

# Planejamento tributário internacional e abusividade

Prof. Dra. Ana Cláudia Akie Utumi

[ana.utumi@utumilaw.com](mailto:ana.utumi@utumilaw.com)



# Ana Claudia Akie Utumi

ana.utumi@utumilaw.com



@anautumi



@Ana\_Utumi



[linkedin.com/in/anautumi/](https://www.linkedin.com/in/anautumi/)

- Advogada em São Paulo. Membro do Practice Committee do International Tax Program da New York University School of Law. Professora de cursos de pós-graduação, incluindo da Faculdade Fipecafi, IBET, IBDT, etc. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Fiscais da FGV, Projeto Macrovisão do Crédito Tributário.
- Diretora da ABDF/IFA – International Fiscal Association Brasil. Membro do Steering Committee do WIN – Women of IFA Network. Entre 2010 e 2017, foi membro do Comitê Científico Permanente da IFA
- Chair da filial brasileira do STEP – Society of Trust and Estate Practitioners.
- Membro do Conselho de Administração do Financial Planning Standards Board (FPSB), entidade responsável pela certificação CFP®. Membro do Conselho da Fundação Visconde de Porto Seguro.
- Doutora em Direito Econômico-Financeiro (USP, 2006. Tese: O Regime de Tributação da Renda dos Não-Residentes – A Fonte como Critério de Conexão). Mestre em Direito Tributário (PUC/SP, 2001. Dissertação: Preços de Transferência no Brasil). MBA em Finanças (IBMEC/SP, 1996). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da USP (1994). Graduada em Administração de Empresas pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (1992). Certified Trust and Estate Practitioner (“TEP”). Certified Financial Planner (“CFP”). Autora de diversos artigos sobre temas tributários, e professora convidada em cursos de pós-graduação e MBAs.
- Frequentemente incluída entre os profissionais de maior destaque na Área Tributária por publicações especializadas (Chambers & Partners, PLC Which Lawyer, Análise Advocacia, Who’s Who Legal, International Tax Review, etc). Premiada em 2015 como Best Female Tax Lawyer in Latin America (Euromoney America’s Women in Law Awards).

