

**CLÁUSULA DE PRINCIPAL PROPÓSITO (“PPT”) E OS LIMITES AO
PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL**

**MAIN PURPOSE CLAUSE (“PPT”) AND THE LIMITS TO INTERNATIONAL
TAX PLANNING**

Maria Sinhori¹

RESUMO

O presente trabalho visa explorar os pormenores das iniciativas da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para fins de combate à existência de planejamentos tributários abusivos por meio da adoção da cláusula “PPT” (*principal purpose test*) nos acordos de bitributação, que busca garantir que estruturas empresariais sejam criadas por razões econômicas reais, e não tão somente para a conquista de benefícios fiscais. No Brasil, o conceito de "propósito negocial", semelhante ao PPT, é utilizado para avaliar a legalidade de planejamentos tributários, considerando a intenção do contribuinte. Ambas as aplicações buscam determinar se a estrutura foi criada por razões econômicas genuínas ou simplesmente para reduzir a carga tributária. Esse tema é controverso, pois envolve subjetividade que pode colidir com princípios como liberdade econômica e livre iniciativa. Para esta finalidade, analisa-se o cenário geral do qual decorre a implementação alinhavada e as controvérsias que derivam dela dentro do contexto dos acordos de bitributação, sobretudo os que envolvem o Brasil, e a constituição de empresas e estruturas societárias no exterior, as *offshores*, bem como o confronto de tais medidas com princípios relevantes ao vigente ordenamento jurídico, como o da liberdade econômica, livre concorrência e livre iniciativa.

Palavras-chave: Direito tributário internacional; Acordos de bitributação; Cláusulas PPT; Planejamento sucessório; Planejamento tributário internacional.

ABSTRACT

This paper aims to explore the details of the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) initiatives to combat abusive tax planning through the adoption of the "PPT" (principal purpose test) clause in double taxation agreements, which seeks to ensure that business structures are created for real economic reasons and not solely to obtain tax benefits. In Brazil, the concept of "business purpose," similar to the PPT, is used to assess the legality of tax planning, considering the taxpayer's intent. Both applications aim to determine whether the structure was created for genuine economic reasons or simply to reduce the tax burden. This issue is controversial, as it involves subjectivity that may conflict with principles such as economic freedom and free enterprise. For this purpose, the overall context from which the aligned implementation arises is analyzed, as well as the controversies derived from it within the context of double taxation agreements, particularly those involving Brazil, and the establishment of

¹ E-mail: mariassinhori@gmail.com

companies and corporate structures abroad, such as offshores. Additionally, this paper examines the clash of such measures with relevant principles of the current legal system, such as economic freedom, free competition, and free enterprise.

Keywords: International Tax Law; Double Taxation Agreements; PPT Clauses; Succession Planning; International Tax Planning.

1. INTRODUÇÃO

O planejamento tributário, historicamente, se mostra como uma ferramenta amplamente utilizada por empresas e indivíduos com o objetivo de minimizar a carga tributária de forma legítima, por meio de estruturas jurídicas eficientes. No entanto, a linha que separa o planejamento tributário lícito do abusivo é tênue e, por vezes, nebulosa. O desenvolvimento de mecanismos que permitem a exploração de lacunas fiscais em diversos países, particularmente em ambientes internacionais, levou ao surgimento de estruturas empresariais complexas, que utilizam cadeias empresariais em diversas jurisdições, com o objetivo principal de reduzir a incidência de impostos.

Este cenário serviu de incentivo para que instituições como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) trabalhassem na promoção de normas globais que visam combater o abuso dos tratados tributários e a evasão fiscal internacional. Uma das principais iniciativas é o projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), cujo objetivo é prevenir práticas como o *treaty shopping*, em que empresas buscam vantagens fiscais ao se estabelecerem em jurisdições com acordos de bitributação favoráveis. Dentro do escopo do BEPS, a Ação 6 propôs a adoção da cláusula *Principal Purpose Test* (PPT), que visa assegurar que as estruturas empresariais sejam criadas com base em motivos econômicos substanciais, e não apenas para obtenção de benefícios fiscais.

Este trabalho se propõe a explorar essas questões no contexto dos acordos de bitributação e das estruturas societárias internacionais, com foco nos desafios impostos pelas iniciativas da OCDE e suas implicações para o planejamento tributário e as controvérsias jurídicas decorrentes da sua aplicação, sobretudo no confronto com princípios como a liberdade econômica e a livre concorrência.

2. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E ABERTURA DE EMPRESAS *OFFSHORE*

Tradicionalmente, o Brasil evidencia-se enquanto um país detentor de complexo sistema tributário e expressivos encargos, tanto ao contribuinte pessoa física e, sobretudo, ao contribuinte pessoa jurídica. Dispensada a discussão acerca das causas que historicamente levaram a estes elevados encargos e focando em suas consequências diretas no estágio econômico do país, há incontroversa tendência na busca por planejamentos tributários alternativos partindo de contribuintes que buscam otimizar a carga tributária que impacta seu patrimônio e que viabilizem o desenvolvimento de eventual atividade econômica de interesse.

Neste sentido, leciona Hugo de Brito Machado²:

A expressão “planejamento tributário” designa a conduta de fazer um plano para as atividades econômicas de uma empresa capaz de fazer com que tais atividades sejam desenvolvidas com o menor ônus tributário possível sem a prática de nenhum ilícito. Dentro do campo da licitude, é inegável que o contribuinte tem sempre o direito de optar pela forma de desenvolver sua atividade que implique menor ônus tributário. O limite a esse seu direito é exatamente o limite do campo da licitude.

Os planejamentos tributários, como ficaram vastamente conhecidos, demandam, portanto, estudo aprofundado acerca da legislação tributária local e nacional e o desenvolvimento de estratégias que devem levar em consideração critérios como inflação, escassez, objetivos específicos do negócio e natureza da operação a ser composta.

Um apropriado planejamento tributário, em sua essência, envolve a análise da legislação fiscal para escolher a ocorrência do fato gerador mais benéfico. Trata-se de uma prática de projetar cenários com o objetivo de optar pela forma de tributação menos onerosa. Tanto pessoas físicas quanto jurídicas têm o direito de organizar suas atividades e negócios de modo a minimizar a carga tributária, desde que observem as normas legais aplicáveis.

Dentre as estratégias comumente identificadas, encontra-se a abertura de empresas *offshore*, que, de acordo com Penteado³, carrega a seguinte definição:

Offshore pode ser conceituada como uma pessoa jurídica que opera fora dos limites territoriais onde está localizada. A empresa *offshore* não tem uma forma jurídica determinada, podendo se revestir da forma e tipo

²MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 36ª ED, 2015, p. 28.

³PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas Offshore: Uruguai, Cayman, Ilhas Virgens Britânicas**. 2ª. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Pílares, 2004, p. 32.

que se amoldem às necessidades de cada caso específico para atingir a sua finalidade principal que é servir seus sócios, outras empresas ou até mesmo controlá-las.

Geralmente, dentro do contexto de planejamentos tributários que visam justamente a otimização tributária, as empresas *offshore* são projetadas para serem constituídas em países conhecidos como “paraísos fiscais”, jurisdições que oferecem regimes fiscais altamente favoráveis a indivíduos ou empresas estrangeiras, cuja denominação, de acordo com Palan, Ronen, Richard Murphy, e Christian Chavagneux⁴, é:

Paraísos fiscais são jurisdições que deliberadamente criam legislações destinadas a ajudar pessoas — físicas ou jurídicas — a evitarem as responsabilidades regulatórias impostas nos locais onde realizam a substância de suas transações econômicas.(tradução livre)⁵

Caberá ao planejamento tributário e à estratégia adotada, portanto, a eleição da jurisdição que melhor se encaixe aos benefícios fiscais pretendidos e a outros critérios objetivos a serem avaliados, como a existência de Tratado de Bitributação entre as jurisdições envolvidas que forneça a segurança jurídica almejada, a liberdade cambial entre elas, a legislação bancária local e os tipos societários admitidos no território.

O procedimento de abertura de uma empresa *offshore*, desde que cumpridos os requisitos legais locais, detém validade inequívoca e se dá mediante a emissão de um documento chamado de “Certificado de Incorporação”, que comprova a legalidade no país em que foi constituída.

Neste sentido, insta pontuar a atuação de relevantes instituições envolvidas nestes procedimentos e que serão abordadas neste artigo à medida que se fizeram necessárias: (a) a OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), instituição internacional que atua em diversas áreas da economia global e promove encontros entre os países membros, mantém um comitê específico para análise, discute e implementa políticas governamentais voltadas à proteção financeira tanto de membros quanto de não-membros, além de monitorar seu progresso, (b) a GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), organização internacional criada por iniciativa dos países membros da

⁴Palan, Ronen, Richard Murphy, and Christian Chavagneux. *Tax Havens: How Globalization Really Works*. Ithaca: Cornell University Press, 2010, p. 8.

⁵Original: Tax havens are jurisdictions that deliberately create legislation designed to assist persons—physical or juridical—avoid the regulatory responsibilities imposed upon them in the place where they undertake the substance of their economic transactions.

