

CAIO AUGUSTO TAKANO

**LIMITES ÀS NORMAS ANTIELISIVAS ESPECÍFICAS PARA A CONTENÇÃO DA
ARBITRAGEM FISCAL INTERNACIONAL POR INTERMÉDIO DE INSTRUMENTOS
HÍBRIDOS NO DIREITO BRASILEIRO**

TESE (DOUTORADO)

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO DR. PAULO AYRES BARRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

CAIO AUGUSTO TAKANO

Limites às normas antielisivas específicas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Prof. Associado Dr. PAULO AYRES BARRETO.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

TAKANO, Caio Augusto.

Limites às normas antielisivas específicas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro / Caio Augusto Takano.

- São Paulo: C. A. Takano, 2019.

- 361 f. ; 30 Cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019.

Orientador: Prof. Associado Paulo Ayres Barreto.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia

1. Direito tributário. 2. Direito tributário internacional. 3. Arbitragem fiscal internacional. 4. Normas antielisivas. 5. Instrumentos financeiros híbridos. 6. Regras anti-híbridos. 7. Projeto BEPS.

Nome: TAKANO, Caio Augusto

Título: Limites às normas antielisivas específicas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Associado Dr. Paulo Ayres Barreto (Orientador)

Instituição: FDUSP

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Paulo Ayres Barreto, pela firme orientação, pelos valiosos ensinamentos, pelas duras críticas, pelo exemplo de seriedade acadêmica e dedicação profissional, pela amizade e, sobretudo, por ter acreditado no meu potencial como pesquisador e ter estendido a mão para que eu começasse a trilhar o caminho – difícil, mas tão recompensador – da vida acadêmica.

Ao Professor Luís Eduardo Schoueri, pela oportunidade rara de convívio acadêmico, pelas oportunidades de pensar e discutir o Direito Tributário, pela confiança em seus projetos, pelas incontáveis aulas, dentro e fora das Arcadas, por despertar em mim o interesse no Direito Tributário Internacional e, especialmente, pela fraternal amizade.

Ao Professor Roberto França de Vasconcellos, pelo constante aprendizado e pelos inestimáveis apontamentos na Banca de Qualificação, que tanto contribuíram ao trabalho.

Ao Professor Alexandre Siciliano Borges, que, numa conversa casual no intervalo de sua aula de planejamento tributário internacional na FGV, plantou a semente desta tese.

Ao Professor João Félix Pinto Nogueira, pela valiosa conversa e pelos instigantes comentários, além de farto material gentilmente concedido, todos essenciais à tese.

Aos amigos Ramon Tomazela Santos, Mateus Barbosa e Guilherme Galdino, pela acurada leitura do trabalho e pelas percucientes críticas. Devo muito dos acertos da tese a vocês; os erros são todos frutos de minha teimosia.

Aos amigos Paulo César Teixeira Duarte Filho, Michell Przepiorka, Fernando Luís Bernardes, Túlio Venturini, Rinaldo Braga e Arthur Pitman, pela amizade e pelas inestimáveis contribuições ao trabalho.

Aos amigos Leonardo Branco e Alexandre Evaristo, cuja amizade foi um dos maiores presentes que recebi ao longo do programa de pós-graduação e a que devo muito de quem sou hoje, acadêmica e profissionalmente. Agradeço, ainda, pela leitura e pelos comentários do trabalho.

A todos os amigos, amigas e Professores que conheci ao longo da minha jornada acadêmica, que contribuíram – e muito – para a formação do meu pensamento jurídico.

À Eloiza, por toda gentileza e ajuda, não importa o momento, não importa a razão.

À Nathalia Hild, que, sempre com um sorriso e gentileza no olhar, tem sacrificado, com o coração aberto, muito de si para que eu pudesse seguir sempre em frente.

A minha família, pelo apoio incondicional.

À NATHALIA HILD,
que, sempre compassiva e desejando
meu bem-estar, é o meu grande ganho
da vida, com muito amor.

RESUMO

CAIO AUGUSTO TAKANO. *Limites às normas antielisivas específicas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro*. 361 p. Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Nesta tese, defende-se que, não obstante as práticas de arbitragem fiscal internacional sejam lícitas, a exploração de assimetrias decorrentes do uso de instrumentos financeiros híbridos em dois ou mais ordenamentos jurídicos configura ato abusivo de poder econômico, gerador de uma situação anti-isonômica contrária à livre concorrência e, portanto, passível de contenção por normas específicas antielisivas. Sustenta-se, ainda, que as normas antielisivas anti-híbridos (*linking rules*) recomendadas no âmbito da Ação 2 do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) são incompatíveis com o sistema tributário brasileiro, por se valerem, de um lado, de presunções absolutas conflitantes com a ideia de tributação da renda em conformidade com a capacidade contributiva, e, de outro, de termos demasiado abertos e fluidos em seu antecedente normativo, que dão azo a indesejável subjetivismo e arbitrariedade às autoridades fiscais ou às cortes judiciais, contrários aos valores da certeza do direito, da segurança jurídica e da estrita legalidade, sobremodo prestigiados pelo nosso ordenamento jurídico. Por fim, após o exame das peculiaridades do sistema tributário brasileiro, bem como das relações de coordenação e de subordinação das normas jurídicas nele inseridas, apresentar-se-ão as modificações normativas necessárias à formulação das regras anti-híbridos, visando à sua adequada implementação no ordenamento jurídico brasileiro, de forma coordenada com as regras antielisivas específicas domésticas e os acordos de bitributação vigentes.

Palavras-chaves: Direito Tributário Internacional; arbitragem fiscal internacional; instrumentos financeiros híbridos; normas específicas antielisivas; regras anti-híbridos.

ABSTRACT

CAIO AUGUSTO TAKANO. *Limits to specific anti-avoidance rules to counter international tax arbitrage through hybrids instruments in Brazilian Law*. 361 p. Doctoral Degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

In this thesis, the author argues that, despite the legality of international tax arbitrage practices, the exploitation of asymmetries that arise from the use of financial hybrid instruments in two or more legal systems constitute an abusive act of economic power that leads to an anti-isonomic and contrary to free competition situation. Therefore, such practices are liable to be tackled by specific anti-avoidance rules. It is also argued that the recommended anti-avoidance rules for hybrid instruments (*linking rules*) under Action 2 of the BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) Project are not compatible with the Brazilian tax system as their application implies the use of a non-rebuttable legal presumption, which is not supported by the idea of income taxation in accordance with the ability-to-pay principle. On the other hand, such rules were formulated with broad and fluid terms, that may lead to undesirable subjectivism and arbitrariness of the tax administration or judicial courts, which are harmful to legal certainty, predictability and legality – undoubtedly prestigious values of our legal system. Finally, after examining the peculiarities of the Brazilian tax system as well as the relations of coordination and subordination of its legal norms, the author suggests the necessary modifications in the normative design of the linking rules in order to provide for appropriate conditions to their implementation in a coordinated manner with the domestic specific anti-avoidance rules and the existing double taxation conventions in the Brazilian legal framework.

Keywords: International Tax Law; international tax arbitrage; hybrid financial instruments; specific anti-avoidance rules; linking rules.

ZUSAMMENFASSUNG

CAIO AUGUSTO TAKANO. *Grenzen für die spezifischen Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung für die Verhinderung der internationalen Steuerarbitrage durch hybriden Finanzinstrumenten im brasilianischen Recht.* 361 p. Doktorarbeit. Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität von São Paulo, São Paulo, 2019.

In der vorliegenden Dissertation stellt der Autor dar, dass trotz der rechtmäßigen Praxis grenzüberschreitender Steuerarbitrage, die Ausnutzung von sich aus der Verwendung von hybriden Instrumenten in zwei oder mehreren Rechtssystemen ergebenden Asymmetrien eine missbräuchliche Handlung wirtschaftlicher Macht abbildet, die zu einer ungleichen und entgegen dem freien Wettbewerb führenden Situation erbringt. Demzufolge können solche Praxis durch spezifische Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung verhindert werden. Darüber hinaus besteht ein wesentliches Ergebnis der Dissertation darin, dass die im Rahmen des Aktionspunkts 2 Projekts BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) empfohlenen Regeln zur Bekämpfung der Steuerumgehung durch hybriden Finanzinstrumenten (Korrespondenzregeln) nicht im Einklang mit dem brasilianischen Steuersystem sind, weil die Anwendung dieser Regeln einer unwiderlegbaren rechtlichen Vermutung impliziert, die nicht von der Vorstellung einer Einkommensbesteuerung nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip unterstützt ist. Auf der anderen Seite wurden solche Regeln mit breiten und fließenden Begriffen formuliert, die zu unerwünschtem Subjektivismus und Willkürlichkeit seitens der Steuerverwaltung oder Gerichtswesen führen könnten. Diese verursachen schädliche Auswirkungen auf den Prinzipien der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Legalität, die zweifellos prestigeträchtig bei unserem Rechtssystem gewertet sind. Nach der Untersuchung der Besonderheiten des brasilianischen Steuersystems sowie der Koordinierungs- und Unterordnungsbeziehungen seiner Rechtsvorschriften, schlägt der Autor abschließend vor, die normative Gestaltung der Korrespondenzregeln zwangsläufig zu verändern, um angemessene Bedingungen für ihre rechtliche Umsetzung zu schaffen, die dabei auf Abstimmung mit den inländischen spezifischen Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung und den bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen im brasilianischen Rechtsrahmen ist.

Schlüsselwörter: internationales Steuerrecht; internationale Steuerarbitrage; hybride Finanzinstrumente, spezifischen Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung, Korrespondenzregeln.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
I. Justificativas do tema, de sua delimitação e de sua abordagem	17
I.1 Por que normas antielisivas para a contenção da arbitragem fiscal internacional?17	
I.2 Por que o foco em situações de assimetrias decorrentes do uso de instrumentos híbridos?	25
I.3 Por que a compatibilidade das normas antielisivas anti-híbridos sugeridas pela OCDE no direito brasileiro?.....	30
II. Premissas	34
II.1 Inexistência de um regime tributário internacional	34
II.2 O Projeto BEPS e os novos standards do Direito Tributário Internacional.....	42
II.3 A contenção da arbitragem fiscal internacional como tendência de política fiscal	47
II.4 Limites à interdisciplinaridade na investigação do objeto.....	51
III. Plano de estudo.....	54
Capítulo I A ARBITRAGEM FISCAL INTERNACIONAL POR INTERMÉDIO DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS	57
1.1 A expressão “arbitragem fiscal”	57
1.2 O conceito de arbitragem fiscal internacional	58
1.3 Arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos	67
1.3.1 A distinção entre instrumentos de capital e de dívida	67
1.3.2 Definição de instrumentos híbridos.....	76
1.3.3 Justificação para a utilização dos instrumentos híbridos.....	80
1.3.4 Classificação dos instrumentos híbridos	85
1.3.5 Exemplos de arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos	89
1.4 Síntese do capítulo	94
Capítulo II A CONTENÇÃO DA ARBITRAGEM FISCAL INTERNACIONAL POR INTERMÉDIO DE ARRANJOS HÍBRIDOS NO DIREITO COMPARADO	97
2.1 Propostas iniciais para o combate unilateral a arranjos híbridos no Direito Comparado	97
2.1.1 Estados Unidos da América	98
2.1.2 Reino Unido	101
2.1.3 Alemanha.....	104
2.1.4 Itália.....	106

2.1.5 Espanha.....	107
2.1.6 França	109
2.1.7 Dinamarca.....	111
2.1.8 Síntese das propostas iniciais de normas antielisivas anti-híbridos na experiência internacional.....	113
2.2 O combate a arranjos híbridos na Ação 2 do Projeto BEPS da OCDE.....	115
2.2.1 Histórico	115
2.2.2 Linhas gerais das propostas do relatório final da Ação 2 do Projeto BEPS....	118
2.3 O combate a arranjos híbridos no direito fiscal da União Europeia	124
2.3.1 Histórico	124
2.3.2 A Diretiva de Juros e Royalties (Interest and Royalties Directive).....	125
2.3.3 A Diretiva Matriz-Filial (Parent-Subsidiary Directive).....	127
2.3.4 As propostas de diretivas para implementação de base tributária comum no imposto sobre a renda – CCTB e CCCTB.....	130
2.3.5 A Diretiva Antielisiva (Anti-Tax Avoidance Directive – ATAD).....	133
2.4 Outras propostas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de arranjos híbridos	137
2.5 Síntese do capítulo.....	145
Capítulo III AS NORMAS ANTELISIVAS ANTI-HÍBRIDOS PROPOSTAS NA AÇÃO 2 DO PROJETO BEPS	149
3.1 A justificação para a implementação das normas antielisivas anti-híbridos	149
3.1.1 Perda de arrecadação tributária.....	151
3.1.2 Perda de eficiência do sistema tributário	157
3.1.3 Distorções concorrenciais.....	160
3.1.4 Ausência de adequada transparência fiscal	162
3.1.5 Injustiças no sistema tributário	164
3.1.6 Síntese da busca por uma justificação das regras anti-híbridos.....	167
3.2 A estrutura das normas antielisivas anti-híbridos aplicáveis aos instrumentos financeiros.....	168
3.2.1 Traços típicos das regras de anti-híbridos para instrumentos financeiros	168
3.2.2 Escopo objetivo	171
3.2.2.1 Uso de um instrumento financeiro híbrido.....	171
3.2.2.2 Pagamento	172
3.2.2.3 Resultado assimétrico (“dedução/não inclusão”).....	173
3.2.2.4 Presença de um elemento híbrido	175
3.2.2.5 Não aplicação da “regra primária” como requisito da “regra secundária”.....	176
3.2.3 Escopo subjetivo.....	176

3.2.3.1 Partes relacionadas e “grupo econômico”.....	177
3.2.3.2 Arranjos estruturados	179
3.2.4 Exceções a sua aplicação.....	187
3.3 A paradoxal natureza “antiabuso” das normas antielisivas anti-híbridos.....	188
3.3.1 A dificuldade da definição dos fins das normas tributárias.....	188
3.3.2 A inexistência de um caráter abusivo ontológico da arbitragem fiscal por meio de arranjos híbridos.....	193
3.3.3 ... E a existência de um caráter abusivo positivado da arbitragem fiscal por meio de arranjos híbridos	197
3.4 As normas antielisivas anti-híbridos e os Juros sobre Capital Próprio (JCP).....	203
3.5 Síntese do capítulo	210
Capítulo IV A COMPATIBILIDADE DAS NORMAS ANTELISIVAS ANTI-HÍBRIDOS PARA A CONTENÇÃO DE PRÁTICAS DE ARBITRAGEM FISCAL COM INSTRUMENTOS HÍBRIDOS PROPOSTA NA AÇÃO 2 DO PROJETO BEPS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.....	215
4.1 O sistema tributário brasileiro na Constituição de 1988.....	215
4.2 A questão da incoerência interna decorrente da aplicação das normas antielisivas anti-híbridos	217
4.3 A compatibilidade da regra primária no ordenamento brasileiro.....	222
4.3.1 Definição e estrutura da regra anti-híbrido primária	222
4.3.2 O exame da capacidade contributiva da regra anti-híbrido primária	223
4.3.3 O exame da igualdade da regra anti-híbrido primária	235
4.3.3.1 Pressupostos para o exame da igualdade	235
4.3.3.2 Arranjos híbridos nas mesmas jurisdições.....	247
4.3.3.3 Arranjos híbridos em jurisdições distintas.....	249
4.3.3.4 Arranjos híbridos internacionais e domésticos	251
4.4 A compatibilidade da regra secundária no ordenamento brasileiro	253
4.4.1 Definição e estrutura da regra defensiva ou secundária	253
4.4.2 O exame da capacidade contributiva da regra defensiva ou secundária	254
4.4.3 O exame da igualdade decorrente da regra defensiva ou secundária	259
4.4.3.1 Pressupostos para o exame da igualdade	259
4.4.3.2 Arranjos híbridos nas mesmas jurisdições.....	263
4.4.3.3 Arranjos híbridos em jurisdições distintas.....	265
4.4.3.4 Arranjos híbridos internacionais e domésticos	266
4.5 O exame da proporcionalidade das normas antielisivas anti-híbridos.....	268
4.5.1 Exame de proporcionalidade da regra primária	272
4.5.2 Exame de proporcionalidade da regra defensiva ou secundária.....	274
4.6 Síntese do capítulo	275

Capítulo V PROPOSTA PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA NORMA ANTELISIVA ANTI-HÍBRIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	279
5.1 Pressupostos para a criação de uma norma antielisiva anti-híbridos.....	279
5.1.1 Administrabilidade	280
5.1.2 Neutralidade.....	284
5.1.3 Garantias dos contribuintes	285
5.2 Proposta para uma norma antielisiva anti-híbridos compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e sua justificação	286
5.3 Coordenação entre normas antielisivias anti-híbridos e regras domésticas específicas.....	294
5.3.1 Regras de preços de transferência	295
5.3.2 Regras de subcapitalização	297
5.3.3 Regras de tributação dos lucros auferidos no exterior.....	299
5.3.4 Regras de retenção na fonte.....	302
5.3.5 Regra do art. 116, parágrafo único, do CTN	304
5.4 Coordenação entre normas antielisivias anti-híbridos e acordos de bitributação	307
5.4.1 A relação entre as normas antielisivias anti-híbridos e o “treaty override”	307
5.4.2 Métodos para evitar a dupla tributação (art. 23 da CM-OCDE)	309
5.4.3 Não discriminação (art. 24 da CM-OCDE)	314
5.5 Síntese do capítulo.....	318
CONCLUSÕES	321
I. Proposições gerais da tese	321
II. Proposições específicas da tese.....	328

APRESENTAÇÃO DA TESE

Título: Limites às normas antielisivas específicas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro.

Linha de Pesquisa: Argumentação e Decisão na Reconstrução de um Sistema Tributário Justo, Eficiente e Competitivo (Área de Direito Tributário)

Projeto Acadêmico: Inserção do Sistema Tributário num cenário de competição internacional: a proteção de investimentos estrangeiros no Brasil e de investimentos brasileiros no exterior

Nesta tese, defende-se que, não obstante as práticas de arbitragem fiscal internacional sejam lícitas, a exploração de assimetrias decorrentes do uso de instrumentos híbridos em dois ou mais ordenamentos jurídicos configura ato abusivo de poder econômico, gerador de uma situação anti-isonômica contrária à livre concorrência e, portanto, passível de contenção por normas específicas antielisivas. Sustenta-se, ainda, que as normas antielisivas anti-híbridos (*linking rules*) recomendadas no âmbito da Ação 2 do Projeto BEPS são incompatíveis com o sistema tributário brasileiro, por se valerem, de um lado, de presunções absolutas conflitantes com a ideia de uma tributação da renda em conformidade com a capacidade contributiva, e, de outro, de termos demasiado abertos e fluidos em seu antecedente normativo, que dão azo a indesejável subjetivismo e arbitrariedade ao aplicador da norma, contrários aos valores da certeza do direito, da segurança jurídica e da estrita legalidade, sobremodo prestigiados pelo nosso ordenamento jurídico.

Até o momento, essa questão vem sendo tratada pela doutrina internacional a partir de considerações eminentemente de política fiscal¹ e, não raro, sob a equivocada premissa de que haveria um princípio implícito que justificaria, por si, o combate a situações de dupla não tributação². No Brasil, há poucos estudos que abordaram a compatibilidade de tais regras com o sistema tributário brasileiro, entretanto, realizando críticas pontuais a diferentes aspectos das regras anti-híbridos (v.g., compatibilidade com o Princípio da Igualdade³, coordenação com cláusulas de acordos de bitributação celebrados pelo Brasil⁴,

¹ Por todos, cf. OECD. *Hybrids mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*. Paris: OECD Publishing, 2012, pp. 11-12.

² Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime. *Bulletin for International Taxation*, v. 61, n. 4. Amsterdam: IBFD, 2007, p. 137.

³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 37-39.

⁴ Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 343-363.

coordenação com outras regras antielisivas específicas⁵). No entanto, não há um estudo específico e aprofundado que tenha por objeto uma análise minudente acerca da aderência das regras anti-híbridos propostas pela OCDE com o direito posto.

No presente trabalho, examinar-se-ão os aspectos jurídicos da eventual implementação de regras anti-híbridos no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de construção de raciocínio que se fixa em premissas distintas dos estudos anteriores, como: (i) a distinção entre instrumentos híbridos sintéticos (i.e., manipuláveis) e institucionais (i.e., não manipuláveis); (ii) a identificação da finalidade extrafiscal das normas antielisivas anti-híbridos, consistente no combate de práticas de atos abusivos de poder econômico lesivos à livre concorrência; e (iii) a consideração de um sistema tributário rígido e fortemente estruturado já no altiplano constitucional. Tais premissas, que *não são triviais*, conduzirão ao exame de compatibilidade das regras anti-híbridos sugeridas pela OCDE com o sistema tributário brasileiro, pela qual se alcançarão as conclusões expostas acima, que igualmente *não são triviais*, bem como demonstram haver outros caminhos e perspectivas para estudar o objeto escolhido, reconhecendo-se a *falseabilidade* de suas conclusões.

A tese defendida neste trabalho é *controversa*. Embora não haja, hoje, trabalhos específicos que se dediquem à análise da compatibilidade das regras anti-híbridos sugeridas pela OCDE com nosso ordenamento jurídico, é importante salientar que há inúmeros estudos na comunidade internacional que não apenas sustentam inexistir incompatibilidade das regras anti-híbridos com o Princípio da Capacidade Contributiva, como veem nele o fundamento para a implementação de tais regras⁶. Igualmente, não há críticas contundentes acerca da abertura dos testes sugeridos para a aplicação das regras anti-híbridos. De outro lado, sob a perspectiva brasileira, importante apontar que nenhuma reserva foi realizada pela Receita Federal do Brasil quanto a sua adoção integral em suas manifestações quanto à implementação das medidas sugeridas no âmbito do projeto BEPS, a indicar não haver *a priori* questionamentos pelas autoridades tributárias quanto a sua constitucionalidade.

Daí se verifica que a tese proposta, caso confirmada, produz efeitos relevantes, pois demonstra que a mera importação e introdução das regras anti-híbridos sugeridas pela

⁵ Cf. TAVARES, Diogo Ferraz Lemos [et al]. A ação n. 2 do Projeto BEPS da OCDE e seus possíveis efeitos no Brasil In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 84-95.

⁶ Cf. VANISTENDAEL, Frans. Ability to pay in European Community Law. *EC Tax Review*, n. 3. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 134.

OCDE padeceriam de inconstitucionalidade, sendo necessário, portanto, para plena aderência ao direito posto, restringir sua aplicação a partes associadas ou a grupos econômicos (de direito), conferindo ao contribuinte, ainda, a oportunidade de comprovar não se tratar de hipótese abusiva, a excepcionar a aplicação das regras anti-híbridos.

Por derradeiro, não há trabalhos que tenham como foco a compatibilidade das regras anti-híbridos propostas na Ação 2 do Projeto BEPS com o direito positivo brasileiro. Assim, o objeto deste estudo se diferencia de outros trabalhos acadêmicos desenvolvidos no âmbito da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da USP ou em outras instituições de ensino, que sejam de conhecimento do Autor. Trata-se, dessa forma, de tese *inédita*.

INTRODUÇÃO

I. JUSTIFICATIVAS DO TEMA, DE SUA DELIMITAÇÃO E DE SUA ABORDAGEM

I.1 POR QUE NORMAS ANTIELISIVAS PARA A CONTENÇÃO DA ARBITRAGEM FISCAL INTERNACIONAL?

