LEONARDO FREITAS DE MORAES E CASTRO

CONCEITO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO NOS ACORDOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR GERD WILLI ROTHMANN

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012

LEONARDO FREITAS DE MORAES E CASTRO

CONCEITO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO NOS ACORDOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Gerd Willi Rothmann

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012

Banca Examinadora:

_____

_____

_____

Aos meus pais: ontem, hoje e sempre.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho de mestrado foi fruto de alguns anos de muito estudo, dedicação e perseverança. Não foi fácil. Mas, assim como toda vitória em uma batalha, não obtido sozinho. Se Sun Tzu, em *A Arte da Guerra*, afirma que toda batalha é vencida antes de ser lutada, isso não tira o mérito de todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para manter esse dito verídico. E não foram poucos.

Ao Professor Gerd Rothmann: agradecimentos em palavras talvez não sejam suficientes para externar a gratidão, admiração e respeito que possuo em relação ao senhor. Pela oportunidade de cursar o mestrado na Universidade de São Paulo, sob sua orientação, e poder iniciar a vida acadêmica que tanto desejei e tanto aprecio.

Ao Professor Luís Eduardo Schoueri, por ter sido o precursor em me apresentar à docência e ter me mostrado a importância, seriedade e dedicação que as atividades acadêmicas exigem de um profissional do direito e, em especial, do tributário.

Aos Professores Philip Baker, pela idéia; Albert Lauber e Kees van Raad, pela inigualável oportunidade e confiança no meu potencial.

À minha prima, Alessandra, por tornar um sonho realidade, e jamais ter duvidado.

Aos meus grandes e verdadeiros amigos, pela convivência, incentivo e torcida, em especial Alexandre Luiz Monteiro, pela amizade legítima, imprescindível suporte durante todo o processo antes e durante a minha ausência no país e pelas palavras de incentivo em momentos difíceis; Henrique Lavalle Faria, pela amizade, cumplicidade e fraternidade, apoio moral e físico para a conclusão deste e de tantos outros objetivos; Matheus Bueno de Oliveira, pela confiança, estímulo e inestimável caráter, hoje tão raro; Sérgio Papini Uchôa Filho, pela cumplicidade e apoio mútuo durante esta árdua jornada; Henrique Erbolato, pela força e ajuda oportuna; e a todos os demais que participaram e torceram.

RESUMO

O conceito de *beneficiário efetivo* nos acordos internacionais contra a bitributação, apesar de não expressamente definido, é um requisito específico para que pessoas possam usufruir das disposições relativas aos dividendos, juros e royalties do mesmo. O presente trabalho tem o objetivo de analisar os critérios para a determinação do significado desse termo nos acordos celebrados com base na Convenção Modelo da OCDE, examinando também os limites e implicações de sua definição para os Estados Contratantes.

A Introdução tem o objetivo de delimitar o escopo do objeto de estudo, bem como apresentar algumas prévias considerações didáticas sobre o direito tributário internacional, ramo no qual este estudo se insere. No Capítulo I, analisaremos a origem do termo beneficiário efetivo. O elemento central é a sua relação com os atributos do direito de propriedade no direito interno dos países de *common law*, onde este foi criado. Adicionalmente, realizaremos a comparação com o tratamento legal dessa expressão no direito interno dos países de *civil law* e, especificamente, no direito interno brasileiro.

O Capítulo II compreende o exame das regras de interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação e de que maneira a construção de sentido de termos não definidos em seu texto é realizada. Para este fim, serão analisados os diversos instrumentos que compõe o contexto desses acordos, assim como a relação entre os demais instrumentos que podem auxiliar neste processo de exegese, demonstrando também as condições para o reenvio interpretativo do termo por meio de lei interna dos Estados Contratantes.

No Capítulo III, as diferentes formas e critérios para a interpretação do termo serão estudados. Será analisada a disciplina do tema na CM OCDE e Comentários, a sua relevância e alcance no combate ao *treaty shopping* e a jurisprudência internacional atual.

Ao final, apresentaremos uma síntese conclusiva do nosso estudo.

BENEFICIÁRIO. EFETIVO. ACORDOS. BITRIBUTAÇÃO. INTERNACIONAL

ABSTRACT

The concept of beneficial owner in the double tax treaties, although not expressly defined, is a requirement for the treaty entitlement of persons receiving income from dividends, interest and royalties. This study aims at analyzing the criteria for the definition of its meaning within the double tax treaties that adopt the OECD Model Convention, also examining the limits and implications of this concept to Contracting States.

The purpose of the Introduction is to define the scope of the object of study and, also, to present certain didactic considerations about international tax law, the area to which this work is related. In Chapter I, the origin of the term beneficial owner is analyzed. The main element therein is its relationship with the attributes of property law under the domestic laws of the common law countries, where it was created. Additionally, we will proceed the comparison with the legal treatment of this expression in the internal law of the civil law countries and, specifically, in the Brazilian law.

Chapter II deals with the analysis of the interpretation rules of the double tax treaties and on which way they act on the construction of the meaning of terms not defined on its text. For this purpose, the several instruments that constitute the context of the tax treaties will be analyzed, as well as the relation of the other instruments that may help in the interpretation process, demonstrating the requirements for the interpretative remittance of the term through domestic law of the Contracting States.

On Chapter III, the different forms and criteria for the interpretation of the term will be examined. Also, we will analyze the treatment of the subject on OECD MC and Commentaries, its relevance and scope in the fight against treaty shopping and the current international jurisprudence.

At the end, we will present a conclusive synthesis of our study.

BENEFICIAL. OWNER.TAX. TREATIES. INTERNATIONAL.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
A. Considerações didáticas 11
1. Acordos internacionais contra a bitributação 11
2. Direito tributário internacional no Brasil: considerações gerais 15
3. Treaty Shopping e planejamento tributário por meio de acordos internacionais contra a bitributação 17
B. Delimitação do objeto de estudo e suas limitações 23
1. Importância do conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação 23
2. Definição do tema, limitações e estrutura do trabalho 25
3. Relevância, aplicação e justificativa do tema 27

CAPÍTULO I. BENEFICIÁRIO EFETIVO NO DIREITO INTERNO E OS ATRIBUTOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE 28
1.1. Introdução 28
1.2. Direitos inerentes à propriedade na *common law* 28
1.2.1. 'Ownerhsip' e propriedade na Inglaterra 28
1.2.2. 'Ownership' e propriedade nos EUA 34
1.3. Beneficiário efetivo no direito interno 37
1.3.1. Considerações iniciais 37
1.3.2. Beneficiário efetivo na Inglaterra 38
1.3.2.1. Importância do conceito existente no direito inglês 38
1.3.2.2. Evolução de beneficiário efetivo na jurisprudência geral 38
1.3.2.3. Definição de beneficiário efetivo na jurisprudência específica 41
1.3.2.4. Testes aplicados pelos tribunais para determinação do beneficiário efetivo 45
1.3.2.5. Possibilidade de inexistência de beneficiário efetivo: a questão da suspensão 47
1.3.2.6. *Beneficial ownership* vs. *equitable ownership* 48
1.3.3. Beneficiário efetivo nos EUA 51
1.3.3.1. Análise geral 51
1.3.3.2. Testes do controle e do proveito econômico na determinação do beneficiário efetivo 53
1.3.3.3. Testes do *ônus e bônus* e do *risco de perda* na determinação do beneficiário efetivo 57
1.3.3.4. Balanceamento dos atributos da propriedade na determinação do beneficiário efetivo 58

1.3.4. Beneficiário efetivo no Canadá..... 59
1.3.5. Beneficiário efetivo na Austrália 62
1.3.6. Beneficiário efetivo na tradição do civil law: análise geral..... 63
1.3.7. Beneficiário efetivo no Brasil 65
1.3.7.1. Segregação do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro 65
1.3.7.2. Beneficiário efetivo no direito tributário brasileiro..... 67

CAPÍTULO II. A INTERPRETAÇÃO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO.....71
2.1. Introdução..... 71
2.2. Normas de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados..... 72
2.2.1. Origem histórica e atual aplicabilidade no Brasil 72
2.2.2. Artigos relevantes para a interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação..... 74
2.3. Norma de interpretação na Convenção Modelo OCDE 83
2.3.1. Considerações gerais..... 83
2.3.2. Artigo 3(2) da Convenção Modelo OCDE: interpretação por reenvio ao direito interno..... 84
2.4. Definição de contexto para fins do artigo 3(2) 87
2.4.1. Considerações gerais..... 87
2.4.2. Convenção Modelo OCDE como instrumento de interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação..... 89
2.4.3. Comentários à CM OCDE..... 91
2.4.3.1. Função, importância e natureza jurídica..... 91
2.4.3.2 Comentários à CM OCDE como contexto do artigo 3(2) 94
2.4.3.3. Comentários à CM OCDE como significado ordinário ou especial – *linguagem fiscal internacional* 97
2.4.3.4. Interpretação estática ou dinâmica dos Comentários à CM OCDE 100
2.4.4. Intenção dos Estados contratantes 103
2.4.5. Acordos internacionais contra a bitributação celebrados com terceiros Estados (parallel treaties).....104
2.4.6. Legislação doméstica e decisões de autoridades do outro Estado contratante 106
2.5. Artigo 3(2) – reenvio à lei interna de qual Estado contratante?.....106
2.5.1. Reenvio estático ou dinâmico ao direito interno 109
2.5.2. Lei interna aplicável: tributária ou qualquer outra 110

CAPÍTULO III. BENEFICIÁRIO EFETIVO NOS ACORDOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO.....113
3.1. Requisitos prévios necessários ao *treaty entitlement* pelo beneficiário efetivo ...113
3.1.1. Adequação ao conceito de 'Pessoas Visadas' na CM OCDE 114
3.1.2. Residência para fins tributários.....116
3.1.3. Exigência de a renda ter sido raga (vocábulo 'pagos') 120
3.2. Uso do termo beneficiário efetivo pela OCDE.....122
3.2.1. Origem e objetivo.....122
3.2.2. Evolução do termo na Convenção Modelo e Comentários.....125
3.3. Regramento no texto da Convenção Modelo e nos Comentários da OCDE.....127
3.4. Terminologia e traduções para outros idiomas.....132
3.5. Argumentos contrários à aplicação do artigo 3(2) para definir beneficiário efetivo 135
3.6. Condição para aplicação do artigo 3(2) na definição de beneficiário efetivo 139
3.7. Contexto na construção do significado de beneficiário efetivo: *linguagem fiscal internacional* 141
3.8. Critérios econômico e jurídico na interpretação de beneficiário efetivo.....148
3.9. Limites do uso do beneficiário efetivo como medida de combate ao *treaty shopping* 152
3.9.1. Beneficiário efetivo como regra de atribuição de renda para combate exclusivo de simulação e fraude (treaty shopping objetivo e específico) 152
3.9.2. Cláusulas de limitação de benefícios (LOB clauses).....160
3.9.2.1. Cláusulas de limitação de benefícios no Modelo dos EUA.....160
3.9.2.2. Cláusulas de limitação de benefícios na Convenção Modelo OCDE 163
3.9.2.3. Cláusulas de limitação de benefícios dos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil.....167
3.9.3. Beneficiário efetivo, 'treaty shopping' e medidas anti-abuso na prática: o exemplo das conduit companies.....172
3.10. Ausência de beneficiário efetivo no acordo contra a bitributação e sua interpretação.....174
3.11. Extensão do termo beneficiário para outros artigos da Convenção Modelo OCDE.....178
3.12. Jurisprudência internacional sobre beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação 182
3.12.1 EUA: caso Aiken Industries.....182
3.12.2. Holanda: caso Royal Dutch Oil 184
3.12.3. França: caso Royal Bank of Scotland 185
3.12.4. Reino Unido: caso Indofood.....187
3.12.5. Canadá: caso Prévost.....189

3.13. Outros posicionamentos recentes no direito comparado.....192
3.13.1. China: lei interna específica sobre beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação.....192
3.13.2. Índia: lei interna e jurisprudência.....194
3.13.2.1. Circular 789 de 2000 e Caso *Azadi Bachao Andolan*.....194
3.13.2.2. Caso *Idea Cellular*.....195
3.14. Beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil.....198
3.14.1. Considerações gerais.....198
3.14.2. Esfera administrativa: caso TIM Nordeste.....199
3.14.3. Esfera judicial: caso Volvo.....201
3.15. Reflexões sobre o *Discussion Draft* da OCDE de 29 abril de 2011 sobre beneficiário efetivo.....202

CONCLUSÕES.....207

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....216

INTRODUÇÃO

A. Considerações didáticas[1]

1. Acordos internacionais contra a bitributação

O fenômeno da dupla ou bitributação[2] provoca, por óbvio, um efeito prejudicial ao desenvolvimento econômico e aos investimentos internacionais entre os países, em razão da oneração das operações transnacionais[3]. Apesar de não existir, até hoje, um princípio internacionalmente aceito que a vede[4], existe um consenso entre os Estados com relação à importância de se combater essa cumulação de pretensões tributárias impositivas pelos diferentes países[5].

Assim, precisamente em razão da ausência de norma de direito internacional que proíba qualquer Estado de exercer sua soberania fiscal em tais situações[6], i.e., envolvendo mais de um país, contanto que haja um elemento de conexão (*genuine link*) legítimo previsto em seu ordenamento jurídico, a sobreposição de competências tributárias resultará

---

[1]O principal objetivo destas considerações didáticas é o de fornecer ao leitor uma visão panorâmica que abrange os principais problemas relacionados ao direito tributário internacional – notadamente a relativização da soberania fiscal, a sobreposição de competências tributárias e o fenômeno da dupla ou multi tributação jurídica e econômica – além de expor de forma geral a estrutura, importância e aplicação da Convenção Modelo da OCDE como base para os acordos internacionais contra a bitributação. Portanto, procura-se fornecer ao leitor um apanhado geral sobre os temas a serem tratados neste estudo sem, contudo, quaisquer pretensões de nos aprofundarmos sobre esses assuntos ora referidos.

[2]TÔRRES utiliza o termo pluritributação para se referir às situações em que diversas competências tributárias dos Estados são sobrepostas, implicando na tributação da mesma renda por mais de dois países. Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Dupla (Múltipla) tributação internacional. Rendas de empresas*: 'dupla tributação jurídica internacional' e 'dupla tributação econômica internacional'. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 65, p. 68, 1995.

[3]HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão*: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 232.

[4]Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 19.

[5]Cf. Comentários da OCDE à Convenção Modelo, Introdução, item 1. No original: *International juridical double taxation can be generally defined as the imposition of comparable taxes in two (or more) States on the same taxpayer in respect of the same subject matter and for identical periods. Its harmful effects on the exchange of goods and services and movements of capital, technology and persons are so well known that it is scarcely necessary to stress the importance of removing the obstacles that double taxation presents to the development of economic relations between countries*. (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010. Selected and edited by Kees van Raad. 8th ed. The Hague: IBFD/ITC, 2009. v. 1, p. 47).

[6]Cf. VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice. 3rd ed. Boston: Kluwer Law International, 1997. p. 11.

em um mesmo rendimento ser tributado pelo mesmo tributo duas vezes, por dois Estados, em relação a um mesmo contribuinte, num mesmo espaço de tempo. Este fenômeno é conhecido como dupla tributação jurídica, e se diferenciando da chamada dupla tributação econômica, na medida em que a última consiste na tributação de um mesmo rendimento, mas de contribuintes distintos [7].

Em regra, a dupla ou bitributação jurídica ocorre quando dois países (Estado da Fonte e Estado da Residência) enxergam de forma distinta uma mesma situação internacional, ensejando uma diferente caracterização da renda[8], da residência seu sujeito recebedor[9] ou da origem de sua fonte de produção[10], em função de critérios distintos para sua tributação[11] e, assim, originando pretensões fiscais cumulativas de ambos os países.

Desta forma, visando exatamente evitar estes tipos de situações é que ganham importância os acordos internacionais contra a bitributação[12]. Estes acordos consistem em

---

[7]Cf. ROTHMANN, Gerd W. Bitributação internacional. In: *Temas fundamentais do direito tributário atual*. Belém: CEJUP, 1983. p. 123-146; HOORN JR., J. van. Bitributação: uma tentativa de definição. In: MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário (estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira)*. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 305-314; VOGEL, Klaus. op. cit., p. 2.

[8]Este conflito é conhecido coloquialmente como *conflito residência-fonte*, e ocorre quando o Estado da Fonte classifica a renda como de um determinado tipo (por ex., prestação de serviços) e o Estado da Residência classifica a mesma renda como outro item (por ex., royalties). Esse exemplo ilustra precisamente o célebre caso Pierre Boulez, maestro francês residente na Alemanha, que foi contratado por empresa norte-americana para gravar uma série de concertos nos EUA. À época, os EUA (Estado da Fonte) classificaram esses rendimentos como renda decorrente da prestação de serviços, ao passo que a Alemanha (Estado da Residência) entendeu tratar-se de royalites pelos direitos autorais musicais. Uma vez que a Alemanha tributa os royalties de recebidos por seus residentes e os EUA tributam os serviços prestados por não-residentes em seu território, estabeleceu-se o conflito residência-fonte. Cf. *Boulez v. Commissioner*, 83 T.C. 584.

[9]Este conflito é conhecido coloquialmente como *conflito residência-residência*, e ocorre quando dois Estados entendem ser o contribuinte residente em seus respectivos territórios. Um exemplo ocorre quando uma sociedade tem sede no território de um Estado e possui administração efetiva em outro. Se o primeiro utilizar o local da sede ou de constituição da sociedade como critério de residência para fins fiscais, irá tributar os rendimentos desta sociedade. Se o outro Estado utilizar o critério de direção ou administração efetiva para determinar a residência de seus contribuintes, também irá tributar essa sociedade. Haverá, portanto, a tributação por força de dois Estados de Residência. Cf. RAAD, Kees van. *Dual residence and 1977 OECD model treaty article 4(1), second sentence, ineuropean taxation*. Amsterdam: IBFD, Jan. 1999. p. 241-246.

[10]Este conflito é conhecido coloquialmente como *conflito fonte-fonte*, e ocorre quando uma empresa com dupla residência em dois Estados (Estado A e Estado B) distintos paga rendimentos para um terceiro Estado (Estado C). Como os Estados A e B tratam a sociedade como residente, estarão aptos a considerar que a fonte do rendimento está situada em seus respectivos territórios, ensejando a tributação de ambos como Estado da Fonte. Cf. JONES, John Avery F. *et al*. Tax treaty problems relating to source. *European Taxation*, Amsterdam, IBFD, p. 78-93.

[11]JONES, John F. Avery. Credit and exemption under tax treaties in case of differing income characterization. *Diritto e Pratica Tributaria*, v. 77, n. 3, p. 754, 1996.

[12]Embora se privilegie neste estudo o uso do termo *acordo*, não deixamos de aceitar e inclusive utilizar como sinônimas outras denominações utilizadas pela doutrina, tais como *tratado* e *convenção*. Alguns doutrinadores, entre eles o professor ROTHMANN, destacam que o termo *acordo* é mais usado para designar a contratação bilateral entre países, enquanto o termo *convenção* seria mais apropriado para se referir às contratações multilaterais contra bitributação. Todavia, utilizaremos todos esses termos como sinônimos, por entendermos que não ocasionam prejuízos ou confusões terminológicas para este trabalho (Cf. ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978. p. 15).

instrumentos de direito internacional público, de caráter bilateral, por meio dos quais os países delimitam a sua soberania fiscal em relação a situações de caráter internacional, por meio da repartição de competências em matéria tributária e com o objetivo de evitar a bitributação da renda e combater a evasão fiscal[13]. Além disso, possuem também como objetivo promover o investimento estrangeiro, reduzir entraves ao comércio internacional, prevenir eventuais discriminações de nacionais, incentivar a troca de informações fiscais[14], dar maior segurança jurídica aos contribuintes[15] e evitar a dupla não-tributação[16].

A crescente e sedimentada importância dos acordos contra a bitributação acentuou-se a partir da segunda metade do século XX, em virtude do processo de globalização e a conseqüente intensificação da internacionalização da economia, desenvolvimento tecnológico e incremento no fluxo transnacional de bens, pessoas, serviços e capitais, de forma geral[17]. No ano de 2002 estimou-se que existissem mais de 2.500 acordos contra a bitributação em vigor, sendo provável que, após uma década, esse número deve ter aumentado[18].

Convém reiterar que os acordos internacionais contra a bitributação não são *normas de conflito*, como aquelas de direito internacional privado, que definem a prevalência de uma lei sobre outra[19]. São, juridicamente, regras de limitação da eficácia da lei fiscal dos Estados Contratantes[20], visto que apenas impõem regras de distribuição, as quais determinam a repartição de competências em matéria tributária, balanceando a capacidade tributária ativa desses países[21].

