ANDREZA DE SOUZA RIBEIRO FONSECA

***TREATY SHOPPING* E O CONCEITO DE PESSOAS VISADAS NA APLICAÇÃO
DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO – A QUESTÃO DA SUBSTÂNCIA
ECONÔMICA**

DISSERTAÇÃO (MESTRADO)

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR GERD WILLI ROTHMANN

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

ANDREZA DE SOUZA RIBEIRO FONSECA

***TREATY SHOPPING* E O CONCEITO DE PESSOAS VISADAS NA APLICAÇÃO
DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO – A QUESTÃO DA SUBSTÂNCIA
ECONÔMICA**

Dissertação 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 Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Doutor Gerd Willi Rothmann.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

FONSECA, Andreza de Souza Ribeiro.

Treaty shopping e o conceito de pessoas visadas na aplicação dos acordos de bitributação – a questão da substância econômica – 2017. 258f.

Orientador: Gerd Willi Rothmann.

Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Tributário Internacional. 2. Acordos de bitributação. 3. *Treaty shopping*. 3. Pessoas Visadas. 4. Substância econômica. 5. Projeto BEPS

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, em tudo e por tudo.

Ao Prof. Doutor Gerd Willi Rothmann pela oportunidade de ingressar no Mestrado; pela confiança em mim depositada e pela paciência, com a qual me orientou durante a elaboração desta dissertação. Agradeço acima de tudo pelas lições e pelo exemplo de dedicação à vida acadêmica.

Ao Ramon Castilho, pelo apoio que me ofereceu durante todo o curso; pelas inúmeras discussões e reflexões propostas ao longo do desenvolvimento deste trabalho e por sua colaboração inestimável com a revisão desta dissertação.

À Sarah Barbassa, pelo exemplo de dedicação e força, pelas conversas diárias e pelo incentivo à realização deste mestrado.

Aos demais membros do Souza, Cescon, Barrieu e Flesch Advogados, pelas oportunidades de desenvolvimento profissional. Agradeço em especial ao Roberto Barrieu e ao Rafael Malheiro por todo o incentivo durante esses 10 anos caminhando juntos.

À Elisabete Masini, pelo auxílio na revisão dos recursos de escrita na construção do fio condutor desta dissertação. Sem sua ajuda, este trabalho não seria o mesmo.

Ao Ricardo Silveira, ao Ramon Tomazela e ao Renato Coelho pela valiosa ajuda na revisão desta dissertação.

À Eloisa Tinoco e ao Santiago Laranjeira, integrantes do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, pela ajuda com a obtenção de grande parte do material bibliográfico deste trabalho.

A todos os colegas do curso de pós-graduação, por todas as discussões e as reflexões que compartilhamos nas aulas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Agradeço em especial à Clara Gomes Moreira e ao Carlos Crosara, por trilharem esse caminho ao meu lado.

Aos meus pais, a quem devo tudo que sou e quem eu ainda serei. Agradeço pelas orações diárias em meu favor.

À Abqueila, ao Samuel e à Sandra, pela compreensão em meus momentos de ausência e pelo apoio incondicional. Agradeço por fazerem parte da minha vida. Ao Afonso, à Zilda, à Edilaine, à Elaine, ao Anderson e ao Jairo, pelo carinho em todos os momentos.

A todos os meus amigos, pelos momentos que partilhamos juntos e pela torcida. Em especial, agradeço à Heloísa Pontes pelo apoio constante e aos amigos-irmãos Daniely, Fábio, Franciele e Ueslei, pelo incentivo.

Ao Fábio. Palavras me faltam para agradecer seu apoio em todos esses longos anos de Mestrado. Agradeço pela confiança, pela ajuda e força nos momentos mais difíceis e pelo incentivo diário. Esta conquista também é sua e a você dedico este trabalho, com todo o meu amor.

“SIM

Eu disse a uma amiga:

- A vida sempre superexigiu de mim.

Ela disse:

- Mas lembre-se de que você também superexige da vida.

Sim”.

Clarice Lispector

(21 de outubro. In: A descoberta do mundo, 1999.)

RESUMO

FONSECA, Andreza de Souza Ribeiro. *Treaty shopping* e o conceito de pessoas visadas na aplicação dos acordos de bitributação – a questão da substância econômica. 2017. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta dissertação tem como elemento central o estudo do *treaty shopping* e a aplicação do conceito de substância econômica na determinação das pessoas visadas dos acordos de bitributação. Visa-se analisar a legitimidade das estruturas de *treaty shopping* e se somente as pessoas jurídicas interpostas que detenham substância econômica podem obter os benefícios previstos nos acordos de bitributação, que de outra forma não estariam disponíveis. Pretende-se ainda analisar se as medidas de combate ao *treaty shopping* têm efetivamente adotado critérios de substância econômica. Para tanto, será necessário examinar: (1) as controvérsias existentes acerca da conceituação de *treaty shopping*, os seus elementos e as objeções que são apresentadas a essa prática; (2) as razões, pelas quais a substância econômica é considerada como o elemento que diferencia as estruturas de *treaty shopping* ilícitas das lícitas; (3) o conceito de substância econômica e os elementos capazes de indicar se uma pessoa jurídica tem substância econômica e (4) as medidas unilaterais e bilaterais de combate ao *treaty shopping*, incluindo as medidas propostas pela Ação nº 6 do Projeto BEPS, de forma a confirmar se essas regras têm adotado critérios de substância econômica.

Palavras-chave: Direito Tributário Internacional. Acordos de bitributação. *Treaty shopping*. Pessoas Visadas. Substância econômica. Projeto BEPS.

ABSTRACT

FONSECA, Andreza de Souza Ribeiro. Treaty shopping and the concept of persons covered on the application of double tax treaties – economic substance issue. 2017. 258p. Master's Degree – Law Faculty, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This study deals with the use of the concept of economic substance as a tool to identify the persons eligible for benefits under double tax treaties. It discusses the legitimacy of treaty shopping structures and whether only persons meeting a blurred economic substance test may claim double tax treaties benefits that should otherwise be denied to those persons that fail to clear such hurdle. The study also aims at analyzing if the strategies that address treaty shopping structures make use of the concept of economic substance. Thus, it will be necessary to analyze: (1) the controversies related to treaty shopping definitions and the objections to treaty shopping arrangements; (2) the reasons why economic substance plays a pivotal rule in distinguishing licit- from illicit-treaty shopping structures; (3) the concept of economic substance and the elements that indicate that a legal entity has economic substance; (4) the unilateral and bilateral tools to counter treaty-shopping structures, including the proposals of Action nº 6 of BEPS Project, in order to confirm if such rules has adopted economic substance criteria.

Keywords: International Tax Law. Double tax treaties. Treaty shopping. Persons covered. Economic substance. BEPS Project.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. Considerações Preliminares.....	13
1.1 Acordos internacionais em matéria tributária	13
1.2 Objetivos e finalidades dos acordos de bitributação	14
1.2.1 Prevenção da evasão e da elusão fiscal	16
1.2.2 Incentivo ao comércio internacional	18
1.2.2 Promoção do desenvolvimento econômico dos países.....	20
2. Objeto do estudo.....	24
3. Justificativa da escolha e importância do tema	28
4. Estrutura do trabalho	30
 CAPÍTULO I – <i>TREATY SHOPPING</i> E O CONCEITO DE PESSOAS VISADAS ..	32
1.1 O Conceito de Pessoas Visadas	32
1.1.1 Definição de pessoa no âmbito da Convenção Modelo da OCDE.....	32
1.1.2 Definição de residente no âmbito da Convenção Modelo da OCDE.....	33
1.2 <i>Treaty shopping</i> e o planejamento fiscal por meio dos acordos de bitributação.....	39
1.3 Exemplos de <i>treaty shopping</i>	45
1.4 Elementos de caracterização do <i>treaty shopping</i>	53
1.5 As objeções teóricas à prática do <i>treaty shopping</i>	55
1.5.1 Instrumento de evasão ou de elusão fiscal	57
1.5.2 Instrumento abusivo e contrário ao propósito dos acordos	60
1.5.3 A questão da reciprocidade	64
1.5.4 O argumento da pertença econômica	65
1.5.5 Desincentivo à negociação dos acordos de bitributação	66
1.5.6 Perda indesejável de receitas.....	67
1.6 Conclusões.....	68
 CAPÍTULO II – O CONCEITO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA	70
2.1 Introdução.....	70
2.2 Origem da doutrina de substância econômica e a jurisprudência americana	73
2.3 Elementos indicativos de substância econômica	80

2.3.1 Elementos indicativos da presença de substância econômica nas regras de determinação de residência	81
2.3.1.1 A questão das sociedades <i>holdings</i>	87
2.3.2 Elementos indicativos da presença de substância econômica nas regras de preços de transferência	92
2.3.2.1 Análise das funções desenvolvidas	93
2.3.2.2 Análise dos riscos incorridos	95
2.3.2.3 Análise dos ativos empregados	99
2.3.2.4 Análise da exigência de empregados e de instalações físicas	100
2.4 Conclusões	103

CAPÍTULO III – AS MEDIDAS UNILATERAIS DE CONTENÇÃO AO *TREATY SHOPPING* E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA..... 107

3.1 Introdução	107
3.2 Medidas unilaterais de contenção ao <i>treaty shopping</i> - cláusulas gerais antielusivas	112
3.2.1 Países Baixos	112
3.2.2 Estados Unidos	113
3.2.3 Espanha	118
3.2.4 Luxemburgo	120
3.2.5 França	122
3.2.6 Brasil	125
3.3 Medidas unilaterais de contenção ao <i>treaty shopping</i> - cláusulas específicas antielusivas	129
3.3.1 Países Baixos	129
3.3.2 Estados Unidos	131
3.3.3 Espanha	134
3.3.4 Luxemburgo	136
3.3.5 França	137
3.3.6 Brasil	139
3.4 Conclusões	142

CAPÍTULO IV – AS MEDIDAS BILATERAIS DE CONTENÇÃO AO *TREATY SHOPPING* E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA..... 145

4.1 Introdução	145
4.2 Cláusula do beneficiário efetivo	146
4.2.1 Cláusulas do beneficiário efetivo nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil	156

4.3	Cláusulas de limitações de benefícios	158
4.3.1	Cláusulas gerais de limitações de benefícios sugeridas pela OCDE.....	158
4.3.2	Cláusulas de limitação de benefícios da Convenção Modelo dos EUA	166
4.3.2.1	Análise dos testes previstos nas cláusulas de limitação de benefícios da Convenção Modelo dos EUA	169
(i)	<i>Public trade test</i> ou teste das pessoas jurídicas com ações negociadas em bolsas de valores	170
(ii)	<i>Ownership and base erosion test</i> ou teste da titularidade e da erosão da base fiscal.....	175
(iii)	<i>Active business test</i> ou teste da atividade comercial ou negocial	179
(iv)	<i>Residual test</i> ou teste residual.....	184
4.3.2.2	Cláusulas de limitação de benefícios nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil.....	185
(i)	Grupo 1	186
(ii)	Grupo 2.....	188
(iii)	Grupo 3.....	189
4.4	Conclusões.....	191
 CAPÍTULO V – A AÇÃO Nº 6 DO PROJETO BEPS E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.....		194
5.1	O Projeto BEPS	194
5.2	A Ação nº 6.....	199
5.2.1	Introdução	199
5.2.2	Relatório Final da Ação nº 6	201
	Seção A. Cláusulas ou disposições para a Convenção Modelo e recomendações acerca da elaboração de regras internas para impedir a concessão de benefícios dos acordos em circunstâncias inadequadas	202
(i)	Contorno das limitações do próprio acordo de bitributação.....	202
(ii)	Contorno das limitações das regras domésticas mediante a utilização dos acordos de bitributação	212
	Seção B. Esclarecimentos de que os acordos de bitributação não devem ser usados para gerar a dupla não tributação.....	214
	Seção C. Políticas fiscais que os países devem levar em consideração antes de assinarem um acordo de bitributação com outros países.....	218
5.3	Análise crítica da Ação nº 6	221
5.3.1	A questão do abuso dos acordos	221
5.3.2	A questão da inclusão das cláusulas LoB	223
5.3.3	A questão da cláusula PPT.....	224
5.3.4	A visão dos países em desenvolvimento.....	228