OCDE, cuja missão é implementar legislações, regulamentações e ações para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo e outras atividades que possam ameaçar o sistema financeiro global e, por fim, (c) o Banco Central Do Brasil, instituição financeira brasileira responsável por uma série de funções, incluindo a condução da política monetária, a política cambial e a política de crédito, com atuação na abertura de contas internacionais, na internacionalização de capitais e na declaração de movimentações financeiras, entre outras atividades.

De modo geral, as empresas *offshores* provam-se enquanto estratégias lícitas de planejamento tributário e altamente viáveis para garantir a continuidade e lucratividade das mais variadas qualidades de negócios e objetivos patrimoniais, além de oferecer proteção ao investidor.

No entanto, a expansão significativa desses organogramas empresariais acendeu um sinal de alerta às autoridades fiscais internacionais no que diz respeito à problemáticas ligadas à lavagem de dinheiro e evasão fiscal. Essa circunstância acarretou a tomada de medidas que regulamentam e orientam a abertura de *offshores*, a nível internacional, para a prevenção e estanque destas práticas.

3. COMBATE À EVASÃO FISCAL INTERNACIONAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE BITRIBUTAÇÃO

A globalização maciça das relações econômicas trouxe à tona a realidade de que qualquer economia nacional é fortemente dependente da efetividade das relações comerciais internacionais. Diante deste contexto e da problemática delineada no capítulo anterior, explica Marcelo Pereira de Amorim⁶:

Neste diapasão, em que pese as economias dos países estarem em uma dinâmica crescente de intercâmbio comercial, tecnológico e de investimentos, inclusive em resposta a era digital que também tangencia bens, direitos e serviços sujeitos à incidência tributária, o direito tributário internacional tem se tornado ainda mais relevante, na medida em que essas situações praticadas por particulares passaram a se sujeitar além da disciplina legal pátria, a normas de direito transnacionais, aplicáveis para solução de conflitos no tocante à incidência tributária.

Neste sentido, surge a problemática da bitributação de natureza internacional, na qual a soberania dos Estados é relativizada em situações comerciais envolvendo transações entre nações soberanas, através da qual existem eventos que eram,

⁶ AMORIM, M. P de. **Acordos e Tratados de bitributação: regulação, segurança jurídica e reflexos fiscais.** *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 8, nº 2, p. 114-145, outubro 2022, p. 121.

inicialmente, passíveis de tributação em ambos os Estados. Isso gera, portanto, bitributação sobre o mesmo fato gerador e, na mesma medida, a iniciativa de contribuintes burlarem o sistema e fugirem de tributações que entendem como excessivas.

Em outras palavras, significa dizer que os Estados, em busca de incentivar as práticas comerciais e fomentar tanto a economia interna quanto externa bem como de evitar práticas que burlassem os sistemas fiscais por parte dos contribuintes, tiveram de se aliar por meio dos chamados “Tratados de Bitributação”, que visam, em linhas gerais, garantir que o contribuinte não pague imposto sobre a mesma renda em ambos os países, facilitando o comércio e o investimento internacional. Acerca desse fenômeno, discorre Marcelo Pereira Amorim⁷:

Assim, vê-se que não se trata de algo ilícito, mas de um fenômeno indesejável por ser capaz de ocasionar graves distorções no mercado internacional. Por esta razão os Estados tentam, através de tratados ou por meio de disposições unilaterais, minorar ou extirpar esses efeitos nocivos. Ou seja, economias modernas, globalizadas, devem atuar para se evitar essa dupla tributação, mas também, devem atuar para garantir um equilíbrio da tributação Estatal tão necessária à manutenção do Estado e a busca da garantia da neutralidade para com os contribuintes.

As primeiras iniciativas de Tratados de Bitributação entre as nações soberanas deram origem à Convenção-Modelo gerada pelo OECE, o Comitê Fiscal da Organização Europeia de Cooperação para Desenvolvimento Econômico, que, posteriormente, foi substituído pela Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, fundada em 1961, trata-se de uma organização composta por 36 países que têm como objetivo discutir, promover e alinhar melhores práticas relacionadas à governança e políticas públicas.

A OCDE é predominantemente formada por nações tidas como desenvolvidas, como os Estados Unidos, países da Europa Ocidental, Japão e Coreia, mas também inclui, de forma crescente, países em desenvolvimento, especialmente da Europa Central e Oriental, além de nações da América Latina, como México, Chile e Colômbia. Vale destacar que o Brasil, a despeito de não compor a Organização como membro efetivo, é considerado um parceiro dela.

⁷ AMORIM, M. P. de. **Acordos e Tratados de bitributação: regulação, segurança jurídica e reflexos fiscais.** *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 8, nº 2, p. 114-145, outubro 2022, p. 116.