Por serem classificados como normas de direito internacional público, sujeitam-se a um regime próprio. Apesar de inexistir regra geral aplicável em nível internacional quanto ao processo formal de elaboração dos acordos[22], no Brasil é necessário que observem rito

---

[13]Cf. ARNOLD, Brian J. Tax treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the commentary to the OECD Model. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, p. 244-260, June 2004.

[14]PROKISCH, Rainer. A intepretação dos tratados de dupla tributação. *Fisco*, n. 68, p. 26, 1994.

[15]Cf. VASCONCELLOS, Roberto França. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 1, p. 147 e ss., 2005.

[16]Cf. KIENBERGER, S. Avoidance of double (non-)taxation and art. 23 A and B paragraph 1 OECD MC. In: *Conflicts of qualification in tax treaty law*. Wien: Linde, 2007. p. 309-322.

[17]Cf. BAKER, Philip. A tributação internacional no século XXI. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 19, p. 41, 2005.

[18]Cf. ARNOLD, Brian J. et al. Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, Amsterdam, June 2002. p. 233.

[19]Sobre as normas de conflito do direito internacional privado vide DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

[20]Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 17, p. 35, 2003.

[21]Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 75. (Série Doutrina Tributária v. 1).

[22]Cf. BORGES, Antônio de Moura. *Convenções sobre dupla tributação internacional*. Teresina: EDIFPI; São Paulo: IBDT, 1992. p. 109.

especial caracterizado pelas etapas de negociação, celebração ou execução, ratificação e aprovação pelo congresso nacional, para produção de efeitos no ordenamento jurídico interno[23]. A norma de direito internacional que regula a criação, interpretação e aplicação dos tratados internacionais em geral e, por óbvio, também aplicável aos acordos internacionais contra a bitributação, é a *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (CVDT)[24].

Apesar de grande debate na doutrina[25] e na jurisprudência brasileira[26], pode-se afirmar que no Brasil prevalece entendimento de que os acordos que versem sobre normas tributárias têm supremacia em relação às leis fiscais internas[27]. A confirmação desse entendimento pode ser extraída do Artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN)[28], que consagra o primado do direito internacional de prevalência dos tratados sobre a lei interna. Ademais, esse argumento é extraído dos princípios de direito internacional público consagrados na CVDT, sobretudo os Artigos 26[29] e 27[30], que consagram a prevalência dos tratados e, portanto, dos acordos contra a bitributação em face de legislação interna.

Por fim, é importante ressaltar que, em razão do caráter bilateral dos acordos contra a bitributação, as limitações por eles impostas apenas produzem efeitos entre os países signatários. Em outras palavras, os acordos desta natureza não são dotados de força normativa para abranger todas as relações jurídicas originadas do direito interno dos Estados Contratantes, mas apenas aquelas específicas às quais se aplicam[31].

---

[23]Cf. GODOI, Marciano Seabra de. Os tratados ou convenções internacionais para evitar a dupla tributação e sua hierarquia normativa no direito brasileiro: In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário (Homenagem a Alcides Jorge Costa)*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.v. 2, p. 975-1008; XAVIER, Alberto. *Direito internacional tributário do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 105; MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 202-204.

[24]Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, celebrada em 23 de maio de 1969, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

[25]Para uma síntese sobre a discussão vide ROCHA, Sérgio André. *Treaty override no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 12 e ss.

[26]BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE 90.824-SP, Rel. Min. Moreira Alves. J. 25/06/1980 confirmou a supremacia dos tratados em face de lei interna, contrariando a decisão no RE 80.004 anterior.

[27]Nesse sentido XAVIER, Alberto. op. cit., p. 108-109; ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 27-33.

[28]*Art. 98 Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.*

[29]*Artigo 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.* Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, celebrada em 23 de maio de 1969.

[30]*Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*. Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, celebrada em 23 de maio de 1969.

[31]Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional: qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 54, p. 125-139, 2000.

2. Direito tributário internacional no Brasil: considerações gerais

No que diz respeito ao Brasil, o país adota – assim como a grande maioria dos sistemas tributários modernos – a tributação da renda baseando-se no princípio da universalidade[32], utilizando os elementos de conexão da fonte e da residência, mas não o da nacionalidade[33]. Assim, tributa a renda das pessoas físicas e jurídicas residentes no Brasil independentemente do local em que foram originadas e produzidas, bem como tributa os rendimentos de não-residentes produzidos por fonte brasileira (seja pela cumulação de fonte de pagamento e produção da renda, ou pela presença de apenas uma destas fontes)[34].

Ademais, existem na lei interna brasileira mecanismos unilaterais para evitar a bitributação da renda. A regra geral é o reconhecimento do crédito do imposto de renda pago no exterior, por parte dos residentes em território nacional, para utilização no cômputo do imposto de renda a ser pago no Brasil[35], limitado ao imposto total devido (i.e., o Brasil não concede crédito a maior ao contribuinte se a tributação no exterior for superior à tributação brasileira sobre a mesma renda).

Com relação à política de acordos internacionais contra a bitributação é importante ressaltar que o Brasil possui um modesto número de acordos celebrados (29 em plena vigência e eficácia[36]) quando comparado com países como Estados Unidos (quase 70

---

[32]O princípio da universalidade da tributação da renda para as pessoas jurídicas foi instituído pelo artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 (produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1996). Antes dessa data, ao contrário das pessoas físicas (sujeitas à tributação da renda em bases universais desde 1988 por força do art. 3º, parágrafo 4º da Lei nº 7.713/1988), as pessoas jurídicas sujeitavam-se à tributação em bases territoriais. Cf. XAVIER, Alberto. op. cit., p. 427 e ss.

[33]O elemento de conexão da nacionalidade é utilizado pelos Estados Unidos e pelas Filipinas, para tributar a renda de seus nacionais, independentemente de serem residentes nestes países.

[34]SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catelano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. 1. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2005. v. 1, p. 321-374.

[35]O direito ao crédito do imposto de renda pago no exterior é garantido para todas as pessoas jurídicas residentes no Brasil, nos termos do artigo 26 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 e artigo 15 da Lei nº 9.430, de 27 de janeiro de 1996. Para as pessoas físicas, o crédito só será concedido se houver reciprocidade no tratamento por parte do país de origem, isto é, se o país que tributou a renda da pessoa física residente no Brasil também conceder medida unilateral para evitar a tributação de seu residente, se sua renda for tributada pelo Brasil, conforme dispõe o artigo 5º da Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965.

[36]Os países com os quais o Brasil celebrou acordos internacionais contra a bitributação e que estão atualmente em vigor e em eficácia no sistema jurídico brasileiro são: África do Sul, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coréia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Peru, Portugal, República Tcheca, Suécia e Ucrânia. Os acordos celebrados com a Venezuela e com a Rússia estão pendentes de aprovação pelo Congresso Nacional, apesar de já assinados. O acordo celebrado com o Paraguai, apesar de já ter sido aprovado pelo Congresso Nacional, ainda não foi objeto de Decreto Presidencial. Finalmente, o acordo celebrado com a Alemanha foi denunciado e deixou de produzir efeitos após 31.12.2006 (cf. Ato Declaratório SRF nº 72, de 22 de dezembro de 2005. Vide, sobre o tema, ROTHMANN, Gerd W. A

acordos), Holanda (cerca de 100 acordos) e Inglaterra (mais de 100 acordos). Talvez isso seja reflexo do recente histórico brasileiro, que se iniciou com a celebração deste tipo de acordos pela primeira vez em meados da década de 1960[37]. Convém apontar, ademais, que o Brasil não possui acordos com países como Estados Unidos[38] e Inglaterra.

O Brasil adota, de forma geral, a Convenção Modelo da OCDE (CM OCDE) na celebração de seus acordos, seguindo a versão do modelo vigente à época da assinatura[39], com algumas pequenas modificações em razão de o Brasil ser, predominantemente, um país importador de capital (na maior parte das vezes figurando como Estado da Fonte) e a CM OCDE ser estruturada para países exportadores de capital (normalmente o Estado da Residência), o que implica em diferenças na forma pela qual estes dois tipos de países tributam os rendimentos transnacionais[40].

Por fim, é importante mencionar a particularidade adotada pelo Brasil na negociação de seus acordos contra a bitributação: a exigência das cláusulas de *matching credit* (crédito presumido)[41] e *tax sparing* (crédito fictício)[42]. Essas cláusulas são normalmente utilizadas e exigidas em bases negociais por países não desenvolvidos e em desenvolvimento quando celebram acordos com países desenvolvidos, uma vez que são

---

denúncia do acordo de bitributação Brasil-Alemanha e suas conseqüências.In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário.* São Paulo: Dialética, 2005. v. 9).

[37]Para uma análise histórica e comparativa dos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, p. 267-287, 2008.

[38]Para estudo sobre os motivos e perspectivas envolvendo a ausência de acordo contra a bitributação entre Brasil e Estados Unidos vide David H. Rosenbloom e Daniel Hora do Paço, *Thoughts on the Brazil–U.S. Tax Treaty Negotiations*, 56 Tax Notes International 517, 16 Nov. 2009; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Tratado Brasil/Estados Unidos para evitar a dupla tributação. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, v. 15, 2010.

[39]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 103.

[40]Dentre as diferenças que mais nos chamam a atenção está a adoção do Artigo 21 (Outros Rendimentos) com base na Convenção Modelo da ONU (que permite a tributação cumulativa do Estado da Fonte e da Residência em relação aos rendimentos não enquadrados nos artigos anteriores do acordo), e não da OCDE (que estabelece a competência tributária exclusiva do Estado da Residência na tributação dos outros rendimentos), em vários acordos brasileiros.

[41]O *matching credit* decorre da concessão de um crédito mais elevado do que aquele incidente na tributação pelo Estado da Fonte comparado com o crédito decorrente de sua lei interna. É, assim, um crédito de imposto a maior reconhecido pelo Estado da Residência. Esse dispositivo pode ser encontrado no acordo celebrado entre Brasil e Holanda (Decreto nº 355 de 1991), no artigo 23, parágrafo 4º, letra (a), em que há previsão para um crédito de 25% sobre os dividendos pagos a sociedade holandesa que detenha no mínimo 10% do capital votante de uma sociedade brasileira, não obstante o Brasil isentar a tributação de dividendos pagos por sociedade brasileira, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.249 de 1995.

[42]O *tax sparing* decorre da concessão de um crédito do imposto que teria sido pago na fonte, mas que foi desonerado por medida unilateral, por parte do Estado da Residência. É, portanto, um crédito sobre imposto não pago, reconhecido pelo Estado da Residência. Esse dispositivo pode ser encontrado no acordo celebrado entre Brasil e Japão (Decreto nº 61.899 de 1967), no artigo 22, letra (b), que expressamente prevê como o montante do imposto no Brasil, para fins de crédito no Japão, aquele que teria incidido se não existisse isenção ou redução por força de lei brasileira.

incentivos fiscais para atrair maiores investimentos estrangeiros em seus territórios, como parte de uma política econômica internacional[43].

3. Treaty Shopping e planejamento tributário por meio de acordos internacionais contra a bitributação

No atual cenário tributário internacional, entendemos que é imprescindível uma análise e reflexão cuidadosa dos contornos e limites do conceito de beneficiário efetivo no planejamento tributário estruturado por meio de acordos internacionais contra a bitributação. Isso se mostra importante para que, de um lado, não se retorne ao formalismo excessivo marcado pela liberdade ampla e irrestrita do contribuinte diante de Estado Social Democrático de Direito (limitado pelo princípio da solidariedade fiscal[44]) e, de outro lado, não se consagre e incentive o atual fenômeno de *Macarthismo elisivo*[45] que muitas administrações tributárias visam implementar em suas políticas fiscais, transformando a legítima economia legal de tributos em verdadeira *caça às bruxas*, que implica em clara violação aos direitos fundamentais do contribuinte em organizar livremente, dentro dos limites da lei, seus atos e negócios jurídicos.

Em um mundo pós-globalizado, a atração e concorrência internacional por investimentos estrangeiros são de suma importância para o crescimento e desenvolvimento econômico dos Estados – aprimorando novas tecnologias, desenvolvendo o parque industrial, gerando novos empregos, aumentando a demanda comercial e a arrecadação

---

[43]Cf. DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. Acordos para eliminar a dupla tributação da renda. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, p. 251-257, jan./mar. 1978.

[44]CAMPOS, Diogo Leite de. *Sistema tributário no Estado dos Cidadãos.* Coimbra, Almedina, 2006. p. 78-79.

[45]O neologismo por nós criado em trabalho anterior para demonstrar o atual combate extremado e desproporcional das autoridades fiscais em diversos países se baseia no fenômeno conhecido como *Macarthismo* (em inglês, *McCarthyism*), que é o termo utilizado para descrever um período de intensa patrulha anticomunista, perseguição política e desrespeito aos direitos civis nos Estados Unidos que durou do fim da década de 1940 até meados da década de 1950. Foi uma época em que o medo do Comunismo e da sua influência em instituições estadunidenses tornou-se exacerbado, juntamente ao medo de ações de espionagem promovidas pela União Soviética. Originalmente, o termo foi cunhado para criticar as ações do senador norte-americano Joseph McCarthy. O *Macarthismo* realizou o que alguns chamam de caça às bruxas (*witch-hunt*) na área cultural, atingindo atores, diretores e roteiristas que, durante a guerra, manifestaram-se a favor da aliança com a extinta União Soviética e, depois, a favor de medidas pacificadoras para evitar nova guerra. Cf. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Análise da aplicação da teoria do substance over form aos planejamentos tributários no Brasil. *Revista de Direito Tributário da APET*, São Paulo, n. 22, p. 35, 2009.

tributária etc. –, refletindo-se também na esfera tributária[46], por meio de incentivos fiscais gerais, isenções condicionais, reduções de alíquotas, créditos presumidos de impostos, diferimento na tributação etc. Essa constatação foi, inclusive, objeto de estudo específico consubstanciado no relatório da OCDE intitulado *Concorrência Fiscal Prejudicial*[47].

Com o intuito de exclusiva ou preponderantemente obter vantagens fiscais e, assim, reduzir o impacto tributário em seus negócios, alguns contribuintes que exercem atividades econômicas transnacionais muitas vezes estruturam suas operações fazendo uso dos benefícios previstos em acordos internacionais contra a bitributação de diversos Estados.

Uma vez que esses acordos são verdadeiros contratos bilaterais celebrados entre Estados soberanos por meio de extensos e complexos procedimentos de negociação caracterizados por concessões mútuas e específicas, que variam conforme a situação econômica, política, social e diplomática de cada Estado Contratante eles se baseiam, como regra geral, no princípio da reciprocidade. Por essa razão, não são extensíveis a terceiros Estados que, por não participarem do processo de negociação e não realizarem quaisquer concessões, não fazem parte desse acordo.

Todavia, por diversos motivos, tais como falhas na redação dos acordos, limitações de direito interno ou objetivos e fins secundários das partes, podem permitir que contribuintes residentes em um terceiro Estados se beneficiem das disposições do tratado, ainda que, originalmente, eles não estivessem inseridos no escopo pessoal do acordo contra a bitributação[48].

O nome dado a essa prática de utilização indevida dos benefícios dos acordos por pessoas para as quais tais benefícios não estariam disponíveis diretamente é conhecida como *treaty shopping*[49]. Na definição de SCHOUERI ocorre o *treaty shopping* quando

---

[46]Sobre o tema envolvendo o planejamento tributário internacional e os regimes preferenciais de tributação, vide: HUCK, Hermes Marcelo. op. cit.

[47]Esse relatório realizou detida análise dos regimes fiscais prejudiciais utilizados em âmbito internacional, pelos diversos Estados, consignando que *(...) a globalização tem gerado um efeito positivo no desenvolvimento dos sistemas fiscais. Entretanto, a globalização tem também gerado um efeito negativo de permitir o acesso a novos meios pelos quais as empresas e os indivíduos podem minimizar e evitar tributos e nos quais os países podem explorar essas novas oportunidades desenvolvendo políticas fiscais visando primariamente à atração de capitais financeiros ou outros tipos de capitais móveis*. No original: *(...) globalization has had a positive effect on the development of tax systems. Globalization has, however, also had the negative effects of opening up new ways by which companies and individuals can minimize 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*. Cf. OECD. Harmful Tax Competition – an emerging global issue. Paris: OECD, 1998. parágrafo 76.

[48]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 20.

[49]IBFD. *International Tax Glossary*. Ed. Susan M. Lyons. 2. ed. Amsterdam, 1992. p. 260.

alguém, através da interposição de uma pessoa, obtém a proteção de um acordo de bitributação que, de outro modo, não seria devida[50].

A doutrina[51] entende que deve haver um requisito essencial para tal caracterização, qual seja, que a interposição de um terceiro beneficiário do acordo de bitributação tenha única e exclusivamente o intuito de obter vantagens fiscais decorrente deste acordo.

Há também outro conceito na doutrina internacional, bastante utilizado, que seria o de abuso dos tratados ou *treaty abuse*[52]. Conceitualmente é bastante semelhante ao *treaty shopping*, por envolver a utilização abusiva ou não-desejada das disposições dos tratados (*unintended treaty benefits*) e, pragmaticamente, geram resultados semelhantes e difíceis de serem diferenciados entre si. Não existe consenso doutrinário sobre a definição e diferenças entre estes termos. Tais conceitos serão abordados de forma específica no Capítulo III.

Vale ressaltar que, para alguns autores como ROSENBLOOM[53], ambas as expressões merecem críticas: *abuso de tratados* seria um termo fortemente carregado, ao passo que *treaty shopping* seria uma expressão enganosa, por pressupor esforço premeditado do contribuinte. Haveria, assim, uma carga pejorativa em tais expressões, apesar de que, para nós, por tais expressões já estarem consagradas no direito tributário internacional, entendemos pertinentes seu uso, desde que preenchidos os requisitos para caracterizá-las.

O termo *treaty shopping* nasceu nos Estados Unidos[54], tendo sido mencionado no U.*S. Congressional Hearings on Offshore Tax Havens* nos anos 70[55], e deriva do termo

---

[50]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 20-21.

[51]*[treaty shopping occurs] occurs when "tax planners (…) establish corporate vehicles in third countries to take advantage of the benefits of a treaty between the third country and the country in which income would be earned*. Cf. GUSTAFSON, Charles; PERONI, Robert; PUGH, Richard. *Taxation of international transactions: materials*, texts and problems. 3rd ed. Thompson, 2007. p. 221. (American Casebook Series, West).

[52]O *treaty abuse* é assim definido pela doutrina: *Use that has the sole (predominant) intention to avoid the tax of either or both of the contracting states and that defeats the fundamental and enduring expectations and policy objectives shared by both states and therewith the purpose of the treaty in a broad sense* (WEEGHEL, Stef van. *The improper use of tax treaties*: *with particular reference to the Netherlands and the United States.* London: Kluwer Law International, 1998. p. 258. (Series of International Taxation n. 19).

[53]ROSENBLOOM, David H. Tax treaty abuse: policies and issues. *Law & Policy International Business*, v. 15, p. 763-764, 1983.

[54]AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union 2, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper, n. 182, p. 2, Jan. 2010.

[55]*The Use of Offshore Tax Havens for the Purpose of Evading Income Taxes: Hearing before the Subcomm. on Oversight of the H. Comm. on Ways and Means*, 96th Cong. 284 (1979) (statement of David H. Rosenbloom, Int. Tax Counsel, Dep't of the Treasury); ROSENBLOOM, David H. op. cit., p. 763-766.

forum shopping, isto é, quando uma parte tenta *comprar* (*shop*) uma jurisdição mais favorável para seu caso ou situação[56].

Para a caracterização deste fenômeno, a estrutura negocial pode ser bilateral ou triangular, sendo mais comuns os casos de uso de *empresas-canais* (*conduit companies*) e *empresas trampolins* (*stepping stone companies*), que consistem em sociedades intermediárias (*holding companies*[57]) interpostas entre o Estado da Fonte e o terceiro Estado do investidor. A diferença básica entre essas duas estruturas reside no fato de que, na primeira (canalização) a empresa interposta não está sujeita a tributação em sua sede, ao passo que na segunda (trampolim) esta está sujeita a tributação, razão que justifica a transferência dos benefícios do acordo de bitributação, como despesas, erodindo a base de cálculo tributável[58].

AVI-YONAH et al. aponta três requisitos básicos para se identificar estruturas de *treaty shopping*: (i) o beneficiário efetivo da entidade que pratica o *treaty shopping* não é residente no Estado em que ela foi constituída; (ii) a entidade interposta possui mínima ou nenhuma atividade econômica na jurisdição em que foi constituída; e (iii) a renda auferida pela entidade interposta está sujeita a baixa ou nenhuma tributação em seu país de residência[59].