Os limites existentes para o planejamento tributário têm sido objeto de profundas discussões doutrinárias, tanto no âmbito nacional⁷ quanto internacional⁸. Tradicionalmente, o debate tem girado em torno dos conceitos de evasão e elisão fiscal⁹. Consoante ensina Paulo Ayres Barreto, a distinção entre ambas as figuras leva em consideração a licitude da conduta do contribuinte: estar-se-ia diante de uma conduta elisiva se os atos ou os negócios praticados guardassem plena aderência com a lei; caso contrário, se aferível sua ilicitude, estar-se-ia diante de prática evasiva¹⁰. Não obstante a clareza conceitual dessa distinção, na prática, a definição da precisa linha divisória entre o planejamento tributário lícito e o ilícito tem oferecido desafio hercúleo aos aplicadores do direito, relevando-se tormentosa a tarefa de se identificar quais condutas adotadas pelos contribuintes estão em conformidade

⁷ Há inúmeros trabalhos acadêmicos abordando com profundidade e especificamente o tema na doutrina nacional. Sem qualquer pretensão de esgotá-los, cite-se, exemplificativamente, as obras de Paulo Ayres Barreto (*Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016); Marco Aurélio Greco (*Planejamento tributário*. 3ª Edição. São Paulo: Dialética, 2011); Luís Eduardo Schoueri (*Planejamento tributário e o “propósito negocial”*. São Paulo: Quartier Latin, 2010); Ricardo Lobo Torres (*Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012); entre outros. Ademais, no próprio âmbito da Universidade de São Paulo, tem surgido uma série de trabalhos acadêmicos bastante relevantes ao tema, dentre os quais, podemos citar as dissertações de mestrado de Luís Flávio Neto (*Teorias do Abuso no Planejamento Tributário*, 2011), Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (*Argumentação tributária de lógica substancial: o uso do propósito negocial no Carf*, 2016), Rômulo Cristiano Coutinho da Silva (*O Princípio da Segurança Jurídica no Planejamento Tributário*, 2016), Leonardo Aguirra de Andrade (*Estruturação elusiva de atos e negócios jurídicos no Direito Tributário brasileiro: limites ao planejamento tributário*, 2011), Fábio Piovesan Bozza (*Planejamento Tributário e Autonomia Privada*, 2014), entre outros.

⁸ Consoante aponta Pasquale Pistone, os conceitos de elisão e evasão fiscal (“tax avoidance” e “tax evasion”) foram primeiramente analisados e discutidos em profundidade pela comunidade internacional no Congresso da International Fiscal Association – IFA em 1983, em Veneza (cf. PISTONE, Pasquale. Domestic Anti-Abuse Provisions and Tax Treaties: A Comparative Analysis between Italy and Belgium. *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 3. Roma: DeAgostini Professionale, 2000, pp. 101-103). Entretanto, há inúmeros estudos posteriores sobre o tema, que continua sendo objeto de relevantes discussões no âmbito do Direito Tributário Internacional. Por todos, cf. PISTONE, Pasquale. *Abuso del diritto ed elusione fiscale*. Padova: CEDAM, 1996.

⁹ Embora não haja consenso em relação a essa dicotomia ou mesmo em relação às expressões utilizadas para diferenciar planejamentos tributários lícitos e ilícitos. Sobre o tema, cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 155-160.

¹⁰ Cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 155.

com as prescrições normativas de um determinado ordenamento jurídico, seja no âmbito interno, seja no internacional.

Com efeito, ainda que na jurisprudência dos tribunais administrativos e judiciais de diversos países tenha-se desenvolvido o princípio de que o contribuinte possui o direito de organizar suas atividades empresariais de modo a minimizar o montante de tributos devidos, sendo-lhe garantido o direito de usufruir dos benefícios da legislação tributária¹¹, há, mundo afora, uma “variação significativa” do nível de tolerância das Administrações Tributárias perante o planejamento tributário e do preciso ponto no qual será traçada a linha a partir da qual se diferenciará elisão e evasão tributária¹².

No âmbito do Direito Tributário Internacional, igualmente não há uma definição precisa do conceito de evasão fiscal¹³. A identificação de quais atos, negócios ou estruturas praticadas pelos contribuintes serão lícitos ou ilícitos é matéria reservada ao direito interno de cada jurisdição envolvida, cada qual com critérios positivados ou jurisprudenciais próprios – “simulação”, “dissimulação”, “propósito comercial”, “substância sobre a forma”, “fraude à lei”, “abuso de forma”, “abuso de direito”, para citar alguns dos critérios comumente utilizados pelos diversos países¹⁴⁻¹⁵. Trata-se, pois, de matéria a ser definida no ordenamento jurídico de cada país, com vistas a interesses e políticas fiscais de cada Estado.

Igualmente há uma significativa variação na forma pela qual cada ordenamento jurídico institui medidas para a contenção de planejamentos tributários: por vezes, valem-se de uma norma geral antielisiva (ou antiabuso), que tem por objetivo a tributação, por analogia, de atos ou negócios que, posto não figurarem no antecedente normativo de uma norma tributária, produzam efeitos econômicos equivalentes aos dos atos ou negócios

¹¹ Cf. RUST, Alexander. Art. 1. In. REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (Ed.). *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 4th Edition. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 124.

¹² Cf. WARD, David A. Abuse of tax treaties. *Intertax*, v. 23, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 1995, p. 176.

¹³ Cf. SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht*. 3. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2011, pp. 10-11.

¹⁴ Para uma análise aprofundada sobre a compatibilidade dessas figuras com o direito positivo pátrio, cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 195-224.

¹⁵ Além da multiplicidade de testes para definir a licitude da conduta do contribuinte, há igualmente uma multiplicidade semântica, pois uma mesma expressão linguística pode se referir a testes distintos. Exemplificativamente, a expressão “abuso de direito” é utilizada em acepções distintas em diferentes jurisdições. Sobre o tema, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In. ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; CATARINO, João Ricardo. (Org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário: homenagem a Diogo Leite de Campos*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 415-418.

jurídicos típicos, sem, no entanto, implicar as mesmas consequências tributárias¹⁶; por vezes, prefere o legislador, identificando um campo propício à evasão tributária, coibir determinadas práticas do contribuinte que pudessem manipular artificialmente os elementos conformadores do fato jurídico tributário, por intermédio de normas antielisivas (ou antiabuso) específicas¹⁷.

Se assim é, não apenas a definição dogmática e jurisprudencial dos conceitos de abuso ou de evasão fiscal poderão variar de acordo com cada país, mas, de igual modo, normativamente cada jurisdição adota critérios e limites distintos a práticas da elisão fiscal em suas normas antielisivas, sejam elas gerais, sejam específicas. Não há conceitos unívocos, não há soluções uniformes.

O fato de uma mesma transação poder ser classificada como lícita em uma jurisdição e ilícita em outra, diante de diferentes critérios eleitos pelo legislador de cada país para definir seu nível de tolerância a planejamentos tributários¹⁸, somado às naturais diferenças entre tratamentos normativos conferidos a uma mesma situação jurídica decorrente do exercício da soberania fiscal pelos diferentes países¹⁹, bem como às incontáveis diferenças de interpretação possíveis a partir de um mesmo enunciado normativo²⁰, mesmo em relação a idênticas expressões utilizadas em acordos de bitributação²¹, contribui decisivamente para a existência de oportunidades para que contribuintes estruturem suas operações de forma a obter vantagens a partir de inconsistências que exsurtem da aplicação conjunta de normas jurídicas de dois ou mais ordenamentos jurídicos, por vezes obedecendo rigorosamente os comandos normativos aplicáveis em cada uma das jurisdições, permitindo a obtenção de vantagens tributárias que não existiriam (v.g.: uma situação de “dupla não tributação”)²², caso a sua operação fosse

¹⁶ Cf. XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 85.

¹⁷ Cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 233-235.

¹⁸ Cf. AVI-YONAH, Reuven S.; SARTORI, Nicola; MARIAN, Omri. *Global perspectives on income taxation law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 102.

¹⁹ Cf. KOFLER, Georg. *Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht*. In: HÜTTERMANN, Rainer (hrsg.). *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2010, pp. 232-233.

²⁰ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6ª Edição. São Paulo: Noeses, 2015, p. 205.

²¹ Cf. ROSENBLOOM, H. David. Comments on the schedular structure of tax treaties. *Bulletin: Tax Treaty Monitor*. IBFD: June, 2009, p. 262.

²² Não obstante o termo “dupla não tributação” seja empregado em várias acepções, adotaremos neste estudo a mais corrente, que se refere a uma situação em que o rendimento não é tributado no Estado da Fonte e nem é efetivamente tributado no Estado de Residência. Neste sentido, cf. AVI-YONAH, Reuven S. Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime. *Bulletin for International Taxation*, v. 61, n. 4. Amsterdam: IBFD, 2007, p. 137.

estritamente realizada dentro dos limites de uma única jurisdição. Tal prática é denominada arbitragem fiscal internacional (*international tax arbitrage*).

Diante das discrepâncias de tratamentos jurídicos decorrentes da incapacidade (ou da ausência de vontade) dos Estados para alcançar uma harmonização de suas legislações tributárias²³, surge, ao lado das práticas evasivas, planejamentos decorrentes da tomada de posições fiscais “audaciosas”²⁴ e que permitem uma economia tributária significativa àquele que se submeter aos seus riscos, dentro dos limites da lei, ou seja, no campo da elisão tributária internacional²⁵.

Não obstante, radicalmente distintas sob o ponto de vista jurídico, diferenciadas a partir do binômio “lícito/ilícito”, as práticas de arbitragem fiscal internacional e de evasão fiscal têm sido referidas, nas discussões sobre o Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) da OCDE²⁶, de uma forma geral, como “planejamentos tributários agressivos”, expressão que representa mais um conceito “guarda-chuva” de política fiscal – para referir a terminologia empregada por Ana Paula Dourado, que tem o mérito de evidenciar a falta de precisão e delimitação semântica no uso da mencionada expressão²⁷ –, para se referir a planejamentos que as Administrações Tributárias simplesmente não toleram, estruturados a partir de situações lícitas ou ilícitas²⁸, do que propriamente um conceito jurídico de conteúdo delimitado, a combater alguma espécie de planejamento estruturado com base em atos e negócios jurídicos que apresentem algum vício específico²⁹.

²³ Cf. LANG, Michael. “Aggressive Steuerplanung” – Eine Analyse der Empfehlung der Europäischen Kommission. *Steuer und Wirtschaft (SWI)*, v. 23, n. 2. Wien: Linde, 2013, p. 67.

²⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31.

²⁵ Cf. BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na Era Pós-BEPS. In: Paulo de Barros Carvalho. (Org.). *XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários – IBET*. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 991-992.

²⁶ Para uma apresentação e uma análise crítica do Projeto BEPS, cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, v. 16, n. 2. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, pp. 55-115. Para uma análise crítica, mas com enfoque na perspectiva brasileira, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 29-52.

²⁷ Cf. DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, pp. 48-49.

²⁸ Cf. BECERRA, J. A. Chapter 2: International Double Taxation, Tax Evasion and Aggressive Tax Planning. In: *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*. 2nd Edition. Amsterdam: IBFD, 2013, Online Books IBFD.

²⁹ Há, no entanto, alguns trabalhos acadêmicos que se propuseram especificamente a identificar um conteúdo jurídico para a expressão “planejamento tributário agressivo”. Nesse sentido, podemos citar: (i) a proposta de Marta Caldas, no sentido de que tal planejamento seria aquele que, não obstante lícitos, provocariam um benefício “não intencionado” pelas jurisdições envolvidas (Cf. CALDAS, Marta. *O conceito de planejamento fiscal agressivo: novos limites ao planejamento fiscal?* Cadernos IDEFF, n. 18. Coimbra: Almedina, 2015);

Tal postura, que tem sido adotada de modo predominante pela comunidade internacional, revela que mesmo as práticas de atos formal e substancialmente em conformidade com a legislação poderão, ainda assim, ser consideradas indesejadas em determinadas situações, por implicar o uso “inapropriado” de um instituto jurídico (i.e., abuso), e combatidas no âmbito das legislações tributárias domésticas dos países por intermédio de normas antielisivas específicas.

Nesse contexto, evidencia-se a relevância de revisitar as discussões sobre os limites às práticas de arbitragem fiscal internacional e das normas antielisivas que visam a sua contenção. Diferentemente do que ocorre, no que tange às práticas de evasão fiscal, em relação às quais há unanimidade quanto à necessidade de medidas para sua contenção, nas últimas três décadas tem sido objeto de intensos debates por economistas, juristas, administrações tributárias e legisladores se as práticas de arbitragem fiscal, posto conceitualmente dentro do campo da elisão tributária internacional, devem igualmente ser combatidas por intermédio de normas antielisivas específicas e, em caso positivo, em quais situações e em que medida³⁰. Ou seja, a questão que se impõe é: se a conduta do contribuinte está em conformidade com a legislação de uma jurisdição e, portanto, a tributação ocorre de acordo com os parâmetros de capacidade contributiva e justiça fiscal lá positivados, os atos ou negócios praticados pelo contribuinte deverão ser desconsiderados em razão de vantagens tributárias obtidas a partir da aplicação de regras positivadas em outras jurisdições?

Os motivos pelos quais os países devam se preocupar com situações *a priori* admitidas em seus ordenamentos jurídicos, apenas em razão de efeitos que ocorrem em outros países não é clara e nem óbvia³¹. Não há uma resposta ideal ou unânime sobre como

(ii) a proposta de Félix Daniel Martínez Laguna, para quem expressão “planejamento tributário agressivo” faria referência apenas àquelas situações atingidas por normas domésticas que limitam o planejamento tributário nacional e internacionalmente dentro de uma determinada jurisdição (Cf. MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. Abuse and aggressive tax planning: Between OECD and EU initiatives – The dividing line between intended and unintended double non-taxation. In. *5 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2017); e a proposta defendida pelo autor, de que a expressão “planejamento tributário agressivo” em seu sentido amplo abrangeria tanto situações abusivas quanto lícitas, enquanto que, em sentido estrito, faria referência apenas a práticas elisivas de arbitragem fiscal (Cf. TAKANO, Caio Augusto. O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos *standards* tributários internacionais do Projeto BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*. São Paulo: IBDT, 2017).

³⁰ Cf. KOFLER, Georg. Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht. In. HÜTTERMANN, Rainer (hrsg.). *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2010, pp. 238-240.

³¹ Os debates acerca da necessidade de reação por parte dos Estados têm gerado, há mais de três décadas, bastante controvérsia. Há quem sustente que o fenômeno da arbitragem fiscal internacional é algo inevitável diante da inexistência de um regime internacional e da falta de harmonização dos sistemas tributários dos diversos países, razão pela qual medidas para a sua contenção, sobre ser desnecessárias, seriam ineficientes, pois sempre haveria espaço para a exploração de assimetrias dos ordenamentos jurídicos por parte dos

os Estados devem se comportar perante o fenômeno da arbitragem fiscal internacional³². No entanto, verifica-se que o discurso da OCDE, em especial no bojo do Projeto BEPS, tem adotado uma postura de intolerância a tais práticas que, embora “tecnicamente legais e que contam com interações cuidadosamente planejadas de uma variedade de regras e princípios”, implicam uma erosão da base tributável global “em uma maneira que não é intencionada pela política fiscal doméstica”³³.

Assim, não obstante contarem com estruturação plenamente lícita, não tem sido incomum que práticas de arbitragem fiscal internacional sejam utilizadas na configuração de planejamentos tributários complexos, considerados como “agressivos”³⁴ pelas administrações tributárias. Tome-se, por exemplo, a estrutura que ficou conhecida como “*Double Irish Dutch Sandwich*”, utilizado por grandes empresas. Embora uma análise mais exaustiva desse planejamento tributário fuja do escopo deste trabalho³⁵ e existam significativas variações em sua forma de implementação³⁶, cite-se a estrutura utilizada pela Google³⁷. Uma análise de seus elementos essenciais revelará que, no coração desse

contribuintes. Por todos, cf. RONSEBLOOM, H. David. International tax arbitrage and the international tax system, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation, *Tax Law Review*, n. 53. New York: New York University School of Law, 1998. Em sentido contrário, com base na existência de um regime tributário internacional, ainda que costumeiro, baseado, dentre outras coisas, no princípio de que todo rendimento internacional deve ser tributado não mais e nem menos do que uma vez, entende ser uma necessidade imperiosa que os Estados combatam práticas de arbitragem fiscal internacional, na medida em que estas infirmariam o referido regime. Por todos, cf. AVI-YONAH, Reuven S. Commentary (response to article by H. David Rosenbloom), *Tax Law Review*, v. 53, n. 2: Michigan, 2000.

³² Cf. RING, Diane. One nation among many: policy implications of cross-border tax arbitrage. *Boston College Law Review*, v. 44, 2012, p. 172.

³³ Cf. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 45.

³⁴ Não se pode deixar de criticar a tradução da expressão “aggressive tax planning” para “planejamento tributário agressivo”, já que o signo “agressivo” carrega uma conotação negativa que não existe, necessariamente, na expressão estrangeira “aggressive”. Aliás, da própria forma como utilizada nos debates sobre o tema pela comunidade internacional, a expressão correspondente em vernáculo que melhor refletiria a ideia a qual se busca passar seria “audacioso”, fazendo referência a comportamentos que, conquanto em conformidade com as regras, apresentam um elevado grau de risco, suportado com o fim de se obter um benefício tributário. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31.

³⁵ Para uma análise detalhada sobre o “Double Irish Sandwich”, por todos, cf. KLEINBARD, Edward D. Stateless income. *Florida Tax Review*, v. 11, n. 9. Gainesville: University of Florida College of Law, 2011, pp. 706-713. No Brasil, cf. MOREIRA, Francisco Lisboa. O projeto de combate à erosão das bases tributárias e movimentação de lucros (BEPS) da OCDE e a política tributária internacional brasileira: algumas reflexões. In. ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito tributário internacional: homenagem ao professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 208-212.

³⁶ Por exemplo, na estrutura utilizada pela Google, a empresa que detém os direitos de exploração da tecnologia e onde o lucro é “represado” está situada em paraíso fiscal (Bermudas); já na estrutura utilizada pela Apple, não há – regra geral – paraísos fiscais envolvidos, mas diversas empresas *holdings* holandesas; a estrutura da Fiat valeu-se de *rulings* celebrados com Luxemburgo, enquanto que a da Starbucks, com a Holanda; apenas para citar algumas diferenças entre eles.

³⁷ Para uma análise do caso Google, cf. MOREIRA, Francisco Lisboa. O projeto de combate à erosão das bases tributárias e movimentação de lucros (BEPS) da OCDE e a política tributária internacional brasileira: 22

complexo planejamento tributário, encontra-se uma prática de arbitragem internacional, fundamental para seu êxito: a utilização de empresas *holdings* (entidades híbridas) que se aproveitaram da assimetria de critérios para definição de residência entre Estados Unidos (que utiliza o critério “local da incorporação”) e Irlanda (que, por sua vez, utilizava à época o critério “local da administração efetiva”) para obter benefícios fiscais próprios de não residente nessas jurisdições (os Estados Unidos enxergam tais *holdings* como residentes de Irlanda, enquanto a Irlanda considera que tais *holdings* residem em Bermudas).

Em razão da sua não caracterização como residente na Irlanda, sob a perspectiva deste país, é que foi possível, por exemplo, que a *holding* irlandesa recebesse pagamentos de royalties de uma *holding* holandesa, sem que houvesse retenção na fonte, por força da Diretiva 2003/49/EC³⁸, ou que os Estados Unidos não consigam alcançar os lucros que não forem repatriados, já que, por força das regras eletivas para definição do status fiscal, i.e., se opaca ou transparente para fins fiscais, de empresas daquele país (conhecidas como “check-the-box”), as autoridades fiscais norte-americanas (*IRS*) somente enxergam uma empresa irlandesa com uma filial nas Ilhas Bermudas (onde há a administração e controle das *holdings* incorporadas na Irlanda). Por fim, ainda que em princípio as regras norte-americanas de CFC (*Controlled Foreign Corporation*) pudessem alcançar as *holdings*, há uma exceção ao regime do “Subpart F” do código tributário norte-americano para as rendas passivas que servem de propósito de uma propriedade localizada no mesmo país em que a CFC está organizada (“*same country exception*”), de modo que somente poderão ser tributadas caso haja a efetiva repatriação dos recursos nos Estados Unidos.

Também o planejamento tributário realizado pela Starbucks tem como um de seus elementos nevrálgicos uma prática de arbitragem fiscal, referente à caracterização da residência fiscal para fins tributários. De uma forma muito simplificada, a estrutura jurídica utilizada pela Starbucks baseava-se em uma entidade híbrida reversa (*reverse hybrid entity*) chamada CV-BV (*Commanditaire Vennootschap – Besloten Vennootschap*), constituída por uma *partnership* e uma empresa, ambas de responsabilidade limitada. Sem adentrarmos nos detalhes desta estrutura³⁹, a sua finalidade é canalizar os rendimentos das

algumas reflexões. In. ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito tributário internacional: homenagem ao professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 208-212.

³⁸ Ver a Diretiva do Conselho da União Europeia n. 2003/49/EC. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003L0049>> (Último acesso em 12/01/2019).

³⁹ De forma sintética, uma estrutura CV-BV funciona da seguinte forma: uma empresa multinacional norte-americana constitui uma *partnership* de responsabilidade limitada “fechada”. Duas subsidiárias residentes nos Estados Unidos participam da CV como sócios, que, por sua vez, detêm todas as participações na empresa holandesa operacional (BV). A BV tipicamente opera como uma empresa *holding* para as subsidiárias não residentes nos Estados Unidos. Os ganhos dessas subsidiárias são canalizados por intermédio

empresas não americanas do grupo para uma *partnership* holandesa que, por força das regras de eleição de residência fiscal de pessoas jurídicas norte-americanas (“*check-the-box*”), é considerada como entidade não transparente para os Estados Unidos (a assimetria nas regras de classificação de entidades permite a não incidência do imposto de renda nos Estados Unidos), e o seu principal benefício consiste na possibilidade de manter seus rendimentos no exterior ou aplicá-los em subsidiárias que não sejam norte-americanas, diferindo indefinidamente a tributação, ao mesmo tempo em que a CV é transparente para o Fisco holandês, não havendo tributação dos royalties pagos a ela, por força da aplicação do acordo de bitributação celebrado entre Estados Unidos – Holanda⁴⁰.

Embora os planejamentos tributários acima referidos sejam muito mais complexos e demandem o enfrentamento de uma série de imbricadas questões relacionadas ao Direito Tributário Internacional – tributação do não residente, *treaty shopping*, legislação CFC, uso “indevido” de estabelecimento permanente, preços de transferência, para citar os principais –, os exemplos são ilustrativos para demonstrar que, em todos eles, há igualmente uma questão de arbitragem fiscal internacional e condutas dos contribuintes que, conquanto em conformidade com as legislações dos países envolvidos, têm sido taxados como “indesejáveis”, “agressivos” ou “imorais”, suscitando reações negativas pela comunidade internacional quanto à legitimidade – social, e não jurídica – dessas estruturas.

Entretanto, se em uma perspectiva de política fiscal, moral ou social haja argumentos para seu combate, sob o ponto de vista estritamente jurídico, o que justifica o combate a práticas lícitas e qual seria a medida adequada de rigor para coibi-las?

Assim, a escolha das normas antielisivas para a contenção da arbitragem fiscal internacional como objeto do presente estudo se dá, de um lado, pela crescente importância que tais práticas vêm ganhando hoje no cenário internacional, em razão de sua utilização em planejamentos tributários complexos empreendidos por empresas multinacionais, que, por intermédio do aproveitamento de oportunidades decorrentes da falta de sinergia e harmonização das legislações existentes em diferentes jurisdições, permitem a obtenção de

da BV até a CV como uma distribuição de dividendos ou pagamento de juros ou royalties. A CV não é tributada pelo Imposto de Renda nem dos Estados Unidos e nem da Holanda em razão de assimetrias na classificação da CV: de acordo com a lei holandesa, a CV é uma entidade transparente e, portanto, não está sujeita ao Imposto de Renda; de outro lado, em razão das regras eletivas de residência norte-americanas (“*check-the-box*”), a CV é considerada como não transparente para os Estados Unidos e também não se sujeita ao imposto de renda. Sobre o tema, ver: <<http://leidenlawblog.nl/articles/what-about-cv-bv-structures-and-state-aid>> (Último acesso em 12/01/2019).