CONCLUSÕES.....	231
REFERÊNCIAS.....	240

INTRODUÇÃO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Os acordos internacionais contra a bitributação são instrumentos de Direito Internacional Público, de caráter bilateral. São veículos introdutórios de normas destinadas ao tratamento da renda e do capital transnacional nas relações entre residentes dos Estados contratantes.¹ Aos acordos, é atribuída a condição de fonte mais importante de Direito Internacional, tendo em vista sua multiplicidade, a relevância das matérias reguladas e o fato de que esses instrumentos definem o comportamento dos Estados nas questões internacionais.²

Em matéria fiscal, os acordos não têm sido denominados de forma uniforme. Gerd Rothmann, criticando a imprecisão da terminologia dos acordos na prática internacional, conceitua as três denominações mais comumente utilizadas para definir os acordos internacionais em matéria tributária: (i) tratado: termo utilizado para designar os acordos solenes, tal como um tratado de paz; (ii) convenção: designa o tratado que cria normas gerais, a exemplo da Convenção sobre o Mar Territorial; (iii) acordo: termo empregado para os tratados que tenham objeto econômico, financeiro, comercial e cultural. O autor conclui que a expressão mais adequada para denominar os acordos internacionais de bitributação é a expressão “acordo”, assim entendido o acordo formal, bilateral e celebrado em matéria tributária.³

No presente trabalho, utilizaremos a expressão “acordo de bitributação” para designar os contratos celebrados pelos Estados com o objetivo de combater a bitributação e a evasão fiscal. O termo convenção será utilizado para denominar a Convenção Modelo desenvolvida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Convenção Modelo desenvolvida pelos Estados Unidos (EUA).

¹ ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. 194f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 148.

² VASCONCELLOS, Roberto França de. “Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária”. In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 148.

³ ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. 194f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 15.

Os acordos estão sujeitos a um regime próprio e sua elaboração observa um rito especial, envolvendo as etapas de negociação, de celebração e de troca de instrumentos de ratificação, quando passam a vigorar no plano internacional. Após os procedimentos definidos pela legislação local que, muitas vezes, envolve a aprovação pelo órgão legislativo, os acordos passam a integrar o ornamento jurídico interno.⁴

Os acordos de bitributação são, juridicamente, regras de limitação da eficácia da pretensão tributária dos Estados contratantes. Não definem qual legislação deve prevalecer, mas restringem a aplicação do direito interno dos Estados, de forma que a legislação interna continua válida, tendo apenas sua aplicação contida pelo acordo.⁵

1.2 OBJETIVOS E FINALIDADES DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

A função precípua dos acordos de bitributação, ao menos dos acordos celebrados com base na Convenção Modelo da OCDE, consiste em, por meio de concessões mútuas, evitar ou mitigar a bitributação internacional com o objetivo de estimular as trocas de bens e de serviços, os investimentos e o movimento de capitais e de pessoas. Esse objetivo é alcançado por meio das definições efetuadas, pela alocação do direito de tributar a um ou outro Estado contratante e por meio dos métodos de crédito ou de isenção, mecanismos que visam eliminar a dupla tributação.⁶

Além do combate à bitributação, Alegría Borrás enumera os seguintes objetivos que costumam ser perseguidos na celebração dos acordos: (i) garantir que os incentivos fiscais concedidos pelos países em desenvolvimento tenham o resultado esperado, dado que, na ausência dos acordos, os incentivos fiscais podem ser anulados por meio da tributação no país de residência do investidor; (ii) fomentar as relações entre os Estados signatários dos acordos, por meio da assistência administrativa e os procedimentos amigáveis de soluções de conflitos; (iii) garantir segurança, estabilidade e certeza aos investimentos efetuados por

⁴ SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 31.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação”. In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 35.

⁶ WEEGHEL, Stef van. *Improper Use of Tax Treaties, with Particular Reference to the Netherlands and the United States*. London: Kluwer Law International, 1998. p. 33.

não residentes; (iv) facilitar os meios de harmonizar os critérios adotados pelos países em matéria tributária.⁷

Christina Panayi acrescenta que os acordos têm como objetivo alocar a competência tributária entre os Estados contratantes. Essa alocação seria inclusive o objetivo primordial dos acordos, dado que a Convenção Modelo da OCDE contém 15 artigos que tratam da alocação da competência tributária entre os Estados e apenas 1 artigo que versa sobre a eliminação da bitributação. A definição de quem é o Estado competente não só auxilia na mitigação da bitributação, como também agrega coesão e harmonização aos sistemas tributários dos Estados signatários do acordo. A autora acrescenta ainda que os acordos visam a convergência das práticas e dos conceitos fiscais e a redução dos conflitos e incentivam a cooperação entre os Estados signatários.⁸

Gerd Rothmann aponta ainda que uma das finalidades mais importantes dos acordos é o combate à evasão fiscal internacional. Segundo o autor, essa finalidade é mencionada de forma expressa em diversos acordos, constituindo sua finalidade secundária.⁹

Roberto França Vasconcellos comenta que o escopo dos acordos pode ser visto a partir de duas perspectivas. As autoridades fiscais o enxergam como uma ferramenta que auxilia o combate à evasão fiscal. Da perspectiva dos contribuintes, os acordos correspondem a uma proteção contra a bitributação do seu rendimento. A ênfase dada ao combate à bitributação e à evasão fiscal costuma mascarar outros objetivos importantes dos acordos, tais como o incentivo ao comércio internacional; a promoção do desenvolvimento econômico dos países que celebram o acordo e a harmonização dos tributos que incidem sobre a renda e o patrimônio.¹⁰

⁷ BORRÁS, Alegría. *La Doble Imposición: Problemas Jurídico-Internacionales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974. p. 86.

⁸ PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community*. Kluwer Law International, 2007. p. 28-32.

⁹ ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. 194f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 150.

¹⁰ VASCONCELLOS, Roberto França de. “Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária”. In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 153.

Tendo em vista o escopo do presente trabalho, analisaremos a seguir a questão da prevenção da evasão e da elusão fiscal,¹¹ do incentivo ao comércio internacional e do fomento do desenvolvimento econômico dos países.

1.2.1 Prevenção da evasão e da elusão fiscal

Desde 1977 até o início de 2003, o parágrafo 7º dos Comentários ao artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE enfatizava que o objetivo dos acordos era facilitar o comércio internacional e os investimentos por meio da eliminação da bitributação. A segunda parte da redação do parágrafo 7º dispunha que os acordos não deveriam, contudo, auxiliar a elusão ou a evasão fiscal.

Na revisão de 2003, os Comentários ao artigo 1º foram alterados, passando a dispor que, além do principal objetivo dos acordos de promover, por meio da eliminação da bitributação internacional, as trocas de bens e de serviços, os investimentos e o movimento de capitais e de pessoas, é também propósito dos acordos, a prevenção da evasão e da elusão fiscal.

O efeito de incluir a questão da evasão e da elusão fiscal tem relação com interpretação e aplicação dos acordos de bitributação. Nos termos do artigo 31, parágrafo 1 da Convenção de Viena, um acordo deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do acordo em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.¹² Com a inclusão desse objetivo, entende-se que as provisões dos acordos de bitributação devem ser interpretadas no sentido de evitar a evasão e a elusão fiscal.¹³

A finalidade de combater a evasão fiscal é incontroversa e tem sido historicamente alcançada por meio das disposições de troca de informações. A obrigação de fornecer informações é um complemento importante dos acordos, pois, sem essa obrigação, as

¹¹ No presente trabalho, utilizaremos expressão elusão fiscal (*tax avoidance*) como sinônimo do conceito que fica entre a economia legítima de tributos (elisão) e a simulação, pois envolve uma violação indireta da lei tributária e evasão fiscal (*tax evasion*) como a ação ou a omissão que visa reduzir ou retardar o cumprimento da obrigação tributária.

¹² Brasil. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

¹³ ARNOLD, Brian J. "Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model. In. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*. Volume 58. No. 6. Amsterdam: Journals IBFD, 2004. p. 248.

autoridades fiscais podem não dispor de meios formais para obter as informações necessárias para determinar as obrigações fiscais de residentes e de não residentes.¹⁴

A questão da elusão já não é tão simples, pois a Convenção Modelo da OCDE contém poucas previsões que tratam dessa matéria. A inclusão de uma declaração vaga de que “*um dos objetivos dos acordos é prevenir a elusão fiscal*” fornece pouca orientação sobre como as autoridades fiscais e os tribunais devem aplicar as disposições dos acordos. Mesmo se um dos propósitos dos acordos seja prevenir a elusão fiscal, deve-se considerar que essa não é a única finalidade ou a finalidade dominante. O artigo 31, parágrafo 1º da Convenção de Viena dispõe que a finalidade dos acordos é apenas um dos fatores a serem levados em conta na interpretação, pois também devem ser considerados o sentido comum dos termos e o contexto e, em muitos casos, esses últimos possuem maior peso em comparação a uma declaração vaga sobre o propósito dos acordos, tal como no caso da prevenção da elusão fiscal.¹⁵

Stef van Weeghel sugere que seria preferível retornar à linguagem anterior dos Comentários, que dispunham que os acordos de bitributação não devem ser usados para auxiliar a elusão fiscal. O autor argumenta que um acordo, como regra, tem potencial apenas para limitar a aplicação ou o escopo de regras antielusivas internas. É questionável a inclusão da prevenção da elusão como uma finalidade específica do acordo, se o acordo apenas tem potencial para limitar as medidas disponíveis na legislação interna. Para o autor, a declaração de que o propósito dos acordos é evitar a evasão, embora não seja incompatível, não é muito útil. Seria mais produtivo retornar à linguagem anterior de que os acordos não devem ser utilizados para auxiliar a elusão fiscal, pois essa afirmação dificilmente pode ser questionada.¹⁶

¹⁴ ARNOLD, Brian J. WEEGHEL, Stef van. “Chapter 5. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures”. In. MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Online Books IBFD, 2006. p. 4.

¹⁵ ARNOLD, Brian J. WEEGHEL, Stef van. “Chapter 5. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures”. In. MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Online Books IBFD, 2006. p. 4.

¹⁶ ARNOLD, Brian J. WEEGHEL, Stef van. “Chapter 5. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures”. In. MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Online Books IBFD, 2006. p. 4.

1.2.2 *Incentivo ao comércio internacional*

Nos anos anteriores à Primeira Guerra Mundial, não existam normas claras e admitidas internacionalmente que pudessem servir como base para permitir a tributação de pessoas ou de objetos conexos a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Assim, o fenômeno da bitributação era combatido de forma precária por dispositivos da lei interna e por alguns poucos acordos celebrados por países da Europa Central.¹⁷

No pós-guerra, contudo, à medida que o comércio internacional se intensificava, surgia a preocupação com os impactos negativos da bitributação. Em 1921, o Comitê Financeiro da Liga das Nações nomeou um grupo de quatro especialistas em finanças públicas – Bruins (Holanda), Einaudi (Itália), Seligman (EUA) e Stamp (Grã Bretanha) – para apresentar um relatório acerca dos problemas econômicos decorrentes do fenômeno da bitributação e as possíveis soluções.

Roberto França de Vasconcellos atenta para o fato de que, ao contrário do que costuma se supor, a ideia de elaborar regras para repartir o poder de tributar entre os países surge como uma forma de combater a bitributação para incentivar o comércio internacional e não como uma consequência desse comércio. O autor pontua que os acordos internacionais de bitributação não decorrem do desenvolvimento do comércio internacional, mas antes surgiram para impulsionar e para estimular esse desenvolvimento. Nas palavras do autor, “os acordos internacionais estão mais para causa do que para efeito das relações comerciais internacionais”.¹⁸

Em 1922, o mesmo Comitê encarregou um grupo composto por altos funcionários das administrações fiscais da Bélgica, França, Itália, Holanda, Reino Unido, Suíça e Checoslováquia de fazer um estudo acerca da bitributação e da evasão fiscal de um ponto de vista administrativo e prático.