Apesar de ser de fácil definição teórica, a prática do *treaty shopping* é extremamente difícil de ser identificada nas complexas estruturas internacionais modernas, sendo tarefa árdua determinar quando um contribuinte está utilizando de forma indevida ou abusiva os benefícios de um acordo contra a bitributação em situações envolvendo grandes grupos econômicos em diversas jurisdições.

Assim sendo, para conter o *treaty shopping* os Estados utilizam-se de medidas internas (atos normativos domésticos unilaterais[60]) e de medidas internacionais bilaterais

---

[56]HELMUT, Becker; WURM, Felix J. Survey. In: *Treaty Shopping*: an emerging tax issue and its present status in various countries 1, 1988, p. 2.

[57]Uma *holding company* é *geralmente uma sociedade de capital, uma sociedade anônima (...), concebida como um centro financeiro apto para gerir o capital acionário controlado ou operar em setores econômicos mediante as entidades controladas, numa estratégia unitária, figurando quase sempre, como 'controladora' do grupo de sociedades.* Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 266.

[58]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 25.

[59]AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. op. cit., p. 5.

[60]Por exemplo, as chamadas medidas gerais anti-abuso (*General Anti-Abuse Rules* – GAAR), usualmente baseadas no princípio da proibição da fraude à lei, abuso de forma ou prevalência da substância sobre a forma, abuso de direito, necessidade de propósito negocial e aplicação da interpretação econômica das normas tributárias. Para uma análise sobre essas medidas e sua aplicabilidade com o direito brasileiro vide: YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos – planejamento tributário*: limites à luz do abuso de

(cláusulas ou dispositivos nos próprios acordos de bitributação celebrados entre os Estados[61]). Neste ponto concordamos integralmente com SCHOUERI sobre a inconveniência do tratamento interno unilateral para combate ao *treaty shopping*, sendo necessárias e recomendáveis medidas nos próprios acordos de bitributação para combater ou evitar tal fenômeno[62].

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que um acordo contra a bitributação implica em certa renúncia à soberania fiscal, por parte dos Estados Contratantes, ao possibilitar acesso de terceiros aos dispositivos veiculados pelos acordos, cria-se um desequilíbrio na relação entre os Estados Contratantes e uma vantagem indevida ao terceiro Estado, implicando em divisão inadequada das receitas tributárias entre os Estados Contratantes[63].

Precisamente por esse motivo, o *treaty shopping* foi, durante décadas, considerado prejudicial para o desenvolvimento das atividades econômicas e relações internacionais entre os Estados Contratantes, uma vez que (i) viola a reciprocidade de um tratado e altera o equilíbrio das mútuas concessões nele consignadas entre os dois Estados Contratantes; (ii) permite que um terceiro Estado obtenha poder de tributar a renda mesmo na ausência de qualquer reivindicação substancial de aliança econômica; (iii) cria um desincentivo para os países negociarem acordos contra a bitributação; e (iv) a ausência de cooperação fiscal aumenta as oportunidades de evasão fiscal internacional[64].

Ademais, é comum, na doutrina[65], a classificação da utilização do termo beneficiário efetivo como uma das medidas de combate ao *treaty shopping*, ao lado das

---

direito e da fraude à lei. São Paulo: Lex, 2005; ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2011; BIANCO, João Francisco, Planejamento tributário: estudo de casos e exame crítico da jurisprudência. In: YAMASHITA, Douglas (Coord). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007; BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária: limites normativos*. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

[61]Para uma visão ampla sobre o tema, vide: DUFF, David G. Responses to treaty shopping: a comparative evaluation. In: LANG, Michael et al. (Ed.). *Tax treaties*: building bridges between law and economics. Amsterdam, IBFD, 2010. p. 75-102.

[62]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 140.

[63]Cf. OECD. Double Taxation Conventions and the use of conduit companies. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. International Tax Avoidance and Evasion: four related studies. Paris: OECD, 1987. p. 90. (Issues of International Taxation, n. 1).

[64]AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. op. cit., p. 5-7.

[65]BAMMENS, Niels; DE BROE, Luc. Treaty shopping and avoidance of abuse. In: LANG, Michael et al. (Ed.). *Tax treaties*: building bridges between law and economics. Amsterdam: IBFD, 2010. p. 52-74; AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. op. cit., p. 3-7; DUFF, David G. op. cit., p. 75-102; FRASER, Ross; OLIVER, J.D.B. Treaty shopping and beneficial ownership: indofood International Finance Limited v. JP Morgan Chase Bank, N.A., London Branch. *British Tax Review*, n. 4, p. 422-426, 2006; ARGINELLI, Paolo. The Royal Bank of Scotland case: more controversy on the interpretation of the term 'beneficial

cláusulas de limitação de benefícios (cláusulas LOB), sob o argumento de que ambas as medidas utilizadas nos acordos internacionais contra a bitributação visam identificar a existência de uma mínima conexão entre o Estado da Residência e a pessoa que almeja usufruir das vantagens do acordo específico.

Entretanto, curiosamente, uma recente decisão proferida pela Suprema Corte da Índia no caso *Union of India v. Azadi Bachao Andolan*, negou a aplicação de uma cláusula implícita de combate ao *treaty shopping* no acordo contra a bitributação celebrado entre Índia e Ilhas Maurício, ao decidir que países em desenvolvimento, como a Índia, necessitam atrair investimentos estrangeiros e as oportunidades geradas por meio do *treaty shopping* podem ser fatores adicionais para atraí-los[66]. Nesse julgamento, a Suprema Corte enfatizou que essa prática pode ser, por vezes, considerada um incentivo à atração de investimentos estrangeiros e tecnologia, essenciais ao desenvolvimento econômico nacional, ao invés de uma prática prejudicial e abusiva (*harmful and abusive practice*).

Portanto, esta decisão trouxe uma nova discussão à comunidade tributária internacional, levantando a questão sobre o uso de *um mal necessário* que deve ser tolerado em países em desenvolvimento que desejem encorajar seu crescimento econômico por meio de atração de capital estrangeiro[67]. Essa posição, contudo, dependerá muito do país, variando de caso-a-caso, uma vez que o combate ao *treaty shopping* se revela uma decisão política, mais do que jurídica[68] e, sem dúvida, se relaciona, ainda que indiretamente[69], com o conceito de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação.

---

owner'. In: RUSSO, Raffaele; FONTANA, Renata (Coords.). *A decade of case law*: essays in honour of the 10th anniversary of the Leiden Adv LLM in international tax law. Leiden: ITC/IBFD, 2008. p. 229-234.

[66]No original: *Developing countries need foreign investments, and the treaty shopping opportunities can be an additional factor to attract them* (Cf. *Union of India v. Azadi Bachao Andolan*, (2004) 10 S.C.C. 1).

[67] AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. op. cit., p. 5.

[68]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 171.

[69]A importância e a relação entre o conceito de beneficiário efetivo variam na doutrina especializada. Cf: CATÃO, Marcos André Vinhas. A "cláusula de beneficiário efetivo" Limite de sua aplicação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito internacional tributario aplicado*. São Paulo, Quartier Latin, 2004. v. 2, p. 423-426; PASIN, João Bosco Coelho. O conceito de beneficiário efetivo nos convênios para evitar dupla imposição, como prevenção da elisão fiscal internacional. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO*,* 5. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 439; ROLIM, João Dácio. A (des)necessidade de um conceito harmônico de "beneficiário efetivo" nos Acordos para evitar a dupla tributação: um caso brasileiro e o direito comparado. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 179, p. 78-89, 2010; RUSSO, Antonio. Seminário Alumni Leiden de 2006: precedentes sobre interpretação dos tratados internacionais - caso indofood: conceito de beneficiário efetivo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 7, p. 217-221, 2007; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Beneficiário efetivo, cit., p. 9-21; TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. *O conceito de beneficiário efetivo nos convênios para evitar dupla imposição como prevenção da elisão fiscal internacional*. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO*,* 5. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 373 e ss.; BIANCO, João Francisco; NEWTON, Raquel. Beneficiário efetivo. *Revista Direito Tributário Atual,* São Paulo, n. 26, p. 253-270, 2011.

B. Delimitação do objeto de estudo e suas limitações

1. Importância do conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação

O termo beneficiário efetivo incluído nos Artigos 10 (Dividendos), 11 (Juros) e 12 (Royalties) da CM OCDE é uma das condições necessárias para que as pessoas possam se beneficiar de algumas de suas disposições, isto é, fazer jus ao direito de usufruir alguns dos benefícios veiculados pelo acordo, no que se chama em inglês de *treaty entitlement*, compondo parte do escopo pessoal[70] (ou âmbito de aplicação[71]) dos acordos especificamente para estes tipos de rendimento.

Além dos requisitos mínimos (ou gerais) exigidos para o direito de se invocar a aplicação das disposições de um acordo, previstos nos Artigos 1º (Pessoas Visadas) e Artigo 4º (Residente), os artigos específicos que tratam dos dividendos, juros e royalties exigem que, para a redução da tributação no Estado da Fonte (alíquota reduzida ou isenção), o beneficiário efetivo desses rendimentos seja residente no outro Estado Contratante (Estado da Residência).

Na hipótese de o beneficiário efetivo, nestes casos, não for um residente no outro Estado Contratante, o Estado da Fonte poderá tributar os rendimentos decorrentes de dividendos, juros e royalties de acordo com a sua lei interna – sem as limitações previstas no acordo contra a bitributação – majorando, assim, sua arrecadação tributária sobre esses pagamentos.

Uma vez que, nos casos de competência tributária cumulativa entre o Estado da Fonte e o Estado da Residência – como ocorre com os rendimentos dos Artigos 10, 11 e 12 da Convenção Modelo da OCDE –, o Estado da Residência é obrigado a conceder isenção (Artigo 23-A) ou crédito (Artigo 23-B) sobre tais rendimentos, como forma de eliminar a dupla ou bitributação da renda, a questão do beneficiário efetivo poderia parecer sem importância.

---

[70]Cf. SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O escopo pessoal na aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 2009. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 33 e ss.

[71]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 155.

Todavia, por trás da aparente simplicidade do mecanismo da prevenção da bitributação internacional reside uma complexa e divergente discussão sobre a interpretação dos termos dos acordos contra a bitributação, que são pressupostos, por óbvio, para a sua aplicação.

É nesse cenário que ocorre o conflito interpretativo entre o Estado da Fonte e da Residência, quando da aplicação de determinado artigo. Exemplo emblemático dessa discordância hermenêutica ocorre quando o Estado da Fonte, ao interpretar o conceito de beneficiário efetivo, entende que o destinatário da renda originada por uma fonte de produção sujeita à sua soberania fiscal não é residente no outro Estado Contratante e, portanto, a redução da carga fiscal incidente na fonte (prevista naquele acordo com o outro Estado Contratante) não deve ser aplicada, fazendo com que o Estado da Fonte exerça sua capacidade tributária plena, muitas vezes superior àquela prevista no acordo.

Uma vez que, o outro Estado (supostamente o Estado da Residência) pode, ao interpretar os termos do acordo, entender de forma diferente, isto é, concluindo que o destinatário dos rendimentos pagos por uma fonte localizada no Estado da Fonte é, em sua visão, residente em seu território, este Estado (Estado da Residência) pode se negar a conceder a isenção ou crédito, total ou parcialmente, sobre estes rendimentos, por discordar da interpretação dada pelo Estado da Fonte (i.e., tributação a maior na fonte).

A partir desse conflito interpretativo, o contribuinte localizado no outro Estado Contratante (supostamente o Estado da Residência) poderá, não raro, sofrer a bitributação de sua renda, em virtude da tributação pelo Estado da Fonte e, novamente, tributação pelo Estado da Residência.

Precisamente por este motivo, a determinação do conceito de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação implica em compreender o sentido e alcance do poder de tributar do Estado da Fonte, em virtude de um acordo, para essas modalidades de rendimentos passivos. Uma vez que os rendimentos de dividendos, juros e royalties representam, em um cenário mundial pós-globalizado, informatizado e tecnológico, uma considerável parcela dos rendimentos empresariais das grandes corporações transnacionais, a importância dessa delimitação não é puramente acadêmica, mas de relevante aplicabilidade prática.

Assim, sobre a ótica dos contribuintes, é essencial verificar se, e em que limite, eles estarão aptos a usufruir dos benefícios dos acordos contra a bitributação, para, com isso,

vislumbrar qual será o alcance máximo da carga tributária a que estarão submetidos quando optarem por investir seus recursos no exterior[72] ou quando estiverem expostos a situações ou operações internacionais.

Ademais, sobre a perspectiva dos Estados Contratantes a delimitação dos contornos do conceito de beneficiário efetivo também possui importância fundamental. A escolha de um Estado soberano em celebrar um acordo contra a bitributação com outro país reflete um dos muitos aspectos de sua política fiscal, sobretudo em âmbito internacional, especificamente com relação à forma de incentivar os investimentos estrangeiros em seu território e, em geral, estimular as relações comerciais entre estes países. Como já dito, uma vez que a escolha em celebrar, voluntariamente, um acordo dessa natureza representa uma renúncia parcial ou total do Estado à sua soberania fiscal (i.e., ao poder de tributar), é natural assumir que o Estado apenas estará disposto a estender os benefícios dos acordos contra a bitributação para os contribuintes que estiverem compreendidos no seu âmbito subjetivo e, portanto, forem considerados como destinatários dessas convenções fiscais.

Para tanto, a clara definição do termo beneficiário efetivo é, especificamente para os rendimentos qualificados[73] como dividendos, juros e royalties, imprescindível para a interpretação e aplicação minimamente harmônica e consensual destes instrumentos.

2. Definição do tema, limitações e estrutura do trabalho

O presente estudo tem por foco a análise dos critérios relevantes para a definição do conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação, nas suas diferentes correntes e variáveis, bem como abordar os problemas enfrentados na interpretação e aplicação desse conceito em razão do significado que ele carrega no âmbito internacional. Para tanto, nosso exame não será pautado em nenhum acordo contra a bitributação específico, mas sim na Convenção Modelo da OCDE, na sua versão de julho de 2008 (Convenção Modelo ou CM OCDE). Todas as referências à Convenção Modelo, no decorrer deste trabalho, referem-se a esta versão, salvo disposição específica em

[72]Cf. BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1994. p. 6.

[73]A qualificação dos rendimentos nos acordos contra a bitributação é, também, extremamente importante para a sua aplicação, e representa tema de extrema complexidade. Cf SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de partnership joint ventures, cit., p. 21-24.

contrário. A Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas (Convenção Modelo da ONU) e o Modelo de Tratados dos Estados Unidos da América (Modelo EUA) serão abordados quando cabíveis, em caráter especial.

Iniciaremos o nosso trabalho (Capítulo I) por meio da análise do conceito e tratamento jurídico do termo beneficiário efetivo e suas variáveis (tais como *beneficial ownership*, *legal ownership* e *economic ownership*, sempre que aplicáveis ao tema) no direito interno dos países que adotaram originalmente essa expressão, países estes pertencentes ao sistema de *common law*. Para tanto, uma análise dos diferentes atributos inerentes ao direito de propriedade desses países será realizada, bem como o entendimento jurisprudencial na interpretação e aplicação desse termo e suas variantes. Finalmente, a realidade do ordenamento jurídico brasileiro aplicável ao tema também não escapará do nosso estudo, tanto na parte relacionada ao direito de propriedade como àquela específica da legislação tributária que utiliza a referida expressão.

Posteriormente, analisaremos o tema da interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação (Capítulo II). Por meio do processo interpretativo específico desses instrumentos pretendemos verificar suas etapas, formas, importância e consequências para a determinação do significado de beneficiário efetivo, bem como as implicações que decorrem desse processo exegético. Ainda neste capítulo trataremos dos diferentes instrumentos utilizados na interpretação dos tratados internacionais e, em especial, aqueles relacionados à construção de sentidos dos acordos contra a bitributação.

Ademais, no Capítulo III, examinaremos propriamente o conceito de beneficiário nos acordos internacionais contra a bitributação, abordando temas específicos importantes para a sua definição, tais como (i) requisitos para o usufruto dos benefícios dos acordos; (ii) sua origem, evolução e uso na CM OCDE e nos Comentários da OCDE[74]; (iii) formas e critérios pelos quais essa definição pode ser realizada; (iv) sua relação com o *treaty shopping*; e (v) a visão jurisprudencial no direito comparado e brasileiro sobre o tema.

Sempre que cabível e, desde que relevante para o tema, abordaremos a perspectiva do direito brasileiro sobre os assuntos analisados nos capítulos anteriores. Convém ressaltar que, em relação aos acordos brasileiros, não pretendemos apresentar uma análise crítica ou aprofundada de cada acordo específico, tampouco do tratamento do termo

[74]Os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, instrumento que serve para esclarecer e expor as interpretações dos diferentes Estados Membros dessa organização mundial, serão referidos neste trabalho como Comentários da OCDE, Comentários à CM OCDE ou simplesmente Comentários.

beneficiário efetivo no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim examinar a conexão – quando cabível – com os temas aqui tratados. Ademais, apesar do tema se relacionar com a prática e limites dos acordos contra a bitributação na esfera do planejamento tributário internacional (seu uso e abuso), este tema não faz parte do escopo específico do presente estudo, sendo apenas analisado nos limites da sua relação com o conceito de beneficiário efetivo.

Ao final do trabalho apresentaremos uma síntese conclusiva deste estudo.

3. Relevância, aplicação e justificativa do tema

É inegável, há algum tempo, que os acordos internacionais contra a bitributação constituem uma importante forma de incentivar os investimentos internacionais e fomentar o crescimento econômico dos países signatários[75]. Apesar de reconhecemos que os acordos, por si só, não representam um mecanismo de fomento direto ao desenvolvimento dos Estados, não restam dúvidas de que o fenômeno da bitributação é prejudicial ao estímulo e aprimoramento do comércio internacional. Por este motivo, a celebração de acordos internacionais contra a bitributação gera certas garantias e benefícios, além de proporcionar maior segurança jurídica, aos investidores, contribuindo para a expansão das atividades econômicas transnacionais.

Ainda assim, os países em geral e, sobretudo, o Brasil ainda encontram dificuldades em razão do desconhecimento das normas de interpretação e aplicação dos acordos contra a bitributação, gerando considerável confusão nesta área. Desta forma, a escolha do tema ora apresentado tem por justificativa o interesse em aprofundar o conhecimento na área do direito tributário internacional. Com isso, pretende-se contribuir para uma maior e melhor compreensão das regras relacionadas à determinação do beneficiário efetivo dos rendimentos previstos nos acordos internacionais contra a bitributação e, em especial, sua adequada aplicação para as situações acima referidas.

O tema, portanto, apresenta uma grande importância no cenário jurídico-econômico mundial e, ao abranger matérias como a interpretação, aplicação e utilização indevida dos acordos contra a bitributação, se expande para a esfera do planejamento tributário internacional, em sentido amplo, atualmente um assunto de vital importância não só para os contribuintes como também para a administração pública dos países, em esfera global.

---

[75]Cf. ARNOLD, Brian J. et al. op. cit., p. 233.

CAPÍTULO I. BENEFICIÁRIO EFETIVO NO DIREITO INTERNO E OS ATRIBUTOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1. Introdução

Ao adentrar o estudo do conceito de beneficiário efetivo da renda é imperioso analisarmos a definição de propriedade e os direitos a ela inerentes, uma vez que é necessário definir quando e sob que circunstâncias um sujeito passa a deter a renda. Essa análise se inicia pelo exame de *ownership* utilizado na expressão originalmente em inglês *beneficial owner* e traduzida para o português como *beneficiário efetivo*. Originalmente, *ownership* foi um conceito utilizado na Inglaterra, mas também utilizado em outros países de *common law*, dos quais se destacam, principalmente, os Estados Unidos (EUA).

Nesse sentido, nossa análise abrangerá esses países nos quais tal conceito pode ter reflexos importantes para a conceituação de *beneficial owner*, incluindo a tradição brasileira (civilista) sobre o direito de propriedade. Para tanto, analisaremos a origem do significado de *ownership* relacionado ao direito de propriedade na Inglaterra e nos EUA para, posteriormente, analisarmos o significado doméstico do termo *beneficiário efetivo* na legislação doméstica dos países de *common law*, notadamente Inglaterra, EUA, Canadá e Austrália. Finalmente, abordaremos a noção de propriedade e o conceito de beneficiário efetivo no direito brasileiro.