⁴⁰ Para uma análise crítica sobre o planejamento do Starbucks, cf. VLEGGERT, Jan. Dutch CV-BV Structures: Starbucks-Style Tax Planning and State Aid Rules. *Bulletin for International Taxation*, v. 70, n. 3. Amsterdam: IBFD, 2016, pp. 176-181.

benefícios fiscais que supostamente seriam indesejados pelo legislador e que presumidamente gerariam erosão da base tributária internacional; e, de outro, porque ainda que se atinja um consenso acerca da necessidade de se implementar uma medida específica antielisiva para combater práticas de arbitragem fiscal, mesmo ausente qualquer caráter ilícito, há uma variedade de normas antielisivias específicas – embora todas tenham em comum oferecer uma contramedida à hibridez do instrumento ou estrutura utilizada pelo contribuinte (daí o termo “regras anti-híbridos” para se referir genericamente a elas) –, cuja implementação deve ser cuidadosamente analisada, em vistas às inerentes peculiaridades da estruturação normativa de cada ordenamento jurídico.

I.2 POR QUE O FOCO EM SITUAÇÕES DE ASSIMETRIAS DECORRENTES DO USO DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS?

O fenômeno da arbitragem fiscal internacional diz respeito a práticas dos contribuintes que, operando internacionalmente, exploram assimetrias decorrentes da conjugação de tratamentos tributários conferidos a um mesmo fato por diferentes ordenamentos jurídicos⁴¹, inconsistentes entre si, permitindo, pela realização de atos em estrita conformidade com as legislações domésticas dos Estados envolvidos, a obtenção de benefícios tributários pelo contribuinte – situação de dupla não tributação ou “economia tributária injustificável”⁴² –, que inexistiriam fosse a estrutura ou transação empreendida realizada em uma única jurisdição⁴³. Trata-se de situações lícitas e, portanto, a arbitragem fiscal é conceitualmente distinta do aproveitamento de benefícios decorrente de competição fiscal danosa entre os países ou do uso de estruturas ilícitas, abusivas (i.e., um ato do contribuinte quando dele resultar um tratamento anti-isonômico, sem base em valores constitucionais)⁴⁴ ou artificiais (i.e., emprego de uma determinada estrutura sem a correspondente substância jurídica)⁴⁵.

⁴¹ Nesse sentido, trata-se de subproduto da inexistência de harmonização das legislações tributárias das diferentes jurisdições, inseridas em uma economia globalizada, nos quais até mesmo diferenças mínimas ensejam possibilidades substanciais de arbitragem fiscal. Cf. EHRKE-RABEL, Tina; KOFLER, Georg. Gratwanderungen – Das Niemandsland zwischen aggressiver Steuerplanung, Missbrauch und Abgabenhinterziehung. In. *Österreichische Steuerzeitung*, n. 19, Oktober 2009, p. 471.

⁴² Cf. PIANTAVIGNA, Paolo. Reflections on the fight against aggressive tax planning (When the law is silent). In. 10 *World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2018, Journals IBFD.

⁴³ Cf. ROSENBLOOM, H. David. International tax arbitrage and the international tax system, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation, *Tax Law Review*, n. 53. New York: New York University School of Law, 1998. p. 143.

⁴⁴ Cf. SCHOUERI, Luis Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In. ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz;

Pode se manifestar sob variadas formas (v.g., por intermédio de instrumentos híbridos, entidades híbridas, pagamentos híbridos, assimetrias temporais etc.)⁴⁶, oferecendo oportunidades de reduzida ou não tributação do rendimento, sob uma perspectiva global, por intermédio da possibilidade de se usufruir de diversos benefícios, por exemplo, a utilização de prejuízos fiscais, amortização acelerada, dedutibilidade de pagamentos de juros, isenção de dividendos etc.⁴⁷ Em que pese as suas diferentes formas de manifestação, todas apresentam um núcleo comum: o benefício decorre da prática de um ato ou negócio jurídico, reconhecidamente lícito perante os ordenamentos jurídicos a que foi submetido, que recebe distintos tratamentos tributários pela legislação dos Estados envolvidos⁴⁸.

Reconhecemos que, na prática, a implementação de um planejamento tributário do contribuinte que busque se aproveitar de assimetrias entre sistemas tributários poderá ser contestada e, eventualmente, considerada ilícita parcial ou totalmente em pelo menos uma das jurisdições. Nada obstante, tais situações encontram-se conceitualmente fora do escopo da arbitragem fiscal.

Com efeito, apesar de se poder eventualmente identificar uma simulação ou um vício de existência ou de validade ao se analisar no plano fático um planejamento tributário que decorra de uma suposta prática de arbitragem fiscal, esse não é um aspecto intrínseco desse tipo de planejamento⁴⁹, sendo, em verdade, justamente o contrário: constitui um aspecto essencial para a sua descaracterização⁵⁰. Com efeito, a estrutura ou a transação realizada pelo contribuinte pode não corresponder com a substância exigida pela forma jurídica escolhida, sob a ótica de pelo menos uma das jurisdições envolvidas, o que naturalmente acarretaria no reconhecimento de sua ilicitude. Entretanto, tais práticas não poderiam sequer ser qualificadas juridicamente no conceito de “arbitragem fiscal internacional”, que tem como pressuposto práticas do contribuinte que estejam em plena

CATARINO, João Ricardo. (Org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário: homenagem a Diogo Leite de Campos*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 432-434.

⁴⁵ Cf. KOFLER, Georg; KOFLER, Herbert. Internationale Steuerarbitrage. In. BRÄHLER, Gernot; LÖSEL Christian. *Deutsches und internationales Steuerrecht*. Wiesbaden: Gabler, 2009, p. 383.

⁴⁶ Cf. RING, Diane. One nation among many: policy implications of cross-border tax arbitrage. *Boston College Law Review*, v. 44, 2012, p. 49.

⁴⁷ Cf. KOFLER, Georg. Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht. In. HÜTTERMANN, Rainer (hrsg.). *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2010, p. 232.

⁴⁸ Cf. KOFLER, Georg; KOFLER, Herbert. Internationale Steuerarbitrage. In. BRÄHLER, Gernot; LÖSEL Christian. *Deutsches und internationales Steuerrecht*. Wiesbaden: Gabler, 2009, p. 382.

⁴⁹ Cf. RING, Diane. One nation among many: policy implications of cross-border tax arbitrage. *Boston College Law Review*, v. 44, 2012, p. 80.

⁵⁰ Cf. ROSENBLOOM, H. David. International tax arbitrage and the international tax system, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation, *Tax Law Review*, n. 53. New York: New York University School of Law, 1998, p. 143.

aderência com as legislações das jurisdições envolvidas. Assim, eventuais vícios que sejam identificados em uma transação com instrumentos híbridos (v.g., simulação na emissão de um instrumento financeiro) ou em uma estrutura com entidades híbridas (v.g., valendo-se de uma empresa *holding* sem substância jurídica) apontarão para uma prática de evasão fiscal. Entretanto, trata-se de elementos estranhos à noção de arbitragem fiscal internacional.

Neste estudo, a opção pelo foco nas práticas de arbitragem fiscal que explorem assimetrias decorrentes do uso de instrumentos híbridos dá-se pelo fato de que, em relação aos instrumentos financeiros híbridos, ainda que se possa questionar se existem outras razões “extratributárias” para sua utilização em cada caso, dúvidas não há acerca de existência fática e jurídica (exceto, naturalmente, nos casos de fraude ou de simulação). Portanto, busca-se restringir a investigação a situações em que a licitude do ato ou negócio jurídico praticado não é posta em dúvida.

Tais práticas permitem, em síntese, que um pagamento dedutível no Estado da fonte não seja tratado como rendimento tributável pelo Estado de residência do beneficiário, em razão da adoção de posições mutuamente incompatíveis para qualificá-lo pelas jurisdições envolvidas (tipicamente, um Estado classifica o rendimento como dividendo, conferindo-lhe um tratamento tributário mais benéfico em sua distribuição, enquanto o outro Estado o classifica como juros, reconhecendo a sua dedutibilidade por ocasião de seu pagamento⁵¹), de modo a resultar em uma situação de “dupla não tributação” (no caso, uma situação de “dedução/não inclusão”)⁵². Portanto, não há dúvidas acerca da existência dos elementos da transação (partes, pagamento, instrumento etc.), restringindo a discussão unicamente à legitimidade do benefício obtido a partir do uso de um instrumento híbrido classificado de forma inconsistente em jurisdições distintas.

De outro lado, ainda que os planejamentos tributários internacionais que ganharam holofotes na mídia⁵³ se valham de práticas de arbitragem fiscal distintas (por vezes, relacionadas a entidades híbridas), a exploração de assimetrias por intermédio da utilização

⁵¹ Cf. KOFLER, Georg; KOFLER, Herbert. Internationale Steuerarbitrage. In. BRÄHLER, Gernot; LÖSEL Christian. *Deutsches und internationales Steuerrecht*. Wiesbaden: Gabler, 2009, pp. 390-391.

⁵² Cf. DE BROE, Luc. At last, some output on the fight against double non-taxation. *EC Tax Review*, n. 6. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 310.

⁵³ Andrei Cracea cita, exemplificativamente, algumas manchetes dos principais jornais internacionais nesse sentido: “The Great Corporate Tax Dodge” (*Bloomberg*); “But Nobody Pays That” (*New York Times*); “Secrets of Tax Avoiders” (*The Times*) e “Tax Gap” (*The Guardian*). Cf. CRACEA, Andrei. OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013): Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan, Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Exchange of Information as the New Standard. In. *International Bureau of Fiscal Documentation, European Taxation*, November 2013, p. 565.

de instrumentos financeiros híbridos igualmente tem figurado objeto de preocupação e alvo de discussões pelas Administrações Tributárias dos diferentes países, pela Comissão da União Europeia e pela OCDE⁵⁴.

Na visão da OCDE, a exploração de assimetrias híbridas não apenas teria causado uma erosão da base tributária não pretendida pelas jurisdições envolvidas, como também seriam “inconsistentes” com a política fiscal existente em regras puramente domésticas ou com os “standards internacionais”⁵⁵. Para a Comissão da União Europeia, tal prática seria, ainda, prejudicial para as receitas tributárias dos Estados-membros e para o funcionamento do mercado interno europeu⁵⁶.

No âmbito doutrinário, inobstante as discussões sobre os limites ao planejamento tributário lícito serem praticamente inesgotáveis⁵⁷ e não haver um consenso sobre a necessidade de sua contenção⁵⁸ diante da tendência internacional de que sejam adotadas medidas para combater tais práticas nas legislações domésticas e acordos de bitributação⁵⁹, não é incomum depararmos, nos estudos existentes sobre o tema, com a afirmação de que a exploração de assimetrias pelo uso de instrumentos híbridos implica uma “ameaça significativa” às receitas tributárias desses países⁶⁰ e que haveria um “grande consenso internacional” de que planejamentos tributários que se valham de assimetrias híbridas

⁵⁴ Cf. MAISTO, Guglielmo. EU and OECD convergence on international tax standards – Focus on aggressive tax planning and its foreseeable future developments. In. DANON, Robert (Ed.). *Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016, p. 174.

⁵⁵ Cf. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 5.

⁵⁶ Cf. European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning – C (2012) 8806 final, 2012, p. 2. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/c_2012_8806_en.pdf> (Último acesso em 12/01/2019).

⁵⁷ Cf. BÜNDGAARD, Jakob. *Hybrid financial instruments in international tax law*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 215-221.

⁵⁸ Por todos, no sentido contrário à contenção da arbitragem fiscal internacional, cf. ROSENBLOOM, H. David. International tax arbitrage and the international tax system, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation, *Tax Law Review*, n. 53. New York: New York University School of Law, 1998. De outro lado, no sentido a favor da contenção da arbitragem fiscal internacional, cf. AVI-YONAH, Reuven S. Commentary (response to article by H. David Rosenbloom), *Tax Law Review*, v. 53, n. 2: Michigan, 2000.

⁵⁹ Exemplificativamente, cite-se o compromisso de adotar regras anti-híbridos em linhas com as propostas da OCDE pela Diretiva Antielisiva (ATAD 2) da União Europeia até 31 de dezembro de 2019, com aplicação a partir de 1º de janeiro de 2020 (com exceção das regras de arranjos híbridos invertidos – “Reverse Hybrids” que deverão ser implementadas até 31 de dezembro de 2012 e aplicada em 1º de janeiro de 2022). No tocante aos países da América Latina, com exceção do México, que já instituiu regras anti-híbridos, as medidas da Ação 2 do Projeto BEPS não figuram como prioridade e, segundo o IBFD, não se espera a sua implementação em futuro próximo. Cf. IBFD. *BEPS in Latin America (Part II): a review of the implementation of Actions 2, 3, 4 and 12*. Amsterdam: November, 2018. Ainda assim, considerando a pretensão do Brasil de se tornar membro da OCDE, não seria um absurdo pensar que poderá haver tentativas para se implementar as medidas sugeridas na Ação 2 do Projeto BEPS – ou normas anti-híbridos semelhantes – em nosso ordenamento jurídico em um futuro não tão distante.

⁶⁰ Cf. KAHLENBERG, Christian; KOPEC, Agnieszka. Hybrid mismatches arrangements – a myth or a problem that still exists? In. *2 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2016, p. 67.

devem ser limitados⁶¹. Trata-se, pois, de tema complexo, que cada vez mais tem merecido atenção no cenário internacional.

Em sùmula, a opção pela restrição do objeto de estudo das normas antielisivas para a contenção das práticas de arbitragem fiscal internacional por intermédio do uso de instrumentos híbridos decorre, primeiramente, da impossibilidade de se tratar, no âmbito de uma tese de doutorado, das normas antielisivas específicas adequadas para todas as espécies de arbitragem fiscal internacional, sendo necessária a escolha de uma das suas formas de manifestação como objeto central de análise.

Em segundo lugar, a escolha decorre do fato de que, nos casos envolvendo o uso de instrumentos híbridos, não se questiona a existência dos elementos da transação ou a sua licitude, mas apenas os efeitos tributários dela decorrentes. Trata-se, pois, de práticas de arbitragem fiscal internacional em sua forma conceitualmente mais pura, em que há adequação formal e material à legislação, sendo lícito afirmar que todos os casos que serão tratados no presente trabalho referem-se a situações em que o ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte está em plena aderência com todos os ordenamentos jurídicos envolvidos. Afastam-se, pois, discussões acerca de eventual simulação ou dissimulação, cujos limites normativos encontram-se positivados em nosso ordenamento jurídico e que já foram objeto de estudos relevantes pela doutrina nacional⁶².

Por derradeiro, trata-se de tema complexo e bastante relevante, que tem sido discutido não apenas pelo Poder Legislativo dos diferentes países, como também no âmbito da OCDE, da União Europeia e pela comunidade internacional nas últimas décadas, e que traz à discussão uma questão interessantíssima: há limites ao planejamento tributário lícito? É admissível a implementação de medidas que visam coibi-lo? Quais restrições encontraria o legislador brasileiro caso viesse a introduzi-las em nosso ordenamento jurídico?

Daí, neste estudo, o foco nos limites às normas antielisivas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbrido.

⁶¹ Cf. HELMINEN, Marjaana. EU law compatibility of BEPS Action 2 Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements. *British Tax Review*, v. 60, n. 3. London: Sweet & Maxwell, 2015, p. 325.

⁶² Por todos, cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016; GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª Edição. São Paulo: Dialética, 2011; e SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento tributário e o "propósito negocial"*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

I.3 POR QUE A COMPATIBILIDADE DAS NORMAS ANTIELISIVAS ANTI-HÍBRIDOS SUGERIDAS PELA OCDE NO DIREITO BRASILEIRO?

São radicalmente distintas as posturas dos países quanto à tolerância a planejamentos tributários que envolvam o uso de instrumentos financeiros híbridos inovadores, que permitam excluir ou manipular as características típicas de instrumentos financeiros tradicionais (usualmente adotadas para modificar o perfil de risco ou a eficiência de tais instrumentos)⁶³, e confirmam ao contribuinte um benefício tributário nesta transação internacional, inexistente em transações puramente domésticas.

No extremo, há, de um lado, países que adotam uma postura de tolerância à arbitragem fiscal, mantendo uma aplicação consistente de seu próprio ordenamento jurídico, sem considerações do que ocorre para além de suas fronteiras territoriais; e de outro, países que adotaram medidas antielisivas específicas para combater as assimetrias decorrentes da qualificação de tais instrumentos, que levam em consideração o tratamento a ele conferido na outra jurisdição, limitando deduções ou isenções aplicáveis em determinadas situações (como ocorreu na Inglaterra, Dinamarca e outros países europeus⁶⁴).

Dentro da última postura, os países têm incluído em suas legislações domésticas diferentes normas antielisivas para combater práticas de arbitragem fiscal pelo uso de instrumento híbridos. Em que pese tais regras tenham recebido diversos nomes, como “regras de coordenação”, “regras de sincronização”, “regras de harmonização”, “regras anti-híbridos” etc., em comum, todas as propostas se basearam – em menor ou maior grau – no princípio da correspondência (*Korrespondenzprinzip*), segundo o qual a concessão de benefícios fiscais (deduções ou isenções) a um determinado rendimento em uma jurisdição dependerá do tratamento tributário conferido àquele mesmo rendimento em outra jurisdição, exigindo-se a correspondente tributação⁶⁵. Em razão de ser comum a tais normas a neutralização dos efeitos jurídicos da hibridez em situação internacionais, elas são denominadas, genericamente, como “regras anti-híbridos”.

No entanto, a estrutura normativa de cada regra anti-híbrido implementada na prática poderá variar de acordo com as opções do legislador tributário de cada país. Por

⁶³ Cf. KRAHMAL, Andriy. International hybrid instruments: jurisdiction dependent characterization. *Houston Business and Tax Law Journal*, v. V, 2005, p. 116.

⁶⁴ Cf. OECD. *Hybrids mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*. Paris: OECD Publishing, 2012, p. 19.

⁶⁵ Cf. BUNDGAARD, Jakob. *Hybrid financial instruments in international tax law*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017, p. 225.

exemplo, há regras que tem como pressuposto apenas a correspondência de tratamento do instrumento híbrido em diferentes jurisdições, como na Áustria, em que as regras anti-híbridos implementadas apenas levavam em consideração se os rendimentos eram qualificados como despesas dedutíveis para o pagador, hipótese em que o contribuinte beneficiário, residente na Áustria, não faria jus à isenção para dividendos distribuídos⁶⁶. De outro lado, há regras que não se contentam unicamente com a correspondência do tratamento tributário conferido pelas duas jurisdições, mas exigem sejam atendidos outros pressupostos para que se aplique a regra antielisiva, restringindo-se, pois, o seu âmbito de aplicação. Paradigmático eram as regras anti-híbridos do Reino Unido, que, dentre outros critérios, exigia que um dos principais propósitos da transação fosse a obtenção de vantagens tributárias⁶⁷. Como se vê, não há uma única configuração possível para se implementar regras anti-híbridos, bem como cada ordenamento jurídico possui exigências normativas para a sua implementação.

Ocorre que a disparidade normativa entre as próprias normas antielisivas específicas positivadas, porém desarmonizadas entre si, igualmente poderia dar espaço para que persistissem práticas de arbitragem fiscal. Nesse contexto, verifica-se a relevância assumida pelas propostas veiculadas na Ação 2 do Projeto BEPS. Não apenas elas revelam, pontifica Pasquale Pistone, uma busca por uma “integração positiva” entre os países na adoção de uma postura clara no sentido de que não existe um direito contribuinte de explorar as disparidades de ordenamentos jurídicos por intermédio de arranjos híbridos⁶⁸, como também teria uma importância na estruturação de uma reação coordenada entre os países.

Daí porque, sem retirar a importância das propostas normativas que a antecederam, o presente estudo focará no exame das normas antielisivas anti-híbridos propostas pelas OCDE. A escolha se dá por três razões: a uma, porque a proposta da OCDE resulta de ampla discussão das Administrações Tributárias – e com participação consultiva da comunidade internacional – acerca de diversas propostas possíveis de estruturas de regras anti-híbridos, que foram baseadas nas propostas preexistentes mundo afora e que teriam apresentado melhores resultados.

⁶⁶ Cf. OECD. *Hybrids mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*. Paris: OECD Publishing, 2012, p. 19.

⁶⁷ Cf. OECD. *Hybrids mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*. Paris: OECD Publishing, 2012, p. 18.

⁶⁸ Embora se referindo a disparidades dentro de mercado europeu, o raciocínio poderia se aplicar para além dele. Cf. PISTONE, Pasquale. BEPS, capital export neutrality and the risk of hidden tax protectionism. Selected remarks from EU perspective. In. DANON, Robert (Ed.). *Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016, p. 332.

A duas, porque, como será visto no Capítulo II⁶⁹, a proposta da OCDE não apenas terá a aderência de seus países-membros⁷⁰, mas também foi adotado pela Diretiva Antielisiva da União Europeia⁷¹, de modo que passa a configurar o modelo mais adotado de regras anti-híbridos internacionalmente.

Por fim, muito embora o Brasil não seja membro da OCDE, há um risco real de que ele venha a adotar as medidas anti-híbridos sugeridas na Ação 2 do Projeto BEPS em sua legislação doméstica, sem uma adequada compreensão da extensão dos efeitos de sua positividade ou de sua compatibilidade com o nosso sistema tributário. Com efeito, o Brasil oficializou, em 29 de maio de 2017, seu pedido de adesão à OCDE, sendo lícito esperar que ela adote as medidas sugeridas no âmbito do Projeto BEPS como os demais países que fazem parte daquela organização. Demais disso, mesmo sem configurar um membro efetivo da OCDE, em mais de uma oportunidade houve a implementação (ou a sua tentativa, pelo menos) de medidas propostas nas ações do Projeto BEPS, por vezes sem uma adequada reflexão, resultando em medidas de questionável aderência ao sistema tributário brasileiro.

Cite-se, nesse sentido, a instituição da Declaração País-a-País no ordenamento jurídico pátrio, por intermédio da Instrução Normativa n. 1.681/2016 da Receita Federal do Brasil, justificada pela necessidade de se implementar “um dos compromissos assumidos pelo Brasil no Projeto BEPS”⁷². Examinando os traços típicos da referida declaração, tal como positivada, é forçoso concluir que seu conteúdo reflete com bastante fidelidade as sugestões trazidas no bojo da Ação 13 do Projeto BEPS. Se isso é verdadeiro, então exsurge a seguinte questão: por que se adotar um modelo direcionado à obtenção de informações que auxiliem na identificação do preço *arm's length* em uma transação internacional (fornecendo subsídios para análise de riscos e funções no controle dos preços de transferência) se, no Brasil, diferentemente do resto do mundo, a legislação de preços de

⁶⁹ Ver Capítulo II, Subcapítulos 2.2 e 2.3.

⁷⁰ Isso explica por que, dentre os países da América Latina, apenas o México implementou as medidas sugeridas pela OCDE. Cf. IBFD. *BEPS in Latin America (Part II): a review of the implementation of Actions 2, 3, 4 and 12*. Amsterdam: November, 2018.

⁷¹ Conforme art. 9º da Diretiva Antielisiva, com as emendas da Diretiva 2017/952 – “ATAD 2”. Ver: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L0952&from=EN>> (Último acesso em 12/01/2019).

⁷² Consoante a exposição de motivos da Consulta Pública n. 11/2016, que precedeu o referido ato normativo, a introdução de tal declaração atende, a um só tempo, à tendência do cenário internacional de se buscar mecanismos de combate às práticas tributárias evasivas ou “agressivas”, e ao interesse do governo brasileiro “de defesa dos interesses de sua sociedade e proteção à economia nacional, promovendo o respeito à livre concorrência e a aplicação justa e isonômica das regras de tributação”. Ver: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/consultas-publicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-no-11-2016.pdf>>.

transferência se distancia das diretrizes da OCDE e se baseia eminentemente na utilização de margens pré-determinadas⁷³?

Esse exemplo aponta para o risco de se adotar uma proposta da OCDE, praticamente na íntegra, em razão de “compromissos assumidos” no âmbito internacional, sem a adequada reflexão de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico ou necessidade de adaptação.

Merece nota, também, a tentativa de introdução da declaração de planejamentos tributários pela MP n. 685/2015, também pautada nas recomendações do Projeto BEPS, que acabou por fracassar, pois, no caso, sob a alegação de se implementar uma nova obrigação acessória para revelação de informações à Receita Federal do Brasil, buscou-se introduzir critérios para a aferição da validade de planejamentos tributários, matéria esta que afeta a lei complementar. Ou seja, nesse caso – e sem adentrar em outras discussões relevantes que surgiram à época – houve a introdução de medidas sugeridas pela OCDE sem a adequada compreensão dos limites existentes em nosso ordenamento jurídico⁷⁴.