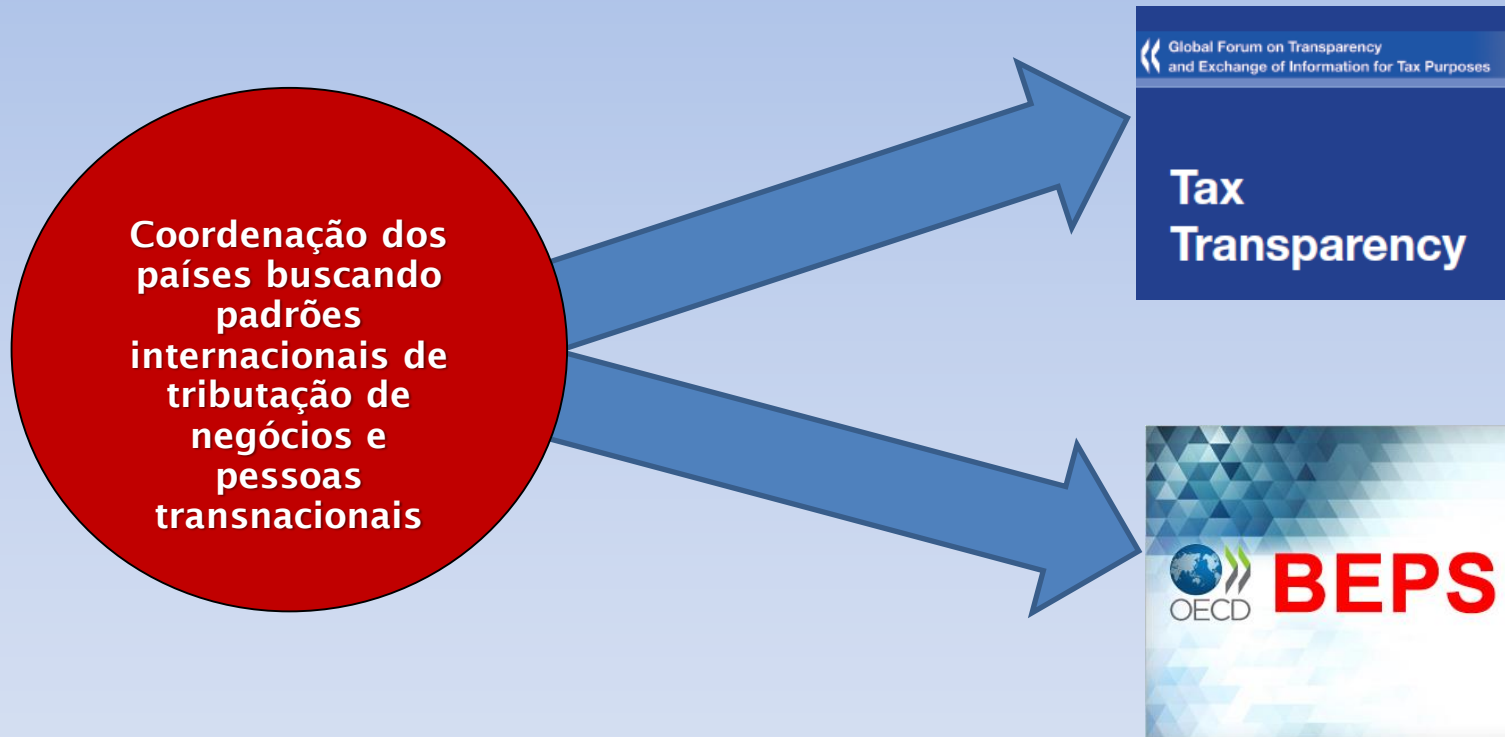


# Contexto Internacional

- Nunca antes os fiscos dos diversos países estiveram tão conectados
- Discutindo estratégias conjuntas para combater a evasão fiscal e a perda de arrecadação
- Principais foros de discussão
  - OCDE
  - G20
  - ONU



# Contexto Internacional



# Combate ao planejamento tributário abusivo – Pilares do BEPS

## FAIR SHARE

Cada um tem que pagar a parcela justa de impostos para financiar o Estado de forma adequada

## VALUE CREATION

Tributação deve ocorrer onde há e na medida da criação de valor

## ECONOMIC ACTIVITIES

Tributação deve ocorrer onde há o desenvolvimento das atividades econômicas

# Combate ao planejamento tributário abusivo – Pilares do BEPS

- 1. A tributação deve ocorrer onde as atividades econômicas são exercidas e onde há criação de valor
  - Evolução dos conceitos de “substância” e “propósito negocial”
  - Comparação entre as entidades do grupo econômico para entender onde de fato há a criação de valor e, portanto, deve haver lucro tributável
  - G20 Meeting, Sidney, 2014
    - 9. We are committed to a global response to Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) based on sound tax policy principles. Profits should be taxed where economic activities deriving the profits are performed and where value is created.



# Combate ao planejamento tributário abusivo – Pilares do BEPS

- 2. Fazer com que todos os contribuintes paguem suas parcelas justas de tributos (“fair share”)
  - G20 Meeting, Russia, Set/2013
    - 50. In a context of severe fiscal consolidation and social hardship, in many countries ensuring that all taxpayers pay their fair share of taxes is more than ever a priority. (..) Tax avoidance, harmful practices and aggressive tax planning have to be tackled. (...)



# Combate ao planejamento tributário abusivo – Pilares do BEPS

- 3. Manter a segurança jurídica para as empresas e negócios
  - Mudanças da legislação aplicável, e não simplesmente da interpretação
    - G20 Meeting, Russia, 2013
      - (..) In order to minimize BEPS, we call on member countries to examine how our own domestic laws contribute to BEPS and to ensure that international and our own tax rules do not allow or encourage multinational enterprises to reduce overall taxes paid by artificially shifting profits to low-tax jurisdictions.





# Algumas das principais preocupações da OCDE com o planejamento tributário agressivo ou abusivo

- Perda de arrecadação dos países nos quais se encontram o desenvolvimento das atividades econômicas
- Distorção de capacidade contributiva
- Distorção da competitividade empresarial
- Competição entre países para atração de investimentos



# Análise do planejamento tributário no Brasil

## Estágio atual

- Há mais de 15 anos, as decisões do CARF passaram a considerar outros elementos que não somente os aspectos formais das situações que geraram a disputa tributária
- A análise dos efeitos, inclusive econômicos, dos negócios, que, até o final dos anos 90 e início dos anos 2000, eram rechaçadas, passaram a ser mais frequentes nas decisões