1.2. Direitos inerentes à propriedade na *common law*

1.2.1. 'Ownerhsip' e propriedade na Inglaterra

Inicialmente, convém ressaltar que não existe, na tradição dos países de *civil law*, um correspondente para o conceito de *ownership*. Por essa razão, sua definição é de extrema complexidade e dificuldade, entretanto, possui uma importância história e lógica na criação do termo *beneficial owner* posteriormente utilizado nos acordos internacionais contra a bitributação, razão pela qual, iremos adentrar sua análise, ainda que reconheçamos

o grande empecilho para sua compreensão no sistema jurídico dos países que não adotam a tradição do *common law*.

A doutrina salienta que *ownership* refere-se a coisas no sentido jurídico (*res*), incluindo tanto bens corpóreos como incorpóreos e que as coisas são passíveis de propriedade. A dificuldade, contudo, reside em saber os detalhes do sistema jurídico do país em que se busca analisar se o objeto pode ser classificado como *coisa* e, a partir daí, examinar o conceito e os direitos de propriedade inerentes a essa coisa[76].

O significado de propriedade e sua relação com *ownership* e outros direitos é de suma importância para a conceituação de *beneficial owner* de determinada coisa. Para que algo esteja sujeito a *ownership* é necessário que seja uma coisa passível de propriedade, i.e., que está sujeita e regida pelos direitos de propriedade[77].

O vocábulo *propriedade* deriva do Latim *proprius*, que significa *próprio* ou *de si mesmo*. Uma coisa é, portanto, propriedade se alguém tem o direito de fazer valer direitos sobre ela[78].

De acordo com BELL, *ownership* é um direito de propriedade dos mais básicos, visto que toda propriedade possui um *owner* (proprietário). As duas características principais dos direitos de propriedade são que (i) eles são (oponíveis) contra todos (*against the world*); (ii) eles são passíveis de cessão[79].

A primeira característica se refere à capacidade de serem oponíveis a terceiros. Enquanto os direitos pessoais, tais como os direitos contratuais, são contra pessoas específicas, os direitos de propriedades são oponíveis e vinculam todos.

No que tange à segunda característica, a possibilidade de cessão de um direito é um direito inerente à titularidade da propriedade, pois só quem pode ceder uma coisa é quem tem os direitos exigíveis sobre ela, i.e., seu proprietário.

Todavia, nem todos os direitos de propriedade contêm, necessariamente, ambas as características, sendo possível, inclusive, que não contenham nenhuma dessas delas[80].

---

[76]HONORÉ, Anthony M. *Ownership.* In: GUEST, A.G. *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press. 1961. p. 62.
[77]BELL, Andrew P. *Modern law of personal property in England and Ireland*. London: Butterworths, 1989. p. 13.
[78]PHILLIPS, Jeremy; FIRTH Alison. *Introduction to intellectual property law*. 2nd ed. London: Butterworths, 1990. p. 106-108.
[79]BELL, Andrew P. op. cit., p. 4-6.
[80]Id. Ibid., p. 12.

Para ser qualificado como um direito de propriedade, um direito deve gerar uma relação direta entre seu titular e bens específicos. No precedente *National Provincial Bank v. Ainsworth*[81], o direito de propriedade foi conceituado como aquele direito que pode ser definido e identificável por terceiros, capaz de ser assumido por terceiros em razão de sua natureza e possuir certo grau de permanência ou estabilidade.

Outro importante aspecto no direito inglês se refere à distinção entre *legal rights* e *equitable rights*, sobretudo para fins de definição do conceito de *beneficial owner*. No caso de *legal rights*, a pessoa tem o título e o remédio legal, ao passo que os *equitable rights* ela somente possui o remédio legal, i.e., somente são exequíveis em *equity*, sob a ação específica de *cestui que trust.*

Portanto, o *ownership* é um direito de propriedade, o que significa dizer que o direito de *ownership* é oponível e vincula terceiros, bem como pode ser cedido[82].

Neste sentido, no direito inglês, a relação entre propriedade, *ownership* e direitos seria a seguinte: algo somente pode ser classificado como propriedade se for passível de ser próprio (i.e., *owned*) de alguém, sendo que não somente bens tangíveis, mas também intangíveis são passíveis de serem próprios. Alguns direitos são considerados como propriedade, tais como direitos de marca, patentes e direitos autorais[83].

A definição de *ownership*, segundo GOODE, é uma das mais elusivas no direito inglês, mas pode ser entendida como o *direito legal residual sobre um bem remanescente em uma pessoa ou pessoas, após direitos específicos sobre tal bem terem sido concedidos a outros*[84].

Estima-se que o primeiro uso do termo *owner* ocorreu em 1340, na Inglaterra, ao passo que *ownership* teria sido utilizado inicialmente no ano de 1583 e consistiria em inúmeros poderes, direitos de ação, liberdades e imunidades relacionados a uma coisa *owned* por (de propriedade de) alguém. Esse direito de *ownership* compreende ônus e benefícios e o direito de ação nele pode ser exercido juridicamente por outras pessoas que não o *owner*. O direito do *owner* (proprietário) na coisa, i.e., *ownership*, ultrapassa aqueles

[81]2 AII ER 472, HL, 1965, p. 494.
[82]TOIT, Charl P. du. *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties.* Amsterdam: IBFD, 1999. p. 62.
[83]Id. Ibid., p. 64.
[84]GOODE, Roy. *Commercial law*. 2nd ed. London: Penguin Books, 1996. p. 35.

direitos de outrem[85]. Por essa razão, é dito que o direito de *ownership* é o residual, último ou o mais duradouro dos direitos sobre uma coisa.

Na medida em que apenas coisas podem ser próprias (i.e., *owned*), para ser considerada como propriedade essa coisa tem que ser capaz de estar sujeita aos direitos de propriedade. O direito de *ownership* é um direito de propriedade, pois contém as suas duas características essenciais: vincula (e é oponível a) terceiros e pode ser cedido. Vale lembrar que no direito inglês, apenas direitos podem ser cedidos; obrigações e deveres podem ser delegados, mas não cedidos[86].

Interessante observar que a questão envolvendo a definição do que é *ownership* é raramente posta em prática na Inglaterra, em razão de os métodos pelos quais o direito de *ownership* é adquirido serem restritos e muito bem definidos. Uma vez que os fatos de um caso sejam estabelecidos é quase sempre claro quem é o proprietário de uma coisa, i.e., quem possui o maior direito ou conjunto de direitos que existe em relação à propriedade daquele bem[87].

De acordo com KEENAN, *ownership* decorre de uma relação *de jure*, não havendo necessidade de posse da coisa. O autor também entende que, em regra geral, todos os direitos estão sujeitos a *ownership*, tanto em relação a bens corpóreos (*ownership* sobre um relógio) como incorpóreos (*ownership* sobre o direito de recuperar uma dívida por meio de medida judicial)[88].

Para DIAS, no direito inglês uma pessoa é considerada como proprietária (*owner*) de uma coisa quando ela faz jus a certos direitos que excedem os de outras pessoas sobre a mesma coisa[89].

Em um dos estudos mais profundos sobre *ownership* no direito inglês, HONORÉ – ao definir esse direito como o maior direito possível em uma coisa reconhecido por um sistema jurídico – lista suas características mais comuns, mas que nem sempre estão totalmente presentes:

---

[85]DIAS, R. M. W. *Jurisprudence*. 5th ed. London: Butterworths, 1985. p. 292-298.
[86]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 64.
[87]BELL, Andrew P. op. cit., p. 66.
[88]KEENAN, Dennis. *Smith and Keenan's english law*. London: Pitman, 10th ed., 1992. p. 482. Disponível em: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?docid=TXD/TD200825/NAT/ATO/00001>. Acesso em: 03 jan. 2012.
[89]No original, em inglês, a definição é ainda mais confusa: *Summing up, it may be said that a person is owner at English law when he becomes entitled in specified ways to something designated as such, the scope of which is determined by policy; and his interest, constituted in this way, outlasts the interests of other person in the same thing* (DIAS, R. M. W. op. cit., p. 298).

> (i) direito de possuir: ter controle físico exclusivo de uma coisa ou ter esse direito na medida permitida pela natureza da coisa é o alicerce na qual a estrutura do direito de *ownership* se baseia;
>
> (ii) direito de uso: em uma interpretação restrita, *uso* seria o uso e gozo pessoal da coisa em si, por alguém. Sob essa ótica, excluiria a gestão da coisa e a renda por ela gerada;
>
> (iii) direito de administração: esse é o direito de decidir como e por quem a coisa será utilizada;
>
> (iv) direito à renda gerada: a renda em sentido comum (frutos, aluguéis, proventos) pode ser pensada como um substituto do uso, um benefício derivado da renúncia do uso pessoal e da permissão para que outros usem a coisa para recompensa;
>
> (v) direito ao capital: esse direito consiste no poder de alienar a coisa e a liberdade de consumir, desperdiçar ou destruí-la em todo ou em parte;
>
> (vi) direito à segurança: um aspecto importante da posição em que o *owner* se encontra perante a coisa é que ele deve estar apto a almejar permanecer como proprietário indefinidamente se assim escolher e continuar solvente. Legalmente, é o direito a uma imunidade à expropriação da coisa;
>
> (vii) proibição ao uso prejudicial: a liberdade de um *owner* para usar e administrar a coisa como melhor lhe convier está sujeita à condição de que não faça uso prejudicial da coisa para outros, i.e., não a use de forma a prejudicar outrem;
>
> (viii) responsabilidade na execução: a responsabilidade do *owner* em ter seu direito à coisa retirado por força de dívida, em um incidente de exeqüibilidade, constitui um dos aspectos mais importantes da idéia liberal de *ownership*;
>
> (ix) caráter residual: é uma característica de *ownership* que seu titular tenha um direito residual na coisa objeto de propriedade; e
>
> (x) caráter de transmissibilidade: uma das características principais do direito do *owner* é sua duração. A duração ilimitada exige que o direito possa ser transmitido para os sucessores de seu titular e assim sucessivamente *ad infinitum*[90].

Na conceituação de WALKER, os direitos de *ownership* são identificados de forma semelhante a HONORÉ, ao aduzir que o a pessoa que detém *ownership* possui o mais completo conjunto de direitos que alguém pode juridicamente possuir em relação a coisas daquele tipo, incluindo ao menos os direitos de ocupar, possuir, usar, emprestar, transferir como garantia, alienar, trocar, doar, destruir, entre outros, variando de acordo com a natureza do bem (móvel, imóvel, corpóreo, incorpóreo etc.)[91].

---

[90]HONORÉ, Anthony M. op. cit., p. 113-128.
[91]WALKER, David M. *The Oxford companion to law*. Oxford: Claredon Press, 1980. p. 910.

Na análise feita por TOIT, sobre as características e direitos listados pelos dois doutrinadores anteriormente citados na definição *ownership*, o autor salienta que o benefício de valorização do bem e o risco de sua depreciação (desvalorização) são incluídos como aspectos inerentes ao *ownership*. Todavia, ressalva que estes dois aspectos não têm grande importância na definição de *ownership* no direito inglês por serem dotados de caráter econômico e, na Inglaterra, esse direito é visto como estritamente legal[92].

Esse aspecto estritamente legal da definição inglesa é, inclusive, confirmado pela Austrália, cujo sistema jurídico derivou e ainda remanesce, em grande parte, baseado no sistema jurídico inglês por motivos históricos, no caso *Bellinz Pty v. The Comissioner of Taxation*[93].

Nesse julgado australiano, restou decidido que o locatário de um bem, possuidor de uma opção de compra não exercida, não é o *owner* da propriedade. O argumento se baseou na observação de que o *ultimately ownership* consiste em direitos sobre a propriedade e que, portanto, a análise de seu significado deve ser, em regra, legal ou jurídica, ao invés de comercial ou coloquial, para fins de determinação dos direitos[94].

Ademais, em uma passagem na decisão inglesa *J. Sainsbury* especificamente tratando do termo *beneficial ownership* para fins não tributários, foi dito que não deveria ser admitido que o beneficiário efetivo de ações necessariamente envolvesse a possibilidade de ganho ou o risco de perda de seu valor, uma vez que se esse requerimento (flutuação no preço das ações) substituiria um teste jurídico por outro econômico e confundiria a existência de direitos (conotação jurídica) com a existência de seu valor (conotação econômica). Por essa razão, *beneficial ownership* não seria em nada relacionado com o valor ou com os atributos econômicos de *ownership*[95].

A partir daí, a segregação entre aspectos jurídicos e econômicos inerente a *ownership* passou a ser discutida. É verdade que, muitas vezes, os aspectos econômicos da propriedade se alinham com os jurídicos, mas, em caso de separação entre ambos, a questão envolvendo *ownership* de uma coisa deve ser determinada, na Inglaterra, pela análise jurídica dos direitos, sendo rejeitada a interpretação econômica para sua definição.

---

[92]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 68.
[93]*Bellinz Pty v. The Comissioner of Taxation*, 284 FCA, 31 March 1998.
[94]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 68.
[95]*J Sainsbury plc v. O' Connor (Inspector of Taxes)*, STC 516, Ch D., 1990, p. 531.

Como se verifica, a definição de *ownership* é confusa, ainda pouco clara e de difícil aplicabilidade prática, o que torna complexa sua compreensão para países que não adotam o sistema jurídico da *Common Law*. Todavia, é a partir desta definição que a questão econômica envolvendo benefícios de valorização e riscos de desvalorização de um bem passou a ganhar importância e, mais a frente, serviu como embrião para o termo *beneficial owner* nos países de *common law*.

1.2.2. 'Ownership' e propriedade nos EUA

Uma vez que, tanto o sistema jurídico inglês como o norte-americano, seguem a tradição da *common law*, certa semelhança entre o direito de propriedade nos dois países não é surpresa.

Nos EUA, o termo *propriedade* pode ser utilizado tanto no sentido de *ownership* como no de *coisas*, de forma similar ao direito inglês[96], em relação ao conjunto ou feixe de direitos. Não há, na esfera do direito de propriedade, grandes diferenças entre *ownership* e propriedade no sistema jurídico da EUA e no da Inglaterra.

Todavia, no que se refere especificamente ao âmbito tributário, as diferenças começam a emergir consideravelmente. No sistema tributário dos EUA, baseado no princípio da prevalência da substância sobre a forma, é possível a produção de resultados distintos daqueles no direito civil decorrentes do mesmo ato ou negócio jurídico[97].

Assim, no ordenamento jurídico norte-americano é cabível que um locatário seja considerado como o *owner* (proprietário) de um bem para fins tributários, apesar de seu proprietário para fins de direito civil ser outro[98]. Nesse ponto, o conceito de *owner* para fins fiscais nos EUA pode ser equiparado àquele de *economic ownership* (oposto ao de *legal ownership*), negado na jurisprudência inglesa de tempos atrás, conforme previamente mencionado no item anterior.

Entretanto, na Inglaterra, um locatário ainda que tenha um bem a ele locado por dois mil anos, por exemplo, não poderia ser considerado, juridicamente, como o

---

[96]HAY, Peter. *An introduction to U.S. law*. 2nd ed. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1991. p. 83

[97]McDANIEL, Paul R.; McMAHON JR., Martin J.; SIMMONS, Daniel L.; POLSKY, Gregg. *Federal income taxation cases and materials*. 3rd ed. New York: Foundation Press, 1994. p. 772.

[98]FABER, Peter L. et al. The ownership and disposition of property: new rules for old problems, taxes. *The Tax Magazine*, n. 12, p. 772, 1997.

proprietário[99], da mesma forma que ocorre nos países de tradição de *civil law*, tais como Holanda[100] ou, dependendo do tempo da posse contínua e pacífica, no Brasil[101].

Nas palavras de FABER, os casos que tratam de questões envolvendo *ownership* nos EUA seguem a premissa de que só é possível existir um *owner* para fins tributários (mesmo quando os direitos de propriedade são detidos por diferentes pessoas) e a definição de quem é esse *owner* é feita tratando *ownership* como um conjunto ou feixe de direitos[102].

A doutrina observa que a importância de *ownership* de um bem na seara tributária se manifesta em quatro áreas distintas: a primeira diz respeito à tributação da renda gerada pela propriedade independentemente da posse ou gozo dessa renda. A segunda relaciona-se com o fato de que o *owner* tem direito a reclamar as deduções decorrentes de depreciação. A terceira decorre do fato de que diversos benefícios ou incentivos fiscais estão disponíveis para serem utilizados pelo *owner* da propriedade. E a quarta refere-se à alienação (transferência do *ownership*), que acarreta a realização de ganhos ou perdas[103].

Em razão da tremenda demanda contenciosa envolvendo a determinação de *ownership* para fins tributários, não há posição cediça e consistente na jurisprudência norte-americana sobre o tema havendo, inclusive, algumas decisões arbitrárias[104].

Contudo, um ponto comum nas cortes estadunidenses é o de que a nua propriedade ou a propriedade meramente formal não é a que prevalece, uma vez que a substância prevalece sobre a forma[105], conforme já mencionado.

O caso mais célebre envolvendo a questão da prevalência da substância sobre a forma especificamente tratando de *ownership* para fins tributários nos EUA foi *Frank Lyon Co. v. United States*[106], julgado pela Suprema Corte. Este caso envolveu a tradicional operação de *sale-leaseback*, na qual o Worthen Bank vendeu seu prédio (e terreno) para a sociedade Frank Lyon Co., e logo após arrendou/alugou ambos novamente. O arrendamento/aluguel foi feito pelo prazo de sessenta e cinco anos e o Worthen Bank possuía uma opção de recompra do prédio. A Suprema Corte entendeu que Frank Lyon

---

[99]Cf. HONORÉ, Anthony M. op. cit., p. 110-111.
[100]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 71.
[101]Exceções específicar feita para hipóteses de usucapião e outras formas de aquisição derivada de propriedade, em que o proprietário legal passa a ser o possuidor.
[102]FABER, Peter L. et al. op. cit., p. 768.
[103]CUNNINGHAM, Noel B.; SCHENK, Deborah H. Taxation without realization: a revolutionary approach to ownership. *Tax Law Review*, n. 4, p. 725, 1992.
[104]Id. Ibid., p. 725.
[105]FABER, Peter L. et al. op. cit., p. 770.
[106]*Frank Lyon Co. v. United States* 435 U.S. 561, 1978.

Co., mesmo assim, era o *owner* do prédio, ao contrário do que a Receita Federal norte-americana sustentou, com base na prevalência da substância sobre a forma.

A decisão da Suprem Corte em *Frank Lyon Co*. foi alvo de muitas críticas e, até hoje, ainda é muito comentada por doutrinadores e juízes nos EUA. A decisão na instância inferior tinha sido em sentido oposto. A Corte de Apelações do Oitavo Circuito baseou sua decisão nos seguintes fatos: (i) o Worthen Bank faria jus à dedução em razão de crédito para investimento, para fins fiscais do imposto sobre vendas; (ii) Worthen Bank tinha o direito de adquirir o prédio mesmo se a Frank Lyon Co. cogitasse a venda para terceiros; (iii) qualquer desvalorização do prédio em razão de destruição ou condenação seria atribuída ao Worthen Bank; (iv) o preço da opção de compra foi calculado sobre o saldo em aberto do preço de venda adicionado de juros e não houve repercussão da potencial valorização do prédio no valor da opção; (v) as disposições do contrato de arrendamento/locação davam à Frank Lyon Co. a chance de recuperar todo o seu investimento se o Worthen Bank exercesse sua opção de compra; e (vi) o Worthen Bank reteve o controle final sobre a venda do prédio[107].

A partir dessas constatações fáticas, a Corte de Apelações entendeu que todas as responsabilidades sobre a operação e o *ownership* do prédio permaneceram com o Worthen Bank. A única vantagem econômica da Frank Lyon Co. foram os benefícios tributários específicos da legislação americana (*tax shelters*), aplicáveis àquela situação.

Como não havia, no contrato, qualquer retorno financeiro em virtude do risco de se ter o *ownership* do prédio, na opinião da Corte de Apelações, todos os benefícios, ônus e riscos que a Frank Lyon Co. incorreu em relação ao prédio foram substancialmente ínfimos e irrelevantes para que ela fosse considerada como *owner* para fins fiscais.

Na opinião de FABER, *ownership* de uma propriedade consiste, tradicionalmente, em diversos elementos, dos quais destacam-se valorização do capital, depreciação do capital, fluxo de caixa atual, poder de alienar ou hipotecar a propriedade, e o poder de administrar a propriedade. Contudo, de todos esses feixes do conjunto de direitos, os que se relacionam com a valorização e depreciação do valor da propriedade parecem ser os mais importantes para fins tributários, e são os mais enfatizados pelos tribunais[108].

---

[107]38 AFTR 2d 76-5060, 1976.
[108]FABER, Peter L. et al. op. cit., p. 770.