É certo, pois, que a OCDE foi e segue sendo protagonista no combate à evasão fiscal por meio dos Tratados de Bitributação e, da mesma forma, por meio do projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (“BEPS”), no qual a OCDE, em parceria com o G20, desenvolveu um conjunto de 15 ações para combater essas práticas, que incluem desde medidas para melhorar a transparência e o intercâmbio de informações até recomendações para garantir que os lucros sejam tributados onde a atividade econômica é realmente desenvolvida.

A despeito dos esforços da OCDE e das alianças e convenções internacionais, o combate à evasão fiscal através das medidas do BEPS e dos tratados de bitributação tem encontrado desafios significativos. Os já mencionados paraísos fiscais, que oferecem regimes fiscais extremamente vantajosos e sigilosos, seguem sendo amplamente utilizados por contribuintes para evitar e iludir a tributação em seus países de origem.

Sob o ponto de vista estatal e fiscal, esse fenômeno gera perda expressiva de arrecadação tributária para os Estados, que deixam de coletar impostos sobre os lucros que deveriam ser tributados em seus territórios. A evasão fiscal por meio de paraísos fiscais, aos olhos da OCDE e das nações, mina a integridade dos sistemas fiscais globais e gera desigualdade, sobrecarregando os contribuintes que não possuem os meios para aproveitar essas estratégias.

4. TREATY SHOPPING E A CLÁUSULA PPT

4.1. A Ação 6 do BEPS e o *treaty shopping*

No ano de 2013, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em conjunto com os países do G20, elaborou um estudo focado na erosão da base tributária e na transferência artificial de lucros, conhecido como *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS). A partir desse estudo, foi desenvolvido o Projeto BEPS, que consiste em um plano de 15 ações voltadas a combater a erosão das bases de tributação e a transferência artificial de lucros em operações internacionais. O objetivo principal do projeto é proteger a arrecadação tributária dos países, garantindo que os lucros sejam adequadamente tributados onde a atividade econômica efetivamente ocorre.

Especificamente, a ação número 6 do BEPS, denominada de “*Preventing Tax Treaty Abuse*”, cuja contextualização fornecida pelo próprio canal oficial⁸ da OCDE resgata a problemática dos Tratados de Bitributação e delinea:

Os tratados bilaterais de tributação têm há muito tempo servido para prevenir a prejudicial dupla tributação e remover obstáculos ao comércio e investimento transfronteiriços. No entanto, a extensa rede de mais de 3.000 tratados em vigor no mundo todo também deu origem ao abuso desses tratados e aos chamados arranjos de *treaty shopping*.

O *treaty shopping* geralmente envolve a tentativa de acessar indiretamente os benefícios de um tratado tributário entre duas jurisdições por meio de uma pessoa que não é residente de nenhuma dessas jurisdições, frequentemente utilizando estruturas e arranjos complexos.

Contribuintes envolvidos em *treaty shopping* e outras estratégias de abuso de tratados minam a soberania tributária ao reivindicar benefícios fiscais em situações onde esses benefícios não foram intencionalmente concedidos, privando, assim, as jurisdições de receitas tributárias. (tradução livre)⁹

Em outras palavras, significa que os Tratados de Bitributação, que historicamente visam evitar a dupla tributação e facilitar o comércio e o investimento internacional, também têm sido explorados de maneira indevida. Com mais de 3.000 tratados em vigor ao redor do mundo, surgiram práticas abusivas, como o *treaty shopping*.

De acordo com as definições da OCDE, o chamado *treaty shopping* acontece quando um contribuinte, que não é residente de nenhuma das jurisdições envolvidas no tratado, tenta acessar os benefícios desse acordo de forma indireta, frequentemente utilizando estruturas e arranjos complexos para obter vantagens fiscais. Sob a concepção da OCDE e dos levantamentos trazidos pelo BEPS, portanto, contribuintes que praticam *treaty shopping* carregam o potencial de sobrecarregar a soberania tributária dos países, ao reivindicar benefícios fiscais em situações para as quais esses benefícios não foram originalmente planejados, resultando em perda de arrecadação para as jurisdições afetadas.

⁸OECD. **Preventing tax treaty abuse.** Topics, preventing tax abuse. [S/A]. Disponível em <<https://www.oecd.org/en/topics/preventing-tax-treaty-abuse.html>>. Acesso em: 28 set. 2024.

