726 DC, de 29 de dezembro de 2015.

64 “has strengths and weaknesses” [tradução livre] OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD Publishing, 2015. Acesso em 20 de agosto de 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>, p. 10.

65 “Little international consensus exists on how these rules must be designed and whether they are useful at all.” [tradução livre] LANG, Michael. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, vol. 74, issue 7, p. 655-664, mai./2014, p. 656.

### 3.2. Teste do objetivo principal como uma norma de exceção: “... o objetivo principal...” (teste subjetivo), a alocação ao Estado do teste objetivo e o significado da substância

Já dissemos antes que o teste do objetivo principal teve inspiração na legislação britânica<sup>66</sup> (parte 5 do *Financial Act 2013*<sup>67</sup>). Não pretendemos aqui esmiuçar essa norma, mas sim estressar as suas distinções relevantes no que diz respeito ao modelo da OCDE. A GAAR britânica possui dois testes: o subjetivo e o objetivo, os quais são realizados pelo Estado. Quanto ao teste subjetivo, avalia-se se a obtenção de um tratamento tributário favorecido é “o objetivo principal” ou “um dos objetivos principais” de um negócio jurídico – esse teste é considerado mais “simples” do que o subsequente. Quanto ao teste objetivo, examina-se se um negócio jurídico segue um curso racional de ação em atenção às normas tributárias aplicáveis, segundo uma pluralidade de fatores enumerados exemplificativamente pela norma referentes à sua substância (e.g., a economia tributária supera o ganho econômico da operação; credita-se imposto que dificilmente será pago em outra jurisdição).<sup>68</sup>

A translação incompleta da GAAR britânica ao teste do objetivo principal é objeto de críticas, uma vez que atos não abusivos são compreendidos no teste subjetivo e apenas retirados do escopo de aplicação da GAAR, caso o contribuinte comprove a sua concordância com o fim da norma de tributação do acordo. Essa situação, entretanto, impõe um rigor incompatível com a própria teleologia da norma antiabuso, ou seja, essa norma é desproporcional<sup>69</sup>, considerando o exame de necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito, a depender da avaliação realizada. Isso porque há outros meios para alcançar

66 Cf. BAKER, Philip. The BEPS Action plan in the light of EU Law: Treaty abuse. *British Tax Review*, nº 3, p. 408-416, 2015.

67 “207 Meaning of “tax arrangements” and “abusive”

(1) Arrangements are “tax arrangements” if, having regard to all the circumstances, it would be reasonable to conclude that the obtaining of a tax advantage was the main purpose, or one of the main purposes, of the arrangements.

(2) Tax arrangements are “abusive” if they are arrangements the entering into or carrying out of which cannot reasonably be regarded as a reasonable course of action in relation to the relevant tax provisions, having regard to all the circumstances including —

(a) whether the substantive results of the arrangements are consistent with any principles on which those provisions are based (whether express or implied) and the policy objectives of those provisions,

(b) whether the means of achieving those results involves one or more contrived or abnormal steps, and

(c) whether the arrangements are intended to exploit any shortcomings in those provisions.

[...]

209 Counteracting the tax advantages

(1) If there are tax arrangements that are abusive, the tax advantages that would (ignoring this Part) arise from the arrangements are to be counteracted by the making of adjustments.

[...]

68 SEILER, Markus. **GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU**. Wien: Linde, 2016, p. 162-182.

69 CHAND, Vikram. The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules. *Intertax*, vol. 46, issue 2, p. 197.

idêntica consequência (o combate ao abuso), causando restrições menos intensas aos direitos dos contribuintes, tal como defendemos a seguir.

Sugerimos, assim, *em primeiro lugar, modificar a redação do teste subjetivo para prever “o objetivo principal”, ao invés de “um dos objetivos principais”; e, em segundo lugar, alocar ao Estado o teste objetivo, sem prejuízo da possibilidade de o contribuinte efetuar prova em contrário.* Essa última alteração independe da modificação da redação desse dispositivo, sendo recomendável, porém, que os Estados Contratantes acordem sobre a temática.

Ambas alterações se baseiam no fato de a GAAR conotar uma norma de exceção e, portanto, a inclusão de uma cláusula ampla, como “um dos objetivos principais”, ser incompatível com essa qualidade (é uma norma *superinclusiva*), além de ensejar questionamentos sobre a sua própria utilidade (se muito ampla, torna-se inútil). Há também uma má-compreensão sobre a relação entre o teste subjetivo e o objetivo. Esse último *não é uma exceção* àquele primeiro, eles são sucessivos e cumulativos, na medida em que o aplicador percorre essa dualidade de testes, sendo o primeiro somente um corte indiciário e, apenas com o atendido desse último teste, há a configuração definitiva do abuso.<sup>70</sup>

Uma analogia traduz essa ideia: imaginem-se esses testes como filtros para a identificação do uso inapropriado das normas do acordo de bitributação. Caso o primeiro filtro (o teste subjetivo) tenha uma abertura muito grande, ele não cumpre com a sua função, porque todas as situações passam por ele. Se, ademais, se retirar o segundo filtro (o teste objetivo) o exame é incompleto, já que o abuso do acordo não ocorre em razão de o objetivo principal de um negócio jurídico ser o de tirar proveito de uma norma do acordo de bitributação. É necessário demonstrar que esse negócio é despido de substância. Em outras palavras, o teste subjetivo funciona como um indício do abuso, devendo obrigatoriamente ser seguido pelo teste objetivo sobre a substância do negócio. O fracionamento proposto pela atual redação dessa GAAR, com efeito, desconsidera o conteúdo e modo de aplicação dessa norma, sendo incoerente com ela.