O relatório, resultado do trabalho dos economistas e intitulado *Report on Double Taxation*, foi submetido ao Comitê Fiscal em 1923. No relatório, os economistas

¹⁷ VASCONCELLOS, Roberto França de. “Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária”. In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 154.

¹⁸ VASCONCELLOS, Roberto França de. “Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária”. In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 155.

analisaram os aspectos econômicos da bitributação e identificaram quais os critérios que poderiam justificar o exercício da competência tributária em relação a pessoas e a fatos.

Os peritos concluíram que os princípios mais adequados para justificar a tributação seriam os princípios da residência e da localização da riqueza. Com base no princípio da residência, os indivíduos com residência permanente ou habitual em determinado território estatal devem contribuir com as despesas e com os custos do Estado. Todavia, esse princípio seria insuficiente, uma vez que a riqueza poderia ser detida por não residentes no território, de forma que faltariam recursos para arcar com as despesas estatais. É necessário, portanto, alinhar o princípio da residência com o princípio da localização da riqueza, que legitima a tributação em razão da estreita ligação existente entre o indivíduo detentor da riqueza ou propriedade e o Estado na qual a propriedade está localizada.

Segundo os peritos, as autoridades fiscais se baseavam na residência e na localização da renda para exigir a tributação, pois esses critérios seriam parte de um princípio mais amplo, o princípio da pertença econômica (*principle of economic interest or economic allegiance*)¹⁹, que estabelece uma vinculação dos indivíduos com o Estado com base nos interesses econômicos que esses possuem no território.

A pertença econômica teria relação com o local onde a renda é produzida fisicamente (local de origem da renda) e onde a riqueza é gasta ou consumida (residência ou domicílio). A partir desses elementos, os peritos concluíram que a origem seria mais relevante nos casos em que a renda fosse proveniente da terra, de atividades agrícolas, de

¹⁹ O princípio da pertença econômica foi desenvolvido por George von Schanz, para quem somente o princípio da pertença econômica, se corretamente aplicado, poderia permitir a distribuição do encargo fiscal de forma justa e equitativa. A pertença econômica a um Estado pode ser baseada no mero consumo ou na celebração de negócios, incluindo investimentos. Se a pertença econômica está ligada ao consumo, então a residência poderia ser um critério adequado, mas esse não poderia ser o único princípio. Isso porque uma pessoa não está ligada economicamente apenas ao Estado de sua residência, mas também a outros Estados nos quais essa pessoa faz negócios ou auferir renda – Estado da fonte. Schanz atribui a pertença ao Estado da fonte um *status* mais importante do que a ligação com o Estado da residência. Ele alega que ao Estado da residência, onde ocorre o consumo da renda também deveria ser atribuído uma parte da tributação, mas certamente menos do que ao Estado da fonte, onde a renda é gerada. O autor, assim, recomenda uma divisão de três quartos da tributação da renda para o Estado da fonte e um quarto para o Estado da residência. Schanz era ciente de que suas sugestões seriam polêmicas e poderiam ser criticadas por reverter ao princípio do benefício e ameaçar a ideia da tributação progressiva. Contra essas críticas, o autor alega que de fato não há tributo que não esteja relacionado com benefícios e que a sujeição à tributação depende de uma relação econômica. Após a determinação das pessoas sujeitas à tributação, então poderia ser aplicado o sistema progressivo. VOGEL, Klaus. “Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments. In. *Intertax*. Volumes 8-11. 1988. p. 218-219.

estabelecimentos comerciais, de rebanhos, dentre outros. Já a residência seria relevante para a renda proveniente de ações, de títulos, de rendimentos profissionais etc.²⁰

Em 1992, o Comitê Financeiro da Liga das Nações formou um novo comitê, para analisar a bitributação em conjunto com a questão da evasão fiscal. O resultado do trabalho foi apresentado em 1925 por meio do relatório *Double Taxation and Tax Evasion*.²¹ Os parâmetros definidos no relatório de 1923 e 1925 nortearam a elaboração dos primeiros modelos de acordos de bitributação.

1.2.2 Promoção do desenvolvimento econômico dos países

Uma parte importante da doutrina entende que os acordos de bitributação são mais do que um mero instrumento internacional para evitar a bitributação, pois possuem uma função bastante importante para os países em desenvolvimento: os acordos podem servir de instrumento para seu desenvolvimento econômico.²² Ainda que a tributação não seja o único fator a ser analisado para a decisão de investir, ela também concorre para essa decisão, de forma que a celebração dos acordos de bitributação se torna em um importante mecanismo para a promoção dos investimentos externos.²³

Não existe consenso sobre o efetivo aumento dos investimentos estrangeiros decorrentes da celebração de um acordo de bitributação. Alertam Niels Bammens e Luc De Broe que, na década de 2000, várias pesquisas foram realizadas com o objetivo de demonstrar empiricamente a validade da assunção teórica de que os acordos de bitributação aumentariam os investimentos estrangeiros diretos.²⁴ Os resultados desses

²⁰ Conforme *Report on Double Taxation. Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp*. League of Nations. Geneva, April 5th, 1923.

²¹ *Double Taxation and Tax Evasion – Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*. Geneva, February 7th, 1925.

²² SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação”. In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 46.

²³ BORGES, Antônio de Moura. *Convenções sobre Dupla Tributação Internacional*. Teresina: EDUFPI, 1992. p. 143.

²⁴ Podem ser citados, exemplificativamente, os seguintes estudos: BLONIGEN, Bruce, DAVIES, Ronald. “The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity”. In. 11 *International Tax and Public Finance*. Volume 11. No. 5. 2004; DAVIES, Ronald. “Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential versus Performance”. In. *International Tax and Public Finance*. Volume 11. No. 6. 2004; EGGER, Peter, LARCH, Mario, PFAFFERMAYER Michel, WINNER, Hannes. “The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Evidence”. In. *Canadian Journal of Economics*. Volume 39. No. 3. 2006.; LOUIE, Henry, ROUSSLANG, Donald. “Host-country Governance, Tax Treaties and US Direct Investment Abroad”. In. *International Tax and Public Finance*. Volume 15. No. 3. 2008; DAVIES, Ronald, NORBÄCK, Pehr-Johan, TEKIN-KORU, Ayça. “The Effect of Tax Treaties on Multinational Firms: New Evidence from Microdata”. In. *The World Economy*. Volume 32, No. 1. 2009.

estudos demonstraram que o impacto gerado pela celebração de acordos sobre os investimentos estrangeiros diretos – sejam de importação ou de exportação de capital – são insignificantes ou até mesmo negativos.²⁵

Cabe ressaltar que o impacto insignificante ou negativo se refere apenas ao incremento dos investimentos após a celebração dos acordos de bitributação. Já em relação à decisão inicial de investir, o que se verifica é que os acordos impactam positivamente nessa decisão. As companhias que detêm investimentos em um determinado Estado não decidem investir mais naquele Estado se o seu Estado de residência decide celebrar um acordo de bitributação com o Estado onde está localizada a subsidiária. Contudo, essa companhia está mais propensa a constituir uma subsidiária para efetuar um investimento no Estado que tenha celebrado acordo de bitributação com seu país de residência. Esse efeito positivo pode ser explicado pela segurança jurídica oferecida pelos acordos de bitributação, pois os investidores buscam a certeza acerca da tributação que será aplicável ao seu rendimento.²⁶

A atração do capital externo pode ser efetuada a partir da lei interna de um determinado Estado, em montante igual ou até superior ao montante concedido por um acordo de bitributação. Podem-se citar, como exemplo, as medidas adotadas pelo Chile na década de 90, que reduziram, unilateralmente, as alíquotas de retenções na fonte aos mesmos patamares dos acordos de bitributação, de forma a atrair não apenas os investimentos dos países com os quais o acordo seria celebrado, mas de todos os outros países.

A lei interna não confere ao investidor a estabilidade que pode ser encontrada em um acordo de bitributação. O acordo consiste em um contrato firmado entre dois países, indicando ao investidor estrangeiro a intenção de receber seu capital. A própria dificuldade de alterar um acordo de bitributação representa segurança para o investidor estrangeiro, ainda mais se comparada com a facilidade de alteração ou de revogação de uma medida unilateral. Apesar de a prática do *treaty override* ser possível, ao menos esse procedimento é vedado e passível de ser questionado perante o judiciário do país que

²⁵ BAMMENS, Niels and BROE, Luc De. “Treaty Shopping and Avoidance of Abuse”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 1.

²⁶ BAMMENS, Niels and BROE, Luc De. “Treaty Shopping and Avoidance of Abuse”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 2.

pratica a infração. Já as medidas unilaterais contidas na lei interna podem ser revogadas sem que se consulte o país envolvido e, em princípio, o investidor não está autorizado a questionar judicialmente a revogação do benefício.²⁷

Se, pela perspectiva dos países em desenvolvimento, a celebração dos acordos de bitributação se dá em razão da atração de investimentos externos, os países desenvolvidos celebram acordos com os países em desenvolvimento em razão da pressão efetuada pelas empresas com atuação internacional, que procuram incentivos e segurança nos investimentos efetuados no exterior. A bitributação enfraquece o poder competitivo das empresas, de forma que interessa aos países desenvolvidos celebrar acordos de bitributação para minimizar o impacto negativo da tributação que incide sobre as empresas com atuação internacional.²⁸

A promoção do desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento também explica o motivo das diferenças nas concessões efetuadas nos acordos celebrados pelos países desenvolvidos e entre os acordos celebrados pelos países desenvolvidos com países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos.

Os Estados desenvolvidos celebram, entre eles, acordos para favorecer o fluxo recíproco de capitais, de bens, de pessoas e de serviços. Já os acordos contratados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento têm como objetivo básico a entrada, no território dos países em desenvolvimento, de tecnologia e de capitais para fomentar o seu desenvolvimento econômico.

No primeiro caso, dado que os fluxos financeiros entre os dois Estados contratantes tendem a ser equivalentes, a reciprocidade é mais evidente, pois o que um país deixa de arrecadar será compensado pela arrecadação em relação ao fluxo inverso, proveniente do outro Estado. Já no caso dos acordos entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, o fluxo financeiro é claramente unidirecional – do país desenvolvido para o país menos desenvolvido – de forma que a perda da arrecadação pelo país menos

²⁷ VASCONCELLOS, Roberto França de. “Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária”. In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 174-175.

²⁸ PIRES, Manuel. *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984. p. 420.

desenvolvido não é compensada com a tributação do fluxo inverso. O país em desenvolvimento, assim, acaba por renunciar a parte de sua tributação.

Essa situação, de acordo com Luís Eduardo Schoueri, explica a razão de diversos acordos celebrados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento conterem cláusulas de *tax sparing*²⁹ e de *matching credit*³⁰ no lugar do método tradicional do crédito ou da imputação.³¹

Em relação à questão da promoção dos investimentos, os acordos de bitributação desempenham quatro funções, sendo duas ligadas ao aumento do investimento estrangeiro direto e duas ligadas à redução desses investimentos. Em relação ao aumento, entende-se que os acordos uniformizam as definições e a tributação dos Estados signatários; reduzem os tributos incidentes sobre os rendimentos e aumentam a certeza quanto ao tratamento tributário a ser aplicado aos negócios internacionais. Verifica-se que os acordos visam reduzir a evasão fiscal por meio de regras anti *treaty shopping*; reforçar a aplicação das regras de *transfer pricing* e facilitar a troca de informações entre as autoridades fiscais dos países signatários, dentre outros. Essas duas últimas funções estão relacionadas à redução dos investimentos, pois a introdução de regras antiabuso, além de causar aumento na tributação, cria incerteza acerca do tratamento fiscal aplicável às transações.³²

Embora as pesquisas indiquem que os acordos de bitributação não têm efeito quanto à decisão inicial de investir, as regras neles contidas têm bastante efeito após o investimento inicial: companhias que têm uma subsidiária no exterior, caso sejam impostas a uma tributação maior, podem mudar seu comportamento para reduzir os lucros a serem reportados em seu Estado de residência. A mesma questão surge na introdução de regras antiabuso, tais como regras LOB e outras regras nos acordos ou até mesmo na legislação interna.