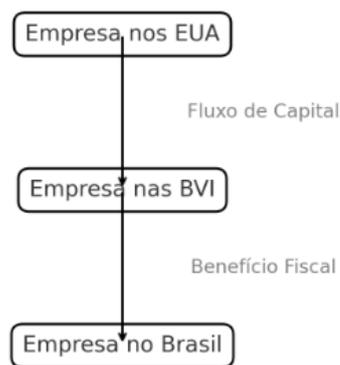
⁹Original: *Bilateral tax treaties have long served to prevent harmful double taxation and remove obstacles to cross-border trade and investment. The extensive network of more than 3000 treaties worldwide has, however, also given rise to treaty abuse and so-called "treaty-shopping" arrangements. Treaty shopping typically involves the attempt to indirectly access the benefits of a tax treaty between two jurisdictions by a person who is not a resident of one of those jurisdictions, often through complex structures and arrangements. Taxpayers engaged in treaty shopping and other treaty abuse strategies undermine tax sovereignty by claiming treaty benefits in situations where these benefits were not intended to be granted, thereby depriving jurisdictions of tax revenues.*

Schoueri¹⁰, por sua vez, fornece a seguinte definição para o fenômeno:

Podemos, portanto, para fins do presente estudo, dizer que o Treaty Shopping ocorre quando, com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte que, de início, não estaria incluído entre seus beneficiários, estrutura seus negócios, interpondo, entre si e a fonte do rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento permanente, que faz jus àqueles benefícios.

Assim, entende-se que *treaty shopping* ocorre quando um terceiro é introduzido na cadeia de beneficiários com o intuito de vincular a fonte do rendimento a um tratado de bitributação mais vantajoso para a parte interessada. Sem a inclusão desse intermediário, o tratado não se aplicaria aos beneficiários originais. A principal razão para a existência desse terceiro, e em muitos casos única, é permitir que os beneficiários obtenham os benefícios fiscais proporcionados por um acordo tributário mais favorável, criando uma conexão artificial para esse fim. Veja-se:

Exemplo de Treaty Shopping



No exemplo apresentado, uma empresa localizada nos Estados Unidos, país que não possui tratado de bitributação com o Brasil, deseja realizar investimentos ou operações que envolvam fluxos de capital com uma empresa brasileira. No entanto, devido à ausência de um acordo bilateral entre os dois países, essa operação resultaria em uma carga tributária mais elevada, tanto no Brasil quanto nos EUA, já que os rendimentos estariam sujeitos à tributação plena em ambas as jurisdições.

Para contornar essa situação e reduzir a tributação sobre o fluxo de capital, a empresa norte-americana utiliza uma empresa intermediária situada nas Ilhas Virgens

¹⁰SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de acordos de bitributação: Tready Shopping**. — São Paulo: Editora Resista dos Tribunais, 1995, p. 21.

Britânicas (BVI), uma jurisdição que possui um tratado de bitributação mais favorável. Por meio dessa estrutura, a empresa brasileira realiza os pagamentos à empresa nas BVI, que, por sua vez, repassa os recursos à empresa norte-americana. Como as Ilhas Virgens Britânicas são uma jurisdição com acordos tributários mais flexíveis, o uso dessa estrutura reduz significativamente a tributação sobre esses fluxos financeiros. O papel da empresa nas BVI é, essencialmente, viabilizar o acesso aos benefícios fiscais de um tratado que, de outra forma, não estaria disponível para a empresa norte-americana.

Sob essa perspectiva, a despeito de tecnicamente o *treaty shopping* não configurar qualquer ilícito de forma direta, a OCDE passou a encará-lo enquanto uma prática abusiva ante o proveito descomedido dos benefícios fornecidos pelos Tratados de Bitributação. Neste diapasão, surge o objeto de análise do presente artigo: a Cláusula PPT, ou *Principal Purpose Test*.

4.2. A Cláusula de PPT (“*Principal Purpose Test*”) sob a perspectiva da insegurança jurídica

A Convenção Modelo da OCDE sobre Impostos Relativos à Renda e ao Capital é um dos instrumentos protagonistas na orientação à elaboração de tratados internacionais destinados a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal. Ela estabelece normas e diretrizes que auxiliam os países a determinarem a melhor maneira de tributar rendimentos de fontes internacionais, promovendo a cooperação fiscal e a eliminação de barreiras ao comércio e investimento transfronteiriços.

Dentro da Convenção Modelo da OCDE de 2017, o Artigo 29, em seu parágrafo 9, trata das disposições antiabuso, abordando especificamente o combate ao chamado *treaty shopping*. Esse artigo introduz o conceito de *Principal Purpose Test* (PPT), que permite, a princípio, que os países signatários recusem a concessão dos benefícios de um tratado quando for constatado que o principal objetivo de uma transação ou estrutura foi a obtenção de vantagens fiscais indevidas, sem uma verdadeira substância econômica.