As considerações anteriores não afastam o posicionamento de parcela da doutrina que defende que o teste do objetivo principal é “totalmente aberto”<sup>70</sup> ou vago<sup>71</sup>, principalmente quando o comparamos com a cláusula de limitação de benefícios (*limitation on benefits clause* – LOB) (artigo 29, parágrafos 1 a 7, da CM OCDE/2017).

Essa última norma conota uma SAAR, uma vez que ela possui um escopo limitado de hipóteses da sua aplicação. Ela prescreve em seu antecedente elementos objetivos (e.g., percentual de titularidade de ações com direito de voto, lugar de direção efetiva do negócio, despesas anuais incorridas) em função

da espécie de contribuinte (e.g., pessoas físicas, Estados, sociedades abertas e suas subsidiárias, fundos de pensão e organizações isentas). Quando o contribuinte não atende a todos esses elementos, permite-se, contudo, à autoridade fiscal o reconhecer como beneficiário do acordo, em consideração, e.g., ao “objeto e propósito” das disposições pertinentes da Convenção e/ou ao “objetivo principal” do negócio jurídico.

Afirma-se, logo, que a LOB emprega termos de “fácil” identificação concreta e, assim, é “uma norma [de aplicação] mais “automática””<sup>72</sup> [tradução livre]. Nem todos os tipos de LOB, todavia, possuem idêntico nível de clareza e precisão, sendo possível verificarmos uma pluralidade de controvérsias acerca dos seus requerimentos, a depender do acordo de bitributação.<sup>73</sup> A parte final da LOB, além disso, prevê uma exceção em favor do contribuinte, a qual compreende expressões de significado amplo, como, e.g., a substância (inserida no aludido “objeto e propósito”), e uma avaliação subjetiva. Relativiza-se, com efeito, a objetividade dessa norma.

Não podemos deixar de concordar, porém, que a GAAR é mais restritiva à segurança jurídica do que a LOB, sob essa perspectiva, na medida em que, enquanto essa última norma, como regra, atrai avaliações discricionárias em situações pontuais, aquela primeira distingue-se pela amplitude da sua linguagem e pela subjetividade do seu exame.

Isso posto, enfatizamos também que a GAAR britânica, em contraponto ao modelo da OCDE, enumera alguns elementos que informam a substância do negócio jurídico, sem estabelecer uma pauta fixa, pois a substância se amolda ao seu objeto (ao negócio jurídico em análise), dada a sua natureza eminentemente concreta. O fechamento do seu significado, portanto, não é possível, muito embora os Estados possam prescrever elementos exemplificativos do seu conteúdo.

Recomendamos, em terceiro lugar, outrossim, que *o teste do objetivo principal descreva exemplificativamente os elementos que informam a substância*, por meio de um acordo entre os Estados Contratantes. Similar previsão não permite a pré-compreensão direta pelo contribuinte de todos critérios a serem empregados pela autoridade fiscal, mas sim de uma parcela deles, sem prejuízo de o contribuinte poder inferir os demais com base naqueles positivados. A definição exaustiva do conteúdo da substância restringe a eficácia da GAAR, perante a infinidade de hipóteses da sua aplicação, sendo inadequada em relação a essa.

Esclarecemos, de qualquer modo, que, diante da aplicação do teste do objetivo principal de forma incompatível com o acordo de bitributação

70 BAÉZ MORENO, Andrés. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, vol. 45, issue 6 e 7, p. 432-446, 2017, p. 435.

71 KOLOSOV, Valentyn. Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, n.º 3 e 4, p. 1-8, fev./2017, p. 2.

72 OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.** Paris: OECD Publishing, 2015. Acesso em 20 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>>, p. 26.

73 KOLUNDŽIJA, Slobodanka. OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT. In: BLUM, Daniel W.; SEILER, Markus (eds.). **Preventing Treaty Abuse.** Wien: Linde, 2016, p. 361-362.

Brasil-Argentina, o protocolo de emenda a esse acordo fornece uma importante ferramenta de controle da ação estatal pelo contribuinte: *o procedimento amigável* (artigo 25<sup>74</sup>)<sup>75</sup>. O contribuinte questiona por meio dele, em uma situação concreta, se a atividade tributária de um dos Estados Contratantes se conforma ao acordo de bitributação. O Estado consultado poderá alcançar, nesse caso, um acordo com o outro Estado sobre a temática, tornando pública a sua decisão, a qual serve de orientação aos contribuintes em casos idênticos.