²⁹ Por meio da cláusula de *tax sparing* ou crédito fictício, o Estado de residência se compromete a manter ou não reduzir o montante do crédito do imposto a ser conferido ao contribuinte, ainda que esse imposto seja reduzido por causa de incentivos fiscais dados pelo Estado da fonte.

³⁰ Segundo a cláusula *matching credit* ou crédito presumido, o Estado da residência confere um crédito superior à alíquota de retenção no Estado da fonte. Nessa hipótese, o Estado da fonte se compromete a limitar a tributação do rendimento a um certo teto, ao passo que o Estado da residência, ao aplicar o crédito, considera que foi pago um montante superior ao teto, de modo a garantir um efetivo benefício ao investidor.

³¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação”. In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003.

³² BAMMENS, Niels and BROE, Luc De. “Treaty Shopping and Avoidance of Abuse”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 2.

Não por outra razão, os acordos celebrados com países em desenvolvimento preocupam-se mais com a promoção do investimento externo direito do que com a prevenção do abuso. Nesse contexto, a certeza quanto à tributação aplicável aos rendimentos investidos tem prioridade em relação à aplicação de regras *antiavoidance*.

O que se verifica, portanto, é que os acordos celebrados entre países desenvolvidos e países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento – como é o caso do Brasil – têm como objetivo, dentre outros, o incentivo à entrada de investimentos, de capital e de tecnologia. É à luz dessa finalidade que deve ser estudado o tema do abuso dos acordos de bitributação, objeto do presente estudo. Luis Eduardo Schoueri aponta que o tema do abuso, embora seja bastante prejudicial aos países, que celebram acordo em condições de igualdade, deve ser avaliado com cautela quando uma das partes é um Estado em desenvolvimento, uma vez que, nesse caso, o acordo é um instrumento de atração de investimentos.³³

2. OBJETO DO ESTUDO

O presente trabalho tem como elemento central o estudo do *treaty shopping* e a questão da substância econômica.

Treaty shopping pode ser definido como o esforço premeditado do contribuinte para obter os benefícios da rede de acordos internacional, selecionando o acordo mais favorável para a estruturação de seus negócios.³⁴ Como regra, os acordos de bitributação bilaterais aplicam-se apenas aos residentes de um dos Estados contratantes, de forma que o *treaty shopping* necessariamente envolve medidas deliberadas por parte de indivíduos e de entidades residentes de terceiros Estados e, portanto, alheios ao quadro de beneficiários de um acordo, os quais estruturam seus negócios de forma a obter a residência em um dos Estados signatários, com o propósito de aproveitar dos benefícios previstos no acordo.³⁵

As estruturas mais comumente adotadas para o *treaty shopping* envolvem a utilização das empresas-canais (*conduit companies*) e das empresas-trampolins (*stepping*

³³ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação”. In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 49.

³⁴ ROSENBLUM, H. David. “Tax Treaty Abuse: Policies and Issues”. In. *Law & Policy in International Business*. No. 15, 1983. p. 763.

³⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20-21.

stone companies). No primeiro caso, a empresa é interposta num terceiro Estado, única e exclusivamente, para se beneficiar do acordo celebrado entre o terceiro Estado e o Estado da fonte dos rendimentos, tendo assim direito, por exemplo, às alíquotas reduzidas previstas no acordo. Já as empresas-trampolim são formadas a partir da criação de uma empresa num Estado, sujeita à tributação normal, que auferir rendimentos transferidos por uma empresa localizada em outro Estado, beneficiando-se do acordo celebrado entre esses dois Estados. A empresa beneficiária dos rendimentos transfere esses recursos para um terceiro Estado, deduzindo as despesas correspondentes e, portanto, reduzindo seu lucro tributável. As estruturas se diferenciam porque, na canalização, a empresa interposta não está sujeita à tributação, ao passo que, na empresa-trampolim, a interposta se sujeita à tributação, que é reduzida pela dedução das despesas correspondentes às transferências realizadas.³⁶

A comunidade internacional costuma argumentar que o *treaty shopping* é prática ilícita, uma vez que (i) seria um instrumento de evasão ou de elusão fiscal; (ii) seria uma espécie de planejamento impróprio e contrário ao propósito dos acordos; (iii) violaria a reciprocidade dos acordos e alteraria o equilíbrio das concessões feitas pelos Estados signatários; (iv) permitiria que um terceiro Estado obtivesse o poder de tributar determinada renda mesmo sem qualquer pertença econômica substancial; (v) criaria um desincentivo para negociação dos acordos de bitributação; (vi) causaria a perda indesejável de receitas fiscais, gerando um custo de difícil determinação para o Estado da fonte.³⁷ Conforme se verá, esses argumentos não são incontroversos, havendo diversos contrapontos importantes que tornam difícil a construção de uma argumentação teórica de que o *treaty shopping* seria necessariamente abusivo e contrário ao propósito dos acordos de bitributação. A premissa de que esse seria um instrumento abusivo e contrário ao propósito dos acordos não é correta. O que é cabível afirmar é que a prática *pode* ser um instrumento de abuso.

Não existe clareza sobre quais características diferenciam, na prática, as estruturas abusivas e as celebradas conforme os objetivos previstos nos acordos de bitributação.

³⁶SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.p. 24-25.

³⁷PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 80-88.

É fato que os acordos de bitributação são concluídos por razões de natureza econômica: os Estados contratantes desejam estimular as relações econômicas – investimentos e trocar comerciais – por meio da prevenção da bitributação. Parte da doutrina entende que as pessoas jurídicas, que não tenham qualquer substrato econômico suficientemente forte, não deveriam se beneficiar dos acordos, pois essas não são capazes de promover relações econômicas entre os contribuintes dos Estados contratantes.³⁸

A doutrina entende que o elemento diferenciador das estruturas de *treaty shopping* não abusivas é a presença da substância econômica, pois uma entidade embutida de substância econômica teria conexão econômica suficiente com o Estado para promover os objetivos dos acordos e se beneficiar de suas disposições.

A análise a que se propõe o presente trabalho é justamente verificar se é possível definir um conceito de substância econômica e se esse conceito, de fato, tem sido adotado nas regras da Convenção Modelo da OCDE, tanto em relação às regras de definição do escopo pessoal, como nas regras de combate ao *treaty shopping*.

Conforme veremos a seguir, embora o termo substância econômica seja muito citado pela doutrina, seu significado tem um sentido amplo e indefinido. Em sua origem, substância econômica é utilizado para expressar a doutrina antielusiva desenvolvida pelas cortes judiciais dos Estados Unidos da América, posteriormente codificada pelo Direito positivo. Nesse ordenamento jurídico, uma transação pode ter seus efeitos desconsiderados para fins fiscais, se a transação não for celebrada mediante propósito negocial além da economia fiscal e se a transação não for capaz de promover uma mudança na posição econômica do contribuinte, excluído o efeito econômico produzido pela economia fiscal.³⁹ Apesar de sua aparente objetividade, essa doutrina prova uma série de questões práticas.

Além das questões envolvendo o próprio conceito de substância econômica, existem controvérsias sobre quais seriam os elementos indicadores de substância econômica. Tendo em vista que o objetivo do presente estudo é analisar essa questão sob a perspectiva dos acordos de bitributação, analisaremos se as regras de determinação de

³⁸ BMMENS, Niels and BROE, Luc De. “Treaty Shopping and Avoidance of Abuse”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 1.

³⁹ LEDERMAN, Leandra. “W(h)ither Economic Substance?”. In. *Iowa Law Review*. Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 391.

residência contidas no artigo 4, parágrafo 1º da Convenção Modelo da OCDE adotam elementos indicativos de substância econômica.

Ainda no contexto dos acordos de bitributação, a questão da substância econômica aparece nas regras de *transfer pricing* estabelecidas no relatório da OCDE denominado *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* ou *OECD Guidelines*. Embora não seja o objetivo do presente estudo analisar a substância econômica de transações, as regras do *OECD Guidelines* listam elementos indicativos de substância econômica, que também podem ser adotados para na análise das pessoas jurídicas.

Uma vez delimitado o conceito de substância econômica e os seus elementos identificadores, será importante analisar se as normas de combate ao *treaty shopping* unilaterais, introduzidas pela legislação interna dos Estados, e as bilaterais, implementadas em cláusulas ou em dispositivos dos acordos de bitributação, efetivamente têm adotado critérios de substância econômica para conter as estruturas consideradas abusivas.

Conforme se verá, para a contenção das estruturas de *treaty shopping*, os Estados utilizam-se de medidas internas, as quais podem se referir a medidas gerais antiabuso (*general anti-abuse rules*), baseadas nas doutrinas da fraude à lei, do abuso de forma ou de direito, da substância sobre a forma, da substância econômica, dentre outras, ou a cláusulas específicas antiabuso. Embora a utilização dessas regras seja questionável, não é possível ignorar a existência das normas em vigor. Nosso estudo será pautado a partir das medidas unilaterais adotadas pelos Países Baixos, Estados Unidos, Espanha, Luxemburgo e França, países que detêm maior participação no estoque de investimento direto no Brasil⁴⁰, conforme censo de capitais estrangeiros divulgado pelo Banco Central do Brasil, ano base 2012.⁴¹

A reação ao *treaty shopping* também pode se manifestar na inclusão de cláusulas nos acordos de bitributação. Podemos citar (i) a cláusula do beneficiário efetivo, que tem como objetivo esclarecer o significado da expressão “pagos a” um residente contido nos

⁴⁰ Conforme o Censo de Capitais Estrangeiros no País divulgado pelo Banco Central do Brasil, a distribuição por país do investidor imediato é a seguinte: (i) Países Baixos: 29,75%; (ii) Estados Unidos: 15,88%; (iii) Espanha: 12,15%; (iv) Luxemburgo: 5,94% e (v) França: 5,01%.

⁴¹ Disponível em <http://www.bcb.gov.br/Rex/CensoCE/port/treemap_ied/treemap.asp>. Acesso em 13.08.2016.

artigos 10, 11 e 12 da Convenção Modelo; (ii) as cláusulas de limitação de benefícios sugeridas pela OCDE, as quais visam evitar que determinadas pessoas tenham acesso aos benefícios previstos no acordo e (iii) as cláusulas de limitação de benefícios contidas na Convenção Modelo dos EUA, denominadas de cláusulas LoB, que visam limitar o acesso dos acordos às “pessoas qualificadas”. Além da análise crítica quanto ao texto atual dessas regras, o objetivo da análise é confirmar se as cláusulas dos acordos também têm adotado critérios de substância econômica na contenção ao *treaty shopping* abusivo.

Não é objeto desse estudo a análise da pertinência da substância econômica em relação aos indivíduos e às entidades específicas, tais como veículos de investimentos coletivos, *partnerships*, *trusts*, fundos de investimento, dentre outras. As questões que envolvem essas entidades suscitam diversos outros questionamentos e estão fora do escopo da presente dissertação. Também não iremos analisar a substância econômica das transações, já que o objetivo é estudar as regras pertinentes às pessoas jurídicas.

3. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E IMPORTÂNCIA DO TEMA

Não existem dúvidas sobre a importância do estudo dos acordos de bitributação, os quais, conforme analisado acima, têm como objetivo eliminar a bitributação como forma de incentivar as relações econômicas entre os países. A importância dos acordos contra a bitributação acentuou-se a partir da segunda metade do século XX, em razão da globalização.⁴² Ainda que não seja um fenômeno recente, a integração das economias e dos mercados tem aumentado num ritmo bastante acelerado nos últimos anos.⁴³ Essa integração, associada à livre circulação de capitais e de pessoas; a mudanças das bases de produção de locais de custos elevados para locais de baixo custo; à remoção das barreiras

⁴² BAKER, Philip. *A tributação internacional do século XXI*. In. Revista Direito Tributário Atual nº 19. São Paulo: Dialética, 2005. p. 41.