Significa dizer que a Cláusula de PPT, a ser agregada aos Tratados de Bitributação, implica na possibilidade de uma análise mais aprofundada acerca das características das empresas e das transações envolvidas mediante a realização de um teste de relevância econômica. Para tanto, o intuito do teste é aferir o verdadeiro propósito da existência da estrutura e assegurar que não tenha sido criada unicamente para obter benefícios fiscais. Ou seja, busca-se garantir, por meio do teste, que exista uma justificativa econômica substancial para a sua constituição que vá além da simples redução de tributos.

Ademais, ressalta-se que a aplicação medida proposta pela OCDE não se limita às estruturas que detenham exclusivamente o propósito de benefício fiscal, bastando ser este objetivo um propósito dominante dentro dela. Nesse sentido, aponta Andressa Pegoraro¹¹:

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

A problemática reside no fato de que a OCDE estabelece na Convenção que, para determinar se um indivíduo ou entidade é beneficiário de uma convenção tributária, se faz necessário cumprir certas condições, entre as quais a de que o contribuinte não tenha realizado movimentações ou criado arranjos com o principal objetivo de se beneficiar da convenção contra a bitributação. O texto também ressalta que os fatos e as circunstâncias serão avaliados pela autoridade fiscal competente, e, se for razoável concluir que as movimentações mencionadas foram realizadas, o sujeito não será considerado elegível para os benefícios da convenção, conforme a decisão da autoridade fiscal. Veja-se um trecho do artigo 29:

Não obstante as demais disposições desta Convenção, um benefício previsto por esta Convenção não será concedido em relação a um item de renda ou capital se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais propósitos de qualquer arranjo ou transação que resultou, direta ou indiretamente, nesse benefício, a menos que se comprove que a concessão desse benefício, nessas circunstâncias, esteja de acordo com o objetivo e o propósito das disposições relevantes desta Convenção. (tradução livre)¹²

A despeito da OCDE trazer consigo, em tese, critérios objetivos que orientem o teste ao qual a estrutura deverá ser submetida, a suposta objetividade acaba se diluindo

¹¹PEGORARO, Andressa. **Limites do Planejamento do Tributário Internacional por meio de Acordos de Bitributação A Cláusula de Principal Propósito ("PPT")**. 226 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, pg. 44.

¹²Original: 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.

em trechos como o supracitado. Afinal, no que consiste “razoável concluir”? O princípio da razoabilidade, neste caso, deverá ser aplicado de acordo com qual modelo de ordenamento jurídico?

Se confrontados, os ordenamentos jurídicos guiados pelos preceitos do *civil law*, como o Brasil, e o *common law*, como o Reino Unido, apresentam expressivas diferenças no conceito de razoabilidade, diferentemente do que parece orientar a redação da OCDE. Sobre este tópico, agrega a Emily Silva Assad¹³:

No Brasil, país adotante do civil law, temos a figura do homem médio adotado pelo Código Civil, sendo este o parâmetro mínimo exigível de discernimento, entretanto, a origem da razoabilidade prevista na Convenção advém da Suprema Corte do Reino Unido, cuja figura de "homem razoável" está relacionada ao comportamento e conduta ideal em determinada situação (MEDEIROS, 2021, p. 18-19). Assim, percebe-se que o conceito de razoável adotado pelo Brasil difere do originalmente adotado na Convenção Modelo, sendo o primeiro relacionado a parâmetro mínimo de discernimento e o segundo correspondendo a comportamento ideal a ser adotado pelo homem.

A razoabilidade adotada pela Suprema Corte do Reino Unido possui caráter objetivo visto que é estabelecida por meio de padrões legais definidos pela Corte (MEDEIROS, 2021). Assim, percebe-se que a noção de razoabilidade advinda do common law inglês, e prevista pela Convenção Modelo, difere da definição de razoabilidade adotada pelo Brasil, sendo assim, com a adoção da redação do Artigo 29 da Convenção Modelo nos mais recentes MLI, como acordo Brasil e Suíça, faz-se necessária adequação quando a razoabilidade de que trata a redação inserida nos acordos para evitar a bitributação celebrados pelo Brasil, sendo definido se a razoabilidade a que se referem seus acordos advém da razoabilidade prevista no direito interno ou a razoabilidade prevista na Convenção Modelo.

É certo, pois, que, da carência dessas definições mais apuradas, deriva um cenário de insegurança jurídica às estruturas, ficando estas sujeitas e à mercê da interpretação livre dos ordenamentos jurídicos às quais estão submetidas, sobretudo se estes ordenamentos sejam contrapostos entre si, como, por exemplo, uma estrutura que envolva o Brasil, as Ilhas Virgens Britânicas e Malta. A respeito da diluição desses conceitos, Andressa Pegoraro¹⁴ disserta:

¹³ASSAD, Emily Silva. **Análise sobre a incidência da Cláusula PPT no planejamento tributário internacional e a norma de combate à evasão fiscal brasileira**. Manaus, [S/A], pg. 4.