Constata-se, pois, que caso o Brasil adote normas antielisivas anti-híbridos em sua legislação, muito provavelmente seriam nos moldes propostos pela OCDE. E, diferentemente de outras medidas, não há muito espaço para adaptações em seu texto: as regras anti-híbridos impõem coordenação em sua implementação, sob o risco de que pequenas divergências acabem por resultar em enormes portas de entrada para novas práticas de arbitragem fiscal. Há, pois, o risco real de que a eventual introdução de tais regras anti-híbridos não seja acompanhada de uma adequada reflexão sobre o tema, sobre a sua compatibilidade com o direito positivo e a extensão de seus efeitos normativos.

Tome-se como exemplo as preocupações concernentes ao caráter sobreincludente⁷⁵ que as regras anti-híbridos poderão assumir, e que, por vezes, são superadas com afirmações genéricas, pautadas em virtude de argumentos eminentemente de política fiscal e sem uma perquirição aprofundada sobre as questões jurídicas envolvidas. Essa é, por exemplo, a posição de Reinout Boer e Otto Marres, que, reconhecendo o possível caráter sobreinclusivo das regras anti-híbridos, concluem que “se elas são efetivas em evitar que contribuintes se estruturam para se aproveitar de assimetrias híbridas, então essas

⁷³ Sobre o tema, cf. BORGES, Alexandre Siciliano; TAKANO, Caio Augusto. The improper use of Country-by-Country Reports: some concerns on the Brazilian approach to BEPS Action 13. *Intertax*, v. 45, n. 12. Deventer: Kluwer Law, 2017, pp. 841-851.

⁷⁴ Cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, pp. 163-168.

⁷⁵ Sobre o caráter sub e sobreincludente das regras, cf. SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, pp. 89-92.

desvantagens seriam substancialmente mitigadas, senão apenas teóricas”⁷⁶. Sem adentrar no acerto da proposição dos autores, estamos convencidos de que ela não poderia ter sido feita sem um estudo jurídico que evidenciasse: (i) quais são os bens jurídicos promovidos com a coibição da exploração de assimetrias híbridas; (ii) em que medida são promovidos com a implementação de tais regras; (iii) quais são os bens jurídicos restringidos ou mitigados; e (iv) em que medida são restringidos ou mitigados. Exames que só são possíveis a partir de uma análise que tenha um determinado ordenamento jurídico como referência, não sendo suficientes alegações genéricas fundadas em suposto aumento de eficiência arrecadatória.

A nosso ver, caso implementadas no ordenamento jurídico brasileiro e convertidas em lei doméstica, as normas antielisivas anti-híbridos deverão ser compatíveis com os princípios e a peculiar estruturação de nosso sistema tributário já no altiplano constitucional⁷⁷. Esse exame, que será realizado neste trabalho, levará em conta, como referência, as normas antielisivas anti-híbridos sugeridas pela OCDE, dada a sua probabilidade de ser implementada no Brasil, de um lado; e a peculiar estruturação de nosso sistema tributário, bem como os limites nele inseridos à elisão tributária, de outro.

Eis o desafio que se nos apresenta.

II. PREMISSAS

II.1 INEXISTÊNCIA DE UM REGIME TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Inicialmente, é forçoso perquirir se há normas gerais de Direito Internacional capazes de oferecer ao intérprete e aplicador do direito ferramentas para a contenção de práticas de arbitragem fiscal internacional. A questão é fundamental para o presente trabalho: afinal, em caso positivo, sequer seria necessária a implementação de regras anti-híbridos nas legislações domésticas ou nos acordos de bitributação para que tais práticas fossem (implicitamente) proibidas.

⁷⁶ Tradução livre do seguinte trecho: “(...) *yes, the rules may be technically challenging and may in some instances amount to overkill, but if they are effective in deterring taxpayers from setting up hybrid mismatch arrangement, then these drawbacks are substantially mitigated if not theoretical*”. Cf. BOER, Reinout de; MARRES, Otto. BEPS Action 2: Neutralizing the effects on hybrid mismatches arrangements. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 36.

⁷⁷ Cf. TAVARES, Diogo Ferraz Lemos [et al]. A Ação n. 2 do Projeto BEPS da OCDE e seus possíveis efeitos no Brasil In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 95.

Nessa linha de raciocínio, é imperioso que se investigue a existência de um regime tributário internacional, ainda que costumeiro, como sustenta Reuven Avi-Yonah⁷⁸. Isso porque, como o resultado de uma prática de arbitragem fiscal internacional implica, por vezes, uma “dupla não tributação” da renda, o Princípio da Tributação Única (*Single Tax Principle*) seria “diretamente violado”⁷⁹.

A tese sobre a existência de um tal regime jurídico de Direito Tributário Internacional tem sido objeto de intensas discussões doutrinárias, sendo que, até o presente, não há notícias de trabalhos que conseguissem afastar ou confirmar definitivamente a validade dessa tese⁸⁰. De acordo com ela, os Estados não seriam livres para moldar seus sistemas tributários, devendo obedecer a dois princípios fundamentais: o “Princípio da Tributação Única” (*single tax principle*), segundo o qual a renda deve ser tributada uma única vez – não mais, não menos do que uma vez⁸¹ – e o “Princípio dos Benefícios” (*benefits principle*), pelo qual a renda ativa deveria ser tributada principalmente pelo Estado da fonte, enquanto que a renda passiva de investimentos deveria ser tributada principalmente pelo Estado de residência⁸².

Da existência de um regime jurídico internacional, composto pela extensa rede de acordos de bitributação em matéria tributária – todos convergentes em relação a sua

⁷⁸ Cf. AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York, Cambridge University Press, 2007.

⁷⁹ Nas palavras do autor: “A arbitragem fiscal internacional viola diretamente o Princípio da Tributação Única”. Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime. *Bulletin for International Taxation*, v. 61, n. 4. Amsterdam: IBFD, 2007, p. 137.

⁸⁰ Cf. BRAUNER, Yariv. The U.S. and the international tax regime. In. AVI-YONAH, Reuven S.; RING, Diane M.; BRAUNER, Yariv. *U.S. international taxation: cases and materials*. 3rd Edition. New York: Foundation Press, 2011, p. 569.

⁸¹ A ideia de que toda renda deve ser tributada uma única vez não é nova e tem acompanhado discussões relevantes de política fiscal internacional. A primeira vez que houve expressa referência ao Princípio da Tributação Única remete ao ano de 1927, nos comentários da primeira convenção-modelo elaborado pelo Comitê Técnico da Liga das Nações (*Committee of Technical Experts*), em que foi alçado como um dos princípios de justiça fiscal a serem perseguidos. Naquela ocasião, asseverou-se que a mecânica a ser elaborada na convenção-modelo deveria garantir que todos os rendimentos fossem tributados pelo menos e não mais do que uma vez, evitando-se, assim, a dupla tributação. Conforme destacou Francesco de Lillo em aprofundado estudo sobre o tema, o seguinte trecho do relatório merece destaque pela clareza em que apresenta essa ideia: “[i]t is highly desirable that States should come to an agreement with a view to ensuring that a taxpayer shall not be taxed on the same income by a number of different countries, and it seems equally desirable that such international cooperation should prevent certain incomes from escaping taxation altogether. The most elementary and undisputed principles of fiscal justice, therefore, required that the experts should devise a scheme whereby all incomes would be taxed once and only once”. Cf. DE LILLO, Francesco. In search of single taxation: the twilight of an idol? Thesis. Advanced Master’s International Tax Law. University of Amsterdam: IBFD, 2017, p. 13. No mesmo sentido, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single taxation as a policy goal: controversial meaning, lack of justification and unfeasibility. In. WHEELER, J. C. (Ed.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, Online Books IBFD (Último acesso em 12/01/2019).

⁸² Cf. AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-4.

normatividade e a sua linguagem – e baseado também nos costumes internacionais, decorreria o dever dos Estados de atuarem dentro dos limites impostos por aquele regime e a proibição de os Estados adotarem as regras de Direito Tributário Internacional unicamente de acordo com a sua vontade⁸³.

Em outras palavras, a instituição de normas tributárias cujos efeitos tenham repercussão internacional (sejam elas normas domésticas, sejam internacionais) não se trataria de mera questão de conveniência do direito interno de um país, mas antes deveriam observar o regime tributário internacional vigente. Embora a adoção de medidas unilaterais ainda fosse possível, ela seria restrita: os Estados ficariam relutantes a implementá-las, sob pena de se sujeitarem a sanções impostas por outros Estados⁸⁴. Há quem sustente, nesta linha, que a “inevitável interdependência” na fixação de alíquotas na tributação direta entre jurisdições seria uma “consequência empírica” da impossibilidade de se manter uma consideração individual e uma separação entre os diversos sistemas tributários⁸⁵.

É importante ter em mente a precisa advertência de Kerrie Sadiq, no sentido de que a existência de um regime internacional é algo distinto de uma lei internacional (“suprajurisdicional”) que, “evidentemente não existe”. Valendo-se das lições de Stephen Krasner, referida autora sustenta que um regime tributário internacional seria algo mais abrangente do que uma legislação internacional, não necessitando de lei ou instrumento formal para se manifestar, constituindo-se, antes, de um conjunto de normas jurídicas e práticas administrativas convergentes no sentido das expectativas dos órgãos atuantes envolvidos dentro de uma área específica das relações internacionais⁸⁶. Assim, bastaria que houvesse um sentimento de obrigação ou dever de se conformar a tal regime para que se constatasse a sua existência.

Nada obstante, a despeito de eventuais semelhanças nos termos e nas redações utilizados nos acordos de bitributação celebrados e até mesmo nas legislações internas dos diferentes países, parece-nos que a realidade jurídica internacional está mais próxima ao posicionamento de David Rosenbloom, no sentido de que tal regime seria meramente “imaginário”. Na prática, mesmo que exista a convergência de alguns termos e regras nos diferentes países, o que ocorre de fato, “no mundo real”, é a existência de leis tributárias

⁸³ Cf. AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-4.

⁸⁴ Cf. AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York, Cambridge University Press, 2007, p. 1.

⁸⁵ Cf. PIANTAVIGNA, Paolo. Reflections on the fight against aggressive tax planning (When the law is silent). In. *10 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2018, Journals IBFD.

⁸⁶ Cf. SADIQ, Kerrie. The Inherent International Tax Regime. *University of Queensland Law Journal*, v. 31, n. 1, 2012, pp. 133-134.

que se diferem significativamente uma das outras⁸⁷, tanto no que tange às expressões utilizadas em seus enunciados prescritivos em matéria tributária – por mais próximas textualmente que sejam – quanto no significado que é atribuído a elas, pela interpretação e aplicação do direito posto pelos contribuintes, pelas Administrações Tributárias e pelo Poder Judiciário de cada país⁸⁸.

Rosenbloom não nega, contudo, a existência de uma extensa rede de acordos em matéria tributária ou de uma afinidade entre diferentes legislações domésticas de diversos países em relação à tributação internacional; e, ainda, o fato de que países que adotarem “princípios idiossincráticos de Direito Tributário Internacional”⁸⁹ sofrerão consequências pelos seus parceiros comerciais e até mesmo por seus contribuintes (que poderão se valer dessas assimetrias em seus planejamentos tributários). Entretanto, afirma não existirem regras específicas ou mecanismos que possam garantir a aplicação tanto do Princípio do Benefício (*Benefit Principle*) quanto do Princípio da Tributação Única (*Single Tax Principle*)⁹⁰ – dois dos “princípios definitórios” do regime tributário internacional a que se refere Reuven Avi-Yonah⁹¹.

Há, ainda, autores que adotam uma postura intermediária, propugnando a possibilidade de se enxergar um regime tributário internacional “em cristalização”, uma vez que todos os sistemas tributários guardam significativa similaridade em todo o mundo, seja em sua estrutura, seja, em menor medida, no conteúdo do conjunto de normas que o compõem⁹². Tal perspectiva teórica, embora mais otimista que a de Rosenbloom, igualmente aponta para a inexistência de um regime internacional tributário no presente, pelo menos no sentido de um regime que pudesse vincular juridicamente os sistemas tributários domésticos dos diferentes países.

Poder-se-ia cogitar, ainda, que a significativa adesão por diversos países ao Projeto BEPS representaria um passo significativo para a formação desse regime tributário

⁸⁷ Cf. ROSENBLOOM, H. David. International Tax Arbitrage and the International Tax System, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation, *Tax Law Review*, n. 53. New York: New York University School of Law: 1998, p. 137.

⁸⁸ Cf. ROSENBLOOM, H. David. US source rules: building blocks of cross-border taxation. In. *International Bureau of Fiscal Documentation*, Bulletin: October 2006, p. 386.

⁸⁹ Interessante notar que autor cita, especificamente, o Brasil em seu texto, como exemplo de país em desenvolvimento que adota posturas distintas daquelas “largamente aceitas” pela comunidade internacional.

⁹⁰ Cf. ROSENBLOOM, H. David. Cross-border arbitrage: the good, the bad and the ugly. *Taxes – the tax magazine*, March 2007, p. 115.

⁹¹ Cf. AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York, Cambridge University Press, 2007.

⁹² Sobre o assunto, cf. BRAUNER, Yariv. An international tax regime in crystallization, *56 Tax Law Review* (2003). Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/9>>, pp. 259-328 (Último acesso em 12/01/2019).

internacional, pelo menos em relação às diretrizes propostas pela OCDE e que contaram com adoção e com o compromisso de países que não são membros da OCDE e do G-20. No entanto, o caráter de *soft law* das diretrizes⁹³, comentários e sugestões da OCDE, a incerteza de como será realizada a efetiva implementação das medidas propostas no direito interno de cada país ou nos acordos de bitributação, bem como a possibilidade de alterar o conteúdo normativo originalmente sugerido pela OCDE ou fazer “reservas” ao acordo multilateral impedem que esse argumento possa, no momento, ser levantado para afirmar de modo peremptório a existência de tal regime.

Assim, a larga adoção e a recomendação de práticas e regras jurídicas internacionais – seja no contexto do Projeto BEPS, seja em práticas internacionais já adotadas pelos diferentes países – não significam, juridicamente, a *obligatoriedade* de sua observância pelos demais Estados. Poderão adotá-las ou não, tratando-se de decisão de cunho eminentemente político, no qual serão ponderados os efeitos econômicos e políticos dessa tomada de decisão⁹⁴. Daí Yariv Brauner afirmar que somente um “Princípio da Dupla Não Tributação” é que poderia justificar o combate de planejamentos tributários que se valem de assimetrias nas leis tributárias das legislações envolvidas, demonstrando as hipóteses em que uma determinada prática ou conduta do contribuinte, posto lícita, seria “inapropriada”⁹⁵.

Consequência igualmente relevante é a constatação de que não existe uma norma de Direito Internacional inserida em tal regime (i.e., o “Princípio da Tributação Única” ou um “Princípio da Dupla Não Tributação”) a justificar e fundamentar, por si, o combate a planejamentos tributários que se aproveitam de assimetrias nas leis tributárias das legislações envolvidas, i.e., práticas de arbitragem fiscal internacional.

A decisão por coibir tais práticas cabe a cada Estado, caso entenda que elas colocam em risco a sua arrecadação tributária ou que implica diminuição da eficiência de seu sistema tributário. Não decorre de um costume ou de uma norma internacional universalmente aceita. É necessário que haja a instituição, em cada ordenamento jurídico, de medidas normativas para sua contenção.

⁹³ A referência às diretrizes da OCDE como “soft law”, embora consolidada pela doutrina internacional para indicar a sua natureza “quasi-legal”, em razão da ausência de caráter vinculante, não escapa de críticas, na medida em que não contém um caráter normativo.

⁹⁴ Cf. BAKER, Philip. A tributação internacional no século XXI. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 19. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42.

⁹⁵ Cf. BRAUNER, Yariv. Treaties in the aftermath of BEPS. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 41, n. 3, 2016, p. 996.

Sob uma perspectiva pragmática, não é possível afirmar que o “Princípio da Tributação Única” se apresente como um costume internacional. Como aponta Ramon Tomazela Santos, valendo-se das lições de Alexander Rust, há inúmeras situações – tanto sob a perspectiva da legislação doméstica quanto dos acordos de bitributação – que evidenciariam a sua inexistência de fato: (i) tanto leis domésticas quanto acordos de bitributação não resolvem casos de dupla tributação na fonte, nos quais os Estados envolvidos entendem que a fonte produtora do rendimento situa-se em seu território; (ii) tanto leis domésticas quanto acordos de bitributação não resolvem problemas de imposição de carga tributária global excessiva da renda, não apenas em termos de alíquota aplicável no Estado de residência, como também da possibilidade de o Estado da fonte tributar de acordo com a renda-produto, i.e., sem as considerações de despesas e prejuízos fiscais ocorridos no Estado de residência; (iii) tanto leis domésticas quanto acordos de bitributação não lidam de forma satisfatória com assimetrias temporais (“*timing mismatches*”), sobretudo nas hipóteses em que os Estados imputam o rendimento a diferentes períodos de apuração e o Estado de residência utiliza o método de crédito; e (iv) a rede internacional de acordos de bitributação, conquanto bastante extensa, é incompleta e não abrange todos os países ou a totalidade de relações comerciais, financeiras ou econômicas entre contribuintes situados em diferentes jurisdições⁹⁶.

Há, ainda, nos acordos de bitributação, outras evidências de que o “Princípio da Tributação Única” não exerça qualquer influência na aplicação das normas convencionais. Exemplo paradigmático são as cláusulas de “*matching credit*” e “*tax sparing*”. Em síntese, pelos mecanismos do *tax sparing*, busca-se garantir a manutenção de um benefício do acordo de bitributação ainda que o Estado da fonte deixe de exercer a sua tributação limitada; enquanto que, pelo *matching credit*, o Estado da Residência concede um crédito em montante fixo, geralmente mais alto do que o nível de tributação máximo permitido no Estado da fonte por força do acordo⁹⁷.

Foge do escopo deste trabalho revisitar o intenso debate existente sobre o tema, principalmente de seu papel enquanto instrumento relevante nos acordos de bitributação para que se respeite o exercício de competência pelo Estado ao conceder uma isenção

⁹⁶ Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – As considerações de política fiscal da Ação 2 do Projeto BEPS. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 132.

⁹⁷ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax Sparing: uma reconsideração da reconsideração. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 26. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 95-96.

fiscal unilateral⁹⁸. Em relação a tais cláusulas, interessa-nos salientar que a sua inclusão ou não nos acordos de bitributação celebrados entre duas jurisdições decorre da própria consideração, por alguns países, de que uma situação de dupla não tributação é uma forma válida de atração de investimentos estrangeiros em um país⁹⁹. Principalmente entre países em desenvolvimento (comumente Estados da fonte), que configuram parcela significativa da comunidade internacional, parece não existir um costume internacional em prol da necessária tributação, ao menos uma única vez, de um determinado rendimento.

Igualmente não se releva substancial a aderência dos diversos países ao “Princípio da Tributação Única” quando se constata que muitos dos acordos de bitributação existentes não contêm cláusulas de “subject-to-tax”, pelas quais se condiciona a fruição de benefícios do acordo à tributação do respectivo rendimento no outro Estado contratante¹⁰⁰, por exemplo, condicionar a isenção prevista no art. 23-A da Convenção-Modelo da OCDE à respectiva tributação do item de rendimento no Estado da fonte.

Assim, a ausência da referida cláusula na maior parte dos acordos de bitributação revela que não há, por vezes, preocupação entre os Estados contratantes de se garantir que haja, em todas as transações internacionais, a tributação do rendimento ao menos uma única vez. Não estando presente, pois, em parte substancial da rede atual de acordos de bitributação, igualmente não há como sustentar a existência de um costume internacional em prol da necessária observância do “Princípio da Tributação Única”¹⁰¹. O mero fato de que um rendimento não é efetivamente tributado em uma jurisdição não tem sido reconhecido como justificativa suficiente para permitir que o outro Estado contratante tribute aquele rendimento, sem que haja expressa previsão no acordo celebrado, i.e., para além dos limites de sua jurisdição¹⁰².

A própria existência de diversas propostas de medidas anti-híbridos, seja no âmbito da OCDE¹⁰³, seja na União Europeia¹⁰⁴, evidencia que não há, de fato, um regime

⁹⁸ Sobre o tema, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax Sparing: uma reconsideração da reconsideração. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 26. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 93-108.

⁹⁹ Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – As considerações de política fiscal da Ação 2 do Projeto BEPS. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 134.

¹⁰⁰ Cf. SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht*. 3. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2011, p. 782.

¹⁰¹ Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – As considerações de política fiscal da Ação 2 do Projeto BEPS. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 134.

¹⁰² Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax Treaty Override: a jurisdictional approach. *Intertax*, v. 42, n. 11. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 685.

¹⁰³ Ver Capítulo II, Subcapítulo 2.2.

tributário internacional baseado em um “Princípio da Tributação Única”. As medidas propostas na Ação 2 do Projeto BEPS não se prestam a construir um “sistema tributário internacional coerente”, tal como afirma a OCDE¹⁰⁵, porquanto as assimetrias híbridas objeto da Ação 2 referem-se apenas a situações que resultem em dupla não tributação, não havendo qualquer proposta para lidar com situações de dupla tributação, que igualmente são prejudiciais a um “sistema internacional coerente”¹⁰⁶. Demais disso, sua aplicação é restrita apenas a determinadas situações envolvendo partes relacionadas ou de um mesmo grupo econômico, ou entre terceiros, mas apenas quando configurado um arranjo estruturado. A inexistência de uma aplicação geral da regra anti-híbrido aponta ser no mínimo duvidosa a busca por qualquer coerência sistêmica pela OCDE¹⁰⁷.

Por derradeiro, como apontam com precisão Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino, acaso existisse tal sistema, não seriam necessárias medidas específicas para combater práticas de arbitragem fiscal, tais como a utilização de arranjos híbridos. Bastaria que o intérprete aplicasse à luz daquele princípio para que não houvesse mais as lacunas que possibilitariam aquelas práticas, tampouco os seus resultados (uma situação de “dupla não tributação”). A necessidade de medidas concretas para coibi-las indicaria que, na sua ausência, é de se supor que as diferentes jurisdições não aplicarão referido princípio isoladamente como fundamento para contenção da arbitragem fiscal internacional¹⁰⁸.

Os autores apontam, ainda, após extensa análise das reservas que foram feitas para a adesão do instrumento multilateral proposto pela OCDE, que, dentre os 1.116 acordos de bitributação abrangidos¹⁰⁹ pelo referido instrumento (de um total de 2.381 acordos listados

¹⁰⁴ Ver Capítulo II, Subcapítulo 2.3.

¹⁰⁵ Cf. OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015, pp. 3, 11 e 99

¹⁰⁶ Cf. KAHLENBERG, Christian; KOPEC, Agnieszka. Hybrid mismatches arrangements – a myth or a problem that still exists? In. *2 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2016, p. 74.

¹⁰⁷ Cf. KAHLENBERG, Christian; KOPEC, Agnieszka. Hybrid mismatches arrangements – a myth or a problem that still exists? In. *2 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2016, p. 75.

¹⁰⁸ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. *Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake?* Intertax, v. 46, n. 2. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 105.

¹⁰⁹ “ARTICLE 2 – a) *The term “Covered Tax Agreement” means an agreement for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income (whether or not other taxes are also covered):*

i) that is in force between two or more:

A) Parties; and/or

B) jurisdictions or territories which are parties to an agreement described above and for whose international relations a Party is responsible; and

ii) with respect to which each such Party has made a notification to the Depositary listing the agreement as well as any amending or accompanying instruments thereto (identified by title, names of the parties, date of signature, and, if applicable at the time of the notification, date of entry into force) as an agreement which it wishes to be covered by this Convention.”

pelos 71 países signatários¹¹⁰), apenas 40 acordos serão modificados para se conformar plenamente às diretrizes da Ação 2 do Projeto BEPS, sem qualquer reserva quanto aos artigos que dizem respeito a arranjos híbridos¹¹¹, o que demonstra a fragilidade de se sustentar a existência real de qualquer regime tributário internacional ou a adoção por maior parte dos países do “Princípio da Tributação Única”¹¹², que, hoje, não se apresenta factível nem desejável, especialmente sob a ótica dos países em desenvolvimento¹¹³.