Após todo o exposto em relação à discussão envolvendo *ownership* para fins fiscais e o conjunto de direitos de propriedade nos EUA, as conclusões de destaque, a partir da doutrina e da jurisprudência relevante, são as seguintes:

> (i) não existem regras claramente estabelecidas na legislação e na jurisprudência (e o valor do precedente nos EUA é considerado menor quando comparado ao sistema jurídico inglês[109]);
>
> (ii) a discussão foca no conceito de *ownership* para fins fiscais, e não para fins de direito de propriedade (direito civil) como na Inglaterra, uma vez que, em razão da prevalência da substância sobre a forma para fins fiscais nos EUA, os critérios de *ownership* do direito civil podem ser desconsiderados para fins fiscais;
>
> (iii) os testes aplicados na decisão *Frank Lyon Co*. não fazem parte do conjunto de direitos inerentes ao direito de *ownerhisp*, uma vez que a Suprema Corte não utilizou esses testes propostos pela instância inferior; e
>
> (iv) ao contrário do que ocorre na Inglaterra, nos EUA é, em princípio, admissível o uso do critério econômico de depreciação e valorização do capital para determinar o conjunto de direitos que compõem *ownership*[110].

1.3. Beneficiário efetivo no direito interno

1.3.1. Considerações iniciais

O estudo do conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação passa, inicialmente, pela análise do conceito de *ownership* dos países de *common law*, onde esse conceito foi inicialmente utilizado. Todavia, o termo *beneficial owner*, traduzido para o português como *beneficiário efetivo*, já era especificamente utilizado na legislação inglesa, e seu significado também pode ser, de certa forma, encontrado em outras leis internas de países da *common law*.

Portanto, ao examinar a definição e o uso do termo beneficiário efetivo na legislação desses países, o objetivo é definir seu significado original e sua relação com a propriedade dos bens a que esse termo se refere. Neste aspecto, essa análise servirá para verificar se o fato de que o termo *beneficiário efetivo* foi retirado do direito interno serve de diretriz para interpretá-lo dentro do escopo dos acordos contra a bitributação, ou se

[109]MEHREN, Arthur Taylor von. Law in the United States: a general and comparative view. 1988. p. 8-9.
[110]FABER, Peter L. et al. op. cit., p. 770.

existem impropriedades que impedem essa transposição do direito interno para o direito tributário internacional, em razão de particularidades. Finalmente, é válido abordar a forma pela qual países sabidamente de *civil law*, dentre os quais o Brasil, trataram do tema em sua legislação doméstica, em comparação com os demais países aqui analisados.

1.3.2. Beneficiário efetivo na Inglaterra

1.3.2.1. Importância do conceito existente no direito inglês

O significado de beneficiário efetivo no direito interno da Inglaterra merece ser analisado por dois motivos principais. Em primeiro lugar, o termo beneficiário efetivo é utilizado em mais de cinqüenta dispositivos da legislação tributária interna inglesa, bem como em diversas decisões de tribunais ingleses, sendo esse país aquele que possui o maior uso e a definição mais avançada para o termo.

Em segundo lugar, o termo beneficiário efetivo foi utilizado em acordos contra a bitributação celebrados pela Inglaterra (Reino Unido) antes de sua primeira incorporação à Convenção Modelo OCDE, em 1977 e, nessa data, o Reino Unido fazia parte do Grupo de Trabalho (*Working Party*) da OCDE que incorporou essa expressão no modelo da OCDE. Assim, é provável que o conceito de beneficiário efetivo desenvolvido pelo Grupo de Trabalho da OCDE tenha sido influenciado, ao menos inicialmente, pelo seu significado no direito interno inglês.

1.3.2.2. Evolução de beneficiário efetivo na jurisprudência geral

Em primeiro lugar, é importante relembrar que, conforme explicado no item 1.2.1., o direito inglês utiliza-se da interpretação jurídica e não da econômica quando da análise dos atributos relacionados à definição da propriedade do beneficiário efetivo.

Historicamente, existem diversos precedentes tributários julgados pelas cortes inglesas que tratam da conceituação de beneficiário efetivo. A maior parte deles envolve a isenção do imposto de selos (*stamp duty*) sobre certas transferências de propriedade entre

companhias, nas quais determinada porcentagem das ações da companhia deveria ter como beneficiário efetivo a outra companhia[111]. O segundo exemplo mais corriqueiro na jurisprudência inglesa refere-se à transferência de prejuízos fiscais para fins de imposto de renda entre empresas do mesmo grupo econômico em circunstâncias similares[112].

Convém, portanto, fazer algumas observações desde já sobre o tema. O direito inglês faz uso do termo beneficiário efetivo em diversas situações que não envolvem, necessariamente, um *trust*, conforme demonstrado nas duas situações acima mencionadas.

Em segundo lugar, o direito inglês não diferencia entre beneficiário efetivo para fins fiscais e para outros fins, por exemplo, direito civil ou comercial, conforme comprovaremos pela exposição dos julgados.

Em terceiro lugar, a grande maioria dos casos trata do beneficiário efetivo de bens tangíveis e corpóreos – o que é de se esperar em razão da origem do direito de propriedade e da definição de coisa para fins de direito, analisada previamente – sendo pouco discutida a questão do beneficiário efetivo no caso de intangíveis (como ocorre no caso de royalties).

Na Inglaterra, alguns casos tangenciaram o tema sem, contudo, terem adentrado de forma satisfatória. No primeiro deles, *Lysaght v. Edwards*[113], de 1876, a questão envolvia a análise de um contrato de compra de imóvel em que o vendedor tinha falecido antes da conclusão do negócio jurídico. Nesse caso, as conclusões relevantes foram a de que, no momento em que alguém tem um contrato de compra e venda válido, o vendedor se torna um *trustee* em *equity* para o comprador do espólio vendido, e o beneficiário efetivo passa a ser o comprador.

---

[111] Artigo 27 (2) do *Finance Act* de 1967 da legislação inglesa, assim redigido no original:
27. Conveyances and transfers on sale: reduction of duty, and amendment of provisions for exemption.
(…)
(2) This section applies to any instrument as respects which it is shown to the satisfaction of the Commissioners that the effect thereof is to convey or transfer a beneficial interest in property from one body corporate to another, and that the bodies in question are associated, that is to say, one is beneficial owner of not less than ninety per cent of the issued share capital of the other, or a third such body is beneficial owner of not less than ninety per cent of the issued share capital of each. (g.n.). FINANCE Act 1967. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/54/section/27>. Acesso em: 07 jan. 2012.

[112] Artigos 402 a413 e 838 do *Income and Corporation Taxes Act* de 1988. Vide, por exemplo, a redação original do Artigo 838 (3):
838. Subsidiaries
(…)
(3) In this section references to ownership shall be construed as references to beneficial ownership.

[113] [1876] 2 Ch D 499.

Em *The English Sewing Cotton Company Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*[114], ações detidas pelo contribuinte em outra companhia foram dadas em penhor como garantia de um empréstimo, transferências em branco das ações foram realizadas e os dividendos foram serviram para cobrir o empréstimo. Na decisão, Lord Greene julgou que o efeito de uma operação com penhor não é o de privar o concessor do penhor de ser o beneficiário efetivo das ações.

No julgamento de *Leigh Spinners Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*[115], a sociedade (apelante) formou uma nova companhia, para a qual transferiu seus bens e depois transferiu as ações da nova companhia para outras pessoas. Todos esses atos aconteceram em poucos dias. O tribunal entendeu que a apelante não era o beneficiário efetivo das ações da nova companhia, pois, a partir do momento em que a nova companhia foi constituída, a apelante estava obrigada a transferir essas ações para outrem.

No mesmo ano e em situação semelhante àquela descrita em *Leigh Spinners*, o julgado *Holmleigh (Holdings) Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*[116] teve como principal diferença o fato de que as novas companhias foram constituídas antes da celebração do contrato de transferência de suas ações. O tribunal entendeu que a sociedade *holding* era o beneficiário efetivo das ações até a data em que o contrato foi celebrado. A partir dessa data, a companhia perdeu sua qualidade de beneficiária efetiva das ações.

No caso *Rodwell Securities Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*[117] a constatação de que a personalidade jurídica deve ser preservada foi de suma importância para a temática. No caso, a sociedade *holding* foi considerada como o beneficiário efetivo das ações de sua subsidiária direta, mas não foi considerada o beneficiário efetivo dos ativos da subsidiária. De acordo com o juiz Pennycuick J., a subsidiária, sim, era o beneficiário efetivo dos ativos. Isso porque, não obstante o fato de que numa cadeia de empresas controladas, a sociedade controladora – apesar de possuir participação e controle indiretos nas demais – não é a proprietária dos bens dessas subsidiárias. Todavia, essa decisão foi bastante técnica, pois se ateve, em sua interpretação interpretação, ao termo

[114][1947] A.T.C. 79, C.A., p. 81.
[115][1956] 46 T.C. 425, Ch D.
[116][1956] 46 T.C. 435, Ch D. Em sentido semelhante, também o caso *Inland Revenue Commissioners v. Ufitec Group Ltd.*, [1977] 3 AII ER 924, QB.
[117][1968] ATC 249, Ch D., p. 253.

utilizado na legislação (*beneficial ownership*) e não ao termo *controlling interest* e se privou de interpretar as expressões *direta ou indiretamente* para o caso[118].

Já em *Brooklands Selangor Holdings Ltd v. Inland Revenue Commissioners*[119], uma sociedade *holding* tinha que transferir ações de sua subsidiária e ao mesmo tempo transferir certos ativos seus para a subsidiária. Em razão de todas as operações compreendidas na operação terem sido desempenhadas ao mesmo tempo como parte de uma única transação, a sociedade *holding* deixou de ser o beneficiário efetivo das ações na subsidiária no momento em que os ativos foram transferidos.

Os fatos descritos em *The Andréa Ursula*[120] e em *I Congresso Del Partido*[121] são bastante semelhantes, e tratam da questão de um navio por afretamento a casco nu, ou em posse de operadores e administradores, poder ser considerado como parcialmente de propriedade efetiva com relação por alguém (apenas em relação às partes do navio, i.e., o casco). Segundo a decisão no primeiro caso, o contrato de afretamento a casco nu faz com que, nos limites do contrato, o armador seja o beneficiário efetivo da embarcação. Porém, ele não é o beneficiário efetivo com relação a todas as partes do navio.

1.3.2.3. Definição de beneficiário efetivo na jurisprudência específica

Um dos primeiros casos de relevância sobre o tema, em que uma análise mais profunda e detida foi feita pelas cortes com relação à definição do significado de beneficiário efetivo no direito inglês é o caso *Ayerst (Inspector of Taxes) v. C&K Construction Ltd*[122]. Este caso específico envolvia um *trust*, assim definido como uma relação fiduciária na qual uma pessoa é a detentora do título da propriedade sujeita a uma obrigação equitativa de manter ou usar a propriedade para o benefício de outrem[123]. Nesse precedente, restou decido que uma companhia em processo de liquidação e, portanto, impossibilitada do gozo dos frutos da propriedade ou de sua disposição para seu próprio benefício, apesar de reter propriedade legal (*legal ownership*), é desprovida dos direitos de beneficiário efetivo com relação aos bens.

---

[118]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 109.
[119][1970] 2 AII ER 76, Ch D.
[120][1971] 2 WLR 681, QB.
[121][1977] 3 WLR 798, QB.
[122]H.L. [1975] S.T.C 345.
[123]BOGERT, George T. *Trusts*. Minnesota: West Publishing, 1987. p. 1.

O juiz Lord Diplock manifestou seu entendimento no sentido de que o conceito de propriedade legal (*legal ownership*) não carrega consigo o direito de gozo dos frutos e o direito de disposição do bem em proveito próprio. Na sua explicação, foi consignado que a propriedade legal dos bens de um *trust* pertence ao *trustee*, mas ele a tem não para proveito próprio, mas para o benefício de outros (beneficiários). Isto porque a propriedade plena do *trust* foi dividida em dois elementos, que ficaram a cargo de duas pessoas distintas: *legal ownership* (propriedade legal) ficou com o *trustee*, e o que se chamou de *beneficial ownership* (propriedade efetiva) ficou com o beneficiário (*cestui que trust*)[124].

Não obstante, esse julgado deixou claro que o termo beneficiário efetivo é um jargão específico, utilizado para descrever os direitos de propriedade nos bens de uma pessoa e, no caso em questão, de uma companhia.

Em um célebre caso anterior, de 1968, *Wood Preservation Ltd v. Prior (Inspector of Taxes)*[125], a situação envolvia a venda das ações de uma companhia para outra, sujeita à condição de que, em um mês a partir da aceitação da oferta de venda pelo comprador, um documento seria produzido por uma terceira companhia mantendo certos direitos para a companhia de que as ações foram vendidas. Posteriormente à venda, o comprador obteria a garantia desejada diretamente da terceira companhia e revogaria a condição imposta no contrato. A questão fundamental era se o comprador se tornou o beneficiário efetivo no período entre a venda das ações e a revogação da condição suspensiva. O vendedor, durante esse mesmo período, não podia alienar as ações, não podia reclamar qualquer bônus ou dividendos e, após a revogação da condição suspensiva, estava obrigado a transferir as ações para o comprador.

Ao comentar esse caso, um dos julgadores (Lord Donovan) entendeu que uma definição exaustiva de beneficiário efetivo seria precipitada. Outro (Harman L.J.) definiu o termo como *uma propriedade que não é apenas a propriedade legal pelo simples fato de estar assim registrada, mas o direito de ao menos lidar com a propriedade, em certa*

---

[124]H.L. [1975] S.T.C 345, p. 349. AUSTRALIAN GOVERNMENT. Disponível em: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?locid='JUD/*1976*1AC167'&PiT=99991231235958>. Acesso em: 04 jan. 2012. No original:
My Lords, the concept of legal ownership of property, which did not carry with it the right of the owner to enjoy the fruits of it or dispose of it for his own benefit, owed its origin to the Court of Chancery. The archetype is the trust. The 'legal ownership' of the trust property is in the trustee, but he holds it not for his own benefit but for the benefit of the cestui que trustent or beneficiaries. On the creation of a trust in the strict sense as it was developed by equity the full ownership in the trust property was split into two constituent elements, which became vested in different persons: the 'legal ownership' in the trustee, and what came to be called the 'beneficial ownership' in the cestui que trust.

[125]Ch. [1968] 2 AII E.R. 849; CA, 1968, 45 T.C. 112, 1969 1 AII E.R. 364.

medida, como se fosse sua[126]. Na decisão, foi consignado que o vendedor teria deixado de ser o beneficiário efetivo na data da venda das ações, e não no momento posterior em que a condição suspensiva foi revogada, pois ele já não possuía quaisquer direitos de dispor das ações ou gozar os seus frutos.

Ao analisar este caso, VAN WEEGHEL ressalta que, em sua fase de julgamento inicial, parece que o direito de exigir cumprimento específico é decisivo na determinação de quem é o beneficiário efetivo. Para ele, se o comprador pode exigir o cumprimento específico do contrato, o vendedor estaria em uma posição semelhante a de um *trustee* das ações em benefício do comprador[127].

No ano de 1991, em *J. Sainsbury plc v. O' Connor (Inspector of Taxes)*[128], a questão envolvia a Sainsbury, empresa que celebrou um contrato de *joint venture* com uma companhia belga (GB), mediante o qual a primeira deteria 70% e a segunda 30% de uma sociedade de propósito específico criada por meio da *joint venture*. Contudo, para que fosse possível fazer jus do incentivo fiscal para o grupo econômico (*group relief*) era necessário que a porcentagem fosse de, ao menos, 75%. Por esse motivo, a Sainsbury deu uma opção de compra (*call option*) de 5% das ações a seu sócio, ao passo que a própria Sainsbury permaneceu com a opção de venda (*put option*) perante seu sócio para o mesmo montante das ações, com o prazo de cinco anos para exercício de ambas as opções. O preço de exercício das opções era igual ao valor total integralizado pelas ações adicionado de juros a 1% sobre o valor de base do empréstimo, e reduzido do valor de quaisquer dividendos eventualmente pagos em razão das ações. Caso qualquer das opções (de compra ou de venda) fosse exercida, um aumento ou uma redução no valor das ações seria suportado pelo sócio belga, mas não pela Sainsbury.

O juiz Nourse L.J., ao analisar a questão, expôs que a expressão beneficiário efetivo significa a propriedade para benefício próprio em contraposição à propriedade na qualidade de *trustee* para um terceiro. Ela existe seja quando não há divisão da propriedade

---

[126][1968], 45 T.C. 112, C.A., p. 132-133. AUSTRALIAN GOVERNMENT. Disponível em: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?locid='JUD/*1969*1AllER364'&PiT=99991231235958>. Acesso em: 03 jan. 2012. No original: *an ownership which is not merely the legal ownership by the mere fact of being on the register but the right at least to some extent to deal with the property as your own*.

[127]WEEGHEL, Stef van. op. cit., p. 66.

[128][1991] S.T.C. 318, C.A., p. 330. AUSTRALIAN GOVERNMENT. Disponível em: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?docid=TXD/TD200825/NAT/ATO/00001>. Acesso em: 03 jan. 2012. No original: *(…)the expression 'beneficial ownership'(…) means ownership for your own benefit as opposed to ownership as trustee for another. It exists either where there is no division of legal and beneficial ownership or where legal ownership is vested in one person and the beneficial ownership or, which is the same thing, the equitable interest in the property in another.*

legal e a efetiva ou quando a propriedade legal é atribuída a uma pessoa e a propriedade efetiva ou, também chamado *equitable interest*, é atribuído a outra.

Na Corte de Apelação, foi decidido que a Sainsbury era o beneficiário efetivo, uma vez que o concedente de uma opção que ainda não foi exercida permanece com mais do que a simples casca da propriedade (*mere legal shell of ownership*) e a sociedade belga não possuía nenhum remédio jurídico para o cumprimento específico (i.e., não havia *equitable ownership*)[129].

Já no exame de *Parway Estate Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*[130], questionou-se se haveria um sentido comum ou popular (*ordinary meaning*) para o termo beneficiário efetivo, diferente de seu sentido jurídico. A situação fática era a seguinte: P concordou em vender suas ações em S, uma companhia subsidiária integral, para um terceiro (TP), sob a condição de que S fosse despido de seus bens (inclusive os sob locações) antes da venda ser efetivada. P entendeu que as transferências dos bens eram isentas do imposto do selo nos termos do art. 42 do *Finance Act* de 1930, sustentando que ele era o beneficiário efetivo de não menos que 90% das ações emitidas de S. Esse entendimento, não obstante, foi rejeitado pelo juiz Jenkins L.J. (e seguido pela Corte de Apelação).

A decisão esclareceu que, apesar de P ser o proprietário legal das ações representativas da porcentagem mínima exigida para o benefício fiscal, o contrato celebrado entre P e TP (precedente à transferência) significava que, no momento da transferência dos bens, o beneficiário efetivo das ações era TP, utilizando o termo *equitable interest* como sinônimo de *beneficial ownership*. Isso porque a propriedade das ações passou para TP no momento em que o contrato foi assinado.

Ademais, no julgamento por parte da Corte de Apelação, observou-se que haveria dificuldade em se atribuir qualquer significado diferente para essa expressão que não o sentido jurídico, e de pouco adiantariam especulações sobre o que uma pessoa comum entenderia ser seu significado popularmente utilizado. Por essa razão, confirmou-se que a

---

[129] A.G.J. Berg critica essa decisão em Sainsbury ao dizer que se pressupôs, erroneamente segundo esse autor, que, até a opção de compra (*call option*) ser exercida, o direito de equity integral (*entire equitable interest*) permanece com a pessoa concedente (BERG, A.G.J. Options and beneficial owner. *The Law Quarterly Review*, n. 1, p. 20, 1992).

[130] [1957] 45 T.C. 135, Ch. D, p. 142. AUSTRALIAN GOVERNMENT Disponível em: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?docid=TXD/TD200825/NAT/ATO/00001>. Acesso em: 03 jan. 2012.

definição de beneficiário efetivo deve ser construída de acordo com seu significado legal, i.e., jurídico[131].

1.3.2.4. Testes aplicados pelos tribunais para determinação do beneficiário efetivo

Na determinação do significado de beneficiário efetivo nos casos apreciados pelas cortes inglesas foram adotados vários testes diferentes para justificar cada escolha. Neste aspecto, é importante analisar como cada teste foi importante para a conclusão de cada tribunal na caracterização do beneficiário efetivo em cada julgado.

Por exemplo, em *Wood Preservation*, um caso que analisou o beneficiário efetivo diante da existência de uma condição suspensiva em um contato de compra e venda, o teste utilizado pela Corte Superior (*High Court*) foi o da possibilidade de cumprimento (ou execução) específico pelo comprador. Uma vez que a condição favorecia apenas o comprador e poderia ser a, qualquer tempo, por ele revogada, entendeu-se que o comprador poderia requerer o cumprimento específico do contrato, se e quando assim desejasse. Portanto, nesse caso, o beneficiário efetivo era o comprador.