¹⁴PEGORARO, Andressa. **A Cláusula de Principal Propósito (PPT) nos Acordos para Evitar a Dupla Tributação da Renda** – São Paulo, SP. IBDT, 2021, pg. 197.

A vagueza e ambiguidade dos termos utilizados na redação da cláusula de PPT ampliam a margem de discricionariedade do intérprete-aplicador, que fica livre para escolher o sentido que lhe convier, dando azo a possível “decisionismo” fiscalista. Assim, ainda que a ideia de discricionariedade seja inerente à interpretação jurídica, o cenário se agrava na cláusula de PPT, cuja redação oferece poucas amarras para o necessário controle intersubjetivo da sua aplicação, no plano da teoria da argumentação jurídica.

De forma incontroversa, a Ação 6 do Projeto BEPS, juntamente com o Artigo 29 da Convenção Modelo, desempenha um papel fundamental na eficácia das convenções de bitributação, contribuindo para preencher lacunas ou insuficiências nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados no que se refere às normas contra a evasão e elisão fiscal. No entanto, ao se examinar os termos do Artigo 29, sobretudo sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, fica evidente a falta de uma conexão clara e objetiva entre os beneficiários e os Estados signatários. Nesta linha, Andressa Pegoraro¹⁵ discorre acerca das críticas que a medida da OCDE vem recebendo:

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

Diante desse cenário, para além das boas intenções ao combate à evasão fiscal por parte das nações e da OCDE, a introdução da Cláusula de PPT no contexto dos planejamentos tributários internacionais levanta incontroversas preocupações significativas sobre a segurança jurídica. A subjetividade inerente à análise dos propósitos

¹⁵ PEGORARO, Andressa. **Limites do Planejamento do Tributário Internacional por meio de Acordos de Bitributação A Cláusula de Principal Propósito ("PPT")**. 226 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, pg. 77.

econômicos das estruturas empresariais coloca em risco a previsibilidade das normas fiscais, afetando diretamente a confiança dos agentes econômicos.

Essa insegurança impacta negativamente princípios essenciais ao comércio global, como a liberdade econômica, a livre concorrência e a livre iniciativa, uma vez que os contribuintes, ao enfrentarem incertezas quanto à aplicação de benefícios fiscais, podem ver comprometidas suas decisões de investimento e operação em diferentes mercados, minando o funcionamento harmônico e eficiente do ambiente mercantil mundial. Neste tópico, Rita Cunha¹⁶ aponta:

A segurança jurídica tem sido especialmente problemática no que diz respeito às regras anti-elisão. De um lado, a segurança jurídica exige que os fiscais tributários avaliem os contribuintes de acordo com regras que sejam claras, precisas e previsíveis. Ela exclui a vagueza e seu "gêmeo fraternal", a discricionariedade administrativa, uma vez que estas convidam os fiscais a exercerem um julgamento que vai além da mera aplicação de uma regra legal a uma situação factual. Por outro lado, as regras anti-elisão costumam ser vagas e conferem autoridade discricionária aos fiscais tributários. Alguns argumentam que a incerteza é necessária para combater efetivamente a elisão fiscal, pois regras anti-elisão claras, precisas e previsíveis ajudam os contribuintes a planejar estratégias de elisão fiscal. Uma análise mais aprofundada desse argumento mostra que ele é apoiado pela observação de que, apesar da promulgação anual de inúmeras regras anti-elisão específicas (SAARs), os governos falham em eliminar (ou até mesmo reduzir) o nível de elisão fiscal no sistema tributário.” (tradução livre)¹⁷

Incontroverso que toda a estrutura moldada pela OCDE tem legitimidade em sua origem: o pressuposto existencial de qualquer sistema tributário é o recolhimento de impostos por si só, que se faz necessário para o funcionamento embrionário de qualquer estrutura estatal. No entanto, a problemática da insegurança jurídica nas normas fiscais, especialmente no âmbito das regras antiabuso como a cláusula PPT, cria barreiras significativas aos planejamentos tributários, o que afeta tanto contribuintes quanto administradores fiscais.

¹⁶CUNHA, Rita C. *BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule*. *Global Taxation*, vol. 1, 2016, pp. 186-189 (disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796565>>).