Tais reflexões evidenciam que não existe, hoje, um regime tributário internacional, ainda que costumeiro, capaz de vincular – juridicamente – os Estados a adotarem medidas de combate a práticas de arbitragem fiscal ou, ainda, que legitime que os Estados realizem medidas para coibir tais práticas à míngua da implementação de normas antielisivas específicas em sua legislação doméstica ou no âmbito de acordos de bitributação.

Nesse sentido, normas antielisivas específicas serão inequivocamente necessárias como instrumentos para que um Estado coíba práticas de planejamentos tributários por intermédio de arbitragem fiscal internacional.

II.2 O PROJETO BEPS E OS NOVOS STANDARDS DO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Embora não seja um fenômeno novo, a erosão da base tributável internacional e transferência de resultados (*Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*) denuncia, a um só tempo, a incapacidade das autoridades fiscais mundo afora para combater planejamentos tributários internacionais e práticas de evasão fiscal por medidas unilaterais, por mais substanciais que sejam¹¹⁴, bem como trouxe à discussão a necessidade de se partir rumo a

¹¹⁰ Uma lista dos países signatários, dentre os quais não está o Brasil, pode ser encontrada no seguinte endereço: <<http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>> (Último acesso em 12/01/2019).

¹¹¹ O tema do combate à exploração de assimetrias híbridas é tratado nos arts. 3 a 5 do Acordo Multilateral para implementação das medidas para combater a erosão da base tributável e a transferência dos lucros relacionadas a acordos de bitributação. O art. 3 refere-se a medidas relacionadas a entidades transparentes; o art. 4 trata das medidas ligadas a entidades com dupla residência; e o art. 5 dispõe sobre a aplicação de métodos para eliminar a dupla tributação.

¹¹² Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake? *Intertax*, v. 46, n. 2. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018, pp. 111-113.

¹¹³ Sobre as críticas ao Princípio da Tributação Única, a partir de uma perspectiva dos países em desenvolvimento, cf. cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single taxation as a policy goal: controversial meaning, lack of justification and unfeasibility. In. WHEELER, J. C. (Ed.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, Online Books IBFD. (Último acesso em 12/01/2019).

¹¹⁴ Cf. BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation, In. *6 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014, pp. 11-14.

uma ordem jurídica tributária internacional complexa, na qual o multilateralismo comporá os fundamentos da estrutura jurídica da tributação para empresas multinacionais¹¹⁵.

O Projeto BEPS surgiu como uma resposta à insuficiência do atual paradigma de tributação internacional para lidar com a erosão da base tributária e a transferência de resultados¹¹⁶. Sua premissa é a de que o atual regime tributário internacional tradicional, baseado na competição e em tratados bilaterais, não consegue lidar satisfatoriamente com os desafios da elisão e evasão internacional, mas, ao contrário, acaba por contribuir para sua existência¹¹⁷. Com a globalização e a evolução do regime tributário internacional, criaram-se as condições necessárias para que as empresas multinacionais maximizassem as vantagens decorrentes de seus planejamentos tributários¹¹⁸, buscando sinergias e a otimização de seus resultados obtidos pela sua internacionalização, valendo-se de lacunas, de textos mal redigidos, do apego ao formalismo ou de práticas inusitadas para estruturar suas atividades empresariais e planejamentos tributários¹¹⁹.

Assim, foi necessário rever os antigos parâmetros de tributação internacional, tendo sido propostas uma série de recomendações que, rigorosamente, visam a eliminar a dupla não tributação e espaços para o planejamento tributário internacional, com o objetivo, dentre outros, de se recuperar a confiança na justiça e a legitimidade do regime tributário internacional¹²⁰. Nesse sentido, conforme pontifica Pasquale Pistone, o Projeto BEPS é um “catalisador para a coordenação internacional em matéria tributária sem precedentes”¹²¹.

¹¹⁵ Sobre os desafios da implementação do multilateralismo no cenário internacional, cf. TAKANO, Caio Augusto. Ação 15 do Projeto BEPS e os desafios do multilateralismo. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Orgs.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, pp. 273-298.

¹¹⁶ Cf. BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation, In. *6 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014, p. 10.

¹¹⁷ Cf. TOUMI, Marika. Anti-avoidance and harmful tax competition: from unilateral to multilateral strategies? In. LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. *The international taxation system*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 85-86.

¹¹⁸ Cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, v.16, n. 2. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, p. 57.

¹¹⁹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In. ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; CATARINO, João Ricardo. (Orgs.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário: homenagem a Diogo Leite de Campos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 373.

¹²⁰ Yariv Brauner enuncia, ainda, como interesses em jogo no sucesso do Projeto BEPS: a estabilidade do direito internacional tributário; a relevância do papel desempenhado pela OCDE na política tributária internacional; a confiança entre países desenvolvidos e em desenvolvimento que já estejam envolvidos em projetos baseados em colaboração recíproca; os avanços nas políticas de cooperação e em uma possível redução das medidas unilaterais para combater a evasão fiscal. Cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, p. 112.

¹²¹ Cf. PISTONE, Pasquale. General Report. In. LANG, MICHAEL [et al] (Eds.). *Trends and players in tax policy*. IBFD Online Books, 2016, Tópico 1.7.6.

Sob essa ótica, o Projeto BEPS é promissor, clamando por três pilares fundamentais e interdependentes para a realização da reforma no regime tributário internacional: (i) a necessidade de se estabelecer um regime baseado na colaboração e no multilateralismo; (ii) abordagem holística e sistemática dos problemas existentes no regime atual; e (iii) inevitabilidade de se aceitar soluções inovadoras para os problemas que não têm sido resolvidos pela aplicação das normas existentes¹²².

Busca-se, para que seja superado o antigo paradigma de tributação internacional, a renovação de seus *standards*, dentro de um contexto de reforma inclusiva, que priorize soluções multilaterais¹²³ e compreenda também os interesses de economias emergentes e em desenvolvimento¹²⁴. Se é verdadeiro que a “nova era implica que os Estados encontrem uma resposta adequada ao comportamento do contribuinte que, embora seja lícito, põe em perigo a sobrevivência do Estado Fiscal e da noção global de justiça”¹²⁵, tal resposta deve ser obtida a partir de um debate inclusivo que permita uma reforma coerente e consistente no sistema tributário internacional.

Não obstante, o que se constata é um cenário radicalmente oposto daquele que se esperava encontrar, a partir dessa visão – de certo modo otimista – do que representa o Projeto BEPS. Em vez de uma abordagem que priorize a integração, a coordenação e a cooperação, prevalece, de um modo geral, uma “mentalidade militar”, baseada em um raciocínio causalista (em que ações dos contribuintes são tidas como a causa da erosão da base tributável, sem olhar para a responsabilidade dos próprios Estados), que “não se compatibiliza com o reconhecimento das próprias falhas, imputando-se ao inimigo a origem de todas as mazelas”¹²⁶.

Surge, ainda, nos novos *standards* impostos pelo Projeto BEPS, uma postura de intolerância e repreensão ao chamado “planejamento tributário agressivo” pelas

¹²² Cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, pp. 13-14.

¹²³ Sobre a adoção de medidas multilaterais como forma efetiva de combate à erosão da base tributável, bem como a viabilidade de sua adoção no sistema tributário brasileiro, cf. TAKANO, Caio Augusto. Erosão da base tributável e a transferência de resultados: o caminho para o multilateralismo e novas perspectivas à soberania fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 32. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 63-82.

¹²⁴ Cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014, pp. 12-13.

¹²⁵ Cf. DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 43.

¹²⁶ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 30-31.

Administrações Tributárias. Trata-se de um conceito vago¹²⁷ e amplo¹²⁸, que costuma ser utilizado para fazer referência a planejamentos tributários a partir de atos ou negócios jurídicos que não apenas possam suscitar questões referentes a eventual abuso, artificialidade ou simulação (que há muito têm sido o foco de preocupação da OCDE e da comunidade internacional), mas igualmente a algumas situações de elisão tributária, em que o comportamento do contribuinte não revela qualquer ilicitude sob a ótica de qualquer uma das jurisdições envolvidas.

Não é este o espaço apropriado para realizar perquirições aprofundadas sobre o conceito de “planejamento tributário agressivo”. O que importa consignar, neste ponto, é que sob essa expressão – da forma que é utilizada pelas autoridades fiscais e pelos países que compõem o Projeto BEPS – estão albergados diversos tipos de planejamentos tributários, alguns lícitos, outros abusivos ou ilícitos. Em outras palavras, sob a mesma expressão linguística, por vezes há referência a planejamentos tributários baseados em atos ou negócios jurídicos com vícios, quanto aqueles outros que estão em plena conformidade com as legislações dos sistemas tributários envolvidos, mas implica um benefício fiscal ao contribuinte que, de outro modo, não existira.

A nosso ver, portanto, é possível aferir o conceito “planejamento tributário agressivo” a partir de uma acepção própria e imprópria sob a perspectiva jurídica. Em sua acepção própria, limita-se a transações e estruturas realizadas pelo contribuinte em estrita conformidade com a lei, valendo-se de oportunidades criadas a partir de tratamentos distintos (*mismatches*) conferidos a uma mesma realidade econômica existente em dois ou mais sistemas tributários¹²⁹. Recebe, assim, acepção própria que o afasta de outras práticas de planejamento tributário, já combatidas normativamente e conceitualmente abrangidas pelo conceito de “evasão fiscal”, como simulação, abuso, fraude à lei etc., tendo como premissa que o ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte cumpre formal e substancialmente a legislação dos países envolvidos. Isso não significa, no entanto, que em determinadas situações tais práticas não possam ser consideradas abusivas, i.e., por

¹²⁷ Cf. BAKER, Philip. The BEPS Project: disclosure of aggressive tax planning schemes. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 86.

¹²⁸ Ana Paula Dourado refere-se a um “conceito guarda-chuva”, que abrangeria hipóteses de “elusão” e de “elisão” fiscal. Cf. DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 43.

¹²⁹ Sobre a distinção de uma acepção ampla e estrita para a expressão “planejamento tributário agressivo”, cf. TAKANO, Caio Augusto. O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*. São Paulo: IBDT, 2017, pp. 35-57.

promover um resultado anti-isonômico que não se sustenta no ordenamento jurídico¹³⁰, por exemplo, se a prática dessas condutas, posto lícita, decorra do exercício abusivo do poder econômico¹³¹.

Em sua acepção imprópria – como utilizado pela doutrina internacional especializada e pela OCDE em seus diversos relatórios –, refere-se tanto a planejamentos tributários lícitos quanto ilícitos, dos quais decorra uma situação de dupla não tributação. Embora se admita uma conformação formal à legislação, o ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte infringiria o “espírito” ou finalidade da lei. Nesta acepção, portanto, estar-se-iam abrangidas também situações que comportam o “uso inadequado” das normas tributárias e, portanto, conquanto em aderência com a literalidade da lei, seriam “abusivas”.

Seja como for, revela-se, assim, que o planejamento tributário “agressivo” pode se referir a situações abusivas, mas, principalmente, a atos ou negócios jurídicos lícitos conduzidos pelos contribuintes em estruturas complexas ou inovadoras, revelando-se uma tendência de se adotar uma postura mais rígida em relação a práticas elisivas pelos países-membros da OCDE.

Em súmula, com a larga aderência ao Projeto BEPS e às medidas nele sugeridas, é de se esperar mudanças significativas nos atuais *standards* de Direito Tributário Internacional. Em primeiro lugar, embora dificilmente seja possível abandonar por completo o atual paradigma de competição entre os Estados, há inequivocamente um forte movimento em direção a uma maior cooperação entre administrações tributárias (seja por meio de acordos sobre troca de informações em matéria fiscal, de acordos de bitributação, do acordo multilateral, seja em razão de medidas unilaterais de determinados países, como o FATCA). Em segundo lugar, a preocupação dos Estados deixa de ser exclusivamente evitar a dupla tributação, passando a prevalecer um sentimento de que a “dupla não tributação” também é problemática e deve ser coibida. Por fim, o combate a planejamentos tributários internacionais deixa de ter como foco apenas situações em que há simulação, artificialidade ou abuso, passando a haver a introdução de uma postura internacional de intolerância a estruturas e transações dos contribuintes realizadas no âmbito internacional que, posto serem lícitas, seriam condenáveis sob o prisma fiscal.

¹³⁰ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In. ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; CATARINO, João Ricardo. (Orgs.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário: homenagem a Diogo Leite de Campos*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 432-434.

¹³¹ Ver Capítulo III, Supcapítulo 3.3.

Nesse contexto, surge o debate acerca da introdução de normas antielisivas anti-híbridos como forma de combater planejamentos tributários lícitos (i.e., práticas de arbitragem fiscal internacional), mas que resultem em uma situação de dupla não tributação pela exploração de assimetrias decorrentes de disparidades das legislações dos Estados envolvidos.

II.3 A CONTENÇÃO DA ARBITRAGEM FISCAL INTERNACIONAL COMO TENDÊNCIA DE POLÍTICA FISCAL

O Projeto BEPS denuncia a percepção pelos diferentes Estados de que medidas unilaterais não são capazes de coibir os planejamentos tributários internacionais realizados por grandes empresas multinacionais que se valiam de oportunidades decorrentes de tratamentos legislativos conferidos pelos diferentes países e das lacunas que exsurtem da própria aplicação das atuais regras existentes no Direito Tributário Internacional, para reduzir a carga tributária global incidente sobre suas operações, em especial por intermédio de uma situação de “dupla não tributação”.

Nada obstante, não é clara, a nosso ver, a razão pela qual o fenômeno da “dupla não tributação” seria, por si, juridicamente repreensível, ainda mais fora do contexto de um acordo internacional, em que se possa sustentar que as partes negociaram a exata dimensão de sua jurisdição e de sua competência tributária sem, necessariamente, buscar uma exoneração ao contribuinte para além dos casos expressamente previstos¹³². A “dupla não tributação”, enquanto fenômeno econômico¹³³ decorrente de assimetrias na aplicação das legislações domésticas de diferentes países em situações internacionais, resultado do caráter subótimo das regras¹³⁴ e da incapacidade de as normas antielisivas existentes coibi-la, parece estar relacionado a preocupações mais políticas e econômicas do que

¹³² Cf. ROSENBLOOM, H. David. Cross-border arbitrage: the good, the bad and the ugly. *Taxes – the tax magazine*, March 2007, p. 117.

¹³³ A chamada “dupla não tributação” é um conceito econômico, na medida em que não está limitado à ausência de tributação (incidência da norma tributária) sobre o beneficiário de um determinado tipo de rendimento (i.e., dupla não tributação jurídica), mas, reversamente, abrange um fluxo/fonte de rendimentos que circula por mais de um contribuinte, iniciando da dedução do pagamento no país da fonte e caminhando até a apuração do imposto de renda incidente sobre o beneficiário efetivo do pagamento. Cf. DE LILLO, Francesco. In search of single taxation: the twilight of an idol? Thesis. Advanced Master’s International Tax Law. University of Amsterdam: IBFD, 2017, p. 30.

¹³⁴ Cf. SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 161.

propriamente jurídicas¹³⁵. Afinal, trata-se de situações em que o contribuinte atua em estrita conformidade – formal e substancial – com as legislações tributárias dos Estados envolvidos, situando-se na mais estrita legalidade e fora do campo do abuso¹³⁶.

Entretanto, mesmo não havendo um caráter ilícito, a opção por coibir práticas de arbitragem fiscal internacional, por intermédio da introdução de instrumentos normativos adequados (i.e., normas antielisivas específicas), constitui uma decisão de política fiscal a ser tomada após exaustiva reflexão por parte dos formuladores da legislação tributária de nosso país¹³⁷.

O debate acerca das razões para se combater a “dupla não tributação” e a tomada de decisão por um Estado pela adoção de medidas para coibir planejamentos tributários que a possibilitem, contudo, dista de ser simples. Deverá o formulador da lei considerar que a resposta política em desfavor a tais práticas poderá criar um ambiente hostil a oportunidades de investimentos em sua jurisdição, quando comparado com os demais países (exceto em um cenário utópico de harmonização plena legislativa entre os diversos países), tanto mais quanto menor for o grau de tolerância daquele Estado. Com efeito, a arbitragem fiscal internacional atua como um subsídio tributário implícito, disponível para alguns tipos de investimentos, realizados por investidores situados em jurisdições específicas¹³⁸. Assim, é possível que cada país possa concluir que os efeitos negativos da arbitragem fiscal internacional, no que se refere à perda da capacidade de atração de determinados investimentos, não compensariam as vantagens da implementação de normas de contenção de práticas de arbitragem fiscal¹³⁹.

Há, ainda, outros efeitos colaterais que devem ser levados em consideração. No caso dos instrumentos híbridos financeiros, muitas vezes, a sua utilização se justifica por razões extratributárias¹⁴⁰, comercialmente legítimas, como forma de se obter, por exemplo,

¹³⁵ Cf. MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. Abuse and aggressive tax planning: between OECD and EU initiatives – The dividing line between intended and unintended double non-taxation. In. *5 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2017, p. 190.

¹³⁶ Cf. PISTONE, Pasquale. General Report. In. LANG, MICHAEL [et al] (Eds.). *Trends and players in tax policy*. IBFD Online Books, 2016, Tópico 1.7.6.

¹³⁷ Cf. TAKANO, Caio Augusto. O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*. São Paulo: IBDT, 2017, pp. 53-54.

¹³⁸ Cf. ROSENZWEIG, Adam H. Harnessing the costs of international tax arbitrage. *Virginia Tax Review*, v. 26, n. 555, 2007, p. 604.

¹³⁹ Cf. KANE, Mitchell A. Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage. *Emory Law Journal*, v. 53, 2004, p. 168.

¹⁴⁰ De um ponto de vista econômico, instrumentos financeiros híbridos configuram uma forma ideal de investimento, uma vez que eles combinam as respectivas vantagens de instrumentos de capital com aqueles próprios de dívida. Cf. KAHLENBERG, Christian. The tax treatment of hybrid financial instruments. *European Taxation*, v. 55, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 267.

pela combinação de elementos de capital próprio e de capital de terceiros, menores custos de financiamento, maior flexibilidade ou melhores condições de crédito¹⁴¹. Uma política austera desfavorável à arbitragem fiscal poderá reduzir o fluxo de investimentos estrangeiros naquela jurisdição, pois, conquanto a finalidade tributária não seja a única levada em consideração no processo de tomada de decisão quanto ao local do investimento, de outro lado, o investidor racional certamente dará preferência a jurisdições em que o tratamento tributário lhe propicie maior nível de retorno.

Ademais, os países deverão levar em consideração que a adoção de medidas unilaterais para se combater práticas de arbitragem fiscal internacional poderá ensejar a retaliação por parte de outros países que se sentirem afetados por tais regras em termos de arrecadação tributária (na medida em que neutralizará os efeitos alocativos do benefício da arbitragem fiscal)¹⁴², até porque o Estado que aplicar medidas unilaterais estará tentando arrecadar toda ou boa parte da suposta receita que teria deixado de ser arrecadada em ambas as jurisdições. Essa retaliação, que poderá se dar por meio da implementação de medidas unilaterais que igualmente busquem arrecadar toda aquela receita que teria sido deixada de ser arrecadada, potencialmente resultará em uma dupla tributação de um mesmo rendimento, o que conduzirá a uma redução da eficiência econômica global¹⁴³. No caso dos instrumentos híbridos, a dupla tributação dos pagamentos ou dos respectivos rendimentos a eles relacionados implicará uma indução negativa àquela forma de financiamento empresarial, prejudicando, assim, o financiamento das atividades empresariais daquela jurisdição.

O desafio em se adotar uma técnica de tributação de instrumentos híbridos é buscar uma forma de garantir um nível de arrecadação e, ao mesmo tempo, de respeitar a substância econômica da transação, a ponto de não desencorajar indevidamente o uso de tais instrumentos¹⁴⁴. Com efeito, em razão de seu alto nível de customização, instrumentos financeiros híbridos possibilitam atrair maior interesse dos investidores, aumentando a

¹⁴¹ Cf. BUNDGAARD, Jakob. Cross-border tax arbitrage using inbound hybrid financial instruments curbed in Denmark by unilateral reclassification of debt into equity. *Bulletin for International Taxation*, v. 62, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2008, p. 43. Nesse sentido, também cf. SANTOS, Ramon Tomazela. Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – as considerações de política fiscal da Ação 2 do Projeto BEPS. In: GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 135-137.

¹⁴² Cf. SHAVIRO, Daniel N. More revenues, less distortion? Responding to cross-border tax arbitrage. *NYU Journal of Law and Business*, v. 1, 2004, p. 131.

¹⁴³ Cf. ROSENZWEIG, Adam H. Harnessing the costs of international tax arbitrage. *Virginia Tax Review*, v. 26, n. 555, 2007, p. 593.

¹⁴⁴ Cf. KRAHMAL, Andriy. International hybrid instruments: jurisdiction dependent characterization. *Houston Business and Tax Law Journal*, v. V, 2005, p. 118.

capacidade de atração de capital de uma jurisdição¹⁴⁵. Medidas que coíbam esse tipo de transação implicam, pois, efeitos negativos à capacidade de atração de investimentos estrangeiros e poderão implicar efeitos prejudiciais à economia.

Em verdade, trata-se de tema complexo, a exigir diversas considerações dos formuladores de política fiscal de um país, para além de questões ligadas à licitude ou não de determinada estrutura ou planejamento tributário levado a cabo pelo contribuinte.

Diante dessa complexidade do tema, que foge do âmbito do trabalho que apresente unicamente enfoque jurídico, o presente trabalho adotará uma abordagem pragmática. Considerando que a OCDE e diversos países têm adotado uma postura de intolerância às práticas de arbitragem fiscal internacional pela exploração de qualquer tipo de assimetria¹⁴⁶, bem como, especificamente em relação ao uso de arranjos híbridos, a OCDE está seguramente convencida de que o uso de arranjos híbridos constitui um problema (e tem eficazmente convencido seus membros e terceiros países disso)¹⁴⁷, não se irá questionar no presente trabalho se o Brasil deverá adotar uma política fiscal de combate às práticas de arbitragem fiscal, mas antes se irá assumir a adoção de tal postura. Consoante pontifica Jakob Bundgaard: “como consequência da crescente tendência de se considerar a arbitragem fiscal internacional problemática, as discussões teóricas dos problemas causados pela arbitragem fiscal internacional parecem de menor relevância de uma perspectiva prática”¹⁴⁸.

Parte-se da premissa de que, constatada a tendência internacional de os países adotarem medidas para contenção de tais práticas – inclusive aquelas que se dão por intermédio do uso de instrumentos financeiros híbridos – e tendo em vista as recentes medidas adotadas pelo Brasil relacionadas ao Direito Tributário Internacional, igualmente é lícito presumir que o país tem a forte propensão a aderir às políticas tributárias sugeridas no âmbito do Projeto BEPS, na exata dimensão como sugerido, até pelas intenções já manifestadas publicamente de fazer parte daquele órgão.

¹⁴⁵ Cf. NEIGHBOUR, John. Innovative Financial Instruments Challenge the Global Tax System. In. *14 Tax Notes International*, March 17th, 1997, p. 93.

¹⁴⁶ Diversos países instituíram respostas unilaterais para coibir práticas de arbitragem fiscal pelo uso de arranjos híbridos, como Reino Unido, Dinamarca, Alemanha, Itália, Hungria, Polônia, França, dentre outros. Cf. BUNDGAARD, Jakob. *Hybrid financial instruments in international tax law*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017, pp. 224-233.

¹⁴⁷ Cf. COOPER, Graeme. Some Thoughts on the OECD’s Recommendations on Hybrid Mismatches. *Bulletin for International Taxation*, v. 69, n. 6/7. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 335.

¹⁴⁸ Tradução livre do autor do seguinte trecho: “As a consequence of the blooming tendency of considering cross-border tax arbitrage problematic, the theoretical disputes on the problems caused by cross-border tax arbitrage seems less relevant from a practical perspective”. Cf. BUNDGAARD, Jakob. *Hybrid financial instruments in international tax law*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017, p. 215.