⁴³ Em estudo sobre o Projeto BEPS, o Governo da Inglaterra destaca que a OCDE concluiu que as empresas têm cada vez mais explorado as brechas existentes nas legislações e o desenvolvimento tecnológico tem dificultado a identificação de onde são criados os valores dos negócios, deslocando os lucros das atividades econômicas que geram receitas para jurisdições de tributação mais favorecida. Cita-se inclusive que, a título de exemplo, em 2010, Barbados, Bermudas e Ilhas Virgens Britânicas receberam 5.11% de investimentos estrangeiros diretos, mais do que receberam Alemanha e Japão. Combinadas, essas jurisdições, conhecidamente jurisdições de tributação favorecida, foram responsáveis por 4.54% do investimento global, ao passo que a Alemanha, por exemplo, contabilizou 4.28%. As Ilhas Virgens Britânicas foram o segundo maior investidor na China, totalizando 14% dos investimentos recebidos por esse país. Cf. HM Treasury and HM Revenue & Customs. *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting*. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/293742/PU1651_BEPS_AA_-_FINAL_v2.pdf>. Acesso em 24.06.2015.

comerciais e tecnológicas, ao desenvolvimento da telecomunicação, têm gerado um impacto relevante para os Estados, pois, se, por um lado, representam oportunidade de novos investimentos, por outro, permitem a concorrência fiscal entre os Estados, que criam medidas destinadas a atrair investimentos e, conseqüentemente, contribuintes, por meio de incentivos fiscais, de isenções e reduções de alíquota.⁴⁴

Os contribuintes, por sua vez, têm procurado se beneficiar dessa concorrência, adotando medidas e estruturas que reduzam o impacto fiscal de seus negócios. Dentre essas medidas, destacam-se as pessoas jurídicas interpostas pelos contribuintes para acessar os benefícios previstos em acordos de bitributação que, em princípio, não estariam disponíveis para esse contribuinte – o *treaty shopping*.

Embora a questão não seja nova, os estudos envolvendo os planejamentos por meio dos acordos de bitributação em matéria de imposto sobre a renda ainda são poucos. Quando analisamos o tema sob a perspectiva da substância econômica, encontramos um campo ainda maior a ser explorado. Isso somado à importância prática do objeto de estudo escolhido justifica a escolha do presente tema.

A importância do estudo do *treaty shopping* pode ser justificada por sua atualidade. O tema foi incluído na pauta do relatório sobre *base erosion and profit shifting*, projeto lançado pela OCDE, que visa analisar medidas de combate à erosão e desenvolver um plano de ação, denominado *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Projeto BEPS) com o objetivo de preservar a arrecadação tributária, a soberania fiscal e a justiça nas atividades de fiscalização e tributação.⁴⁵

Uma das ações mais importantes do plano desenvolvido pela OCDE refere-se à Ação nº 6, que trata justamente da prevenção de abuso de acordos (*Prevent the Granting of*

⁴⁴ Essa competição entre os Estados já foi constatada pela OCDE que, no relatório sobre regime fiscais prejudiciais comenta que “(...) a globalização tem gerado um efeito positivo no desenvolvimento dos sistemas fiscais. A globalização, todavia, também gera o efeito negativo de abrir novos caminhos pelos quais companhias e indivíduos podem minimizar e evitar a imposição de tributos e os países podem explorar essas novas oportunidades desenvolvendo políticas fiscais destinadas primariamente a atrair capitais financeiros e outros tipos de capitais móveis. No original: “(...), globalisation has had a positive effect on the development of tax systems. Globalisation has, however, also had the negative effects of opening up new ways by which companies and individuals can minimise and avoid taxes and in which countries can exploit these new opportunities by developing tax policies aimed primarily at diverting financial and other geographically mobile capital”. *Harmful Tax Competition - An Emerging Global Issue*. Paris: OECD, 1998. p. 14.

⁴⁵ OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>>. Acesso em 03.04.2015.

Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances). A Ação, que também será objeto de estudo no presente trabalho, tem como objetivo desenvolver recomendações e propor alterações na Convenção Modelo OCDE e nas legislações internas, alertando que os acordos de bitributação não têm como intenção gerar a dupla não tributação dos rendimentos e identificando as políticas fiscais que devem ser consideradas pelos Estados antes de se decidirem pela celebração de um acordo de bitributação. Essas recomendações, conforme se verá, geram inúmeras outras controvérsias que merecem ser discutidas.

4. ESTRUTURA DO TRABALHO

No primeiro capítulo, apresentaremos as controvérsias existentes acerca da conceituação de *treaty shopping*. Analisaremos os exemplos mais comuns de estruturas de *treaty shopping* e os elementos comumente listados pela doutrina para a caracterização do fenômeno. Em seguida, serão analisadas as objeções teóricas à prática do *treaty shopping* elencadas pela doutrina e se essas objeções, de fato, são capazes de invalidar toda e qualquer prática. Também analisaremos como o critério da substância econômica é elencado pela doutrina como importante para diferenciar as estruturas lícitas das ilícitas.

No capítulo segundo, apresentaremos as definições encontradas do conceito de substância econômica, bem como a doutrina da substância econômica, que surgiu nos Estados Unidos como um instrumento *antiavoidance*. Iremos analisar os elementos hábeis a identificar que uma pessoa jurídica tem substância econômica, a partir de regras que determinam a residência de uma sociedade contida na Convenção Modelo da OCDE e na legislação interna, conforme aplicável, além dos elementos indicativos de substância econômica contidos no relatório *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

No capítulo terceiro, analisaremos as medidas unilaterais, introduzidas na legislação interna de determinados países para conter estruturas de *treaty shopping*. Serão analisadas tanto as cláusulas gerais antielusivas quanto as cláusulas específicas e a validade da adoção dessas regras no combate aos casos, que envolvem os acordos de bitributação. Pretendemos, também, confirmar se essas regras seguem critérios de substância econômica estudados no capítulo segundo.

No capítulo quarto, discorreremos sobre as medidas bilaterais propostas na Convenção Modelo da OCDE para a contenção do *treaty shopping*. São elas: (i) cláusula do beneficiário efetivo; (ii) cláusulas de limitação de benefícios sugeridas pela OCDE e (iii) cláusulas LoB contidas na Convenção Modelo dos EUA de 2006 em cinco parágrafos. O objetivo é analisar de forma crítica cada uma das medidas propostas e determinar se essas regras seguem critérios de substância econômica estudados no capítulo segundo. Em relação a essas medidas bilaterais, faremos uma referência ainda às medidas adotadas pelos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. Não se pretende apresentar uma análise aprofundada de cada acordo, mas indicar a relação existente com o tema tratado.

No capítulo quinto, será estudado o combate ao *treaty shopping* no plano de ação do BEPS, endereçado na Ação nº 6. O objetivo é descrever as medidas propostas pela OCDE e analisar de forma crítica se as ações são efetivamente capazes de combater as estruturas abusivas e se as medidas propostas adotaram critérios de substância econômica.

A conclusão será dedicada à síntese das principais ideias expostas no trabalho.

CONCLUSÕES

Os acordos de bitributação são formulados, como regra, para produzir efeitos apenas para as pessoas residentes dos Estados contratantes de que deles são parte. São as chamadas pessoas visadas, conjunto de pessoas destinatárias dos acordos. Pessoa significa um indivíduo, uma sociedade ou qualquer outro grupo de pessoas sujeitos à tributação ilimitada nesse Estado. Residente significa qualquer pessoa sujeita à tributação limitada no Estado, sujeição definida com base no domicílio, na residência, no local de direção ou em qualquer outro critério de natureza similar.

Regra geral, as cláusulas dos acordos baseados na Convenção Modelo da OCDE são baseadas em critérios formais, permitindo a prática do *treaty shopping*, fenômeno, pelo qual um contribuinte, em princípio alheio ao quadro de beneficiários de um acordo, obtém a residência em um dos Estados signatários desse acordo, com o objetivo de aproveitar dos benefícios ali previstos, que não estariam disponíveis de forma direta.

A existência dos acordos gera as oportunidades de *treaty shopping*, como uma resposta às diferentes concessões e benefícios existentes nos acordos de bitributação. Embora boa parte dos acordos seja pautada na Convenção Modelo da OCDE, os Estados celebram acordos por razões diversas, de forma que alguns acordos contêm maior número de concessões e de benefícios, visando a investimentos e ao desenvolvimento das relações econômicas entre os Estados contratantes.

As objeções teóricas comumente apresentadas pela doutrina contra o *treaty shopping* não se sustentam.

Ainda que se alegue que o *treaty shopping* é um instrumento de evasão ou de elusão fiscal, os contornos da evasão e da elusão fiscal ainda não estão totalmente definidos. Nem toda estrutura de *treaty shopping* consiste em uma prática situada no campo da evasão ou elusão fiscal. Nos casos em que a sociedade interposta detenha conexão econômica suficiente com o Estado de sua residência, entende-se que a estrutura não está situada no campo da evasão ou da elusão fiscal.

A prática do *treaty shopping* não pode ser considerada presumidamente abusiva ou ilícita. O abuso implica o uso inadequado de um direito subjetivo, de modo que a escolha

ou a busca pelo melhor acordo só será abusiva se for alheia ou contrária às finalidades do acordo de bitributação, o que não ocorre em todos os casos de *treaty shopping*.

Os acordos de bitributação são celebrados, além de outras razões, por questões econômicas - mitigar a bitributação visando estimular os investimentos e o comércio internacional entre os Estados contratantes. Entende-se que o acesso aos acordos por entidades que possuem substância econômica efetiva não configura a prática do *treaty shopping* abusivo, pois o objetivo do acordo é atendido.

Embora se alegue que o *treaty shopping* viola a reciprocidade dos acordos e altera o equilíbrio das concessões feitas pelos Estados signatários, o fato é que nem todos os acordos de bitributação são baseados na reciprocidade. Também, no caso de a entidade ter vínculo econômico efetivo com o Estado de residência, não haveria razão para tratar essa entidade de forma diferente dos demais residentes do Estado, o que afasta a questão da quebra da reciprocidade.

Argumenta-se que o *treaty shopping* permite que um terceiro Estado obtenha o poder de tributar determinada renda mesmo sem qualquer pertença econômica substancial. Além de os contornos do princípio da pertença econômica ainda serem controversos, se a entidade interposta tem substância econômica, o princípio não seria violado.

Afirma-se que o *treaty shopping* cria um desincentivo para a negociação dos acordos de bitributação. Embora esse argumento seja válido, no caso de estruturas de *treaty shopping* que envolvem entidades com substância econômica, os Estados não deveriam se sentir prejudicados com eventual desincentivo na celebração dos acordos, pois não existe prejuízo no aproveitamento dos benefícios pela entidade.

O *treaty shopping* também causaria a perda indesejável de receitas fiscais. A questão é que não existe evidência concreta de que o *treaty shopping* efetivamente cause essa perda, uma vez que não é possível calcular com precisão os benefícios e os custos envolvidos na celebração de um acordo de bitributação. Entretanto, os benefícios econômicos que podem ser gerados pelo *treaty shopping* podem superar as perdas incorridas pelo Estado da fonte. Essa questão é ainda mais clara no caso de estruturas com substância econômica.

É nosso entendimento que as sociedades que detêm substância econômica possuem um vínculo genuíno com o Estado de sua residência. A concessão dos benefícios previstos nos acordos a entidades com substância econômica que sejam capazes de promover investimentos ou o comércio internacional entre os Estados contratantes não viola os objetivos e a finalidade dos acordos e deve ser tolerada. É comumente aceito que sociedades que possuem substância econômica não se destinam ao *treaty shopping* abusivo.

A despeito de sua importância, não encontramos uma definição precisa do que se entende por substância econômica. De todo modo, a partir da pesquisa efetuada, podemos concluir que o termo é utilizado como antônimo de artificial. Uma sociedade tem substância econômica se ela for real. Entende-se que investigar a substância econômica significa identificar onde se daria a real atividade econômica desenvolvida pela sociedade.