¹⁷ Original: Legal certainty has been particularly problematic regarding anti-avoidance rules. On one side, legal certainty requires tax officers to assess taxpayers according to rules that are clear, precise and predictable. It excludes vagueness and its fraternal twin, administrative discretion, in that these invite officers to exercise a judgment that goes beyond the mere application of a legal rule to a factual situation. On the other side, anti-avoidance rules are often vague and grant discretionary authority to tax officers. Some argue that uncertainty is necessary to tackle tax avoidance effectively as clear, precise and predictable anti-avoidance rules help taxpayers to design tax avoidance strategies. A closer look at this argument shows that it is supported by the observation that, despite enacting numerous specific antiavoidance rules (SAARs) each year, governments fail to eliminate (or even reduce) the level of tax avoidance taking place in the tax system.

De um lado, a falta de clareza, previsibilidade e objetividade das regras compromete a segurança jurídica, princípio fundamental em qualquer sistema tributário. Isso gera incertezas que prejudicam a liberdade econômica, a livre concorrência e a livre iniciativa, pilares do comércio internacional. Por outro lado, a discricionariedade excessiva concedida aos agentes fiscais para interpretar e aplicar normas antievasão e anti-elisão gera um ambiente em que os contribuintes não conseguem prever com precisão os impactos de seus planejamentos tributários, arriscando-se a sanções ou a uma possível reclassificação de suas operações.

A falta de previsibilidade alinhavada torna o cenário tributário instável, desencoraja investimentos e dificulta a condução de negócios transnacionais, uma vez que as estruturas fiscais internacionais, muitas vezes, ficam à mercê de interpretações variáveis e subjetivas. Assim, embora as regras antiabuso sejam necessárias para combater a evasão fiscal, sua efetividade e equidade dependem de uma maior harmonia entre os princípios de segurança jurídica e a aplicação rigorosa da legislação tributária.

5. CONCLUSÃO

O planejamento tributário vem sendo utilizado como artifício essencial para empresas e indivíduos que buscam minimizar a carga fiscal de maneira legítima. Entretanto, a fronteira entre o planejamento lícito e o abusivo se torna cada vez mais complexa no contexto internacional, especialmente com o uso de estruturas empresariais em múltiplas jurisdições, muitas vezes desenhadas para explorar lacunas fiscais. Diante desse cenário, as ações desenvolvidas pela OCDE, notadamente por meio do projeto BEPS, surgem como resposta para coibir o abuso dos tratados tributários, com destaque para a Ação 6 e a introdução da cláusula *Principal Purpose Test* (“PPT”).

A adoção de medidas antiabuso, como as Cláusulas de PPT, representam, de maneira inegável, um marco nas tentativas de combate à evasão fiscal e ao *treaty shopping*, buscando garantir que as estruturas empresariais internacionais estejam baseadas em motivações econômicas reais e substanciais.

No entanto, essas iniciativas trazem à tona grandes desafios interpretativos: a subjetividade presente na avaliação do propósito principal de uma transação levanta preocupações quanto à previsibilidade e segurança jurídica assegurada aos contribuintes. Qual o limite do planejamento tributário? Qual é o poder de objetividade de um teste de

principal propósito? Existem meios de medir esse propósito de maneira verdadeiramente objetiva? A quem cabe a eleição desses meios?

A aplicação desregrada de normas como a de PPT, sem um equilíbrio adequado entre combate à evasão fiscal e proteção da segurança jurídica, pode criar incertezas que desincentivam investimentos e dificultam a condução de negócios transnacionais. Desta maneira, embora as ações da OCDE e do G20 sejam fundamentais para enfrentar as práticas abusivas, é crucial que se busque uma maior harmonização entre a aplicação dessas regras e a garantia de previsibilidade aos contribuintes.

REFERÊNCIAS

AMORIM, M. P de. **Acordos e Tratados de bitributação: regulação, segurança jurídica e reflexos fiscais**. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 8, nº 2, p. 114-145, outubro 2022.

ASSAD, Emily Silva. **Análise sobre a incidência da Cláusula PPT no planejamento tributário internacional e a norma de combate à evasão fiscal brasileira**. Manaus, [S/A].

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

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 36ª ED, 2015.

OECD. **Preventing tax treaty abuse**. *Topics, preventing tax abuse*. [S/A]. Disponível em <<https://www.oecd.org/en/topics/preventing-tax-treaty-abuse.html>>. Acesso em: 28 set. 2024.

Palan, Ronen, Richard Murphy, and Christian Chavagneux. **Tax Havens: How Globalization Really Works**. Ithaca: Cornell University Press, 2010.

PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas Offshore: Uruguai, Cayman, Ilhas Virgens Britânicas**. 2º. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Pilares, 2004.

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

PEGORARO, Andressa. **A Cláusula de Principal Propósito (PPT) nos Acordos para Evitar a Dupla Tributação da Renda** – São Paulo, SP. IBDT, 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal através de acordos de bitributação: Tready Shopping** — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.