# Análise do planejamento tributário no Brasil

## Substância sobre a Forma

- Adotada nos diversos países do mundo para atribuir os efeitos tributários aos atos e negócios praticados
- Não importa a forma jurídica adotada
  - Importa o resultado econômico
  - Análise dos “Ponto de Partida” x “Ponto de Chegada”
- Não há legislação específica sobre o assunto no Brasil



Hajo  
CagleCartoons.com



# Análise do planejamento tributário no Brasil

## Substância sobre a Forma

- Análise da substância
  - Prevalência da SUBSTÂNCIA sobre a FORMA jurídica adotada - análise da transação pelo resultado obtido
    - Exemplo:
      - Permuta de quotas de uma empresa que tem somente um imóvel em seu patrimônio por quotas de outra empresa que somente tem recursos financeiros
        - » Análise da forma sobre a substância = Permuta
        - » Análise da substância sobre a forma = compra e venda



# Análise do planejamento tributário no Brasil

## Propósito Negocial

- Quais são os propósitos/objetivos da operação/transação/providência que resulta em economia tributária?
  - Quais os propósitos/objetivos independentemente da economia tributária?
  - Mesmo se não houvesse a economia tributária, a operação/transação/providência se justificaria?



“Of course you have a purpose in life. You pay taxes, don’t you?”

# Análise do planejamento tributário no Brasil

## Propósito Negocial

- Se único objetivo for economia tributária
  - Economia tributária “ilegítima”
- Economia tributária como consequência, e não causa para a prática dos atos
  - Se for a causa, significa que a economia tributária é o único ou principal objetivo dos atos praticados



# Análise do planejamento tributário no Brasil

## IFRS

- IFRS
  - Contabilização pelo IFRS é baseada justamente em
    - Substância
      - Exemplos
        - » Arrendamentos mercantis
        - » Operações de dívidas ou de capital
    - Análise de propósito comercial
      - Exemplos
        - » Bens disponíveis à venda



# Análise do planejamento tributário no Brasil

## Base legal para disputas

- Não há legislação específica sobre substância sobre a forma ou propósito negocial no Brasil
  - Fisco vem recorrendo ao conceito de “simulação” e “abuso”
  - Aplicação de multa agravada – 150%





# E a chamada lei geral antielisiva??

## § Único do Art. 116 do CTN

- Até hoje não regulamentada!!
  - Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.
  - Regulamentação poderia ocorrer em cada esfera de governo?
  - Texto muito genérico



# Propósito Negocial e Fiscalização

- Já faz muitos anos que a Fiscalização vem questionando a existência ou não de propósito negocial das transações efetuadas por contribuintes que impliquem redução ou diferimento da carga tributária
  - CARF
    - Transações SEM propósito negocial, ou seja, cujo o PRINCIPAL PROPÓSITO é a economia tributária
      - Manutenção do AIIM
    - Só há chance de cancelamento do AIIM se houver provas sólidas quanto ao propósito negocial do contribuinte



# Controle de planejamento tributário no Brasil

- Medidas específicas
  - Edição de legislações para coibir determinadas transações ou impor tributação maior - exemplos
    - Tributação em bases universais
    - Controle de preços de transferência
    - Controle de valoração aduaneira
    - Controle de paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados
    - Tributação de ganhos de capital auferidos no exterior com ativos localizados no Brasil
    - Controle de empréstimos internacionais entre empresas vinculadas – subcapitalização
    - Controle de dedutibilidade de despesas



# Controle de planejamento tributário no Brasil

- Controle das operações internacionais
  - Intensificação das fiscalizações sobre as operações internacionais
    - Uso de empresas holding em país com tratado para evitar a dupla tributação para ser proprietária das participações societárias em empresas operacionais no exterior
    - Discussão quanto aos efeitos do uso dessas empresas
  - Participação do Brasil em discussões relativas à troca de informações entre fiscos
    - Especialmente a iniciativa da OCDE – Forum of Tax Transparency



# Controle de planejamento tributário no Brasil

- Outras medidas
  - Maior controle das operações feitas pelos contribuintes, com cruzamento de informações
    - Inúmeras declarações necessárias + SPED
    - “Malha fina” da pessoa jurídica
  - Declaração de operações relevantes na ECF
  - Aumento do número de autos de infração com a multa por sonegação fiscal (150%), que implica representação criminal ao Ministério Público
  - Análise dos negócios empresariais
    - Não apenas da contabilização / registros fiscais
    - Operações feitas no Brasil e no exterior
      - Aumento das fiscalizações sobre operações internacionais