Todavia, na Corte de Apelação, a decisão se baseou em outro teste: o teste da natureza e dos limites dos direitos detidos pelo vendedor. Uma vez que o vendedor não podia alienar as ações e não podia declarar qualquer bônus ou dividendos como seus na vigência da condição suspensiva, as ações eram como uma árvore que o seu proprietário não podia vendê-la, podá-la ou colher seus frutos. No mesmo sentido, a declaração do juiz Widgery L.J., para quem a resposta decorria da verificação de se, o vendedor – detentor da propriedade legal – possuía os atributos de propriedade efetiva para os fins do dispositivo legal aplicável[132]. Novamente aqui, a questão da *mera casca legal* fora examinada.

Em *Sainsbury*, a Corte de Apelação inicialmente tentou, por meio do juiz Lloyd L.J., aplicar o teste do cumprimento específico, para verificar se o comprador poderia exercer sua opção de compra. Porém, em razão do poder do precedente *Wood Preservation*, teve que aplicar o teste da natureza e limites dos direitos detidos pela Sainsbury com relação aos 5% das ações. Ao se examinar se a Sainsbury teria direito a receber dividendos, se pagos, entendeu-se que sim, e o fato de que ela não poderia alienar

[131][1958] 45 T.C. 135, C.A., p. 148.
[132][1968], 45 T.C. 112, C.A., p. 133.

as ações por cinco anos não foi considerado relevante, pois essa restrição também se aplicava aos 70% das ações detidas, e não somente para os 5% objeto da opção. Portanto, a decisão considerou que os direitos da Sainsbury em relação às ações não eram de uma *mera casca legal* e, portanto, ela era o beneficiário efetivo dos 5%, fazendo jus ao benefício fiscal da legislação.

A Administração Fiscal tentou a aplicação de um terceiro teste para provar que Sainsbury não seria o beneficiário efetivo: o teste do número mínimo de atributos que compõem os direitos de propriedade necessários. Em vista de que a Sainsbury não detinha todos os direitos de propriedade dos 5% das ações, mas apenas parcela deles, o Fisco levantou a possibilidade de balanceamento dos direitos detidos pela Sainsbury frente àqueles direitos que ela não possuía. No entanto, o juiz Lloyd L.J. ateve-se à força do precedente para decidir o caso, mas, ainda assim, expôs que a aplicação desse terceiro teste seria extremamente difícil, uma vez que não seria possível estabelecer a linha divisória para determinar quais e quantos seriam os direitos necessários para alguém ser considerado o beneficiário efetivo de um bem sob essa perspectiva[133].

A partir da análise desses dois precedentes, conclui-se que o teste utilizado foi o da natureza e limite dos direitos detidos pela pessoa em questão (*nature and extent of the rights*).

Não obstante, outros testes foram considerados pelas cortes inglesas, mas não aceitos como fundamento de suas decisões. Em *Wood Preservation*, a Corte Superior analisou o teste proposto pela Coroa, que consistiria em saber se o vendedor foi privado do direito de dispor as ações para seu próprio benefício e se ele esse direito passou a ser do comprador. O juiz Goff J., entretanto, rejeitou este teste baseado no direito de dispor das ações em seu próprio benefício como determinante do beneficiário efetivo[134].

Em *Sainsbury*, esse mesmo teste foi ventilado, i.e., mas também rejeitado por Millet J. Em sua fundamentação, o referido juiz disse que, em sua opinião, seria necessário distinguir entre a inabilidade de dispor das ações e a inabilidade de dispô-las para seu próprio benefício (que é o teste propriamente dito).

Ademais, também entendeu que o beneficiário efetivo não se relaciona com controle, tampouco com expectativa de ganho ou perda, rejeitando a interpretação do

[133]No original: *How…could one ever draw the line?* ([1991] S.T.C. 318, C.A., p. 329).
[134][1968] S.T.C. 45 112 C.A., p. 132.

benefício econômico para a determinação do beneficiário efetivo. Por fim, ainda consignou que a questão do benefício econômico, no caso, sequer seria possível de ser examinada porque só emergiria se a opção fosse, de fato, exercida, o que não ocorreu. Assim, rejeitou o teste do proveito econômico potencial como argumento, além do teste de controle[135].

1.3.2.5. Possibilidade de inexistência de beneficiário efetivo: a questão da suspensão

Uma questão extremamente interessante se refere à dúvida quanto a possibilidade de o beneficiário efetivo estar suspenso em determinadas situações, isto é, hipótese em que nenhuma parte é considerada como o beneficiário efetivo de um bem.

As cortes identificaram algumas situações nas quais o beneficiário efetivo está suspenso, ou seja, deixa momentaneamente de existir: no caso de propriedade detida por um *trustee* no processo de falência; a propriedade de uma companhia em processo de liquidação; o espólio de um *de cujus* durante sua administração; e bens sob custódia em certas condições específicas[136].

Entretanto, sendo inegável o caráter especial e temporário das situações acima descritas, a dúvida permanece quanto à possibilidade de inexistir beneficiário efetivo em situações outras que não essas dotadas dessas peculiares características definidoras, i.e., em situações comerciais usuais.

No caso *The English Sewing Cotton Company Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*[137], o juiz Lord Greene não entendeu ser possível a suspensão do beneficiário efetivo, na medida em que, se alguém perdeu a propriedade efetiva (*beneficial interest*), alguém necessariamente a obteve.

Essa opinião também foi adotada por Lloyd L.J. e Nourse L.J. no caso *Sainsbury*, apontando que é difícil aceitar que a propriedade efetiva (*equitable ownership*) se separou dos demais direitos de propriedade detidos por uma pessoa, mas não foi transferida para ninguém[138].

[135][1990] S.T.C. 516, Ch D, p. 531-533.
[136]*Sainsbury*, [1991] S.T.C. 318, C.A., p. 325.
[137][1947] A.T.C. 79, C.A., p. 81.
[138][1991] S.T.C. 318, C.A., p. 325.

Finalmente, também em *Wood Preservation* foi essa a opinião de Widgery L.J. Contudo, houve opinião dissidente nesse julgado, por parte de Lord Donovon, ao defender que, o fato de um vendedor deixar de ser o beneficiário efetivo não necessariamente implica que o comprador automaticamente se tornou o beneficiário efetivo enquanto a condição suspensiva permanecer eficaz. Ele entendeu que seria possível a propriedade ficar sem o beneficiário efetivo temporariamente[139].

Essa questão da suspensão do beneficiário efetivo não foi resolvida, e não existe posição unânime consignada na jurisprudência tampouco doutrina que aborde especificamente o tema, sendo ainda motivo de dúvidas inclusive no direito inglês[140].

1.3.2.6. *Beneficial ownership* vs. *equitable ownership*

No direito inglês, como visto, as decisões judiciais equiparam e até tomam como sinônimos os termos *equitable ownership* e *beneficial ownership* ao analisar os direitos inerentes à propriedade. Por essa razão, é importante analisar a relação entre esses termos e as diferenças em seus significados próprios.

Isto porque a definição de *equitable ownership* na Inglaterra é bastante específica, ao passo que *beneficial ownership* não partilha desse atributo. Se essas expressões forem mesmo sinônimas, a definição de beneficiário efetivo tornar-se-á mais restrita, ao menos para o direito interno inglês.

Segundo DAVID et al. *equity* consiste em uma série de remédios que evoluíram, principalmente, a partir dos séculos XV e XVI aplicados pela *court of the chancellor* com o objetivo de completar e, ocasionalmente, corrigir a *common law*, mas que, hoje, integra o direito britânico[141].

Para o autor, ao se examinar o sistema de *common law* e as regras de *equity*, seria mais apropriado se falar em dois ramos do direito inglês[142]. Enquanto a *common law* adota a posição de que a propriedade (*ownership*) é indivisível, *equity* permite sua divisão entre

---

[139]1968] S.T.C. 45 112 C.A., p. 132.
[140]ROWLAND, Amanda. Beneficial ownership in a corporate context: what is it? When is it lost? Where does it go? *British Tax Review*, n. 3, p. 186, 1997.
[141]DAVID, René; BRIERLEY, John E.C. *Major legal systems in the world today*. 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1985. p. 328.
[142]Id. Ibid., p. 346.

legal title (propriedade legal) em uma pessoa e *beneficial owner* (ou *equitable ownership*) em outra[143].

Desta forma, não seria correto, propriamente, se referir a beneficiário efetivo como um conceito ou termo pertencente à *common law*, mas sim, ao *equity*. Terminologicamente é correto, todavia, dizer que o termo e o conceito de beneficiário efetivo são utilizados no direito interno dos países de tradição de *common law*[144].

Por esse motivo, o termo *equitable owner* deve ser utilizado em contraste técnico com o termo *legal owner*. O exemplo clássico de *equitable ownership* é o caso de um comprador diante de um contrato especificamente exeqüível (i.e., de cumprimento específico), conforme decidido em *Sainsbury*[145].

As decisões em *Wood Preservation* e *Brooklands Selangor Holdings* criaram certa incerteza quanto ao caráter equivalente ou não das duas expressões, no que se refere aos seus significados. Na decisão em Sainsbury, que analisa extensamente esses dois casos, além de outros mais, foi consignado o entendimento de que *beneficial ownership* e *equitable ownership* seriam a mesma coisa[146].

Considera-se, no entanto, que o vocábulo *equity* não possui apenas um significado, mas quatro distintos, sendo: (i) *equitable interest in property*, i.e., um dos atributos ou feixes do direito de propriedade assegurado e exequível por *equity* e não por *common law*; (ii) um direito acessório procedimental relativo a certo direito de propriedade; (iii) direito de um beneficiário decorrente de testamento sobre uma propriedade do *de cujus* que ele almeja receber; (iv) direito de obter uma medida liminar (*injunction*) ou outro remédio de equidade[147].

Contudo, em razão da confusão terminológica criada pelas cortes inglesas, bem como por questões de própria dificuldade conceitual, essa questão continua extremamente complicada e diversas autoridades[148], além da doutrina[149], equiparam *beneficial ownership* à *equitable ownership,* apesar das incertezas e problemas inerentes a essa equiparação.

---

[143]BELL, Andrew P. op. cit., p. 67 e 155-156; GOODE, Roy. op. cit., p. 42-44.
[144]KOTZ, K.; ZWEIGERT; H. *An introduction to comparative law*. 2nd ed. Oxford: Claredon Press, 1992. p. 95.
[145]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 113.
[146]*Sainsbury*, p. 325 e 330.
[147]BAKER, P. V.; LANGAN, P. St. *Snell's principles of equity.* 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1982. p. 23.
[148]BELL, Andrew P. op. cit., p. 235.
[149]SPEED, Robin. Beneficial ownership. *Australian Tax Review*, nr. 3, p. 46-46, 1997; ROWLAND, Amanda. op. cit., p. 207.

Na definição de MEGARRY, a distinção entre *legal rights* e *equitable rights* seria a de que os primeiros são oponíveis a todos, ao passo que os segundos são oponíveis a todos, exceto compradores de boa-fé sem ciência prévia (não notificados)[150].

BAKER entende que os *equitable rights*, apesar de poderem ser classificados como direitos *in rem*, devem ser entendidos como híbridos, por serem claramente mais do que direitos *in personam*, mas não são exatamente iguais aos direitos *in rem*[151].

Em suma, resta claro que o direito inglês distingue os direitos de propriedade entre *legal right* e *equitable* (ou *beneficial*) *right*[152].

Conforme demonstrado, a utilização de beneficiário efetivo no direito interno da Inglaterra ultrapassa questões exclusivamente relacionadas com *trusts*. Entretanto, a análise do beneficiário efetivo nas situações envolvendo *trusts* mostra-se relevante para a compreensão de sua definição para fins de direito doméstico.

Uma das questões fundamentais em se tratando de *trusts* é a de que o beneficiário de um trust não é, necessariamente, o beneficiário efetivo dos rendimentos auferidos pelo *trust*. Ainda que o beneficiário possua o futuro direito à renda, ele não pode ser considerado beneficiário efetivo até que o *trustee* tenha exercido seus poderes, de acordo com os limites concedidos pelo *settlor*, e decidido sobre a alocação da renda (e em qual momento)[153].

Ou seja, até que a renda seja alocada em favor do beneficiário, inexistem direitos à renda auferida pelo *trust*. O beneficiário não possui direito exeqüível e não pode tratar a renda como sua, mas sim, como sendo do *trust*[154].

Ora, se o beneficiário não é o proprietário da renda até que o *trustee* exerça seus poderes e realize a alocação da mesma, resta a dúvida sobre quem seria o beneficiário efetivo dessa renda. BAKER é categórico em afirmar que não é o *trustee*[155]. TOIT cogita ser o grupo de beneficiários, ao invés de cada um deles individualmente, o beneficiário efetivo de tais rendimentos[156]. Esse entendimento de TOIT nos parece completamente descabido, uma vez que se os beneficiários não possuem o direito de propriedade,

---

[150]MEGARRY, Robert; WADE, H.W.R. *The law of real property*. 4th ed. London: Steven & Sons, 1975. p. 113.
[151]BAKER, P. V.; LANGAN, P. St. op. cit., p. 23-24.
[152]BELL, Andrew P. op. cit., p. 6.
[153]JONES, John F. Avery. The treatment of trusts under the OECD Model Convention. *European Taxation*, Amsterdam, n. 12, p. 392-394, 1989.
[154]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 116.
[155]BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*, cit., p. 230.
[156]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 116-117.

individualmente considerados, não pode a junção de vários sujeitos não titulares de um direito criar esse mesmo direito, antes inexistente.

Uma terceira alternativa seria sustentar que o beneficiário efetivo dessa renda estaria suspenso – conforme anteriormente analisado no item 1.3.2.5 – até que o *trustee* realize a alocação, i.e., destine a renda em favor do beneficiário.

Seja qual for a posição adotada sobre essa questão, o importante é esclarecer que, apesar de o *trustee* ter direitos e exercer o controle sobre como a renda será alocada, investida e quando será resgatada (esclarecendo que os poderes e a discricionariedade do *trustee* variam de acordo com os poderes a ele concedidos pelo *settlor* no ato constitutivo do *trust*), o poder de controle não é exercido em benefício ou proveito próprio, mas em sim favor ou benefício de terceiros. Portanto, o *trustee* não poderia ser considerado como o beneficiário efetivo, nessas situações[157].

1.3.3. Beneficiário efetivo nos EUA

1.3.3.1. Análise geral

Assim como ocorre no direito inglês, o termo beneficiário efetivo não é estranho ao direito norte-americano. Pelo contrário, existe referência em um caso da Suprema Corte de 1888 em que a expressão *equitable or beneficial owner of the land* foi utilizada, talvez, pela primeira vez[158].

Além desse julgado do século XIX, existem diversos casos nos tribunais dos EUA em que o beneficiário efetivo é empregado. Também na legislação é possível encontrar expressão, sobretudo na legislação bancária[159] e comercial[160]. Em âmbito fiscal, o termo é

[157]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 117.
[158]*U.S. v. San Jacinto Tin Co*., 125 U.S. 273 (1888).
[159]Há, inclusive, um formulário específico conhecido como "US W-8BEN" que deve ser preenchido por não-residentes que possuem contas bancárias ou qualquer relacionamento que implique em recebimento de valores por bancos norte-americanos. Nesse formulário, há menção do termo beneficiário efetivo e exige-se que o beneficiário indique o país em que é residente para fins de aplicação das disposições de um acordo contra a bitributação celebrado entre EUA.
[160]Por exemplo, a Rule 13d-3 (*Determination of Beneficial Ownership*) do "Securities Exchange Act of 1934":

referido no código do imposto de renda (*Internal Revenue Code - IRC*)[161] e nas regulamentações do Tesouro norte-americano[162].

Na legislação, a expressão é utilizada para determinar quando uma transferência de propriedade se perfez[163]. Nesse caso, se a nua propriedade (*bare legal title*) permanecer com o vendedor, a venda será considerada como ocorrida no momento e no local de transferência do *beneficial ownership* e do risco da perda para comprador[164].

É possível também encontrar o termo relacionado ao acionista de uma companhia no que se refere à tributação dos dividendos. Nesse sentido, a jurisprudência já consignou que o registro de titularidade de uma ação, por si só, não é determinante para saber quem deve incluir a renda decorrente de dividendos de uma ação em sua declaração de imposto de renda, sendo a questão resolvida pela verificação do beneficiário efetivo da renda[165].

Entretanto, as discussões nos julgados relacionados ao termo beneficiário efetivo nos EUA são menores e menos desenvolvidas se comparadas à profundidade e detalhamento daqueles existentes no direito inglês. Assim, no direito norte-americano, apesar de existirem casos tributários nos tribunais envolvendo essa expressão, não há grandes análises ou explicações sobre o seu significado ou tentativas de defini-lo.

For the purposes of sections 13(d) and 13(g) of the Act a beneficial owner of a security includes any person who, directly or indirectly, through any contract, arrangement, understanding, relationship, or otherwise has or shares:
(1) Voting power which includes the power to vote, or to direct the voting of, such security; and/or,
(2) Investment power which includes the power to dispose, or to direct the disposition of, such security. (g.n.).

[161]IRC, Sections 871 (tratando de imposto de renda sobre indivíduos) e 881 (imposto de renda sobre sociedades), para se referir ao beneficiário efetivo da obrigação tributária como um não-residente nos EUA. Vide, por exemplo, a redação original da Section 871 (H) (2)(B):
(B) Certain registered obligations
Interest which is paid on an obligation -
(i) which is in registered form, and
(ii) with respect to which the United States person who would otherwise be required to deduct and withhold tax from such interest under section 1441(a) receives a statement (which meets the requirements of paragraph (5)) that the beneficial owner of the obligation is not a United States person. (g.n.).

[162]Treasury Regulations, Section 1.861-7(c) (Sale of Personal Property):
(c) Country in which sold. For the purposes of part I (section 861 and following), subchapter N, chapter 1 of the Code, and the regulations thereunder, a sale of personal property is consummated at the time when, and the place where, the rights, title, and interest of the seller in the property are transferred to the buyer. Where bare legal title is retained by the seller, the sale shall be deemed to have occurred at the time and place of passage to the buyer of beneficial ownership and the risk of loss. However, in any case in which the sales transaction is arranged in a particular manner for the primary purpose of tax avoidance, the foregoing rules will not be applied. In such cases, all factors of the transaction, such as negotiations, the execution of the agreement, the location of the property, and the place of payment, will be considered, and the sale will be treated as having been consummated at the place where the substance of the sale occurred. (g.n.).

[163]Treasury Regulations, Section 1.83-3(a).

[164]Treasury Regulations, Section 1.861-7(c).

[165]*Ragghianti, Arno, et ux., et al. v. Commissioner*, 71 T.C. 346 (1978), p. 350.

O traço comum é que, os casos tributários, são marcados pela forte influência do princípio da prevalência da substância na determinação do beneficiário efetivo.

Ademais, é imperioso ressaltar que há menção específica nas *Treasury Regulations*[166] versando sobre a definição de beneficiário efetivo, sobretudo, para fins de aplicação das *Anti-Conduit Rules*, que visam combater a utilização, no plano internacional, de estruturas abusivas e fraudulentas de financiamento que fazem uso de sociedades intermediárias[167].

1.3.3.2. Testes do controle e do proveito econômico na determinação do beneficiário efetivo

Em um dos mais célebres e antigos casos julgados pela Suprema Corte no Século XX, *Montana Catholic Missions v. Missoula County*[168] envolvia uma instituição pública de caridade que estabeleceu uma missão entre uma tribo indígena para educar, ensinar e cuidar dos índios da região. Os missionários adquiriram gado exclusivamente para transportar os mantimentos, mas, parte do gado escapou e passou a se alimentar na reserva indígena. Diante dessa situação, o condado de Missoula exigiu tributos municipais sobre a propriedade do gado. A instituição de caridade argumentou que toda a propriedade útil (*beneficial ownership*) do gado se encontrava em terras indígenas que, por força de lei, eram isentas do tributo municipal.

No julgamento, Mr. Justice Peckman definiu a expressão *beneficial ownership or interest* como o direito do gozo da propriedade existente quando o título legal está com uma pessoa e o direito de tal *beneficial use or interest* está com outra. Parece que o termo em português que mais se aproximaria da tradução de *beneficial use or interest* seria algo semelhante ao termo *domínio útil*, apesar de não ser tecnicamente a expressão idêntica no

---

[166]A U.S. Treasury Regulations, Section 1.1441-1(c)(6) está redigida da seguinte forma, no original:

The term beneficial owner means the person who is the owner of the income for tax purposes and who beneficially owns that income. A person shall be treated as the owner of the income to the extent that it is required under U.S. tax principles to include the amount paid in gross income … Beneficial ownership of income is determined under the provisions of section 7701(l) and the regulations under that section and any other applicable general U.S. tax principles, including principles governing the determination of whether a transaction is a conduit transaction. Thus, a person receiving income in a capacity as a nominee, agent, or custodian for another person is not the beneficial owner of the income.