As modificações que propomos nesse estudo atraem um questionamento: *'Ao alterar nesses termos a redação do teste do objetivo principal, satisfaz-se a Ação nº 6?'*. Somos da opinião que *sim*. Isso por dois fundamentos: em primeiro lugar, seguir esse plano não depende da translação aos acordos de bitributação de idêntica redação ao modelo da OCDE. Não por outra razão defende-se que, "à condição que os mecanismos eleitos pelo país efetivamente enfrentem o abuso dos acordos em linha com esse relatório, alguma flexibilidade é possível" [tradução livre]<sup>76</sup>; em segundo lugar e em consonância com a passagem anteriormente transcrita, essas alterações não impactam no atendimento da finalidade dessa norma, a qual remanesce direcionada ao combate ao uso inapropriado dos acordos. Trata-se de uma medida para seguir os limites traçados pelo sistema constitucional tributário brasileiro, segundo o admitido pela própria OCDE<sup>77</sup>.

### 3.3. Medida alternativa: a cumulação do teste do objetivo principal com a cláusula da limitação de benefícios

A despeito das considerações anteriores, poder-se-ia mesmo assim questionar a extensão da discricionariedade da autoridade fiscal na aplicação da GAAR. Destacamos, nesse sentido, que a Ação nº 6 apresenta um cenário alternativo: em havendo a introdução dessa norma, admite-se a sua cumulação com a LOB (SAAR). Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que qualquer

pretensão de reunião dessas normas ignora que, ao final, a GAAR se sobrepõe à LOB, uma vez que aquela primeira tem a última palavra sobre a temática, o que torna essa última dispensável.

Em que pese a veracidade dessa premissa (a GAAR se sobrepõe à SAAR), ela menospreza a eficácia da LOB. Isso porque os critérios da LOB buscam identificar a substância de um negócio jurídico. Por assim dizer, para que a autoridade fiscal desvie da conclusão em sentido favorável ao contribuinte (a ausência do abuso do acordo) alcançada em razão da aplicação da LOB, ela deverá desconstitui-la, ao aplicar sucessivamente a GAAR.

Isto é, caberá ao Estado comprovar, no caso concreto, que a pluralidade de critérios que compõe a LOB não é suficiente para demonstrar a substância do negócio jurídico e a existência de outros mais relevantes que atestam o inverso (a ocorrência do abuso de acordo). Não pretendemos, nesse estudo, aprofundar a comparação entre a GAAR e a LOB – temática que deixamos para um estudo específico –, mas tão somente enfatizar que, sem prejuízo do posicionamento anterior sobre a necessidade de alterar a redação e a interpretação da GAAR, a adoção conjunta dessas normas produz uma importante consequência em atenção à segurança jurídica.

## 4. CONCLUSÃO

Reconstruímos, nas páginas anteriores, o conceito do teste do objetivo principal como uma GAAR calcada na análise da substância de um negócio jurídico. Essa GAAR reparte o ônus argumentativo entre a autoridade fiscal e o contribuinte, em função do teste subjetivo e do objetivo, respectivamente; ela possui caráter auxiliar em relação às normas de tributação propriamente desse acordo (aos benefícios); e a configuração do abuso da norma do acordo admite a possibilidade de haver a aplicação de outra norma do acordo, caso o contribuinte remanesça em seu escopo subjetivo.

Concluimos que o teste do objetivo principal, em princípio, é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, devendo sofrer alterações com relação à exigência do objetivo principal no teste subjetivo; à alocação do teste subjetivo e objetivo ao Estado, em atenção à sua relação intrínseca na configuração do uso inapropriado das normas do acordo; e à relevância da enumeração exemplificativa dos elementos que informam a substância, sem prejuízo da possibilidade de o contribuinte formular uma consulta a um Estado Contratante sobre determinada interpretação ou aplicação de uma norma do acordo. Em uma análise conjunta das normas direcionadas ao combate ao uso inapropriado dos acordos, entendemos que a cumulação da GAAR com a LOB, pode ser um mecanismo de garantia de maior objetividade ao exame.

74 "1. Quando uma pessoa considerar que as medidas tomadas por um ou ambos os Estados Contratantes resultam, ou poderão resultar, em relação a si, em uma tributação em desacordo com a presente Convenção, poderá, independentemente dos recursos previstos pelas legislações internas desses Estados, submeter o seu caso à apreciação da autoridade competente de qualquer dos Estados Contratantes. [...]"

2. A autoridade competente, se a reclamação se lhe afigurar justificada e não estiver em condições de lhe dar solução satisfatória, esforçar-se-á para resolver a questão mediante comum acordo com a autoridade competente do outro Estado Contratante, a fim de evitar uma tributação em desacordo com esta Convenção. [...]"

75 Regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.669/2016.

76 "As long as the approach that countries adopt effectively addresses treaty abuses along the lines of this report, some flexibility is therefore possible." OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD Publishing, 2015. Acesso em 20 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>>, p. 23.

77 OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD Publishing, 2015. Acesso em 20 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>>, p. 18, 23.