# Influências do BEPS

## Principal Purpose Test

- Teste do propósito principal
- Criado pela OCDE no âmbito da Ação 6 do BEPS, e incluído no Acordo Multilateral para Interpretação de Tratados
- Evolução da análise de planejamento tributário



# Influências do BEPS

## Principal Purpose Test



- O que diz o PPT?
  - Se o único ou um dos principais propósitos é economia tributária
    - Planejamento tributário abusivo
    - Desconsideração do uso de benefícios de tratados para evitar a dupla tributação



# Principal Purpose Test

## Acordo Multilateral de Interpretação de Tratados

- “Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting” – “MLI”
  - Tratado para estabelecer bases comuns de interpretação de tratados para evitar a dupla tributação em linha com o BEPS
  - Uma das bases é justamente a inclusão do Principal Purpose Test
  - Representou a renegociação de mais de 1.100 tratados contra dupla tributação





# Principal Purpose Test

## Acordo Multilateral de Interpretação de Tratados



- In November 2016, over 100 jurisdictions concluded negotiations on the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting ("Multilateral Instrument" or "MLI") that will swiftly implement a series of tax treaty measures to update international tax rules and lessen the opportunity for tax avoidance by multinational enterprises. The MLI already covers 89 jurisdictions and entered into force on 1st July 2018. Signatories include jurisdictions from all continents and all levels of development and other jurisdictions are also actively working towards signature.*
- [https://www.youtube.com/watch?v=PvoiGrpeEuE&list=PLrqGR0kzZ-\\_CH5BPpufS51z9SgU-jbd4n&index=2&t=0s](https://www.youtube.com/watch?v=PvoiGrpeEuE&list=PLrqGR0kzZ-_CH5BPpufS51z9SgU-jbd4n&index=2&t=0s)



# Principal Purpose Test

## Acordo Multilateral de Interpretação de Tratados



- MLI já foi assinado por 89 países e já ratificado por 34 países
- Países signatários (destaque para os que já ratificaram):
  - África do Sul, Albânia, Alemanha, Andorra, Arábia Saudita, Argentina, Armênia, **Austrália**, **Áustria**, Barbados, **Bélgica**, Belize, Bulgária, Burkina Faso, Camarões, **Canadá**, Cazaquistão, Chile, China, **Cingapura**, Colômbia, Coreia, Costa Rica, Costa do Marfim, Croácia, **Curaçao**, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Egito, **Emirados Árabes**, **Eslováquia**, **Eslovênia**, Espanha, Estônia, Fiji, **Finlândia**, **França**, Gabão, **Georgia**, Grécia, **Guernsey**, **Holanda**, Hong Kong, Hungria, **Islândia**, **Índia**, Indonésia, **Irlanda**, **Ilha de Man**, **Israel**, Itália, Jamaica, **Japão**, **Jersey**, Kuwait, Latvia, Liechtenstein, **Lituânia**, **Luxemburgo**, Malásia, **Malta**, Ilhas Maurício, México, **Mônaco**, Marrocos, **Nova Zelândia**, Nigéria, **Noruega**, Paquistão, Panamá, Papua Nova Guiné, Peru, **Polônia**, Portugal, Qatar, **Reino Unido**, Romênia, **Rússia**, San Marino, Senegal, **Sérvia**, Seychelles, **Suécia**, **Suíça**, Tunísia, Turquia, **Ucrânia**, Uruguai



# Brasil e medidas antielisivas nos tratados para evitar a dupla tributação

- Brasil não assinou o MLI e, por enquanto, prefere renegociar cada um dos tratados individualmente
  - Nas renegociações e negociações de novos tratados, Brasil vem solicitando a inclusão de cláusula “LOB” – Limitation on Benefits
  - Essa cláusula estabelece a aplicação do tratado somente sob determinadas condições
    - Se a parte no outro país for pessoa física, ou pessoa jurídica que atenda às condições mínimas de substância econômica e propósito comercial