No ordenamento jurídico americano, a substância econômica é uma doutrina anitelusiva, que valida a concessão de benefícios fiscais mediante a presença de dois critérios: o critério subjetivo, que visa determinar se o contribuinte possui um propósito comercial legítimo para realizar determinado negócio e o critério objetivo, que exige uma mudança da posição econômica do contribuinte como resultado do negócio ou da transação, sem considerar a mudança causada pela economia fiscal. Ainda que nesse ordenamento o termo substância econômica tenha um significado preciso, sua aplicação é bastante controversa.

Também não há uniformidade na definição de quais seriam os elementos hábeis a identificar que uma pessoa jurídica ou uma transação tem substância econômica. Esses elementos variam conforme o ordenamento jurídico estudado e conforme o objetivo da legislação em questão.

A determinação da residência na Convenção Modelo da OCDE atribui à legislação interna a função de definir os critérios de conexão para a tributação das pessoas. Especificamente em relação às pessoas jurídicas, podemos concluir que, na maioria dos países, o local de constituição é tido como suficiente para determinar a residência das sociedades. Esse critério consiste em um nexa bastante formal, que nada tem a ver com o conceito de substância econômica.

Parte da doutrina entende que as regras de desempate, descritas no artigo 4º, parágrafo 3º da Convenção Modelo da OCDE, conteriam elementos indicativos de substância econômica, ao adotarem o local da administração efetiva como critério de conexão, que se refere ao local onde são tomadas as decisões chaves necessárias para o exercício das atividades da sociedade; o local onde são gerados os lucros.

Os elementos citados pela OCDE como auxiliares na determinação do conceito de local da administração efetiva - lugar onde as decisões chave de natureza administrativa e comercial, necessárias para o desenvolvimento dos negócios da sociedade, são tomadas; local onde o Conselho de administração se reúne para tomar decisões; lugar da reunião do Conselho de diretores ou de grupo equivalente; lugar onde o diretor executivo ou outros executivos seniores normalmente executam suas atividades; lugar onde a pessoa sênior responsável pela administração da sociedade no dia a dia executa suas atividades e lugar onde estão localizados os sócios - não são capazes de indicar que uma sociedade desenvolve atividade econômica no Estado de sua residência ou de comprovar que a constituição de uma determinada sociedade tem propósito comercial ou altera a posição econômica do contribuinte. Concluímos que o local da administração efetiva não tem relação com o conceito de substância econômica.

Já o local principal da administração e do controle adotado pela Convenção Modelo dos EUA no artigo 22 contém elementos que indicam com mais propriedade o efetivo local onde a sociedade desenvolve suas atividades, sendo mais próximo do conceito de substância econômica. Para determinar se a atividade relevante da pessoa jurídica está efetivamente sendo conduzida no local que alega, exige-se a presença dos diretores e de funcionários da alta administração, os quais exerçam as atividades diárias, relacionadas com as questões estratégicas, financeiras e operacionais da sociedade (e de suas subsidiárias) e de funcionários cujas atividades suportam as decisões tomadas pela administração em relação às questões acima.

As regras listadas no relatório *OECD Guidelines* adotam elementos que indicam, de forma efetiva, a presença de substância econômica nas transações para fins de aplicação das regras de preços de transferência. O *OECD Guidelines* trata dos seguintes critérios para determinar se uma transação tem substância econômica: (i) funções desenvolvidas – verifica a presença de profissionais competentes que desenvolvam as funções alegadas;

que tenham conhecimento do produto ou do serviço desenvolvido; que possam analisar o resultado do trabalho e que exerçam funções relevantes; que tenham autoridade suficiente para tomar decisões; (ii) riscos incorridos – verifica se a sociedade assume os riscos associados à transação; se tem profissionais competentes e com autoridade para tomar decisões sobre o risco e se tem capacidade financeira para suportar as consequências advindas do risco assumido; (iii) ativos empregados - verifica a existência de instalações, de ativos, de máquinas e de ferramentas para desenvolver as atividades alegadas e (iv) existência de pessoal e de instalações físicas - verifica se a sociedade detém empregados e instalações compatíveis com as atividades por ela desenvolvidas. Concluimos que esses critérios poderiam ser aperfeiçoados e utilizados como elementos indicativos de substância econômica nas regras que determinam a residência das sociedades da Convenção Modelo da OCDE.

Os elementos contas bancárias, domínios de e-mails, demonstrações e registros financeiros não são capazes de comprovar existência de substância econômica de uma entidade, pois não são capazes de indicar se a entidade desenvolve atividade econômica efetiva; se tem propósito comercial além da economia fiscal ou de alterar a posição econômica do contribuinte. São justamente as jurisdições tradicionalmente consideradas como locais de constituição de sociedades-canal, tais como Holanda e Ilhas Maurício, que costumam exigir esses requisitos “substanciais”.

Na análise das normas unilaterais e bilaterais de contenção ao *treaty shopping*, também não encontramos uma perfeita delimitação do conceito de substância econômica ou dos elementos indicativos de substância econômica.

Em relação às normas unilaterais, cabe a ressalva de que, a despeito da posição atual da Convenção Modelo da OCDE de que não existe conflito entre a aplicação de normas internas antielusivas e os acordos de bitributação, entendemos que as regras internas podem contrariar o disposto nos acordos. A posição da OCDE pode gerar aplicação assimétrica dos acordos e criar uma distinção injustificada entre os Estados. Concordamos com a parte da doutrina a qual defende que o combate ao abuso dos acordos deve ser efetuado por meio da inclusão de normas específicas antielusivas no próprio texto dos acordos e não por meio das normas internas.

Contudo, a partir da pesquisa efetuada, verificamos que a maioria dos países entende serem aplicáveis as cláusulas gerais internas para os casos envolvendo acordos de bitributação, sendo exceção a essa maioria os Países Baixos e Luxemburgo. O Brasil ainda não dispõe de uma cláusula geral antielusiva em sua legislação.

A legislação interna dos Países Baixos, da Espanha e de Luxemburgo indica que o conceito de substância econômica é importante para validar o impacto fiscal das transações. Contudo, as legislações desses países não definem com rigor o conceito de substância econômica ou os elementos que devem ser considerados para determinar se uma pessoa jurídica tem substância econômica. Na França e no Brasil, verifica-se uma tendência de os tribunais adotarem uma abordagem que exige a substância econômica, ainda que esse conceito não esteja delimitado na legislação interna. Apenas o direito norte-americano dispõe de uma norma que efetivamente define o que se entende por substância econômica. Entretanto, não há clareza se a norma norte-americana também serve para identificar se uma pessoa jurídica tem substância econômica ou se essa norma se aplica aos casos que envolvem os acordos de bitributação.

Em relação às normas específicas antielusivas, não localizamos regras que tratam da aplicação do conceito de substância econômica ou que listam critérios que indicariam a substância econômica de uma sociedade. Apenas a regra de tributação das filiais de sociedades estrangeiras leva em conta a qualificação da entidade como uma “pessoa qualificada” e, nessa hipótese, podem ser adotados critérios de substância econômica ao se exigir, por exemplo, que a entidade desenvolva atividade comercial ou negocial em seu Estado de residência.

Em relação às normas bilaterais, analisamos a cláusula do beneficiário efetivo e as cláusulas LoB. Concluímos que a questão da substância econômica é mencionada apenas em algumas das cláusulas LoB.

A cláusula do beneficiário efetivo deve ser avaliada a partir de uma perspectiva legal e, portanto, o conceito de substância econômica não deve ser levado em conta para fins de aplicação da aplicação cláusula. O conceito de beneficiário efetivo visa evitar a aplicação não intencional dos benefícios de um acordo a intermediários que atuam no interesse de terceiros, servindo para evitar o *treaty shopping* abusivo mais rudimentar e específico que envolve o uso de intermediários e apenas é aplicável às cláusulas que tratam

da distribuição de dividendos, de juros e de *royalties*. Beneficiário efetivo é um conceito jurídico e deve ser interpretado a partir de uma perspectiva legal e não econômica, pois a análise econômica ampliaria em demasiado seu significado. A cláusula do beneficiário efetivo está presente em 23 dos 31 acordos de bitributação em vigor celebrados pelo Brasil. Em relação à legislação interna, a Lei 11.727, que incluiu uma referência a beneficiário efetivo, aplica-se a uma situação específica, que versa sobre a dedutibilidade de pagamentos efetuados a beneficiários residentes em jurisdições de tributação favorecida ou de regime fiscal privilegiado. A definição proposta pela lei não limita a aplicação dos acordos assinados pelo Brasil.

Em relação às cláusulas de limitação de beneficiários sugerida pela OCDE, verifica-se que as cláusulas *look-through approach*, *subject-to-tax approach*, *channel approach* e *exclusion approach*, como regra, não adotam critérios de substância econômica. Elementos de substância econômica só aparecem na cláusula de boa-fé *activity provision*.

No tocante às cláusulas LoB americanas, apenas o *active business test* adota elementos de substância econômica ao exigir o exercício de atividade comercial ou negocial no Estado da residência; a conexão entre o rendimento auferido e a atividade desenvolvida e o desenvolvimento de atividade substancial no Estado de residência em comparação com a atividade que gera a renda desenvolvida no Estado da fonte. O teste, entretanto, não lista quais elementos seriam indicativos de que a entidade efetivamente pratica essas atividades.

Os acordos brasileiros celebrados com África do Sul, Peru, Israel, Rússia e Venezuela adotam o racional desenvolvido no *active business test* como uma exceção à aplicação das cláusulas LoB neles estabelecidas. Esses acordos dispõem que as limitações impostas pelas cláusulas não se aplicam no caso de a entidade desenvolver, no Estado contratante de que seja residente, atividade empresarial substancial que não seja mera detenção de ações, de títulos ou de outros ativos. Não há, contudo, definição do conceito de atividade empresarial substancial ou dos elementos que poderiam indicar o desenvolvimento dessa atividade.

A Ação nº 6 do Projeto BEPS visa desenvolver um modelo de cláusulas para os acordos e recomendações sobre a elaboração de normas internas, que previnam a

concessão de benefícios dos acordos em circunstâncias não apropriadas; procura esclarecer que os acordos não têm como objetivo gerar a dupla não tributação e identifica as questões que devem ser consideradas pelos países ao celebrarem acordos de bitributação. Diversas críticas podem ser propostas a essa Ação.

A Ação nº 6 adota como premissa o fato de o *treaty shopping* ser necessariamente abusivo e, conforme se demonstrou, essa premissa não é verdadeira. O Projeto BEPS pretende reforçar o entendimento de que a prevenção e o combate à elusão fiscal internacional seriam um objetivo primordial de todos os acordos. Essa questão, contudo, é controversa. O propósito principal dos acordos de bitributação é facilitar as trocas comerciais e os investimentos entre os Estados signatários por meio da eliminação da dupla tributação. O combate à elusão não deveria ser colocado como finalidade de um acordo.

A adoção das cláusulas LoB também é problemática, pois o conteúdo das regras LoB é indefinido e controverso, o que gera dúvidas sobre sua eficácia contra o *treaty shopping* abusivo. As cláusulas LoB sugeridas pela OCDE também adotam critérios de substância econômica apenas no *active business test*, a exemplo da cláusula americana.

Em relação à adoção da cláusula PPT, essa regra adota conceitos indeterminados e expressões vagas. A redação sugerida pela OCDE acaba por negar os benefícios convencionais para a quase totalidade dos casos. Também se questiona o fato de a cláusula PPT adotar apenas elementos subjetivos, complicando sua aplicação.

A Ação nº 6 atende mais aos interesses dos países desenvolvidos e não considera as desvantagens que podem advir de sua adoção, como a redução de investimentos em razão da incerteza gerada quanto à aplicação dos benefícios convencionais.

Embora o Projeto BEPS tenha como objetivo realinhar a tributação com a substância econômica e a criação de valor, conforme apresentado acima, apenas um dos testes das cláusulas LoB adota esse critério. Também não há qualquer definição na Ação nº 6 do que se entende por substância econômica, de forma que esse conceito ainda permanece indeterminado.