[167]Para uma detida análise das *Anti-Conduit Rules* no direito tributário internacional norte-americano, sugerimos: BITTKER, Boris I.; LOKKEN, Lawrence. *Fundamentals of international taxation – U.S. taxation of foreign income and foreign taxpayers*. Warren: Gorham & Lamont RIA, 2001. p. 67 e ss.

[168]200 U.S. 118 (1906).

direito brasileiro. O mesmo juiz consignou, ainda, que uma pessoa tem o *beneficial ownership* de uma terra quando ela faz tudo para obter a escritura reconhecida pelo governo e que, ao possuir o título legal, resta apenas ter a emissão da propriedade feita pelo oficial. Nessa situação, a terra é tributável e o contribuinte é o proprietário da terra ainda que sem a emissão do título legal competente, pois ele é o beneficiário efetivo[169].

O desfecho desse caso se deu com o entendimento de que os indígenas não possuíam qualquer título legal ou *equitable* sobre a propriedade, tampouco possuíam o direito ao *beneficial use* da mesma. A instituição de caridade foi considerada como a proprietária absoluta e incondicional, uma vez que tinha poderes inclusive de abandonar ou utilizar o gado da forma que escolhesse, e os índios não tinham qualquer direito de reclamação.

Restou entendido que, em *Montana Catholic Missions*, o teste utilizado para determinar o beneficiário efetivo foi o teste de controle da propriedade[170].

Já em *Anderson v. Commissioner*[171], houve a inclusão de outro teste cumulativo e aparentemente igual importância ao de controle: o teste do proveito econômico. Nesse caso, o contribuinte transferiu algumas de suas ações para os membros de sua família. Após as transferências, o contribuinte continuou administrando os assuntos da companhia de forma idêntica da que ocorria antes da transferência. Os dividendos das ações transferidas foram emprestados para o contribuinte pelos novos titulares das ações e utilizados para cobrir despesas próprias e do negócio, mas não para sustentar a família. Alguns anos depois, o contribuinte adquiriu novamente as ações de seus filhos. Notas promissórias foram emitidas para documentar o empréstimo dos dividendos, os juros não pagos e o direito de recompra das ações, frequentemente alteradas pelo contribuinte – que controlava todos os atos jurídicos realizados pelos seus filhos, menores de idade. Os dividendos recebidos durante o período em que as ações pertenciam aos filhos foram declarados como renda da esposa e dos filhos, mas o Fisco Federal os autuou como renda pertencente ao contribuinte.

O tribunal fiscal concluiu que as supostas doações de ações não foram *bona fide*, e que o contribuinte não tinha a intenção de perder o domínio e o controle sobre as ações transferidas (e posteriormente adquiridas). Na justificação da decisão, atestou que a

[169]200 U.S. 118 (1906), p. 127-128.
[170]Cf. reiterou o voto do juiz Scott J., anos depois, em outro caso: *Engineered Timber Sales Inc. v. Commissioner* (74 T.C. 808 [1980], p. 836).
[171]164 F.2d 870 (7th Cir. 1947).

tributação é um procedimento menos preocupado com formalidades legais e mais preocupado com realidades econômicas e que, consequências fiscais derivam da substância e não da forma da operação. Ademais, concluiu por dizer que o controle sobre a propriedade ou sobre o gozo de seus proveitos econômicos aponta o verdadeiro proprietário para fins do imposto de renda; a mera passagem do título da propriedade, sozinha, não é suficiente para evitar o tributo, mas somente se fosse acompanhada por uma transferência completa dos benefícios econômicos da propriedade, direta e indireta.

É de suma importância, nesse julgado, compreender a definição de controle e de proveito econômico. Se *controle* for entendido como o poder que um outorgante tem sobre um mandatário ou agente, referindo-se a direitos diretos, é o mesmo conceito de controle utilizado no direito inglês. Por outro lado, se o significado de *controle* comportar situações em que inexiste título legal como suporte jurídico, a posição difere da inglesa.

Com relação ao proveito econômico, o contribuinte usufruiu dos dividendos antes e depois da transferência, mas o empréstimo foi realizado com juros e os filhos também obtiveram benefícios indiretos com a renda derivada dos dividendos, enquanto dependentes do contribuinte.

Infelizmente, a resposta para essas perguntas envolvendo a definição de controle e proveito econômico não ficou nada clara em *Anderson v. Commissioner.*

Em *Anthony Yelencsics and Norma Yelencsics, et al. v. Commissioner*, a corte adotou, novamente, o teste dos proveitos econômicos ao concluir que o beneficiário é determinado pelo controle sobre a propriedade ou gozo de seus benefícios econômicos[172]. Houve, inclusive, citação do precedente *Anderson* na fundamentação.

A questão em *Yelencsics* consistia em um sócio de uma companhia concessionária da General Motors (GM) que vendeu todas as suas ações. Como as partes não queriam que a GM soubesse da mudança de titularidade da companhia e também para garantir um empréstimo para o comprador, as ações não foram transferidas para ele (comprador). Ao aplicar o teste do controle e do benefício econômico, o tribunal entendeu que o comprador era o beneficiário efetivo das ações[173], visto que ele possuía controle completo sobre o negócio, fazia jus a todos os lucros do negócio e assumiu o risco de perda do mesmo. Mais

[172]74 T.C. 1513 (1980), p. 1528.
[173]No mesmo sentido: *Pacific Coast Music Jobbers, Inc. v. Commissioner*, 55, T.C. 866 (1971).

uma vez, a conclusão aduziu que *na determinação do beneficiário efetivo das ações, a substância de uma operação de venda, e não sua mera forma, irá prevalecer*[174].

Outro julgado, *Cepeda, Eduardo, et. Ux. V. Commissioner*[175], envolveu o pedido voluntário de falência, por parte do contribuinte, de sua companhia, fazendo com que a massa falida se tornasse o beneficiário efetivo das ações detidas pelo contribuinte. Entretanto, durante o processo de falência, o contribuinte fez com que a companhia lhe adiantasse montantes em dinheiro. O Fisco alegou que esses adiantamentos eram dividendos, e o contribuinte contra-argumentou que, em virtude do processo de falência em que a companhia se encontrava, ele não era o beneficiário efetivo das ações, mas a massa falida.

O tribunal fiscal separou a análise do caso em duas questões distintas: beneficiário efetivo e prevalência da substância sobre a forma. Em relação ao primeiro tópico, aplicou o teste do controle ou proveito econômico, entendendo que o contribuinte possuía o controle porque conseguiu obter o adiantamento financeiro por parte da companhia, e porque obteve proveito econômico com tais montantes.

No que tange à segunda parte da análise, Parr J. explicou que ao aplicar a doutrina da prevalência da substância sobre a forma, o tribunal enxergou a realidade econômica objetiva da operação, consignando que a análise de controle para a determinação do proveito econômico é similar aquela presente para a determinação da prevalência da substancia sobre a forma de um negócio jurídico.

Assim, em *Cepeda*, apesar de a corte fiscal de primeira instância ter distinguido a questão da prevalência sobre a forma daquela necessária para determinar o beneficiário efetivo da renda, acabou por equipará-las em relação aos testes exigidos para suas constatações[176].

---

[174]74 T.C. 1513 (1980), p. 1528.
[175]T.C. Memo. 1994-62, no *Tax Court*, posteriormente reformada na Corte de Apelações (75 AFRT 2d Par. 95-867, 5th Cir. 1995).
[176]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 122.

1.3.3.3. Testes do *ônus e bônus* e do *risco de perda* na determinação do beneficiário efetivo

Apesar dos testes anteriormente descritos terem sido repetidamente utilizados na jurisprudência norte-americana, é importante ressaltar que outros testes também foram aplicados.

Em 1963, na decisão *Ted F. Merril and Elizabeth H. Merril v. Commissioner*[177], utilizou-se o argumento de que era importante determinar a data em que os ônus e bônus (*benefits and burdens*) foram adquiridos e transferidos na operação. Na fixação da data de transferência da propriedade, o tribunal examinou o momento em que o comprador assumiu quase todos os seus atributos, tanto benefícios (bônus) como riscos (ônus), da propriedade plena e o momento posterior.

Não obstante o fato de que o termo beneficiário efetivo não foi utilizado nesse precedente, julgados posteriores utilizaram-se do teste do ônus e bônus como fundamento de suas decisões no julgamento de casos envolvendo esse termo. Dentre eles, *H. Calvin Walter et al. v. Commissioner*[178] e *Pacific Coast Music Jobbers Inc. v. Commissioner*[179].

Conforme se extrai do teste do ônus e bônus, ele é um teste essencialmente igual ao teste do controle e ao teste do proveito econômico, com nuances um pouco distintas na abordagem dos fatores relevantes dos casos. Essa equivalência material foi até mesmo expressada em *Cordes, Edmund J., et ux. v. Commissioner*[180], na passagem que equipara *a retenção ou disposição dos ônus e bônus dos atributos da propriedade* aos *benefícios efetivos ou controle associados com a propriedade das ações*[181].

Outro teste apontado nos EUA para a determinação do beneficiário efetivo da renda é o teste risco de perda do bem. Apesar de o risco de perda ser considerado, na jurisprudência, como um elemento intrínseco à verificação do beneficiário efetivo – conforme verificado pelos precedentes até aqui analisados – a regulamentação não é tão clara nesse sentido. A *Treasury Regulation* 1.861-7(c) utiliza a expressão *risco de perda*

---

[177] 40 T.C. 66 (1963), p. 74.
[178] 85 TNT 17-7 (6th Cir. 1985).
[179] 55, T.C. 866 (1971).
[180] T.C. Memo, 1994-377.
[181] No original: *but whether there was a retention or disposition of the benefits and burdens of the incidents of ownership (...) the actual benefits or control associated with stock ownership have remained with the original owner or transferor* (T.C. Memo, 1994-377).

adicionalmente à expressão *beneficiário efetivo* para determinar a propriedade na venda de propriedade pessoal, sugerindo que sejam elementos distintos entre si. Já a *Treasury Regulation* 1.83-3(a) diz que a transferência não se perfaz se o adquirente não incorre em risco no valor da propriedade como o de um beneficiário efetivo, o que parece indicar que o risco de perda é um elemento intrínseco ao beneficiário efetivo.

1.3.3.4. Balanceamento dos atributos da propriedade na determinação do beneficiário efetivo

Do exame circunstanciado até agora exposto é possível concluir que, no direito norte-americano, não existe um único e simples teste ou uma regra objetiva para se determinar o beneficiário efetivo, na esfera tributária. Assim, como no direito inglês, a questão envolve detida análise fática e a jurisprudência não é uníssona.

Pode-se constatar, todavia, que nos EUA a segregação dos atributos do direito de propriedade também é possível, e o beneficiário efetivo é aquele que possui o maior número de atributos suficientes, seja por questão de controle, proveito econômico, ônus e bônus ou assumindo risco de perda em relação ao bem.

No caso *Rupe Investment Corporation v. Commissioner*[182], de 1959, a determinação do beneficiário efetivo foi feita por meio de um balanceamento dos atributos existentes no direito de propriedade. A questão envolvia um contribuinte, que trabalha no mercado financeiro, que adquiria bloco de ações para revendê-las para um terceiro, de acordo com um contrato assinado entre eles. Na constatação de quem seria o beneficiário efetivo das ações, o tribunal destacou que o título legal e o *beneficial ownership* são usualmente segregados, e que o mero registro legal não origina, por si só, o *beneficial ownership* do bem. Nesse caso, o título legal e o risco assumido pelo contribuinte deveriam ser sopesados em função do indício de propriedade útil.

Ao ponderar sobre diversos fatos e circunstâncias do caso, entre os quais: (i) quem forneceu os recursos para a compra das ações, (ii) se havia pagamento de juros, existência e pagamento de comissão do *broker*, (iii) quem determina as condições de compra, (iv) quem tomou o risco de perda, e (v) quem obtinha proveito com o aumento do valor das

[182] 3 AFTR 2d 1276 (5th Cir. 1959).

ações e quem tinha o direito de vendê-las; o tribunal concluiu que o contribuinte não era o beneficiário efetivo, mas sim, um *broker*, um intermediário, um condutor entre os prévios proprietários da ação e o novo (adquirente), seu cliente.

Portanto, de acordo com esse entendimento, o beneficiário efetivo seria aquela pessoa que tivesse a maior parte ou o maior peso dos atributos do direito de propriedade, que deve ser verificado a partir de uma análise casuística, não existindo uma fórmula pré-determinada.

1.3.4. Beneficiário efetivo no Canadá

No direito interno canadense, o termo beneficiário efetivo aparece em diversas passagens do *Income Tax Act* de 1985 e em suas respectivas regulamentações[183]. Ademais, também na jurisprudência a expressão é amplamente utilizada. Contudo, a legislação tampouco a jurisprudência conceitua ou define, propriamente, o significado do termo.

De acordo com o Boletim Interpretativo emitido pela administração fiscal federal canadense, beneficiário efetivo é usado para descrever o tipo de propriedade pela qual uma pessoa tem direito de usar e gozar da propriedade independentemente de aquela pessoa ser o proprietário legal da mesma. Ainda, é dito que a pessoa que possui direitos de um beneficiário efetivo, sem ter título legal, pode fazer valer seus direitos contra o detentor do título legal, como no caso em que uma pessoa tem poderes para instruir o *trustee* em como lidar com a propriedade do *trust*[184].

No item 4 do Boletim Interpretativo há uma importante distinção entre o direito do beneficiário efetivo e a posse física da propriedade. É dito que o inquilino de uma propriedade ou uma pessoa que tem a permissão de ocupá-la apenas pela ausência de objeção do *verdadeiro proprietário* (*true owner*), apesar de desfrutar da propriedade, não é o beneficiário efetivo. Para a determinação do beneficiário efetivo deve-se considerar o direito à posse, direito de receber aluguéis, direito de hipotecar a propriedade, direito de

[183]Por exemplo, Section 79(2) do Income Tax Act, assim redigido, originalmente:
Surrender of property
(2) For the purposes of this section, a property is surrendered at any time by a person to another person where the beneficial ownership of the property is acquired or reacquired at that time from the person by the other person and the acquisition or reacquisition of the property was in consequence of the person's failure to pay all or part of one or more specified amounts of debts owed by the person to the other person immediately before that time. (g.n.)

[184]Interpretation Bulletin IT-437R, 21 February 1994, *Ownership of Property (Principal Residence).*

transferir o título legal por ato oneroso ou gratuito, dever de reparo, obrigação de pagar tributos reais sobre a propriedade e outros direitos e obrigações relevantes. Finalmente, é dito que não é obrigatório que todos esses atributos da propriedade ocorram conjuntamente para se concluir que alguém é o beneficiário efetivo, uma vez que essa é uma questão fática particular a cada caso[185].

Ao que parece, as conclusões do referido ato normativo estão em sintonia com o entendimento prevalecente na Inglaterra[186].

Alguns poucos julgados trazem argumentos válidos em se tratando da definição de beneficiário efetivo. É o caso de *Mount Royal/Walsh Inc. v. Ship "Jensin Star" et al*., em que a expressão *beneficiário efetivo* foi utilizada para determinar alguém que permanece atrás do proprietário registrado em situações nas quais esse proprietário formal age meramente como um intermediário, um *trustee*, um representante legal (mandatário) ou um agente[187].

No ano seguinte, em *Fortin & Moreau Inc. v. Ministre du Revenu National*, o juiz Couture C.J. descreveu o beneficiário efetivo de uma propriedade como alguém a quem a propriedade pertence após uma operação, mas que irá receber o título da propriedade em uma data posterior[188].

Em *Cowan v. Nova Scotia (Minister of Finance)*, a questão envolvia um planejamento sucessório sobre o espólio, no qual bens não foram adquiridos diretamente pelos membros da família, mas por meio de subsidiárias das companhias das quais tais membros eram sócios. A dúvida girava em torno de saber se a companhia controladora era o beneficiário efetivo dos bens detidos pelas subsidiárias (não obstante a expressão sob análise, nesse julgado, ter sido *beneficially entitled*)[189].

No julgamento de primeira instância, a controladora foi considerada como o beneficiário efetivo dos bens das subsidiárias. Na corte de apelação, a decisão foi revertida sob o fundamento de que as subsidiárias eram meras proprietárias nominais dos bens, ao utilizar o entendimento veiculado no precedente inglês *Rodwell Securities* (já analisado no item 1.3.2.2). O juiz MacKeigan C.J. ressaltou que uma companhia pode ser o beneficiário efetivo dos bens de suas subsidiárias, mas isso dependerá do controle exercido pelo

[185]Interpretation Bulletin IT-437R, 21 February 1994, *Ownership of Property (Principal Residence)*.
[186]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 129.
[187][1989] 99 N.R. 42, p. 47.
[188][1990] 1 C.T.C. 2583, 90 D.T.C. 1436.
[189][1977] C.T.C. 230, 25 N.S.R. (2d) 572, 78 D.L.R. (3d) 66.

beneficiário efetivo sobre o proprietário nominal. Deve-se, para o juiz, verificar se existe uma relação jurídica de agência entre controladora e subsidiária[190].

Diante da mesma situação fática, em *Jodrey Estate v. Nova Scotia (Minister of Finance)*[191], o voto representativo da maioria consignou que, ao se considerar a controladora como o beneficiário efetivo dos bens da subsidiária, isso não implica desconsiderar sua personalidade jurídica (*pierce the corporate veil*). Na opinião do juiz Martland J., em razão de seu controle total sobre a subsidiária, a controladora estava legalmente amparada na posição de compelir a subsidiária a lidar com os bens da forma determinada pela controladora[192].

No voto dissidente, a argumentação se baseou na ausência de direito de ação por parte da controladora, sendo a subsidiária o beneficiário efetivo, pois tem o gozo dos bens e é ela quem possui o direito de ação contra o espólio para obter o título legal dos bens objeto da sucessão. Na visão do juiz Dickson J., *controle por parte do acionista não transforma o acionista em beneficiário efetivo dos bens da companhia (...) e os tribunais de instância inferior confundiram os conceitos de controle com o de propriedade*[193].

Por fim, o mesmo juiz salienta que somente em casos excepcionais as cortes desconsideraram a personalidade jurídica da sociedade e trataram os acionistas (indivíduos) como aqueles com direito à propriedade dos bens. Esses casos envolveram situações de agência, *trust*, fraude ou condutas impróprias, política pública, casos criminais e afins e, portanto, estas deveriam ser as hipóteses consideradas na determinação do beneficiário efetivo envolvendo controladoras e subsidiárias[194].

Observe-se que a diferenciação entre controle e propriedade é o ponto nevrálgico para a determinação do beneficiário efetivo de acordo com a opinião dissidente em *Jodrey Estate*. Parte da doutrina, ao analisar essa opinião, entende que uma companhia controladora, da mesma forma que um detentor de uma opção futura ou um locatário com opção de compra, têm o poder de vir a tornar-se os proprietários dos bens, mas, até o momento do exercício desse poder, essas pessoas não podem ser consideradas o beneficiário efetivo dos bens[195].

---

[190][1978] C.T.C. 557, 28 N.S.R. (2d) 3, 43 A.P.R. 3, Para. 23.
[191][1980] C.T.C. 437, [1980] 2 S.C.R. 774, 8 E.T.R. 69.
[192][1980] C.T.C. 437, [1980] 2 S.C.R. 774, 8 E.T.R. 69, Para. 46 e 56.
[193]Parágrafo 96-137 da decisão *Jodrey Estate*.
[194]Parágrafo 132 da decisão *Jodrey Estate*.
[195]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 132.

Quer nos parecer que, no direito canadense, questões envolvendo direito puramente doméstico apreciadas pelo Poder Judiciário tenderam pela controladora como não sendo o beneficiário efetivo dos bens detidos pela subsidiária, exceto se a subsidiária possuísse tais bens na qualidade de agente ou mandatário da controladora, i.e., se a controladora tivesse pleno e total controle sobre os atos da subsidiária (precisamente atuando como um agente ou mandatário).

1.3.5. Beneficiário efetivo na Austrália

No direito australiano, também da família do *common law*, a expressão *beneficiário efetivo* surgiu por volta de 1919 no artigo 78 do *New South Wales Convetancing Act*. Também no *Income Tax Assessment Act* de 1936[196] e no *Stamp Duties and Taxes Act* de 1987 o termo aparece. Na legislação não-tributária, destacam-se a menção no *Broadcasting Act* de 1942 e no *Companies Act* de 1981. Não há, todavia, uma definição específica de beneficiário efetivo na legislação tributária australiana[197].