# Brasil e medidas antielisivas nos tratados para evitar a dupla tributação

- Cláusula LOB – Exemplo: Brasil-Cingapura (ainda não em vigor)
  - *1. Exceto se disposto de outra forma no presente Artigo, um residente de um Estado Contratante não terá direito a um benefício que de outro modo seria concedido por este Acordo (outros que não sejam os benefícios estabelecidos nos termos do Artigo 9 ou do Artigo 26) a menos que tal residente seja uma “pessoa qualificada”, conforme definido no parágrafo 2, no momento em que o benefício tenha sido concedido.*



# Brasil e medidas antielisivas nos tratados para evitar a dupla tributação

- Cláusula LOB – Exemplo: Brasil-Cingapura (ainda não em vigor)
  - Pessoa qualificada:
    - Pessoa física
    - Pessoa jurídica com atividade operacional (“condução ativa de um negócio”)
    - Pessoa jurídica com ações negociadas em bolsa de valores
    - ONG
    - O Estado e seus órgãos/entidades



# Principal Purpose Test

## OECD MLI Frequently Asked Questions

**4. How many Signatories choose to implement the Action 6 minimum standard with the PPT?**

The Principal Purposes Test will apply to all treaties covered by the MLI, introducing this rule to the over 1,100 treaties already covered by the MLI.

In addition, jurisdictions can choose to supplement the provisions of the Principal Purposes Test with a simplified Limitation on Benefits test. You can see which Signatories chose this option on the OECD website at [oe.cd/mli](https://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf).



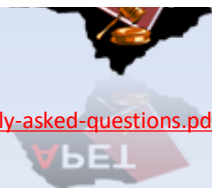
# Principal Purpose Test

## OECD MLI Frequently Asked Questions

The Principal Purposes Test (PPT) is an anti-abuse rule based on the principal purposes of transactions or arrangements. This rule provides a general way to address cases of treaty abuse, including treaty-shopping situations, such as certain conduit financing arrangements that are not covered by more specific anti-abuse rules.

Once introduced to a tax treaty through the MLI or bilateral negotiations, the PPT would apply to the treaty in its entirety and would address all cases of treaty abuse. Under the PPT, if one of the principal purposes of transactions or arrangements is to obtain treaty benefits (e.g. a lower withholding tax in the case of a treaty shopping scheme), these benefits would be denied unless it is established that granting these benefits would be in accordance with the object and purpose of the provisions of the treaty. The PPT is a subjective test based on an assessment of the intentions behind a transaction or arrangement. This approach is similar to approaches taken under domestic anti-abuse rules or doctrines applied by countries around the world, such as general anti-avoidance rules or an 'abuse of laws' doctrine.

### 33. What is the Principal Purposes Test and how does it address treaty abuse?



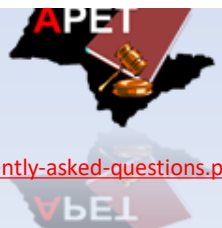


# Principal Purpose Test

## OECD MLI Frequently Asked Questions

The PPT provisions included in the MLI establish that a tax authority may deny the benefits of a tax treaty where it is reasonable to conclude, having considered all the relevant facts and circumstances, that one of the principal purposes of an arrangement or transaction was for a benefit under a tax treaty to be obtained. The Action 6 Report of the BEPS Package includes detailed guidance and examples in the form of the commentary that was developed during the course of the BEPS Project and has particular relevance in this regard.

In reality, treaty shopping schemes typically involve the use of layered structures abusing the provisions of multiple tax treaties. Now that the PPT will be introduced in a large number of treaties, the treaty shopping routes will be blocked effectively.





# Principal Purpose Test

- Quanto às situações em que o único propósito é economia tributária
  - PPT não muda o que já vem sendo aplicado pelo Fisco e CARF
- No entanto, PPT se estende a situações em que “um dos principais propósitos” for a economia tributária
  - Questão: como determinar se “um dos” principais propósitos foi a economia tributária?



# “Um dos principais propósitos”??

- Apple Ireland

- 6.000 funcionários

- *Yet, according to Cook, Apple is still as committed to the country as it has ever been. “Honestly speaking, we didn’t come to Ireland for tax. We came to Ireland in 1980 because we saw a community we thought we could grow, and could do a number of things to support the continent. We’ve stayed on course on that over almost four decades. It hasn’t been a straight line – life isn’t a straight line, things go up and down – but it’s always been in a trajectory that is increasing. I don’t anticipate that changing.*

- Apple tem cerca de 130 mil funcionários no mundo



# “Um dos principais propósitos”??

- Apple Ireland
  - Decisão da Comissão Europeia (Set/2019)
    - Apple tem que pagar EUR 13 bilhões em benefícios fiscais indevidos
    - "The branches' activities did not involve creating, developing or managing those rights. Based on the facts of this case, the primary line defies reality and common sense," Mr Beard said.
    - "The activities of these two branches in Ireland simply could not be responsible for generating almost all of Apple's profits outside the Americas."