A discussão que se fará, portanto, no presente estudo não será sobre *se* o Brasil deverá adotar regras anti-híbridos (tema de política fiscal), mas, sim, *como* o Brasil deverá adotar tais medidas, levando-se em consideração todos os aspectos constitucionais de nosso sistema tributário (tema jurídico).

II.4 LIMITES À INTERDISCIPLINARIDADE NA INVESTIGAÇÃO DO OBJETO

Genericamente, a expressão “interdisciplinaridade jurídica” é empregada em acepções distintas. Pode se referir tanto a uma relação entre campos do conhecimento situados dentro do próprio Direito, tendo em conta suas disciplinas ou ramos que gozam de autonomia apenas para fins didáticos, a partir da consideração do ordenamento jurídico em uma visão unitária do fenômeno jurídico (intertextualidade)¹⁴⁹, quanto ao trânsito entre as diversas áreas do conhecimento humano, tais como a Ciência Econômica, as Ciências Sociais e a Ciência Política etc., na busca de uma melhor valoração do fato jurídico, que haverá de ser colhido após os cortes que se façam necessários, em processo redutor de complexidades, no bojo e sob os influxos do próprio sistema normativo (interdisciplinaridade)¹⁵⁰.

Dentro desta última perspectiva, que permite ao intérprete a tomada de diversas posturas em relação ao intercâmbio de influxos entre os diferentes campos do conhecimento¹⁵¹, constata-se haver um espaço interdisciplinar de comutação discursiva, conferindo-se valioso instrumental ao operador do Direito na interpretação do fenômeno

¹⁴⁹ Nas lições de Paulo Ayres Barreto: “Cogita-se, nessa perspectiva, de interdisciplinaridade dentro do próprio Direito, tendo em conta suas disciplinas ou ramos que gozam de autonomia apenas para fins didáticos. Assim, afigura-nos incensurável o aludido exame interdisciplinar, que nada mais é do que a consideração do ordenamento jurídico em uma visão unitária. Seria um grave erro não reconhecer essa perspectiva unitária do sistema jurídico e, conseqüentemente, uma necessária interdisciplinaridade”. Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistemas jurídicos. In. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo lógico-semântico*. Volume I. São Paulo: Noeses, 2014, pp. 261-262.

¹⁵⁰ Sobre o tema da interdisciplinaridade, cf. BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Entre o direito tributário e a nova contabilidade: a questão da tributação dos dividendos na Lei n. 12.973/14. In. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Volume 19. São Paulo: Dialética, 2015, pp. 346-373.

¹⁵¹ Em aprofundado estudo sobre o tema, Marcelo Neves aponta quatro sentidos para essa expressão: (i) enciclopedismo jurídico, assim entendido o somatório de diversos conhecimentos sobre o direito, gerador de um superficialismo generalizado, de reduzida relevância, seja da perspectiva prática, seja sob um prisma teórico; (ii) imperialismo disciplinar, em que, sob o manto da interdisciplinaridade, subordinam-se critérios do Direito à racionalidade de outras ciências, como a Sociologia, a Economia ou a Política; (iii) metadisciplinariedade, no sentido de uma metanarrativa impositiva a partir de um plano superior, de limites e formas de intercâmbio entre as áreas do saber relacionadas com o direito; e (iv) espaço de comutação discursiva entre os diversos campos do saber jurídico, respeitada a autonomia disciplinar, sem a qual haveria “uma miscelânea resultante de um ecletismo estéril”. Cf. NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 1, 2003, pp. 207-214.

jurídico, mas que impõe, de outro lado, o reconhecimento da existência de limites estritos à consideração dessa comutatividade para a solução de problemas próprios da Ciência do Direito. Como ensina Paulo Ayres Barreto, “as diversas ciências do conhecimento humano estão submetidas aos seus códigos binários próprios. Tomam um mesmo fato cultural e buscam reduzir as complexidades a ele inerentes, tendo em conta o que há de relevante para o seu campo objetal”¹⁵².

Tais considerações são indispensáveis para se realizar uma aproximação interdisciplinar do fenômeno jurídico. O direito, enquanto instrumento de regulação de condutas intersubjetivas e de estabilização das expectativas normativas, colhe da realidade social fatos relevantes para compor suas hipóteses normativas, atribuindo-lhes consequências jurídicas próprias. Daí se afirmar que “o ordenamento é fechado, em termos sintáticos, mas aberto nos níveis semântico e pragmático”¹⁵³. Conquanto seja lícito ao ordenamento jurídico se valer de conceitos de outros sistemas, a introdução desses conceitos deverá se dar, exclusivamente, pela “porta” da hipótese normativa e desde que haja a sua devida “tradução” à linguagem própria do ordenamento jurídico, obedecendo às fronteiras ínsitas desse campo do conhecimento.

Em outras palavras, as ciências não se relacionam entre si como vasos comunicantes porosos dentro de um grande sistema – conhecimento humano –, mas, antes, consubstanciam múltiplos sistemas autônomos e independentes, com funções e modos de operacionalidade próprios, abertos à comunicação entre si, mas desde que pelo canal de abertura próprio de cada sistema¹⁵⁴.

O Direito permite, em determinadas condições, a interação de seu sistema com os demais existentes no ambiente social. No entanto, não é qualquer influxo que produzirá efeitos no sistema jurídico. Somente aquele que se der pela porta de entrada juridicamente adequada (hipótese de incidência normativa) é que provocará alguma transformação dentro dele. Note-se, contudo, que essa receptividade a fenômenos externos não significa a sua adoção automática pelo ordenamento jurídico. A tradução dos conceitos de outras ciências para a linguagem própria do Direito pressupõe, no mais das vezes, a sua transformação.

¹⁵² Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistemas jurídicos. In. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo lógico-semântico*. Volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 263.

¹⁵³ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157.

¹⁵⁴ Cf. TAKANO, Caio Augusto. A relação entre o direito tributário e o direito privado e seus impactos nos limites ao planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, v. 4. São Paulo: Thomson Reuters, 2017, p. 51.

O espaço para uma comutação discursiva entre o Direito e outras ciências do conhecimento humano, posto ser amplo, não é absoluto e deve se dar em estrita conformação com as regras e canais próprios, previstos pelo Direito, para a ocorrência dessa comunicação e em seus estritos limites.

Essas premissas são extremamente relevantes e devem ser levadas em consideração pelos estudiosos da tributação internacional, principalmente ao ter contato com textos que tenham como objeto a análise de temas relacionados ao Projeto BEPS (seja pela OCDE, seja pela doutrina). Por vezes, há nesses textos – relatórios oficiais e artigos acadêmicos – uma análise aprofundada e bastante erudita sobre as questões levantadas no Plano de Ação da OCDE, mas não raro com foco eminentemente econômico ou, ainda, com vistas a recomendações ou críticas de política fiscal (o que se justifica até pela própria finalidade da OCDE e pelo principal destinatário de suas publicações: as administrações tributárias dos diferentes países).

Assim, é forçoso reconhecer que, no âmbito do Direito Tributário Internacional, não obstante uma aproximação interdisciplinar em sua acepção mais estrita seja possível, tal como ocorre nas diversas discussões sobre a validade de se manter o atual modelo de tributação em bases universais, focado no binômio “fonte/residência”¹⁵⁵, em que considerações de política fiscal (Ciências Políticas) e de economia (Ciência Econômica) atuam fortemente na tomada de posição tanto para aqueles que sustentam a manutenção quanto a alteração de tal regime, não é essa comutação discursiva que se busca desenvolver no presente trabalho, que terá como enfoque uma análise eminentemente jurídica.

Não se ignora, entretanto, que a discussão em torno dos planejamentos tributários por intermédio da arbitragem fiscal internacional comporta considerações relevantes de cunho político e econômico, sem as quais uma proposta de investigação sobre a arbitragem fiscal por intermédio do uso de instrumentos híbridos não seria completa. Entretanto, tais considerações serão relevantes para se compreender as razões de combate à arbitragem fiscal internacional ou seus efeitos negativos, mas não como critérios, elas mesmas, para se coibir estruturas lícitas.

¹⁵⁵ Por todos, cf. WELLS, Bret; LOWELL, Cym H. Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs. Source. *Columbia Journal of Tax Law*, v. 5, 2013-2014, pp. 3-38. De acordo com os autores, “(...) our belief is that the strict residency-based policy coupled with prevailing transfer pricing concepts favoring one-sided TP methodologies are the ingredients for homeless income and base erosion” (p. 3).

De outro lado, não serão desprezadas as conclusões extraídas de outros ramos do conhecimento, quando dali surgirem efeitos que sejam relevantes para a análise jurídica¹⁵⁶, i.e., quando dos efeitos econômicos exurgirem efeitos jurídicos relevantes que deverão ser analisados e contrabalanceados na análise jurídica empreendida. Assim, a interdisciplinaridade atuará como importante ferramental hermenêutico, bem como o caráter interdisciplinar do objeto de pesquisa será levado em consideração, tomando-se o cuidado, entretanto, para que o escopo do trabalho seja uma análise que seja eminentemente jurídica.

III. PLANO DE ESTUDO

A partir das premissas enunciadas, a pesquisa proposta neste trabalho tem como objetivo identificar os limites à implementação das normas antielisivas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro, em especial, visa demonstrar que as regras anti-híbridos propostas pela OCDE, na configuração sugerida na Ação 2 do Plano de Ação do Projeto BEPS, são incompatíveis com o nosso sistema tributário.

No *Capítulo I*, buscar-se-á compreender as normas antielisivas para a contenção da arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos por meio de seu objeto. Neste intento, será necessário definir premissas fundamentais para o presente estudo, como no que consistem práticas de arbitragem fiscal e como instrumentos financeiros híbridos podem ser utilizados em tais estruturas. Em especial, demonstrar-se-á que nem todos os instrumentos híbridos são propícios para figurar em planejamentos tributários. Distinguindo-se tais instrumentos entre sintéticos (decorrentes de relações contratuais) e institucionais (decorrentes da lei), verificar-se-á que não há como sustentar que o contribuinte que se valeu dos últimos tenha realizado uma prática abusiva e, portanto, poderá ser objeto de uma norma antielisiva específica.

Não há consenso quanto à necessidade de se combater as práticas de arbitragem fiscal internacional, sendo que cada país apresenta diferentes níveis de tolerância a tais práticas e possui experiência diversa neste tópico. No *Capítulo II*, será constatado que as soluções normativas para a sua contenção apresentam variações em cada ordenamento jurídico. Longe de ser irrelevante, a experiência internacional é decisivamente importante,

¹⁵⁶ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15.

pois a peculiar estrutura das regras anti-híbridos sugeridas no âmbito da OCDE decorreu imediatamente das discussões em torno dos méritos e dos resultados de cada uma dessas propostas. Interessante notar que, a partir da implementação das modificações da Diretiva Antielisiva (*Anti-Tax Avoidance Directive – ATAD*) pela Diretiva n. 2017/952/EU, a estrutura das regras anti-híbridos da OCDE passará a ser a mais significativamente adotada pela comunidade internacional e, portanto, apresenta-se com muito maior probabilidade de vir a ser a estruturação de regras anti-híbridos que fossem adotadas em nosso sistema tributário.

O *Capítulo III* será dedicado à análise crítica das normas antielisivas anti-híbridos de instrumentos financeiros propostas na Ação 2 do Projeto BEPS, tanto quanto a sua justificação em relação à estrutura normativa. Após minudente estudo sobre seus elementos estruturantes, constatar-se-á existir nas regras anti-híbridos recomendadas pelas OCDE um paradoxal caráter abusivo positivado. Paradoxal porque as práticas de arbitragem fiscal, em si, não revelam qualquer ilícito, no entanto, o corte normativo proposto pela OCDE denuncia que há situações de arbitragem fiscal por intermédio de instrumentos híbridos que, conquanto impliquem uma dupla não tributação, são toleradas, enquanto que outras passam a ser combatidas.

No *Capítulo IV*, será perquirida a compatibilidade das normas antielisivas anti-híbridos para a contenção de práticas de arbitragem fiscal com instrumentos híbridos proposta na Ação 2 do Projeto BEPS com o sistema tributário brasileiro. Especificamente em relação à regra primária, que veda a dedução de determinadas despesas quando o respectivo benefício não for tributado na outra jurisdição, constatar-se-á a sua incompatibilidade com o Princípio da Capacidade Contributiva, o Princípio da Renda Líquida, e do exame da proporcionalidade. A regra secundária, conquanto satisfaça os pressupostos de aplicação do sistema tributário brasileiro, seria expletiva na conjectura atual, uma vez que não há regra de isenção para dividendos recebidos de empresas situadas no exterior. Por fim, ambas as regras primárias e secundárias não deveriam se pautar a atos e negócios celebrados sob um “arranjo estruturado”, expressão cuja abertura semântica poderá levar à insegurança jurídica.

Se as normas antielisivas anti-híbridos não são compatíveis com o sistema tributário brasileiro, a questão que imediatamente se coloca é se a incompatibilidade é absoluta ou relativa. Cientes das dificuldades para se implementar uma norma antielisiva, no *Capítulo V* deste estudo sugere-se uma estrutura normativa para as regras anti-híbridos que guardem plena aderência com o sistema tributário brasileiro.

CONCLUSÕES

I. PROPOSIÇÕES GERAIS DA TESE

1. O conceito “arbitragem fiscal internacional” refere-se à situação na qual um contribuinte ou grupo de contribuintes contam com diferenças entre sistemas tributários de dois Estados para obter, em estrito cumprimento das respectivas legislações (i.e., conformidade formal e material com as normas tributárias), um benefício fiscal que não seria obtido caso tivesse a estrutura ou a transação ocorrida inteiramente no âmbito doméstico. As práticas de arbitragem fiscal atuam estritamente no campo da licitude, conceitualmente se afastando dos conceitos de abuso, artificialidade ou simulação.

2. Capital próprio (*equity*) e capital de terceiros (*debt*) são categorias essencialmente heterogêneas, embora economicamente intercambiáveis, de formas para se realizar investimentos para o financiamento da atividade exercida por sociedades empresárias. Cada ordenamento jurídico possui critérios próprios para a classificação de determinado instrumento financeiro em uma dessas categorias, o que pode gerar oportunidades para práticas de arbitragem fiscal internacional.

3. Instrumentos híbridos são instrumentos financeiros que possuem tanto características de instrumentos de capital (*equity*) quanto de dívida (*debt*) e que podem ser classificados de formas distintas em duas ou mais jurisdições.

3.1 Instrumentos híbridos podem ser classificados em: (i) instrumentos híbridos institucionalizados (ou legais) e (ii) instrumentos híbridos sintéticos (ou contratuais). Os instrumentos híbridos sintéticos são aqueles customizados sob regime contratual para atender às necessidades individuais de cada investidor, ajustando-se diferentes níveis de proteção, retorno ou liquidez em cada situação. No caso dos instrumentos híbridos institucionalizados, o benefício decorre de expressa previsão em lei, induzindo o contribuinte a adotar o comportamento desejado pelo legislador, sem que se possam alterar as suas características. Situação que é mais afeta à noção de opção fiscal do que ao planejamento tributário.

3.2 A capacidade de decomposição de instrumentos financeiros tradicionais e a livre combinação das características de instrumentos de capital próprio e de terceiros pelo particular não revela por si um comportamento ilícito, sendo, antes, decorrência natural da liberdade negocial das partes, que, nesta matéria, é bastante ampla. No entanto, a

combinação complexa e não usual de tais características, pela qual se anulam as consequências típicas do uso de determinado instrumento financeiro, podem revelar situação que mereça atenção pelas autoridades tributárias, pois podem apontar indícios de uma dissimulação, ou, ainda, de um abuso do poder econômico.

4. Não obstante a dupla tributação e o combate à evasão fiscal internacional tenham sido o foco de ação da OCDE e da comunidade internacional, principalmente a partir do Projeto BEPS, tem se intensificado a preocupação com o fenômeno da “dupla não tributação”. Tal resultado não decorre, necessariamente, de uma situação abusiva, mas pode exsurgir como resultado econômico natural de planejamentos tributários internacionais consistentes na exploração de oportunidades decorrentes de tratamentos legislativos assimétricos conferidos a uma determinada estrutura ou transação pelas jurisdições envolvidas (i.e., práticas de arbitragem fiscal internacional).

4.1 A Ação 2 do Projeto BEPS busca, fundamentalmente, dar uma resposta a práticas de arbitragem fiscal por intermédio de arranjos híbridos, mediante a coordenação entre as jurisdições envolvidas, tanto em suas legislações domésticas quanto nos acordos para evitar a dupla tributação por eles celebrados.

4.2 Fundamentalmente, a OCDE propõe a introdução, pelos legisladores dos diversos países, de uma “regra primária”, que impõe ao Estado da fonte pagadora negar a dedutibilidade de determinado pagamento realizado por um residente a outra pessoa, situada em outra jurisdição, dentro do contexto de um arranjo híbrido. De outro lado, sugere-se também a implementação de uma “regra secundária” (ou “defensiva”), a ser implementada e aplicada pelo Estado do beneficiário, retirando o benefício fiscal (v.g., uma isenção) que o rendimento derivado de um pagamento dedutível em outra jurisdição receberia, sempre que o Estado da fonte não aplicar uma “regra primária”.

4.3 Tais regras anti-híbridos têm apenas o condão de modificar (“reconciliar”) as consequências tributárias de um arranjo híbrido nas jurisdições envolvidas, sem, no entanto, modificar a qualificação do instrumento ou do pagamento realizado, seja para fins tributários, empresariais, seja contábeis.

5. Em seus relatórios, a OCDE elenca cinco motivos de política fiscal para que uma jurisdição introduza regras anti-híbridos em seu ordenamento jurídico: (i) erosão da base tributária dos países envolvidos; (ii) diminuição do nível de eficiência do sistema tributário; (iii) implicação de distorções concorrenciais; (iv) ausência de adequada transparência fiscal; e (v) injustiças dentro de um sistema tributário. No entanto, todas as justificativas apresentadas pela OCDE são passíveis de questionamento.

6. Na Ação 2 do Projeto BEPS, a OCDE adotou uma postura pragmática – criticavelmente parcial e remedial – no que tange às propostas de normas antielisivas para a contenção da arbitragem fiscal, sugerindo, com base na experiência internacional, a implementação de normas antielisivas específicas. Não houve, pois, a introdução de uma solução holística ou principiológica, capaz de lidar com o fenômeno da “dupla não tributação”, em todas as suas manifestações, ou de garantir uma “aplicação consistente” dos sistemas tributários.

7. A aplicação das regras antielisivas específicas para a contenção de arranjos com instrumentos financeiros híbridos, propostas pela OCDE, exige que sejam satisfeitos quatro pressupostos objetivos: (i) o uso de um instrumento financeiro híbrido pelo contribuinte; (ii) a existência de um pagamento; (iii) um efeito assimétrico no tratamento tributário (*mismatch*) que implique uma situação de dedução no Estado da fonte, sem a correspondente tributação no Estado de residência do beneficiário; e (iv) a presença de um elemento híbrido (*hybridity*) como causa da assimetria existente.

7.1 Ademais, a OCDE não se contentou somente com a delimitação de critérios objetivos para aplicação das regras anti-híbridos, limitando-se a situações com pagamentos realizados (i) a partes relacionadas ou (ii) no âmbito de um arranjo estruturado.

7.2 Especificamente à referência a “arranjos estruturados”, é possível constar que inequivocamente ela implica indesejável subjetivismo e arbitrariedade ao aplicador da lei, dada a abertura e a fluidez dos termos empregados nos testes sugeridos pela OCDE para sua identificação, como “observador imparcial” e “pessoa razoável e prudente”. A nosso ver, a inserção de um conceito vago como este para se definir os limites a práticas de planejamentos tributários pelo contribuinte parece ser incompatível com sistemas tributários que, assim como o brasileiro, prestigia, sobretudo, a certeza do direito, a segurança jurídica e a estrita legalidade.

8. Nos casos em que o legislador tributário identifique um campo propício à evasão fiscal, ele poderá alterar o direito positivo, visando inibir tais ocorrências, por intermédio da introdução de normas antielisivas específicas que permitam o controle efetivo de práticas evasivas ou abusivas pelo contribuinte, que se coloca em posição privilegiada diante dos entes tributantes, de um lado, e dos demais contribuintes, de outro.

9. Abusivo é o ato cujo efeito (não tributação) não for sustentado pelo ordenamento jurídico, por implicar um tratamento diferenciado sem base em valores constitucionais.

9.1 A análise da estrutura das regras anti-híbridos proposta pela OCDE revela que, normativamente, não foi considerada abusiva, em si, a obtenção de um resultado de “dupla

não tributação” e nem que a economia tributária por si seria contrária ao ordenamento jurídico. No entanto, a consequência gerada por esse resultado em situações determinadas que acabam por implicar um tratamento anti-isonômico que não se sustenta perante o sistema jurídico é a obtenção de vantagem concorrencial pelo abuso do poder econômico de empresas transnacionais em transações com arranjos híbridos.

9.2 O abuso do poder econômico ocorre quando uma determinada empresa atua de forma prejudicial à concorrência, valendo-se de sua grandeza diferencial (dimensão própria da empresa ou sua vinculação consorcial), bem como de sua capacidade de ação estratégica sobre um mercado que conhece melhor do que seus concorrentes. No entanto, haverá abuso desse poder – ilícito – nos casos em que referidos elementos estruturais e de ação estratégica forem utilizados em sentido contrário do padrão ético-comercial, i.e., com abuso da situação privilegiada que possui no mercado.

9.3 Eis exatamente a situação que as regras anti-híbridos pretendem coibir: que as assimetrias das legislações existentes nos diferentes ordenamentos jurídicos não abram espaço para que empresas multinacionais, valendo-se de sua dimensão e possibilidade de ação no mercado financeiro diferenciadas, possam obter vantagens tributárias às quais outros contribuintes não consigam ter acesso e, assim, afetar negativamente a livre concorrência.

9.4 Embora seja muito difícil afirmar quando há um abuso de poder econômico na utilização de instrumentos híbridos, neste ponto, parece-nos que o uso de cláusulas de neutralização na combinação das diferentes características dos instrumentos de capital próprio e de dívida, permitindo que determinado contribuinte obtenha um benefício ao se valer de um determinado instituto jurídico sem assumir plenamente as suas consequências normativas típicas, de um lado, somente é possível devido à estrutura internacional (que, neste caso, configura uma situação privilegiada, pois não disponível a maior parcela dos outros *players* do mercado), e de outro, possa indicar uma situação que, conquanto lícita, aponta um desvio do padrão do comportamento das empresas no mercado, com vistas a práticas de atos que podem prejudicar a livre concorrência.

10. As normas antielisivas anti-híbridos recomendadas pela OCDE, para transações com instrumentos financeiros híbridos, somente têm o condão de atingir condutas abusivas: situações em que empresas multinacionais se valem do seu poder econômico (estrutural) para atuar em desconformidade com o padrão de mercado (pela livre manipulação das características do instrumento híbrido), com vistas a práticas que afetem a

livre concorrência em relação a contribuintes que não teriam acesso a essas mesmas oportunidades.

11. Conquanto os pagamentos a título de juros sobre o capital próprio (JCP) entre partes relacionadas e dentro de um mesmo grupo econômico não estejam textualmente excluídos do seu âmbito de aplicação, a constatação do caráter antiabuso das regras anti-híbridos infirma tal possibilidade. Não se está diante de um instrumento normativo utilizado pelos contribuintes para realizar “planejamentos tributários agressivos”. Não se trata de um instrumento sintético, decorrente da recomposição artificial das características de capital próprio e de terceiros pelas partes, a critério e conveniência exclusiva da vontade das partes, mas de um instrumento financeiro que, posto híbrido, é institucionalizado.

12. A implementação das regras anti-híbridos não implica uma incoerência interna do ordenamento jurídico, no sentido de admitir interpretações distintas de um mesmo conceito jurídico a depender do significado atribuído por outras jurisdições envolvidas, e nem mesmo uma incoerência interna o fato de exigir a heterointegração da norma para sua aplicação, como, de resto, encontramos em diversas outras normas jurídicas positivadas em matéria tributária.