A despeito de a substância econômica ser um elemento fundamental na análise da validade das estruturas que envolvem a interposição de uma sociedade em um Estado signatário de um acordo de bitributação com o objetivo de aproveitar os benefícios previstos nesse acordo e, nos últimos anos, os esforços para combater arranjos artificiais baseados na ausência de substância econômica tenham se intensificado, o conceito de substância econômica ainda não está definido na doutrina; nas regras que determinam a residência das sociedades da Convenção Modelo da OCDE; nas medidas unilaterais e bilaterais de contenção ao *treaty shopping* e nem mesmo na própria Ação nº 6 do Projeto BEPS.

As regras de contenção ao *treaty shopping* devem seguir um balanço delicado entre a prevenção do abuso e a salvaguarda da segurança jurídica. Isso porque a incerteza quanto à aplicação dos benefícios previstos nos acordos pode causar tanto um aumento na evasão fiscal quanto um decréscimo nos investimentos e no desenvolvimento do comércio internacional, objeto primordial dos acordos de bitributação. É necessário que as regras ofereçam aos contribuintes certeza suficiente, para que eles saibam se os benefícios do acordo estão ou não estão disponíveis para determinada transação. Concluímos que é necessário um aprofundamento no desenvolvimento das regras de contenção ao *treaty shopping* por parte da Convenção Modelo da OCDE, principalmente para contemplar critérios de substância econômica. Isso porque regras que definam com clareza o conceito de substância econômica e quais seriam os seus elementos indicativos podem ser capazes de evitar o abuso e, ao mesmo tempo, de promover os objetivos buscados pelos Estados com a celebração dos acordos de bitributação.

REFERÊNCIAS

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992.

ARNOLD, Brian J. “Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model. In. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*. Volume 58. No. 6. Amsterdam: Journals IBFD, 2004.

_____.; WEEGHEL, Stef van. “Chapter 5. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures”. In. MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. Online Books IBFD, 2006.

ARRAIZ, Javier Pérez. “Spain”. Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010.

ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. “As Cláusulas de L.O.B e o Combate ao Treaty Shopping”. In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 33. São Paulo: Dialética, 2015.

_____. “Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de “Abusos”: Análise Crítica”. In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento*. Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. “France”. Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010.

AVELLA, Francesco. “Recent Tax Jurisprudence on the Concept of Beneficial Ownership for Tax Treaty Purposes”. In. *European Taxation*. Volume 55. No. 2/3. Amsterdam: Journals IBFD, 2015.

AVI-YONAH, Reuven. "Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 61. No. 4. Amsterdam: Journals IBFD, 2007.

_____.; PANAYI, Christiana Hiji. "Rethinking Treaty shopping Lessons for the European Union". In. *LANG, Michael et al. (eds.). Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010.

_____.; HALABI, Oz. "US Treaty Anti-Avoidance Rules: An Overview and Assessment". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 66. No. 4/5. Amsterdam: Journals IBFD, 2012.

BAILLIE, William. "Form of Substance – Where are We?". In. *Alta. L. Rev.* Volume 28. No. 237. 1980.

BAKER, Philip. *Double Taxation Conventions and International Tax Law*. London: Sweet & Maxwell, 1994.

_____. "A tributação internacional do século XXI". In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 19. São Paulo: Dialética, 2005.

BAKKER, Anuschka J. "Chapter 3: Transfer Pricing from the Perspective of Substance and Transparency: Is the OECD on the Right Track?". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*. Online Books. IBFD, 2016.

BAMMENS, Niels; DE BROE, Luc. "Treaty Shopping and Avoidance of Abuse". In. *LANG, Michael et al. (eds.). Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010.

BANKMAN, Joseph. *The Business Purpose Doctrine and the Sociology of Tax*. In. *SMU Law Review*. Volume 54. No. 149. Dallas: SMU Law Review Association, 2001.

_____. "The Economic Substance Doctrine". In. *Southern California Law Review*. Volume 74. No. 5. Los Angeles: University of Southern California, 2000.

BARRETO, Paulo Ayres. “Segurança Jurídica no Planejamento Tributário”. In. *Grandes questões atuais do direito tributário*. Volume 14°. São Paulo: Dialética, 2010.

_____.; TAKATO, Caio Augusto. “The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective”. In. *Intertax*. Volume 43. No. 12. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.

BECKER, Helmut. *Treaty shopping: an emerging tax issue and its present status in various countries*. Devent: Kluwer Law International, 1998.

BELLAN, Daniel Vitor. *Direito Tributário Internacional – Rendimentos de Pessoas Físicas nos Tratados Internacionais contra a Dupla Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

_____.; NEWTON, Raquel. “Beneficiário Efetivo”. In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 26. São Paulo: Dialética, 2011.

BIEWER, Sandra; HÖFER, Birgit. “Luxembourg”. Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010.

BLESSING, Peter H. “Limitation on benefits as applicable to commercial entities under the Canada-US income tax treaty”. In. MAISTO, Guglielmo et al. (eds.). *Essays on Tax Treaties – a tribute to David A. Ward*. Amsterdam: IBFD, 2012.

BORGES, Antônio de Moura. *Convenções sobre Dupla Tributação Internacional*. Teresina: EDUFPI, 1992.

BORRÁS, Alegría. *La Doble Imposición: Problemas Jurídico-Internacionales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

BRAUNER, Yariv. “What the BEPS?”. In. *Florida Tax Review*. Volume 16. No. 13. Florida: University of Florida Levin College of Law, 2014.

_____. “BEPS: An Interim Evaluation”. In. *World Tax Journal*. No. 6. Amesterdam: Journals IBFD, 2014.

BULLEN, Andreas. *Arm's Length Transaction Structures - Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Online Books IBFD, 2011.

BURKE, Karen C. "Reframing Economic Substance". In. *Virginia Tax Review*. Volume 31. No. 271. Charlottesville: University of Virginia School of Law, 2011-2012.

CALCINI, Fábio Pallaretti. "Planejamento tributário, normas antielisivas e proporcionalidade/razoabilidade". In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 187. São Paulo: Dialética, 2011.

CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. "Planejamento Tributário e Tributação da Liberdade Econômica". In. TORRES, Heleno Taveira (coord). *Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 Anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CAMPOS, Diogo Leite de e ANDRADE, João Costa. "A Norma Geral Anti-Elisão em Direito Português". In. TORRES, Heleno Taveira (coord). *Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 Anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. "Caso Vodafone: Ganho de capital de não-residente decorrente de alienação indireta de participação societária em sociedade na Índia e reflexões sobre eventual aplicabilidade no Brasil". In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. (org.). *Tributação internacional: análise de casos*. Volume 3. São Paulo: MP Ed., 2015.

_____. "US Policy to Counter Treaty shopping - From Aiken Industries to the Anti-Conduit Regulations: A Critical View of the Current Double-Step Approach from the Perspective of Treaty Objectives and Purposes". In. *Bulletin for International Taxation* Volume 66. No. 6. Amsterdam: Journals IBFD, 2012.

_____. “Caso Prévost: Planejamento tributário internacional e o conceito de “beneficiário efetivo dos dividendos pagos a holding holandesa nos termos do tratado Canadá-Holanda”. In. CASTRO, Leonardo Feitas de Moraes e (coord). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010.

_____. “Beneficiário efetivo no Direito Tributário Brasileiro: escopo e limites do artigo 26, parágrafo 1º, da Lei nº 12.249/2010 nas operações internacionais”. In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 205. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. “Cláusulas de limitações de benefícios (LOB clauses): exame comparativo entre o Modelo Norte-Americano de Tratados, Convenção Modelo OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil”. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. n. 61. Belo Horizonte: Fórum, 2013

CAVALCANTI, Flávia. “A Integração da Tributação das Pessoas Jurídicas e das Pessoas Físicas – Uma Análise Calcada na Neutralidade, Equidade e Eficiência”. In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 24. São Paulo: Dialética, 2010.

CLAREDON, Victor. “An argument of substance”. In. *Taxation*. August, 2010.

COLLIER, Richard. “Clarity, opacity and beneficial ownership”. In. *British Tax Review*. V. 6. Londres: Sweet & Maxweel, 2011. Disponível em: <http://uscib.org/docs/BTR_Issue_Beneficial%20Ownership_Collier.pdf>. Acesso em 14.10.2016.

DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Online Books IBFD, 2008.

_____.; LUTS, Joris. “BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse”. In. *Intertax*. Volume 43. No. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.

_____.; GOYETTE, Nathalie; MARTIN, Philippe; ROHATGI, Roy; WEEGHEL, Stefan; WEST, Phil. “Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 65. No. 7. Journals IBFD, 2011.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971.

DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. “Acordos para eliminar a dupla tributação da renda”. In. *Revista de Direito Tributário*. n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Double Taxation and Tax Evasion – Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations. Geneva, February 7th, 1925.

DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. *A Bitributação Econômica do Lucro Empresarial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2011.

DUBUT, Thomas. “Chapter 13: France”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016.

DUFF, David G. “Beneficial Ownership: Recent Trends”. In. LANG, Michel et al. *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Online Books IBFD, 2013.

ELLIS, Maarten J. “The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation – Response to Prof. Dr Klaus Vogel”. In. *Bulletin for International Fiscal Documentation*. Amsterdam: IBFD, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The U.S. Model Income Tax Convention and Model Technical Explanation*. Disponível em: < <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16801.pdf>>. Acesso em 01.02.2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Joint Committee On Taxation. *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act of 2010,” as Amended, in Combination with the “Patient Protection and Affordable Care Act*. Disponível em: <<https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3673>>. Acesso em 13.08.2016.

FARMER, Paul. “A Difference of Form or Substance? A Comparison of the Discrimination Analysis in EU Law and in Recent UK Cases on Tax Treaties”. In. WEBER, Dennis. *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*. Online Books IBFD, 2014.

FILHO, Aristóteles Moreira. “Os Critérios de Conexão na Estrutura da Norma Tributária”. In: TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

FINNERTY, Chris; LAI, Becky. *Structures Lacking Substance and Business Purpose Come under Further Challenge*. In. *Asia-Pacific Tax Bulletin*. Volume 15. No. 6. Amsterdam: Journals IBFD, 2009.

FLEMING, J. Clifton. “Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury’s Anti-treaty Shopping Policy”. In. *Intertax*. Volume 40. Issue 4. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

FREITAS, Rodrigo. “Planejamento tributário por meio de acordos de bitributação (*treaty shopping*) – Caso “Prévost” e o Conceito de “Beneficiário Efetivo””. In. *Revista de Direito Tributário*. n. 109/110. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRISKE, Karyn Bybee; COOLEY, M. Karen; PULLIAM, Darlene. “Economic Substance Codification: Clarification or Convolution”. In. *Practical Tax Strategies*. Carrollton: Thomson Reuters, 2010.

FURTADO, Thais; HOEFLE, Suzana Bicalho. “Regime Fiscal Privilegiado e o Conceito de Substância Econômica sob a Perspectiva da Jurisprudência Administrativa Brasileira: o Caso das Holdings Holandesas”. In. SAUNDERS, Ana Paula; SANTOS, Edgar et al. *Estudos de Tributação Internacional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

GERGEN, Mark P. “Business Purpose, Economic Substance and Corporate Tax Shelters: The Common Knowledge of Tax Abuse”. In. *SMU Law Review*. Volume 54. No. 131. Dallas: SMU Law Review Association, 2001.

GOUTHIERE, Bruno. “Beneficial Ownership and Tax Treaties: A French View”. In. *Bulletin International Taxation*. Volume 65. No. 4/5. Amsterdam: Journals IBFD, 2011.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

GUFF, David G. “Responses to Treaty shopping: A Comparative Evaluation”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HAWKES, Jonathan. “The Concept of Substance in International Taxation”. In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 5. Journals IBFD, 2014.

HEMELS, Sigrid. “Chapter 21: Netherlands” In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016.

HM Treasury and HM Revenue & Customs. *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting*. Disponível em:

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/293742/P_U1651_BEPS_AA_-_FINAL_v2.pdf>. Acesso em 24.06.2015.

HOLMES, Kevin. *The Concept of Income – A Multidisciplinary Analysis*. Amsterdam: IBFD, 2001.