# “Um dos principais propósitos??”

- A discussão quanto a “um dos principais propósitos” traz uma insegurança adicional
  - Apesar de o Brasil não ter assinado o MLI, o PPT poderá influenciar a análise de planejamentos tributários pelas autoridades
    - Não apenas dos planejamentos envolvendo tratados para evitar a dupla tributação
- No Brasil, não há legislação nem sequer sobre propósito negocial
  - Aplicação da análise por conceitos muito genéricos do Código Civil
    - Simulação
    - Abuso de direito
  - Há necessidade urgente de criação de uma Lei Geral Antielisiva, que traga os parâmetros para fisco e contribuinte



# Influências do BEPS

## Moralidade tributária

***Taxes are the price we pay for a civilized society***

*Oliver Wendell Holmes Jr., US Supreme Court Justice*



# Influências do BEPS

## Moralidade Tributária

- É IMORAL planejar para pagar menos tributos?
- Existe TRIBUTAÇÃO JUSTA?
- Existe PARCELA JUSTA de tributos a serem pagos?





# Moralidade Tributária

## Início das discussões mais relevantes

- Caso Starbucks (Reino Unido)

### Developing countries

Loss of corporate taxes  
to the developing world:



**£80bn a year**

It is predicted that  
illegal, trade-related tax  
evasion alone will be  
responsible for

**5.6m deaths**

of young children in the  
developing world between  
2000 and 2015

### Britain

Amount of unpaid tax  
in 2010/11:

**£32bn**

Cuts announced in 2010  
from the welfare bill:

**£18bn**

Further cuts to be implemented  
by 2016-17:

**£10bn**

Sources: Christian Aid,  
HMRC, Starbucks

### Starbucks

Sales in the past  
three years:

**£1.2bn**



Reported profits and  
taxes paid in these three  
years:

**0**

**0**

# Moralidade Tributária

## Início das discussões mais relevantes

### BOYCOTT STARBUCKS



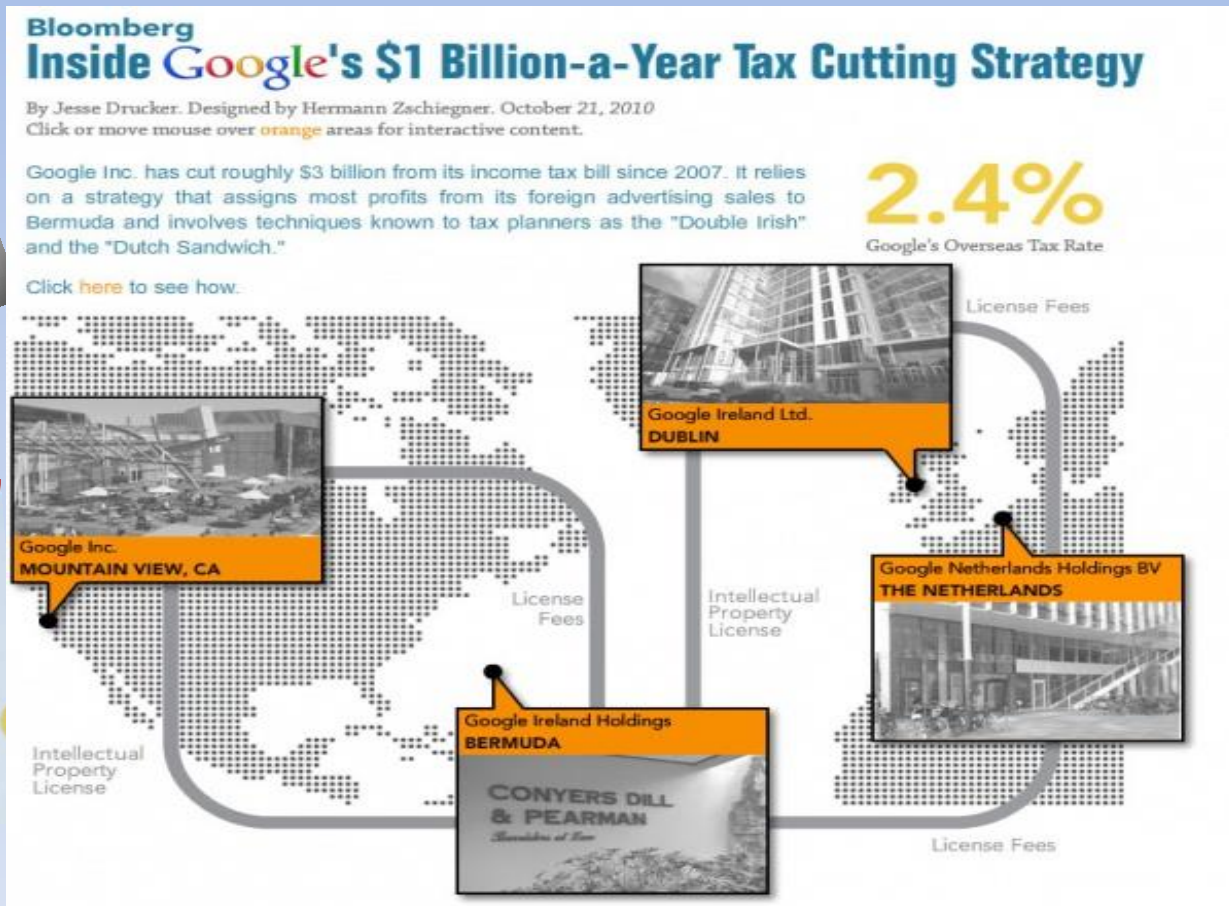
**Support the British economy**  
Buy your hot drinks from your local independent cafe, because at least they pay their fair share of tax.





# 4. Moralidade Tributária

## Início das discussões mais relevantes



# Planejamento tributário e Moralidade Tributária

- Discurso de David Cameron no Fórum Econômico Mundial em Davos, Janeiro/2013
  - Individuals and businesses must pay their fair share. And businesses who think they can carry on dodging that fair share, or that they can keep on selling to the UK and setting up ever more complex tax arrangements abroad to squeeze their tax bills right down, well they need to wake up and smell the coffee, because the public who buy from them have had enough.
  - And let's be clear: speaking out on these things is not anti capitalism, it is not anti business. (...) This is about me and all the other G8 leaders being able to look our people in the eye and say that when they work hard and pay their fair share of taxes we will make sure that others do so as well.
  - <https://www.youtube.com/watch?v=z4f11ffxuzA>



# Planejamento tributário e Moralidade Tributária

2B

Lifestyle More ▾

International edition ▾

# The Guardian

## Tax avoidance by big firms is morally wrong, say nine out of 10 in UK

Christian Aid survey also finds 85% of people believe it is too easy for large companies to avoid paying tax in Britain

<https://www.theguardian.com/business/2017/nov/27/tax-avoidance-by-big-firms-is-morally-wrong-say-nine-out-of-10-in-uk>