13. A tributação da renda conforme a capacidade contributiva se concretiza por intermédio do Princípio da Renda Líquida. No Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, o legislador constituinte não se contentou com meros ingressos no patrimônio do contribuinte, exigindo-se, antes, o efetivo auferimento de renda realizada para dar nascimento à relação jurídica tributária, i.e., após a consideração de todos os gastos da atividade empresarial necessários à obtenção da riqueza sujeita à incidência do imposto. Independentemente de o intérprete adotar uma aproximação conceitual ou tipológica para conferir significado aos signos utilizados no texto constitucional para a discriminação de competências tributárias, não se admite em nosso sistema tributário um completo afastamento do Princípio da Renda Líquida no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

13.1 As regras anti-híbridos primárias, tal como estruturadas pela OCDE, são incompatíveis com o sistema tributário brasileiro, porquanto impõem uma tributação em desconformidade com a capacidade contributiva do contribuinte, não levando em consideração gastos necessários para o exercício da atividade desenvolvida ou para a manutenção da fonte produtora da renda.

14. De outro lado, não viola e tampouco constitui forçosa imposição do Princípio da Capacidade Contributiva a implementação das regras anti-híbridos secundárias, que

excepcionam uma possível regra de isenção de dividendos, determinando a inclusão de tais rendimentos na base de cálculo do imposto sobre a renda do beneficiário.

14.1 Não existe, hoje, em nosso ordenamento jurídico brasileiro, uma isenção com aplicação irrestrita a todos os dividendos recebidos por beneficiários brasileiros, independentemente da localização da fonte pagadora. Ainda assim não haveria violação da capacidade contributiva na decisão de o legislador ordinário excepcionar eventual isenção nesta conformação em prol do combate a práticas abusivas. Isso porque a isenção dos dividendos distribuídos não tem como fundamento a tributação em conformidade à capacidade contributiva, mas evitar uma dupla tributação econômica decorrente do método de integração parcial entre pessoa jurídica e seus sócios. Assim, não há uma vedação *a priori* do efeito próprio das regras secundárias.

15. A aplicação das regras anti-híbridos sugeridas pela OCDE, tanto primárias quanto secundárias, não implica violação da isonomia, porquanto o seu caráter antiabuso atua como fundamentação para o tratamento distinto entre contribuintes em situações em princípio semelhantes. Somente pela eliminação da prática abusiva do poder econômico, que conduz a um benefício às empresas que praticam operações internacionais, é que se pode restaurar o equilíbrio entre os contribuintes de uma determinada jurisdição e não causar óbices ou distorções de natureza tributária à capacidade de internacionalização das empresas nacionais.

16. As regras anti-híbridos primárias, não obstante adequadas, não passam pelo teste da necessidade, uma vez que propugna a vedação absoluta à dedutibilidade de despesas operacionais com juros, ainda que usuais e necessárias à consecução do negócio, restringindo excessivamente direitos do contribuinte em comparação a alternativas normativamente possíveis para combater o abuso do poder econômico, como o uso de presunções relativas ou a limitação da dedutibilidade a uma determinada porcentagem prevista em lei.

16.1 As regras secundárias não apresentam qualquer vício de proporcionalidade: a promoção da finalidade da norma (combate ao abuso do poder econômico e, conseqüentemente, promoção à livre concorrência) justifica a adoção da medida sugerida pela OCDE, especialmente em razão de a regra secundária não implicar restrições significativas aos direitos fundamentais dos contribuintes envolvidos, tampouco discriminações injustificadas.

17. Toda a proposta de criação de uma norma antielisiva exige a adequada reflexão acerca de três pilares: (i) administrabilidade; (ii) eficiência; e (iii) direitos dos contribuintes.

18. As regras anti-híbridos, enquanto normas antielisivas específicas, deverão ser aplicadas concomitantemente às demais normas antielisivas específicas aplicáveis às situações contidas em seu antecedente normativo (situações envolvendo pagamentos entre empresas relacionadas situadas em jurisdições distintas, em razão de um instrumento de dívida/capital).

18.1 Caso o legislador ordinário venha a instituir uma regra primária anti-híbrido, aplicar-se-ão concomitantemente sobre um mesmo fato (pagamento de juros à parte relacionada no exterior) as regras anti-híbridos, de subcapitalização e de preços de transferência. O resultado desse encadeamento normativo será a indedutibilidade do maior valor apurado pela concomitante aplicação de todas as normas antielisivas. Demais disso, a dedutibilidade dos juros dependerá, ainda, do cumprimento da regra do art. 47 da Lei n. 4.506/1964, revelando-se despesa usual e necessária da fonte pagadora.

18.2 No que se refere à coordenação das regras anti-híbridos com as regras de tributação dos lucros auferidos no exterior, se a vantagem tributária global pressuposta para a configuração da situação abusiva, objeto das regras anti-híbridos, for coibida pelas regras de tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas no exterior, faltaria um dos elementos necessários para a sua aplicação. Assim, especificamente no caso das regras primárias, é necessário que haja um mecanismo normativo, tal como o art. 86 da Lei n. 12.973/2014, para permitir a dedução do lucro real e da base de cálculo da CSLL dos valores referentes às adições, espontaneamente efetuadas, decorrentes da aplicação das regras anti-híbridos primárias, nos casos em que os lucros auferidos no exterior tenham sido considerados na respectiva base de cálculo do IRPJ e da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil.

19. Não há uma norma geral antiabuso em nosso sistema tributário. Em relação à coordenação das regras anti-híbridos com a regra do parágrafo único do art. 116 do CTN, verifica-se que a norma antidissimulação nela veiculada em nada afetaria a aplicação das regras anti-híbridos: (i) seja pelos seus escopos, que são radicalmente distintos e de aplicação independente; (ii) seja pela ineficácia técnica da norma antidissimulação.

20. As normas antielisivas anti-híbridos, naquilo em que forem incompatíveis com os acordos de bitributação, serão desprovidos de eficácia. Em todo caso, deverá prevalecer

a norma convencional, sob pena de um Estado praticar o “tax treaty override” e violar as disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

20.1 Diante da incompatibilidade das regras secundárias com o método de isenção do art. 23 dos acordos de bitributação, é necessário que o Brasil proceda às modificações em seus acordos para inserir as ressalvas quanto à compatibilidade das regras anti-híbridos incluídas na legislação doméstica com o método de isenção ou, então, cláusula que condicione a concessão da isenção ao não reconhecimento do valor pago ao beneficiário como despesa dedutível pelo Estado da fonte.

20.2 Não obstante as regras anti-híbridos primárias não impliquem uma expressa diferenciação entre pagamentos realizados a residentes e não residentes, pelo menos não sob uma perspectiva formal, elas implicam um tratamento discriminatório de fato, vedado pelo art. 24, § 4º, da Convenção Modelo da OCDE.

II. PROPOSIÇÕES ESPECÍFICAS DA TESE

21. As regras anti-híbridos sugeridas pela OCDE não possuem finalidade meramente fiscal. Não há critérios seguros que permitam identificar qual jurisdição sofreu a erosão de sua base tributária – ou em que medida – em decorrência das práticas de arbitragem fiscal internacional pela exploração de assimetrias decorrentes do uso de instrumentos financeiros híbridos. Infere-se, pois, que a finalidade das regras anti-híbridos não é fiscal, na medida em que não se presta a ajustar a repartição da carga tributária em conformidade com a capacidade contributiva, que, inclusive, é respeitada considerando individualmente as regras vigentes nas jurisdições envolvidas.

22. É possível inferir um caráter antiabuso (extrafiscal) nas regras anti-híbridos recomendadas na Ação 2 do Projeto BEPS. Da estrutura normativa das regras anti-híbridos propostas no Relatório Final da Ação 2 do Projeto BEPS, é possível inferir um caráter antiabuso: o seu objeto não é qualquer prática de arbitragem fiscal, nem toda situação que resulte em “dupla não tributação”, mas somente a situação em que as partes, valendo-se de sua estrutura internacional ou da sinergia decorrente de um arranjo estruturado, realizam práticas de arbitragem fiscal internacional que explorem assimetrias existentes na legislação de duas ou mais jurisdições, permitindo uma vantagem tributária global em sua transação internacional, pela manipulação das características do instrumento financeiro híbrido (“sintético”). Trata-se de ato abusivo de poder econômico que gera uma vantagem concorrencial não amparada pelo ordenamento jurídico, que coloca as partes

envolvidas em posição de vantagem não apenas em relação às Administrações Tributárias, como também em relação a outros contribuintes.

23. As normas antielisivas anti-híbridos, na estrutura proposta pela OCDE, não guardam plena aderência com o sistema tributário brasileiro. As normas antielisivas anti-híbrido primárias sugeridas pela OCDE, ao limitar em absoluto o direito à dedutibilidade dos contribuintes de despesas necessárias com o pagamento de juros para o financiamento de suas atividades empresariais, implicam violação do Princípio da Capacidade Contributiva, ao se afastar do Princípio da Renda Líquida, bem como não passam no exame da proporcionalidade, porquanto a medida não é necessária ou proporcional em sentido estrito. De outro lado, as normas antielisivas anti-híbridos secundárias apenas veiculam uma regra de exceção à aplicação da isenção de dividendos recebidos que, por não ter como fundamento a capacidade contributiva, pode ser restringida em face da finalidade antiabuso. Seja como for, o uso de presunções absolutas, em ambos os casos, torna as referidas medidas normativas incompatíveis com o sistema tributário constitucional brasileiro.

24. A eventual introdução de normas antielisivas anti-híbridos no direito positivo brasileiro impõe a limitação do escopo subjetivo e o uso de presunções relativas. Em nosso entendimento, caso o legislador opte por coibir práticas de arbitragem fiscal internacional por intermédio do uso de instrumentos financeiros híbridos, adotando as recomendações da OCDE naquilo que cabível em nosso sistema jurídico, sugere-se a implementação das referidas regras, restringindo sua aplicação a partes associadas ou a grupos econômicos (de direito), conferindo ao contribuinte a oportunidade de comprovar não se tratar de hipótese abusiva para excepcionar a aplicação da regra (i.e., passa-se a recorrer à presunção relativa e não mais a uma presunção absoluta). Eis a feição da norma antielisiva anti-híbrido que guarde plena aderência às exigências do sistema tributário brasileiro.

25. A introdução da norma antielisiva anti-híbridos secundária não é necessária em nosso ordenamento jurídico. Uma vez inexistente no direito posto uma norma de isenção do imposto de renda para dividendos distribuídos por pessoas jurídicas não residentes, sua implementação seria desnecessária, pois o efeito que busca evitar (i.e., uma situação de “dedução/não inclusão”) não seria normativamente possível.

26. No sistema tributário brasileiro, somente é possível, com as devidas adaptações, a introdução da norma antielisiva anti-híbridos primária. É forçoso reconhecer, pois, existir um espaço para a introdução da regra anti-híbridos primária em

nosso ordenamento jurídico, uma vez realizadas as modificações propostas no presente trabalho (i.e., limitação de seu escopo pessoal para partes associadas, excluindo-se a referência a “arranjos estruturados”, bem como pelo uso de presunção relativa). Com efeito, seu objeto é restrito à análise do próprio instrumento financeiro utilizado, impondo a indedutibilidade das despesas de juros pagos sempre que presumida a situação de abuso de poder econômico, pressuposta no antecedente normativo das regras antielisivas anti-híbridos. Assim, caberá ao contribuinte, diante da presunção relativa veiculada pela regra anti-híbrido implementada em conformidade com nossa proposta, demonstrar que não houve abuso em sua transação, i.e., comprovar que não se valeu de sua dimensão internacional privilegiada para combinar as características de instrumentos de dívida e de capital para a livre conformação do instrumento híbrido, de modo a lhe permitir uma combinação não disponível a outros concorrentes no mercado.

BIBLIOGRAFIA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTMAN, Z. Daniel. Cross-border tax arbitrage. *Bulletin for International Taxation*, v. 66, n. 9. Amsterdam: IBFD, 2012.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e aplicação da lei tributária. In. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, ICET: Fortaleza, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

AVI-YONAH, Reuven S. Commentary (response to article by H. David Rosenbloom). *Tax Law Review*, v. 53, n. 2. Michigan, 2000.

- AVI-YONAH, Reuven. Double or nothing: a tax treaty for the 21st century. *Law and Economics Research Paper Series*. Paper n. 12-009. Michigan: University of Michigan, 2012.
- AVI-YONAH, Reuven. *International Tax as International Law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- AVI-YONAH, Reuven S. Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime. *Bulletin for International Taxation*, v. 61, n. 4. Amsterdam: IBFD, 2007.
- AVI-YONAH, Reuven S.; SARTORI, Nicola; MARIAN, Omri. *Global perspectives on income taxation law*. New York: Oxford University Press, 2011.
- BAKER, Philip. A tributação internacional no século XXI. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 19. São Paulo: Dialética, 2005.
- BAKER, Philip. The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- BALCO, Tomas. ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive. *European Taxation*, v. 57, n. 4. Amsterdam: IBFD, 2017.
- BARBOSA, Mateus Calicchio. *O procedimento amigável nos acordos de bitributação brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- BARRETO, Paulo Ayres. Algumas reflexões sobre o “propósito negocial” no direito tributário brasileiro. In: CARVALHO Cristiano (Coord.). *Direito tributário atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo; SANTIAGO, Igor Mauler; LIMA, Daniel Serra; FONSECA, Fernando Daniel de M. (Orgs.). *O ágio no direito tributário e societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- BARRETO, Paulo Ayres. Conceitos constitucionais e competência tributária. In: SANTOS, Nélida Cristina dos. *Temas de direito tributário: estudos em homenagem a Eduardo Bottallo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto de renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.
- BARRETO, Paulo Ayres. Juros sobre capital próprio: não incidência de PIS e COFINS. *Revista de Direito Tributário*, n. 100. São Paulo: Malheiros, s.d.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016.
- BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistemas jurídicos. In. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo lógico-semântico*. Volume I. São Paulo: Noeses, 2014.
- BARRETO, Paulo Ayres; KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. As regras brasileiras e as diretrizes internacionais sobre subcapitalização: diversidade de perspectivas. In. SAUNDERS, Ana Paula [et al]. (Orgs.). *Estudos de tributação internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Entre o direito tributário e a nova contabilidade: a questão da tributação dos dividendos na Lei nº 12.973/14. In. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. Volume 19. São Paulo: Dialética, 2015.
- BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na Era Pós-BEPS. In. CARVALHO, Paulo de Barros (Org.). *XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários – IBET*. São Paulo: Noeses, 2016.
- BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do resultado das coligadas e controladas no exterior, em face da Lei nº 12.973/14. In. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. Volume 18. São Paulo: Dialética, 2014.
- BÄRSCH, Eric-Sven. *Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context*. Heidelberg: Springer, 2012.

- BÄRSCH, Sven-Eric; SPENGEL, Christoph. Hybrid mismatch arrangements: OECD recommendations and German practice. *Bulletin for International Taxation*, v. 67, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2013.
- BECERRA, J.A. Chapter 2: International Double Taxation, Tax Evasion and Aggressive Tax Planning. In. *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*. 2nd Edition. Amsterdam: IBFD, 2013, Online Books IBFD.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4^a Edição. São Paulo: Noeses, 2007.
- BECKER, Helmut. Treaty Override or: Beware of the Beginning. *Intertax*, v. 25, n. 2. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 1997.
- BENÉITEZ RÉGIL, Paula. BEPS Action 2,3 and 4 and the fundamental freedoms: is there a way out? *European Taxation*, v. 56, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2016.
- BENSHALOM, Ilan. How to live with a tax code with which you disagree: doctrine, optimal tax, common sense, and the debt-equity distinction. *North Carolina Law Review*, v. 88, 2010.
- BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.
- BIRK, Dieter. *Steuerrecht*. 16. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2013.
- BISPO, Rafael Minervino. Cross-border intra-group hybrid finance: A comparative analysis of the legal approach adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States. *Bulletin for International Taxation*, v. 67, n. 7. Amsterdam: IBFD, 2013.
- BLESSING, Peter H. The debt-equity conundrum – a prequel. In. MARRES, Otto C. R.; WEBER, Dennis (Eds.). *Tax treatment of interest for corporations*. IBFD Online Books, 2013.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª Edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BOER, Reinout de; MARRES, Otto. BEPS Action 2: Neutralizing the effects on hybrid mismatches arrangements. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle*. São Paulo: Noeses, 2015.
- BORENSTEIN, Sophie. France Finalizing Anti-Hybrid Financing Guidelines. In. *74 Tax Notes International*, May 19th, 2014.
- BORGES, Alexandre Siciliano; TAKANO, Caio Augusto. The improper use of Country-by-Country Reports: some concerns on the Brazilian approach to BEPS Action 13. *Intertax*, v. 45, n. 12. Deventer: Kluwer Law, 2017.
- BORGES, José Souto Maior. A isonomia tributária na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Tributário*, n. 64. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOYLE, Mark. Cross-border tax arbitrage – Policy choices and political motivations. *British Tax Review*, vol. 50, n. 5. London: Sweet & Maxwell, 2005.
- BRAUNER, Yariv. An international tax regime in crystallization. *56 Tax Law Review*, 2003.
- BRAUNER, Yariv. BEPS: An Interim Evaluation. *6 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014.
- BRAUNER, Yariv. United States. In. DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.
- BRAUNER, Yariv. The bad, the worse and the ugly: BEPS Action Items 2 and 3. Work on hybrid mismatches – Selected issues. In. DANON, Robert (Ed.). *Base erosion and*

- profit shifting (BEPS): Impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016.
- BRAUNER, Yariv. The U.S. and the international tax regime. In. AVI-YONAH, Reuven S.; RING, Diane M.; BRAUNER, Yariv. *U.S. international taxation: cases and materials*. 3rd Edition. New York: Foundation Press, 2011.
- BRAUNER, Yariv. Treaties in the aftermath of BEPS. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 41, n. 3, 2016.
- BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, n. 2, v. 16. Gainesville: University of Florida College of Law, 2014.
- BRIGGS, Charles W. Taxation is not for fiscal purpose only. *American Bar Association Journal*, v. 52, Jan. 1966.
- BUNDGAARD, Jakob. Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage – The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments. *Bulletin for International Taxation*, v. 67, n. 4/5. Amsterdam: IBFD, 2013.
- BUNDGAARD, Jakob. Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived There from under EU Corporate Tax Directives – Part 1. *European Taxation*, v. 50, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2010.
- BUNDGAARD, Jakob. Cross-border tax arbitrage using inbound hybrid financial instruments curbed in Denmark by unilateral reclassification of debt into equity. *Bulletin for International Taxation*, v. 62, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2008.
- BUNDGAARD, Jakob. *Hybrid financial instruments in international tax law*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017.
- CALDAS, Marta. O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal? *Cadernos IDEFF*, n. 18. Coimbra: Almedina, 2015.
- CALVO, Rafael; SAN SALVADOR, Elisa. Tax Treatment of JSCPs in Spain: Past, Present and Future. *European Taxation*, v. 57, n. 10. Amsterdam: IBFD, 2017.
- CAPALDO, Pellegrino. *Capitale proprio e capitale di credito nel finanziamento d'impresa*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967.

- CARRERO, José Manuel Calderón; SEARA, Alberto Quintas. The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning. *Intertax*, vol. 44, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- CARVALHO, Nelson. Instrumentos financeiros híbridos. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Org.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. 2º Volume. São Paulo: Dialética, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6ª Edição. São Paulo: Noeses, 2015.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e positivação no direito tributário*. Volume I. São Paulo: Noeses, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico: obras completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento tributário internacional: conceito de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- CLEMENTE, Joan-Francesc Pont. *La economia de opción*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- COLLIER, Richard. Relevance of the OECD BEPS Project to Derivatives and Financial Instruments. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 16, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2014.

- COOPER, Graeme. Some Thoughts on the OECD's Recommendations on Hybrid Mismatches. *Bulletin for International Taxation*, v. 69, n. 6/7. Amsterdam: IBFD, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, n. 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CRACEA, Andrei. OECD Actions to counter tax evasion and tax avoidance (2013): Base Erosion and Profit Shifting and the proposed Action Plan, aggressive tax planning based on after-tax hedging and automatic exchange of information as the new standard. *International Bureau of Fiscal Documentation, European Taxation*: November 2013.
- DE BROE, Luc. At last, some output on the fight against double non-taxation. *EC Tax Review*, n. 6. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- DE GROOT, I.M. Interest Deduction and the CCCTB: A Walk in the Park for Tax Advisors? *Intertax*, n. 11, v. 41. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2013.
- DE LA BLÉTIÈRE, Emmanuel Raingard. France. In. DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.
- DE LA FERIA, Rita. Harmonizing anti-tax avoidance rules. *EC Tax Review*, n. 3. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017.
- DE LILLO, Francesco. *In search of single taxation: The twilight of an idol?* Thesis. Advanced Master's International Tax Law. University of Amsterdam: IBFD, 2017.

- DE WILDE, M.F. The CCCTB Relaunch: A Critical Assessment and Some Suggestions for Modification In. PISTONE, Pasquale (Ed.). *European Tax Integration: Law, Policy and Politics*. Amsterdam: IBFD, 2018, Online Books.
- DEAN, Steven. More cooperation, less uniformity: tax deharmonization and the future of the international tax regime. *Tulane Law Review*, v. 84, 2009.
- DEBELVA, Filip; LUTS, Joris. The general anti-abuse rule of the Parent-Subsidiary Directive. *European Taxation*, v. 55, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2015
- DERZI, Misabel Abreu Machado. A praticabilidade, a substituição tributária e o direito fundamental à justiça individual. In. FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In. CARVALHO, Maria Augusta Machado de (Coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DOURADO, Ana Paula. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: the EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- DOURADO, Ana Paula. Interest limitation rule in the ATAD and the net taxation principle. *EC Tax Review*, v. 45, n. 3. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2017.
- DUNCAN, James A. tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions. General Report. In. *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXXXVa. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2000.

- EDEN, Sandra. United Kingdom. In. DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.
- EDGE, Stephen. Base erosion and profit shifting: A roadmap for reform – Tax arbitrage with hybrid instruments. *Bulletin for International Taxation*, v. 68, n. 6/7. Amsterdam: IBFD, 2014.
- EHRKE-RABEL, Tina; KOFLER, Georg. Gratwanderungen – Das Niemandsland zwischen aggressiver Steuerplanung, Missbrauch und Abgabenhinterziehung. *Österreichische Steuerzeitung*, n. 19, Oktober 2009.
- ELLSCHIED, Gunther. O problema do direito natural: uma orientação sistemática. In. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.
- EMMERICH, Adam O. Hybrid Instruments and the Debt-Equity Distinction in Corporate Taxation. *University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 1, 1985.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. In. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. La privatización de la gestión tributaria y las nuevas competencias de los Tribunales Económico-Administrativos. *Revista Española de Derecho Financiero*, n. 37. Madrid: Civitas, 1983.
- FLORES, Eduardo da Silva. *Os efeitos do registro patrimonial de instrumentos financeiros híbridos: Uma análise internacional*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo (FEA), 2016.
- GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- GOULDER, Robert. International Fiscal Association's Munich World Congress Discusses Hybrid Financial Instruments. In. *21 Tax Notes International*, September 11th, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3^a Edição. São Paulo: Dialética, 2011.
- GREENAWAY, T. D.; MARION, M. L. A simple debt-equity test. *Tax Lawyer*, v. 66, n. 1, April 2012.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Tradução de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.
- GUTMANN, Daniel [et al]. The impact of the ATAD on domestic system: a comparative survey. *European Taxation*, v. 57, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2017.
- HAASE, Florian. *Internationales und Europäisches Steuerrecht*. 3. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2011.
- HAIG, Robert Murray. The cost to business concerns of compliance with tax laws. *Management Review*, n. 24: November, 1935.
- HELMINEN, Marjaana. Corporate tax directives in EU Tax Law. *Direct Taxation – 2017*. Amsterdam: IBFD, 2017.
- HELMINEN, Marjaana. Classification of cross-border payments on hybrid instruments. *Bulletin for International Taxation*, v. 58, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2004, p. 57.
- HELMINEN, Marjaana. EU law compatibility of BEPS Action 2 Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements. *British Tax Review*, vol. 60, n. 3. London: Sweet & Maxwell, 2015.