HOOR, Oliver R. O’DONNELL, Keith. “Update on BEPS Action 6: No Land in Sight”. In. *Tax Notes International*. Volume 78. No. 3. Falls Church: Tax Analysts, 2015.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão – Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

JAIN, Saurabh. *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*. Online Books IBFD, 2013.

JIANG, Qunfang. “Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Amsterdam: Journals IBFD, 2015.

JIMÉNEZ, Adolfo Martín. “Beneficial Ownership: Current Trends”. In. *World Tax Journal*. Volume 2. No. 1. Amsterdam: Journals IBFD, 2010.

JONES, John Avery. “Are Tax Treaties Necessary?”. In. *Tax Law Review*. Volume 53. No. 1. New York: New York University School of Law, 1999.

KANDEV, Michael N. “Treaty shopping after Prévost Car: What does the future hold?”. In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 14. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

KEINAM, Yoram. “The many faces of the economic substance’s two-prong test: time for reconciliation?”. In. *NYU Journal of Law & Business*. No. 371. New York: New York University School of Law, 2005.

KEMMEREN, Eric. “Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality- Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy”. In. LANG, Michel et al. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books. IBFD, 2010.

KOSTERS, Bart. “New Netherlands Treaty Policy Regarding Developing Countries”. In. *Bulletin for International taxation*. Volume 68. No. 9. Amsterdam; Journals IBFD, 2014.

_____. “Substance over Form under Tax Treaties”. In. *Asia-Pacific Tax Bulletin*. Volume 19. No. 1. Amsterdam; Journals IBFD, 2013.

LANG, Michael. “Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law”. In. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*. Amsterdam, 2001.

_____. “General Report”. Double non-taxation. Volume 89a. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association. Vienna Congress. Austria: IFA, 2004.

LEDERMAN, Leandra. “W(h)ither Economic Substance?”. In. *Iowa Law Review*. Volume 95. Iowa City: The University of Iowa College of Law, 2010.

LI, Jinyan. ““Economic Substance”: Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance”. In. *Canadian Tax Journal*. Volume 54. No. 1. 2006.

MADISON, Allen D. “The tension between textualism and substance-over-form doctrines in Tax Law”. In. *Santa Clara Law Review*. Volume 43. No. 699. Santa Clara: Santa Clara University, 2002-2003.

MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. “Chapter 38: United States”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016.

MONSENEGO, Jérôme. “The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?”. In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 1. Amsterdam: IBFD, 2014.

NETO, Luís Flávio. “A tolerância e a intolerância ao *treaty shopping*: os casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II””. In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 23. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. “Caso *Azadi Bachao*: O desejo de atrair capital estrangeiro e o consentimento estatal para planejamentos tributários (*treaty shopping*)”. In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora, 2010.

NISHIOKA, Alexandre Naoki. *Planejamento Fiscal e Elusão Tributária na Constituição e Gestão de Sociedades: os Limites de Requalificação dos Atos e Negócios Jurídicos pela Administração*. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*. OECD Publishing, 2015. Disponível em: < http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en>. Acesso em 31.12.2016.

OECD. “R(6). Double taxation conventions and the use of conduit companies”. In. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: < http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010/r-6-double-taxation-conventions-and-the-use-of-conduit-companies_9789264175181-99-en#page1>. Acesso em 25.09.2016.

OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* 2010. OECD Publishing, 2010. Disponível em:

<http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#.WGuqytQrKt8#page1>. Acesso em 05.08.2016.

OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>>. Acesso em 03.04.2015.

OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, 2013. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>>. Acesso em 28.06.2015.

OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*. OECD Publishing, 2015. Disponível em <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en#.WG1hJukzXcs#page3>. Acesso em 01.04.2015.

OECD. *Harmful Tax Competition - An Emerging Global Issue*. Paris: OECD, 1998. Disponível em: < <https://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em 24.06.2015.

OLIVEIRA, Matheus Bueno de. “Caso Cadbury Schweppes: Oposição das Regras CFC e da Liberdade de Estabelecimento na Comunidade Europeia”. In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. (org.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Ed., 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Reinterpretando a norma antievasão do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional”. In. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 76. São Paulo: Dialética, 2002.

PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

PEGORARO, Andressa. “O combate ao *treaty shopping* nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil e a influência do Projeto Beps (*base erosion and profit shifting*) – o futuro das cláusulas de limitação de benefícios (LOB)”. In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 237. São Paulo: Dialética, 2015.

PERDELWITZ, Andreas. “Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities”. In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*. Online Books IBFD, 2015.

PÉREZ, Juan Zornoza. MORENO, Andrés Báez. “Chapter 33: Spain”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016.

PETERS, Faustina G. F.; ROELOFSEN, Aart. “Netherlands”. Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010.

PIRES, Manuel. *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984.

REINHOLD, Richard L. “What is tax treaty abuse? (Is treaty shopping an outdated concept?)”. In. *Tax Lawyer*. v. 53. n. 3. Georgetown: Georgetown Law, 2000.

Report on Double Taxation. Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp. League of Nations. Geneva, April 5th, 1923.

ROBERT, Eric; TOF, Driss. “The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market”. In. *European Taxation Journal*. Volume 51. No. 11. Amsterdam: IBFD, 2011.

ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROLIM, João Dácio. *Normas Antielisivas Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001.

ROSENBLOOM, H. David. “Review: OECD Report “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies””. In. *Intertax*. Volume 16. No. 6-7. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1988.

_____. “Tax treaty abuse: problems and issues”. In. *Law and Policy in International Business*. No. 15, 1983.

ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. 194f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.

_____. “Problemas de Qualificação na Aplicação das Convenções contra a Bitributação Internacional”. In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 76. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Prefácio. In. ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. “O Princípio da Legalidade Tributária”. In: *Temas Fundamentais do Direito Tributário Atual*. Pará: Cejup, 1983.

RUBINGER, Jeffrey L. “Treaty shopping: Is It Still a Viable Option?”. In. *Corporate Business Taxation Monthly*. Volume 8. No. 8, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Distribuição Disfarçada de Lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. “Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação”. In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. “Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira”. In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 22. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. “Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso”. In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 24. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. “Direito Tributário Internacional – Qualificação e Substituição – Tributação, no Brasil, de Rendimentos provenientes de Sociedade de Pessoas residente na Alemanha”. In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 54. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Prefácio. In. CASTRO, Leonardo Feitas de Moraes e (coord). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010.

_____. “Imposto de Renda e Lucros Auferidos no Exterior”. In. *Grandes questões atuais do direito tributário*. Volume 7. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. “Princípios no Direito Tributário Internacional: Territorialidade, Fonte e Universalidade”. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. “Transferência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35”. In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 142. São Paulo: Dialética, 2007.

_____.; BARBOSA, Mateus Calicchio. “A Persona e o Direito: entre a Realidade e a Ficção das Pessoas Jurídicas”. In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 30. Dialética: São Paulo, 2014.

_____.; _____. “Chapter 6: Brazil”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016.

SHARMA, Pankhuri. “The Intentional Use of the India–Mauritius (1982) and India–Singapore (1994) Tax Treaties To Promote Foreign Direct Investment in India”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 66. No. 12. Amsterdam: Journals IBFD, 2012.

SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de Tratados Internacionais contra a Bitributação – Qualificação de Partnership Joint Ventures*. Série Doutrina Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. “A relevância dos elementos de conexão no planejamento tributário internacional”. In. ANAN JR., Pedro (Coord.). *Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SMIT, Daniël S. “Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under CFC Rules and the EU Freedom of Establishment”. In. *Derivatives & Financial Instruments*. Volume 16. No. 6. Amsterdam: Journals IBFD, 2014.

SPORKEN, Eduard; VISSER, Peter. “BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles and the Need for Substance and Transfer Pricing Documentation”. In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 22. No. 1. Amsterdam: Journals IBFD, 2015.

STEWART, Miranda. “Abuse and Economic Substance in a Digital BEPS World”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 6/7. Amsterdam: Journals IBFD, 2015.

SULAMI, Orly. “Tax Abuse – Lessons from Abroad”. In. *SMU Law Review*. Volume 65. No. 551. Dallas: SMU Law Review Association, 2012.

SURREY, Stanley S. *United Nations Model Convention for Tax Treaties Between Developed and Developing Countries – A description and analysis*. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 1980.

TABOADA, Carlos Palao. “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 10. Amsterdam: Journals IBFD, 2015.

TANG, Jieyin. “Economic Substance versus Legal Form: Financial Transactions as Taxable Events”. In. *Derivatives & Financial Instruments*. Volume 16. No. 2. Amsterdam: Journals IBFD, 2014.

TERSI, Vinicius Feliciano. “A Eficácia do Conceito de “Beneficiário Efetivo” como Instrumento de prevenção da Evasão Fiscal nas Convenções Internacionais para evitar a Bitributação”. In. *Direito Tributário Atual*. n. 32. São Paulo: Dialética, 2014.

TOIT, Charl du. “The Evolution of the Term “Beneficial Ownership” in Relation to International Taxation over the Past 45 Years”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 64. No. 10. Amsterdam: Journals IBFD, 2010.

TOOMA, Rachel Anne. “Legislating Against Tax Avoidance”. Online Books IBFD, 2011.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional. Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Temas de Interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Planejamento Tributário: elisão fiscal abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TORYANIK, Tom. “The Concept of Substance in International Taxation”. In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 6. Journals IBFD, 2014.

THOMAS, E. W. “The evolution from form to substance in Tax Law: the demise of the dysfunctional “METWAND””. In. *Waikato Law Review*. Volume 19, No. 1. 2011.

VALLADA, Felipe. “*Beneficial Ownership under Articles 10, 11 and 12 of the 2014 OECD Model Convention*”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *The OECD-Model-Convention and its Update 2014*. Online Books IBFD, 2015.

_____. “Caso Velcro: Royalties (art. 12) e a confirmação do teste do beneficiário efetivo do caso Prévost no tratado contra a bitributação Canadá-Holanda”. In. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação Internacional: análise de casos*. volume 2. São Paulo: MP Editora, 2015.

VANDERWOLK, Jefferson. “Substance versus Form in Tax Planning: Recent Cases Involving the Ramsay Doctrine”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 55. No. 2. Amsterdam: Journals IBFD, 2001.

VASCONCELLOS, Roberto França de. *Tributação do Comércio Eletrônico Internacional*. 2002. 226f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

_____. “Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária”. In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. “United States”. In. Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010.

VERLIDEN, Isabel.; ABELSHAUSEN, Karl. GEBOERS, Tamara. “*The Concept of Substance in International Taxation*”. In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 5. Journals IBFD, 2014.

VIEIRA, Carlos Renato. CARVALHO, Flavio. “A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule”. In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento*. Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VIS, Norbert. “Introduction of Substance Requirements for Netherlands Holding Companies”. In. *European Taxation*. Volume 54. No. 12. Amsterdam: Journals IBFD, 2014.

VITKO, Volodymyr. “The Use of Tax Treaties and Treaty shopping: Determining the Dividing Line”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 67. No. 1. Amsterdam: Journals IBFD, 2013.

VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German practice*. London: Kluwer, 1997.

_____. “Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments. In. *Intertax*. Volumes 8-11, 1988.

WAGENAAR, Leonard. “The Effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on Developing Countries”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 2. Amsterdam: Journals IBFD, 2015.

WARDZYNSKI, Adrian. “The Limitation on Benefits Article in the OECD Model: Closing Abusive (Undesired) Conduit Gateways”. In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 68. No. 9. Amsterdam: Journals IBFD, 2014.

WARREN, Alvin. “The Requirement of Economic Profit in Tax Motivated Transactions”. In. *Taxes – The Tax Magazine*. Volume 59. No. 12. Riverwoods: CCH Incorporated, 1981.

WEEGHEL, Stef van. *The Improper Use of Tax Treaties, with Particular Reference to the Netherlands and the United States*. London: Kluwer Law International, 1998.

WILKIE, J. Scott. “The Concept of Substance in International Taxation”. In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 5. Journals IBFD, 2014.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Editora RT, 1978.

_____. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

YOSHIMURA, Koichiro. “Clarifying the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in Tax Treaties”. In. *Tax Notes International*. No. 761. 2013.