# Planejamento tributário

## Moralidade Tributária

- Reflexões

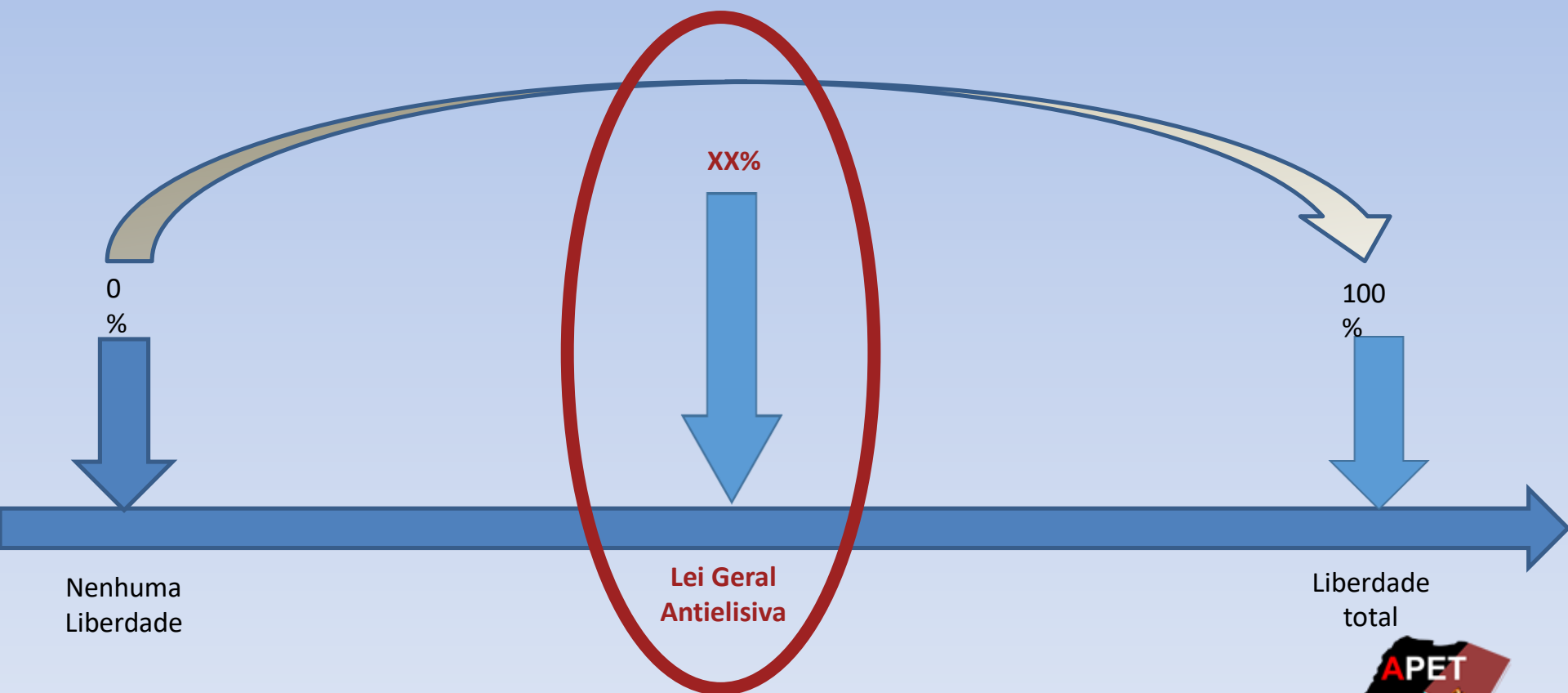
- Não há legislação específica sobre moralidade tributária
- Princípio da legalidade x “parcela justa” de tributos (“fair share”)
- Moralidade/subjetividade x cobrança de tributos
- Tributação x risco reputacional
  - Podendo afetar as vendas de produtos e serviços?
- Insegurança jurídica



# Quais os limites da escolha do contribuinte??



# Quais os limites da escolha do contribuinte??



# Por que ter lei geral antielisiva?

- UN Tax Committee
  - “Most countries have concluded that a GAAR is necessary
    - Specific rules are inadequate
    - Extensive tax avoidance undermines public confidence in the tax system and fairness”
- Alguns exemplos de países que implementaram LGA
  - Canadá
  - África do Sul
  - EUA
  - Nova Zelândia
  - Reino Unido
  - Índia
  - Polônia
  - Diretivas Europeias contra abusos em matéria de tributação de participações societárias (Parent-Subsidiary and Anti-abuse Directives)



# Por que ter lei geral antielisiva?

- Estabelecimento de LIMITES CLAROS para atuação de contribuintes e das autoridades
- Afastar conceitos demasiados amplos e indeterminados para estabelecer obrigação tributária
  - Hoje – conceitos do Código Civil
- Parágrafo único do Artigo 116 não é suficiente para merecer a denominação de “Lei Geral Antielisiva”
  - Necessária uma LGA que venha por Lei Complementar para que seja aplicável a todos os níveis de governo
  - LGA pode reduzir os futuros contenciosos entre fisco e contribuinte, na medida em que os parâmetros e limites fiquem claros para os dois lados
- Aumento da segurança jurídica
  - Melhoria do ambiente de negócios





Muito obrigada!!

Ana Cláudia Akie Utumi  
Utumi Advogados  
Rua Surubim, 504, conj. 62  
São Paulo, SP, 04571-050  
[ana.utumi@utumilaw.com](mailto:ana.utumi@utumilaw.com)