- HELMINEN, Marjaana. *The International Tax Law concept of dividend*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad económica y sistema fiscal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- HOLMES, Kevin. *The concept of income: a multi-disciplinary analysis*. Alphen aan Den Rijn: IBFD Publications, 2001.
- HOLZMAN, Robert S. The interest-dividend guidelines. *Taxes – the Tax Magazine*, v. 47, n. 1, 1969.
- HREHOROVSKA, Lucia. Tax Harmonization in the European Union. *Intertax*, n. 3, v. 34. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- IBFD. *BEPS in Latin America (Part II): A review of the implementation of Actions 2, 3, 4 and 12*. Amsterdam: November, 2018.
- KAHLENBERG, Christian. The tax treatment of hybrid financial instruments. *European Taxation*, v. 55, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2015.
- KAHLENBERG, Christian; KOPEC, Agnieszka. Hybrid mismatches arrangements – a myth or a problem that still exists? 2 *World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2016.
- KANE, Mitchell A. Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage. *Emory Law Journal*, v. 53, 2004.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática-jurídica. In. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KEMMEREN, Eric C. C. M. *Principle of origin in tax conventions – A rethinking of models*. Dongen: Pijnenburg Vormgevers/Kemmeren, 2001.
- KIRCHHOF, Paul. *Tributação no estado constitucional*. Trad. de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- KLEINBARD, Edward D. Stateless income. *Florida Tax Review*, n. 9, v. 11. Gainesville: University of Florida College of Law, 2011.
- KOFLER, Georg. Article 9. In. REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (Ed.). *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 4th Edition. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- KOFLER, Georg. Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht. In. HÜTTERMANN, Rainer (Hrsg.). *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2010.
- KOFLER, Georg; KOFLER, Herbert. Internationale Steuerarbitrage. In. BRÄHLER, Gernot; LÖSEL Christian. *Deutsches und internationales Steuerrecht*. Wiesbaden: Gabler, 2009.
- KOPPELMAN, Stanley A. Tax arbitrage and the interest deduction. *Southern California Law Review*, v. 61, 1998.
- KORYCKA, Milena. The principles of law, the test of coherence and political morality. In. BOROWSKI, Martin (Ed.). *On the nature of legal principles*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2010.
- KRAHMAL, Andriy. International hybrid instruments: jurisdiction dependent characterization. *Houston Business and Tax Law Journal*, v. V, 2005.
- KREVER, R.E. General report: GAARs; In. LANG, Michael [et al] (Eds.). *GAARs – A key element of tax systems in the post-BEPS tax world*. Online Books IBFD, 2016.

- LANG, Joachim. A tributação das empresas no contexto da concorrência internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 25. São Paulo: Dialética, 2011.
- LANG, Michael. “Aggressive Steuerplanung”- Eine Analyse der Empfehlung der Europäischen Kommission. *Steuer und Wirtschaft (SWI)*, v. 23, n. 2. Wien: Linde, 2013.
- LANG, Michael. *Introduction to the law of double taxation conventions*. 2nd Edition. Wien: Linde, 2013.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4^a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LAW, Shee Boon Law; KINDS, Marjolein. Hybrid Instruments in the Post-BEPS Era. In. COTRUT, M. [et al] (Eds.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*. Online Books IBFD, 2015.
- LEONE, Francesco; ZANOTTI, Emiliano. Notional Interest Deduction Regime Introduced. *European Taxation*, v. 52, n. 8. Amsterdam: IBFD, 2012.
- LOPES, Aleksandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. O direito contábil – fundamentos conceituais, aspectos da experiência brasileira e implicações. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Aleksandro Broedel (Coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. Volume 1. São Paulo: Dialética, 2010.
- LOPES, Tatiana. Instrumentos financeiros híbridos, compostos e derivativos embutidos: impactos da não regulamentação do tema pela MP 627/2013. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Aleksandro Broedel (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. Volume 5. São Paulo: Dialética, 2014.
- LOPES DIAS, Gaspar. *Tax Arbitrage through Cross-Border Financial Engineering*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

- LÜDICKE, Jürgen. The BEPS work on hybrid mismatches – Selected issues. In. DANON, Robert (Ed.). *Base erosion and profit shifting (BEPS): Impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016.
- MACHADO, Brandão. Notas de direito comparado – tributação na fonte e substituição tributária. In. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Direitos fundamentais do contribuinte e efetividade da jurisdição*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Competência tributária: entre a rigidez do sistema e a atualização interpretativa*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MAFFEZZONI, Federico. *Il Principio di Capacità Contributiva nel Diritto Finanziario*. Torino: Torinese, 1970.
- MAISTO, Guglielmo. EU and OECD convergence on international tax standards – Focus on aggressive tax planning and its foreseeable future developments. In. DANON, Robert (Ed.). *Base erosion and profit shifting (BEPS): Impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016.
- MALHERBE, Jacques; VETTORI, Gustavo G. Deducting interest on equity capital: economics of Brazilian and Belgian tax rules compared. In. TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional aplicado*. Volume VI. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MARCHGRABER, Christoph. Tackling deduction and non-inclusion schemes – The proposal of the European Commission. *European Taxation*, v. 54, n. 4. Amsterdam: IBFD, 2014.
- MARTÍN LÓPEZ, Jorge; GIL GARCÍA, Elizabeth. Spain. In. DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.

- MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. Abuse and aggressive tax planning: Between OECD and EU initiatives – The dividing line between intended and unintended double non-taxation. *5 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2017.
- MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. Institutional hybrid financial instruments and double non-taxation under domestic rules and tax treaty law: the example of Spain. *Intertax*, v. 44, n. 6/7. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MAY, Gregory. Getting realistic about international tax arbitrage. *Taxes – The tax Magazine*, March 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Direito tributário internacional: a arbitragem nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- MOREIRA, Francisco Lisboa. O projeto de combate à erosão das bases tributárias e movimentação de lucros (BEPS) da OCDE e a política tributária internacional brasileira: algumas reflexões. In. ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito tributário internacional: homenagem ao professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- MOSCHETTI, Francesco. *Il principio della capacità contributiva*. Padova: CEDAM, 1973.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga A. tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions. Brazil. In. *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXXXVa. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2000.

- MOSQUERA, Roberto Quiroga; PICONEZ, Matheus Bertholo. Tratamento tributário dos instrumentos financeiros híbridos. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel. (Org.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. 2º Volume. São Paulo: Dialética, 2011.
- MUSGRAVE, Richard A. *Fiscal systems*. New Haven and London: Yale University Press, 1969.
- NEIGHBOUR, John. Innovative Financial Instruments Challenge the Global Tax System. In. *14 Tax Notes International*, March 17th, 1997.
- NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 1, 2003.
- NOVOA, César García. *El derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*. Bogotá: Instituto Colombiano de derecho tributario, 2015.
- NOVOA, César García. El reto de la simplificación de los sistemas tributarios. In. PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013.
- OECD. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- OECD. *Hybrids mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*. Paris: OECD Publishing, 2012.
- OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- OECD. *Study into the role of tax intermediaries*. Paris: OECD Publishing, 2008.

- OKUMA, Alessandra. A elusão fiscal internacional e o regime de transparência fiscal internacional. *Revista de Direito Tributário Internacional*, v. 12. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Consequência da concomitância na incidência de normas jurídicas – elementos de lógica e de subsunção – o caso das despesas financeiras contraídas no exterior. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39. São Paulo: Dialética, 2013.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Juros de remuneração do capital próprio. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 15. São Paulo: Dialética, 1998.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Lei n. 12.973/14: efeitos tributários das modificações contábeis (escrituração x realismo jurídico). In. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); SOUZA, Priscila de (Org.). *O direito tributário: entre a forma e o conteúdo – XI Congresso Nacional de Estudos Tributários*. São Paulo: Noeses, 2014.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Norma geral antielusão. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 25. São Paulo: Dialética, 2011.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Princípios fundamentais do imposto de renda. In. SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.
- PANAYI, Christiana HJI. The Schempp case: EU citizenship, rights and taxes – a new leaf in ECJ jurisprudence or just a fig leaf? *European Taxation*, v. 45, n. 11. Amsterdam: IBFD, 2005.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de renda*. Rio de Janeiro: APEC, 1969.
- PIANTAVIGNA, Paolo. Reflections on the fight against aggressive tax planning (When the law is silent). 10 *World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2018, Journals IBFD.
- PISTONE, Pasquale. *Abuso del diritto ed elusione fiscale*. Padova: CEDAM, 1996.
- PISTONE, Pasquale. BEPS, capital export neutrality and the risk of hidden tax protectionism. Selected remarks from EU perspective. In. DANON, Robert (Ed.).

- Base erosion and profit shifting (BEPS): Impact for European and international tax policy.* Zurich: Schulthess, 2016.
- PISTONE, Pasquale. Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in international tax law. *6 World Tax Journal*, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2014.
- PISTONE, Pasquale. Domestic Anti-Abuse Provisions and Tax Treaties: A Comparative Analysis between Italy and Belgium. *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 3. Roma: DeAgostini Professionale, 2000.
- PISTONE, Pasquale. General Report. In. LANG, MICHAEL [et al] (Eds.). *Trends and players in tax policy.* IBFD Online Books, 2016.
- PISTONE, Pasquale. The meaning of tax avoidance and aggressive tax planning in European Union Tax Law: Some thought in connection with the reaction to such practices by the European Union. In. DOURADO, Ana Paula. *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context.* Volume 15 (EATLP International Series). Amsterdam: IBFD, 2016.
- POLIZELLI, Victor Borges. *O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins de IRPJ.* Série Doutrina Tributária Volume VII. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- POPA, Oona. Recent measures to counter hybrid mismatch arrangements at the EU level. *European Taxation*, v. 57, n. 9. Amsterdam: IBFD, 2017.
- PREBBLE, John. Exploiting Form in Avoidance by International Tax Arbitrage – Arguments towards a Unifying Hypothesis of Taxation Law. *Asia-Pacific Tax Bulletin*, v. 17, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2011.
- QUIÑONES CRUZ, Diego. Experiencias del derecho comparado en materia de regímenes simplificados, bases presuntas e impuestos mínimos con relación a la tributación de la renta de las personas naturales: Francia, México, Suráfrica, Chile, Estados Unidos y Canadá. In. PLAZAS VEJA, Mauricio A. [et al] (Coords.). *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado.* Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2014.

- QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Imposto de renda de pessoa física no Brasil: tributação da renda ou do rendimento? In. SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao Professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- RAAD, Kees van. *Nondiscrimination in International Tax Law*. Deventer: Kluwer Law, 1986.
- REIMER, Ekkehart. Germany. In. DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.
- REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (Ed.). *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 4th Edition. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- REINHOLD, Richard L. What is tax treaty abuse? (Is treaty shopping an outdated concept?). *Tax Lawyer*, v. 53, 2000.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2^o Volume. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RIGAUT, Aloys. Aint-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU policy horizons. *European Taxation*, v. 56, n. 11. Amsterdam: IBFD, 2016.
- RING, Diane. Debt-Equity Conundrum, US National Report. In. *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*. Vol. XCVIIb. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2012.
- RING, Diane. One nation among many: policy implications of cross-border tax arbitrage. *Boston College Law Review*, v. 44, 2012.
- ROCHA, Sergio André. *Estudos de direito tributário internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ROLIM, João Dácio. *Proportionality and fair taxation*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

- ROSEMBUIJ, Tulio. Abusive transactions on financial hybrid. *Intertax*, n. 5, v. 39. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- ROSEMBUIJ, Tulio. International tax arbitrage. *Intertax*, n. 4, v. 39. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- ROSENBLATT, Paulo. Tax avoidance in emerging countries: is a GAAR a suitable measure? *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 01. São Paulo: IBDT, 2017.
- ROSENBLOOM, H. David. Comments on the schedular structure of tax treaties. *Bulletin: Tax Treaty Monitor*. IBFD: June, 2009.
- ROSENBLOOM, H. David. Cross-border arbitrage: the good, the bad and the ugly. *Taxes – the Tax Magazine*, March 2007.
- ROSENBLOOM, H. David. International Tax Arbitrage and the International Tax System, David R. Tillinghast Lecture on International Taxation. *Tax Law Review*, n. 53. New York: New York University School of Law, 1998.
- ROSENBLOOM, H. David. US source rules: building blocks of cross-border taxation. *International Bureau of Fiscal Documentation*, Bulletin: October 2006
- ROSENBLOOM, H. David. Where’s the pony? Reflections on the making of international tax policy. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2009.
- ROSENZWEIG, Adam H. Harnessing the costs of international tax arbitrage. *Virginia Tax Review*, v. 26, n. 555, 2007.
- ROTHMANN, Gerd Willi. Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso? In. PRETO, Raquel Elita Alves. *Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IASP, 2015.
- ROTHMANN, Gerd Willi. Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1978.
- ROTHMANN, Gerd Willi. O “standard” jurídico. In. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thompson Reuters, 2010.

- RUSSO, Raffaele. The OECD Report on Hybrid Mismatch Arrangements. *Bulletin for International Taxation*, v. 67, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2013.
- RUST, Alexander. BEPS Action 2: 2014 Derivable – Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements and its compatibility with non-discrimination provisions in tax treaties and the treaty on the functioning of the European Union. *British Tax Review*, v. 60, n. 3. London: Sweet & Maxwell, 2015.
- SADIQ, Kerrie. The Inherent International Tax Regime. *University of Queensland Law Journal*, v. 31, n. 1, 2012.
- SANTOS, João Victor Guedes; RODRIGUES, Flávia Cavalcanti Nogueira. Compensação de imposto pago no exterior: a aplicabilidade de medidas unilaterais em casos de inobservância de limitações contidas em tratado. *Revista de Direito Tributário Internacional*, n. 10. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SANTOS, Ramon Tomazela. As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 184. São Paulo: Dialética, 2011.
- SANTOS, Ramon Tomazela. Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – As considerações de política fiscal da Ação 2 do Projeto BEPS. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SANTOS, Ramon Tomazela. O pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) será afetado pela Ação 2 do Projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)? *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 241. São Paulo: Dialética, 2015.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *Qualificação dos rendimentos dos instrumentos híbridos nos acordos de bitributação*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2016.
- SANTOS, Ramon Tomazela. The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations. *Bulletin for International Taxation*, v. 72, n. 8. Amsterdam: IBFD, 2018.

- SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility an Essential Property of Law? In. BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI Giovanni Battista (Eds.). *The Logic of Legal Requirements – Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Law Series, 1991.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2012.
- SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht*. 3. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2011.
- SCHLER, Michael L. BEPS Action 2: Ending mismatches on hybrid instruments, Part 1. In. *75 Tax Notes International*, August 11st, 2014.
- SCHLER, Michael L. BEPS Action 2: Ending mismatches on hybrid instruments, Part 2. In. *75 Tax Notes International*, August 28th, 2014.
- SCHÖN, Wolfgang. Group taxation and the CCCTB. Special reports. In. *48 Tax Notes International*, December 10th, 2007.
- SCHÖN, Wolfgang. The distinct equity of the debt-equity distinction. *Bulletin for International Taxation*, v. 66, n. 9. Amsterdam: IBFD, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio e reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 23. São Paulo: Dialética, 2009.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. *Bulletin – International Taxation*, v. 69, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. Globalização, investimentos e tributação: desafios da concorrência internacional ao sistema tributário brasileiro. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, n. 113. Rio de Janeiro: FUNCEX, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Juros sobre o capital próprio: natureza jurídica e forma de apuração diante da “nova contabilidade”. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos*. Volume 3. São Paulo: Dialética, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 11º Volume. São Paulo: Dialética, 2007.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In. MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In. ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; CATARINO, João Ricardo. (Org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário: homenagem a Diogo Leite de Campos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento tributário e o “propósito negocial”*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio. In. LEÃO, Martha Toribio. *Controle da extrafiscalidade*. Série Doutrina Tributária. Volume XVI. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio. In. ROCHA, Sergio André. *Treaty Override no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência: no direito tributário brasileiro*. 3ª Edição. São Paulo: Dialética, 2013.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax Sparing: uma reconsideração da reconsideração. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 26. São Paulo: Dialética, 2011.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax Treaty Override: A Jurisdictional Approach. *Intertax*, v. 42, n. 11. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 17. São Paulo: Dialética, 2003.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Transparency: From Tax Secrecy to the Simplicity and Reliability of the Tax System. *British Tax Review*, v. 58, n. 5. London: Sweet & Maxwell, 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake? *Intertax*, v. 46, n. 2. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In. ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (Coords.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributário – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single taxation as a policy goal: controversial meaning, lack of justification and unfeasibility. In. WHEELER, J. C. (Ed.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, Online Books IBFD.
- SELICATO, Pietro. The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) between the exigences of harmonization of the corporate tax and the problems of compatibility with the national systems. *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 1-2. Roma: DeAgostini Professionale, 2009.
- SHAVIRO, Daniel N. More revenues, less distortion? Responding to cross-border tax arbitrage. *NYU Journal of Law and Business*, v. 1, 2004.
- SHEPPARD, Lee A. BEPS Action 2 (Hybrid Mismatches): The Hybrid Hydra. In. *80 Tax Notes International*, May 12nd, 2015.
- SHEPPARD, Lee A. Countries implement BEPS on their own. In. *74 Tax Notes International*, May 26th, 2014.

- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SPENGLER, Cristoph [et al]. Addressing the Debt-Equity Bias within a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) – Possibilities, Impact on Effective Tax Rates and Revenue Neutrality. 10 *World Tax Journal*, n. 5. Amsterdam: IBFD, 2018.
- SPRINGAEL, Brent. Implementation of the Interest and Royalties Directive. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 6, n. 11/12. Amsterdam: IBFD, 2004.
- SPRINGAEL, Brent. Notional Interest Deduction: Investments in Belgian Risk Capital Rewarded. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 8, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2006.
- STARINGER, Claus. Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie: Gesamtwürdigung aus steuerpolitischer Sicht. In. LANG, Michael [et al]. *Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie*. Wien: Linde, 2017.
- STEWART, Miranda. Abuse and economic substance in a digital BEPS world. *Bulletin for International Taxation*, v. 69, n. 6/7. Amsterdam: IBFD, 2015.
- STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. 3rd Edition. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- TAKANO, Caio Augusto. A relação entre o direito tributário e o direito privado e seus impactos nos limites ao planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, v. 4. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.
- TAKANO, Caio Augusto. Ação 15 do Projeto BEPS e os desafios do multilateralismo. In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- TAKANO, Caio Augusto. Erosão da base tributável e a transferência de resultados: o caminho para o multilateralismo e novas perspectivas à soberania fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 32. São Paulo: Dialética, 2014.

- TAKANO, Caio Augusto. O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*. São Paulo: IBDT, 2017.
- TAKANO, Caio Augusto. Tax Transparency and Simplified Systems. *Revista do Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, v. 75. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2016.
- TARSITANO, Alberto. El principio de capacidade contributiva. Un enfoque dogmático. In. PISTONE, Pasquale; TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Estudios de derecho tributário constitucional e internacional: homenaje latino-americano a Victor Uckmar*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.
- TAVARES, Diogo Ferraz Lemos [et al]. A ação n. 2 do Projeto BEPS da OCDE e seus possíveis efeitos no Brasil In. GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- THÖMMES, Otmar; LINN, Alexander. The new german DCL and dividend matching rules and EU law. *Intertax*, v. 42, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- TILBERY, Henry. *Imposto de renda – pessoas jurídicas: Integração entre sociedade e sócios*. São Paulo: Atlas, 1985.
- TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung: Wissenschaftsorganisatorische, systematische und grundrechtlich-rechtsstaatliche Grundlagen*. Band I. Köln: Otto Schmidt, 1993.
- TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung: Steuerrechtfertigungstheorie, Anwendung auf alle Steuerarten, sachgerechtes Steuersystem*. Band II. Köln: Otto Schmidt, 2003.
- TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In. MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984.

- TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional – Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresa*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- TORRES. Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- TOUMI, Marika. Anti-avoidance and harmful tax competition: from unilateral to multilateral strategies? In. LYMER, Andrew; HASSELDINE, John. *The international taxation system*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002.
- TRAVERSA, Edoardo; HERBAIN, Charlène A. General assessment of BEPS and EU law: Hybrids mismatches, interest deductions, abuse of tax treaties and CFC rules. In. DANON, Robert (Ed.). *Base erosion and profit shifting (BEPS): Impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016.
- UCKMAR, Victor [et al]. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.
- VAN GELDER, Gabriël; NIELS, Boudewijn. Recent developments in hybrid finance instruments. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 16, n. 5. Amsterdam: IBFD, 2013.
- VAN OS, Pieter. Interest limitation under the adopted Anti-Tax Avoidance Directive and proportionality. *EC Tax Review*, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

- VALENTE, Piergiorgio. EU Tax Base Waiting for the directive a state of the art overview. *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 1-2. Roma: DeAgostini Professionale, 2008.
- VANISTENDAEL, Frans. Ability to pay in European Community Law. *EC Tax Review*, n. 3. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- VASCONCELLOS, Roberto França de. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional*, n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VASCONCELLOS, Roberto França de. O tratamento dos juros pagos em operações internacionais entre empresas associadas. *Revista de Direito Tributário Internacional*, n. 13. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- VERLINDEN, Isabel; DERÉ, Pieter. The European Commission Action Plan for a Fair and Efficient Tax System in the European Union: What Should Be Expected? *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2015.
- VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. A capacidade contributiva na teoria dos direitos fundamentais. In: CARVALHO, Cristiano; AVI-YONAH, Reuven (Coord.). *Revista Tributária das Américas*, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 32. São Paulo: Dialética, 2014.
- VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária: restrição a direitos do contribuinte e proporcionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- VOGEL, Klaus. Der abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht. Lastenaustelungs-, Lenkungs- und Vereinfachungsnormen und ihnen zurechnenden Steuerfolgen: eib Beitrag zur Methodelehre des Steuerrechts. *Steuer und Wirtschaft*, n. 2, 1977.
- VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *International Tax and Business Lawyer*, v. 4, n. 1, 1986.

- VOGEL, Klaus. World-wide vs. Source Taxation of Income – A Review and Reevaluation of Arguments. In. *Influence of tax differentials on international competitiveness: Proceedings of the VIIIth Munich Symposium on International Taxation*. Kluwer L. & Taxn. Pub, 1990.
- VOGEL, Klaus; RUST, Alexander. Introduction. In. REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander. *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 4th Edition. Vol. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- VLEGGERT, Jan. Dutch CV-BV Structures: Starbucks-Style Tax Planning and State Aid Rules. *Bulletin for International Taxation*, v. 70, n. 3. Amsterdam: IBFD, 2016.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7^a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- XAVIER, Alberto. Natureza jurídico-tributária dos “juros sobre capital próprio” face à lei interna e aos tratados internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 21. São Paulo: Dialética, 1997.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.
- XAVIER, Alberto; EMERY, Renata. Subcapitalização. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 176. São Paulo: Dialética, 2010.
- WARD, David A. Abuse of tax treaties. *Intertax*, v. 23, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 1995.
- WELLS, Bret; LOWELL, Cym H. Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs. Source. *Columbia Journal of Tax Law*, v. 5, 2013-2014.
- WEST, Philip R. Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards. *Florida Tax Review*, v. 3, 1996.

ZILVETI, Fernando Aurelio. *A evolução histórica da teoria da tributação: análise das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Capacidade contributiva e mínimo existencial. In. SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

ZIZZO, Giuseppe. Italy. In. DOURADO, Ana Paula (Ed.). *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

PRICEWATERHOUSECOOPERS/THE WORLD BANK. *Doing Business 2014: Understanding Regulations for Small and Medium-Size Enterprises – Paying Taxes*. 11th Edition. Washington: The World Bank and the International Finance Corporation, 2013. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/~/_/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB14-Chapters/DB14-Paying-taxes.pdf>. (Último acesso em 12/01/2019).

TOBIN, James J. Splitting Pains. *Bloomberg Tax Blog*, September 10th 2015. Disponível em: <<https://www.bna.com/splitting-pains-n17179935756/>> (Último acesso em 12/01/2019).