Na jurisprudência, o número de casos contendo essa expressão é vasto. Em *Dalgety Downs Pastoral Co Pty Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* consignou-se o entendimento de que a expressão *beneficially* serve mais ao propósito de excluir os casos de detentores de propriedade agindo em benefício de terceiros[198].

Na decisão *Bellinz Pty Ltd v. The Commissioner of Taxation*, não houve explicação do significado de beneficiário efetivo. O juiz concluiu que o locatário de equipamentos, no âmbito de uma locação com opção de compra, não é o proprietário do equipamento, não obstante o fato de que o locatário tinha diversos direitos sobre o equipamento. Na fundamentação foi dito que *o beneficiário efetivo será o proprietário e a pessoa que possui apenas o 'potencial direito de vir a tornar-se o proprietário em data futura' não será o proprietário [beneficiário efetivo] para os fins do artigo 54(1)*[199].

---

[196]Cf. Section 80E(1)(a) of the 1936 Act, assim redigida:
(a) the whole or a part of a loss incurred by a taxpayer, being a company, in a year before the year of income would not, but for this section, by reason of a change that has taken place in the beneficial ownership of shares in the company or in any other company, be taken into account for the purposes of section 79E, 79F, 80, 80AAA or 80AA; (sublinhamos).

[197]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 127.

[198](1952) 86 CLR 335, p. 342.

[199](1971) 127 CLR 62, p. 91.

Em suma, no direito interno da Austrália não há definição clara e específica de beneficiário efetivo, tampouco na jurisprudência, mas apenas decisões que tratam da propriedade e, assim, incidentalmente do tema, de forma vaga. Para a doutrina, apesar do uso da expressão há décadas e sua referência em inúmeras decisões judiciais, o termo *beneficiário efetivo* e suas derivações não possuem qualquer significado ou evolução histórica tampouco significado contemporâneo unanimemente aceito no país[200].

1.3.6. Beneficiário efetivo na tradição do civil law: análise geral

Após análise do uso do termo beneficiário efetivo no direito interno dos principais países de tradição de *common law*, tanto na legislação como na jurisprudência, convém mencionar, em linhas gerais, como os países pertencentes ao sistema jurídico de *civil law* tratam do tema, em seus respectivos direitos internos.

Até a última década, a grande maioria dos países de tradição civilista não possuía um termo ou expressão de significado equivalente à noção de beneficiário efetivo em seus respectivos direitos internos, como também não possuía uma definição descritiva ou específica para fins fiscais. E, até 2009, esse ainda era o caso, por exemplo, da Alemanha[201], Espanha[202], Argentina[203] e Peru[204], dentre outros.

Na França, a expressão *bénéficiaire effectif* é utilizada em alguns atos infralegais esparsos[205]. Na Bélgica, o termo *usufruitier* é por vezes utilizado como equivalente, especificamente com relação ao imposto de renda retido na fonte, e a legislação de sub-capitalização faz referência ao termo *bénéficiaire effectif*[206]. Na Itália, existe menção na legislação interna versando sobre isenções domésticas para rendimentos decorrentes de

---

[200]SPEED, Robin. op. cit., p. 34

[201]LINN, Alexander. Branch report: Germany. *IFA*: *Tax treaties and tax avoidance: application on anti-avoidance provisions*, *cahiers de droit fiscal international*, The Hague, v. 95, p. 333-354, 2010.

[202]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends. *World Tax Journal*, Amsterdam, n. 2, p. 35-36, 2010.

[203]LINARES LUQUE, Alejandro M. El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición, como prevención de la elusión fiscal internacional. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO*, 5.* Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 359.

[204]PEDRAZA, Luz Maria. Branch report: Peru. *IFA: Tax treaties and tax avoidance: application on anti-avoidance provisions, cahiers de droit fiscal international,* The Hague, v. 95a, p. 627, 2010.

[205]Instrução de 6 de julho de 9177 nº 116 (tributo sobre o *green belt*) e Instrução de 4 de fevereiro de 1986 nº 20 (versando sobre juros em depósitos estrangeiros).

[206]Código do Imposto de Renda belga (ITC), Artigo 198, para. 1(11). Há também menção na Lei de Anistia de 2003, Artigo 2, 1(1).

investimentos em portfólios[207]. Na Holanda há menção em ato do poder executivo e em algumas decisões da Suprema Corte holandesa (*Hoge Raad*)[208], mas não há definição própria, específica ou descritiva do significado da expressão[209].

Do ponto de vista geral, nos países de tradição jurídica romano-germânica, i.e., países de legislação codificada, usualmente há apenas um único proprietário, o titular legal da propriedade. Entretanto, existe a possibilidade de transferência do direito de uso do bem e de seus frutos a terceiros em virtude da liberdade de contratar e da vontade das partes, desde que não seja *contra legem*.

Assim, apesar de existirem notáveis diferenças entre os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, a comparação mais próxima pode ser resumida da seguinte forma: no primeiro caso existem as figuras do *legal ownership* e o *beneficial ownership*, ao passo que no segundo caso as figuras são a do titular da nua propriedade e do usufrutuário.

De acordo com TAVOLARO, enquanto nos institutos do direito civil dos países de sistema codificado a nua propriedade é um direito de propriedade e o usufruto é um direito real sobre a coisa alheia, podendo o proprietário alienar o bem, no sistema da *common law* o *legal owner* não tem o direito de alienar o bem, pois está vinculado e obrigado para com o *beneficial owner* - como ocorre, por exemplo, nos casos de *trust*[210].

Neste sentido, os países de *common law* acolhem o critério econômico para a definição do beneficiário efetivo, ao passo que os países de *civil law* tratam a segregação entre a propriedade legal e a econômica somente no âmbito da liberdade de contratar dos

---

[207]Circular Ministerial n. 306/E, de 23 de dezembro de 1996 (Cf. ROSSI, Marco Q. Tax treaties, beneficial ownership of income and domestic anti abuse measures: Italy's perspective. In: ABA Section of taxation foreign lawyers forum committee - Panel Presentation, Jan. 19, p. 3. 2007. Disponível em: <http://www.lawrossi.com/images/stories/docs/THE_CONCEPT_BENEFICIAL_OWNERSHIP.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2011.

[208]Memorando Explicativo TK 2000-2001, 27,896, nº 3 e Hoge Raad 1985, Nº 23.033, BNB 1986/118; Hoge Haad, 1994, Nº 28.638, BNB 1994/217, respectivamente. Para uma análise mais detida, vide PETERS, Faustina G. F.; ROELOFSEN, Aart. Branch Report: Netherlands. *IFA: Tax treaties and tax avoidance: application on anti-avoidance provisions, cahiers de droit fiscal international,* The Hague, v. 95a, p. 551-574, 2010.

[209]Vale mencionar que a decisão da Hoge Haad de 1985, envolvendo o conceito de beneficiário efetivo, se aproximou desse conceito nos países de *Common Law*. De forma sucinta, a questão envolvia uma companhia que era detida, formalmente, por seu sócio, mas cujos direitos econômicos, na prática, eram detidos por outra sociedade. A decisão veiculou entendimento de que as restrições para a *participation exemption* (isenção condicional dos rendimentos derivados de dividendos e ganhos de capital), que impossibilitavam a dedução das perdas decorrentes de alienação de ações, eram aplicáveis à sociedade titular dos direitos econômicos, não obstante a titularidade formal ser de outra pessoa (Hoge Raad 1985, Nº 23.033, BNB 1986/118).

[210]TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Beneficiário efetivo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 52, p. 16, 2003.

particulares, mas não em razão dos atributos jurídicos da propriedade, i.e., é uma limitação ao direito de propriedade e não um direito de propriedade autônomo.

Fato é que, em regra geral, os países que adotam o sistema de *civil law* não possuem definição de beneficiário efetivo em sua legislação doméstica ou jurisprudência relevante que se relacione especificamente com o tema, principalmente na esfera tributária.

1.3.7. Beneficiário efetivo no Brasil

1.3.7.1. Segregação do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro

De forma similar ao que geralmente ocorre nos países de tradição de *civil law*, em que a legislação codificada e princípio da legalidade imperam, o direito de propriedade no Brasil é considerado absoluto, exclusivo e irrevogável[211]. Nos termos do Artigo 1.228 do Código Civil[212], *o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*.

Não obstante, a segregação dos atributos do direito de propriedade é, em certas circunstâncias previstas em lei, admitida do direito brasileiro. Tome-se como exemplo o caso do usufruto[213], que pode recair em bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro ou parte deste, abrangendo-lhe, inclusive, os frutos e utilidades[214]. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos[215] e, quando o usufruto recai sobre títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas[216].

Outra situação em que também se permite a segregação dos direitos de propriedade ocorre com o direito de uso por parte do possuidor direto, em contraposição ao direito de posse indireta detido pelo proprietário[217]. Segundo a definição da lei, o possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à

---

[211]Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85.
[212]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
[213]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Arts. 1.390 a 1.393.
[214]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 1.390.
[215]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 1.394.
[216]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 1.395.
[217]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 1.196 a 1.203.

propriedade[218]. O Código Civil é claro em esclarecer que a posse direta – aquela de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal ou real – não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto[219].

Uma terceira previsão é aquela que trata dos direitos reais de uso[220] e habitação[221], que consistem em limitações ao direito real de propriedade e, assim, relativizam o direito do proprietário[222].

Convém apontar, nesta esteira, o regramento aplicável ao promitente comprador de imóveis. O Código Civil prevê que o registro da promessa de compra e venda em Cartório de Registro de Imóveis confere direito real de aquisição do imóvel ao promitente comprador[223]. Assim, ainda que seja possível, para fins tributários (como, por exemplo, em face da legislação que trata do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana – IPTU e do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* – ITCMD) a eventual transferência dos direitos econômicos ao usufrutuário, essa transferência não altera a propriedade do imóvel para fins do direito civil, fazendo com que o proprietário (e não o usufrutuário) continue a ser o contribuinte desses tributos.

Nesse ponto, o artigo 123 do Código Tributário Nacional (CTN)[224] também esclarece que as convenções particulares acordadas entre proprietário e usufrutuário não alteram o sujeito passivo das obrigações tributárias, que são determinadas por lei[225].

Do exame do panorama geral do direito de propriedade no Brasil é possível afirmar que a segregação de seus atributos é possível, em determinados casos, quando houver uma divisão entre os direitos do proprietário e os direitos econômicos de outro titular, tal como um usufrutuário, se os requisitos previstos em lei forem devidamente obedecidos.

---

[218]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 1.196.
[219]BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 1.197.
[220]*Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família*. Cf. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
[221]*Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família*. Cf. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
[222]Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit., p. 85.
[223]*Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.* Cf. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002
[224]Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966 Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios.
[225]*Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes*. Cf. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966.

Não obstante, essa constatação não implica em dizer que o beneficiário efetivo será o titular dos direitos econômicos do bem ou de seus frutos. Também não significa que existe, no direito privado brasileiro, um conceito equivalente ou um instituto jurídico similar ao do *beneficial owner* existente na *equity* dos países de *common law*.

De acordo com BIANCO et al., a conclusão é exatamente em sentido contrário: não há, no direito privado brasileiro, qualquer definição do conceito de beneficiário efetivo[226].

1.3.7.2. Beneficiário efetivo no direito tributário brasileiro

Até o ano de 2008, o Brasil não possuía qualquer menção legal ao termo beneficiário efetivo no direito interno[227], exceto no texto dos acordos contra a bitributação por ele celebrados, especificamente nas disposições relativas a dividendos, juros e royalties, nos padrões sugeridos pela Convenção Modelo da OCDE.

Essa menção foi, contudo, veiculada pela Lei nº 11.727/2008 que, em seu artigo 22, acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 24 da Lei 9.430/1996 para ampliar a definição de país com tributação favorecida especificamente para os casos da aplicação das regras de preço de transferência. Esse novo dispositivo passou a ter seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 24 As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento.
>
> (...)
>
> § 4º Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. (sublinhamos).

[226]BIANCO, João Francisco; NEWTON, Raquel. op. cit., p. 265.

[227]Cf. PASIN, João Bosco Coelho. op. cit., p. 439; TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. op. cit., p. 373; VALDES, Miguel A.; PAOLI, Amanda de. O conceito de beneficiário efetivo nos convênios para evitar dupla imposição, como prevenção da elisão fiscal internacional. In: In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 5. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 465; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Beneficiário efetivo, cit., p. 21.

Entretanto, o tema ganhou maior notoriedade com a Lei nº 12.249/2010 – resultado da conversão da Medida Provisória nº 472/2009[228] – responsável por introduzir as normas de subcapitalização brasileiras[229], que trouxe a expressão em seu artigo 26. Vejamos o referido dispositivo, a seguir transcrito:

> *Art. 26. Sem prejuízo das normas do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, não são dedutíveis, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a qualquer título, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a um tratamento de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, na forma dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, salvo se houver, cumulativamente:*
>
> *I - a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias;*
>
> *II - a comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação; e*
>
> *III - a comprovação documental do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização de serviço.*
>
> *§ 1º Para efeito do disposto no inciso I do caput deste artigo, considerar-se-á como efetivo beneficiário a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.*
>
> *§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.*
>
> *§ 3º A comprovação do disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica no caso de operações:*
>
> *I - que não tenham sido efetuadas com o único ou principal objetivo de economia tributária; e*
>
> *II - cuja beneficiária das importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a título de juros seja subsidiária integral, filial ou sucursal da pessoa jurídica remetente domiciliada no Brasil e tenha seus lucros tributados na forma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.* (g.n.)

[228]Para uma análise mais detida sobre as questões envolvendo a conversão da Medida Provisória em Lei, vide nosso estudo em: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonca. Reflexões sobre os princípios constitucionais aplicáveis as regras de subcapitalização brasileiras veiculadas pela Med.Prov. 472/2009 e eficácia de sua conversão na lei 12.249/2010 para fins de IRPJ e CSLL. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 96, p. 221-240, 2011.

[229]Sobre o tema vide: UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonca; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Thin capitalization rules no direito comparado e as regras de subcapitalização brasileiras. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, v. 15, p. 169-211, 2010.

Ao regulamentar a matéria tratada por esta lei na esfera federal, a Instrução Normativa RFB nº 1.154/2011, em seu artigo 11, nada adicionou e apenas reproduziu novamente o texto da lei supra transcrita, sem esclarecer ou definir o significado de beneficiário efetivo[230].

Diante dos dispositivos normativos acima referidos, especialmente o artigo 26, parágrafo 1º da Lei nº 12.249/2010 e o artigo 11, parágrafo 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.154/2011, podem-se apontar os seguintes requisitos para a caracterização do beneficiário efetivo na lei interna brasileira:

> (i) que a pessoa física ou jurídica não tenha sido constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária; e
>
> (ii) que a pessoa física ou jurídica aufira a renda por sua própria conta e não como um agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro[231].

Assim, diferentemente da simples menção ao termo beneficiário efetivo realizada pela Lei nº 11.727/2008, a recente Lei nº 12.249/2010 trouxe, ainda que breve, uma explicação para ele.

---

[230] *Art. 11. Sem prejuízo das normas do IRPJ, não são dedutíveis, na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a qualquer título, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a um tratamento de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, na forma dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 1996, salvo se houver, cumulativamente:*
I - a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias;
II - a comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação; e
III - a comprovação documental do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização de serviço.
§ 1º Para efeito do disposto no inciso I do caput, considerar-se-á como efetivo beneficiário a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.
§ 2º Considera-se atendida à condição prevista no inciso I do caput a identificação das entidades de investimento coletivo, inclusive fundos de investimento.
§ 3º O disposto neste artigo não se aplica ao pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.
§ 4º A comprovação do disposto no inciso II do caput não se aplica no caso de operações:
I - que não tenham sido efetuadas com o único ou principal objetivo de economia tributária; e
II - cuja beneficiária das importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a título de juros seja subsidiária integral, filial ou sucursal da pessoa jurídica remetente domiciliada no Brasil e tenha seus lucros tributados na forma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

[231] Cf. UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonca; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. op. cit., p. 206-207.

Cabe ressaltar, todavia, que da mesma forma que inexiste uma definição descritiva e precisa de *beneficiário efetivo*, também não há definição do que há de ser entendido como *economia tributária* na legislação atual.

Ao comentar a questão, BIANCO *et al*. aponta que a economia fiscal deve ser entendida, para fins desses dispositivos, dentro do contexto do artificialismo, em que não sejam atribuídos efeitos jurídicos a estruturas que espelhem situações irreais e sem qualquer substância (i.e., negócio jurídico eivado de vícios, tal como a fraude ou simulação)[232].

Note-se, ademais, que o termo de beneficiário efetivo na recente lei brasileira refere-se a uma situação extremamente específica, pois traz as condições para dedutibilidade de despesas relacionadas a pagamentos realizados para pessoas físicas e jurídicas residentes em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Dessa forma, não é dotado do caráter geral de abranger situações envolvendo remessas ou pagamentos a qualquer jurisdição no exterior, tampouco possui o caráter específico relacionado aos acordos contra a bitributação.

Os dois únicos julgados, até a presente data, que tratam ainda que indiretamente do termo beneficiário efetivo são anteriores à nova legislação analisada e, por envolver situações abarcadas por acordos internacionais contra a bitributação, serão examinados no Capítulo III, mais a frente.

[232]BIANCO, João Francisco; NEWTON, Raquel. op. cit., p. 269-270.

CAPÍTULO II. A INTERPRETAÇÃO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO

2.1. Introdução

Os acordos internacionais contra a bitributação são considerados normas especiais em relação à legislação tributária interna. A especialidade desses acordos face às regras internas se sustenta no fato de que as normas veiculadas pelos primeiros tratam de questões específicas relacionadas à tributação de atividades transnacionais, i.e., envolvendo ambos os Estados Contratantes[233].

Nessa esteira, a interpretação de acordos internacionais, segue, assim, uma sistemática particular, afeta à realidade das relações jurídicas internacionais que envolvem dois Estados soberanos, de um lado, e às regras de interpretação utilizadas por esses Estados em seus direitos internos.

Partindo-se da premissa de que os acordos internacionais contra a bitributação têm por principal escopo a *equalização de pretensões fiscais coincidentes*[234] entre os Estados Contratantes, esse objetivo somente será adequadamente alcançado se houver uma interpretação comum e consensual dos mesmos[235], buscando-se um mesmo entendimento para evitar a dupla tributação da renda derivada das operações que envolvem esses Estados.

Por essas razões, entendemos que o critério da especialidade dos acordos contra a bitributação justifica sua prevalência sobre as normas tributárias internas[236] e, portanto, a interpretação dos acordos é também dotada de especialidade, não se aplicando, com regra

---

[233]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 39.

[234]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 111.

[235]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 135.

[236]"(...) também faz sentido e é razoável dizer que a norma determinada pela lei interna não afeta a excepcionalidade estabelecida no tratado bilateral" (DOLINGER, Jacob. As soluções da suprema corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 334, p. 101, abr./jun., 1996).

geral, as normas de interpretação de direito tributário interno na interpretação dos acordos contra a bitributação.

A doutrina tributária brasileira[237] e comparada[238] confirma a posição da qual nos filiamos, no sentido de que os acordos internacionais tributários veiculam normas especiais e, assim, prevalecem sobre o as normas veiculadas por lei interna, em caso de conflito (antinomia).

Desta forma, entendemos que os acordos contra a bitributação devem ser interpretados segundo as regras de Direito Internacional Público, sendo subsidiárias as regras de interpretação do direito tributário interno[239], na construção das normas de direito tributário internacional.

Adentraremos, agora, no estudo de algumas destas regras de Direito Internacional Público e, em especial, aquelas estipuladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

2.2. Normas de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

2.2.1. Origem histórica e atual aplicabilidade no Brasil

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (*CVDT*) foi concluída em 23 de maio de 1969 e sua entrada em vigor foi prevista para 27 de janeiro de 1980. Ela é reconhecida na doutrina como uma espécie de manual para a criação, interpretação[240] e

---

[237]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 166-168; TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*, cit., p. 593-594; BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 169; SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional*: métodos de solução de conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 56; dentre outros.

[238]VOGEL, Klaus. The domestic law perspective. In: MAISTRO, Guglielmo (Org.). *Tax treaties and domestic law.* Amsterdam: IBFD, 2006. p. 3; PIRES, Manuel. *International juridical double taxation of income*. Deventer: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 211.

[239]No Brasil, previstas no Capítulo IV, *Interpretação e Integração da Legislação Tributária*, Artigos 107 a 112 do Código Tributário Nacional.

[240]Nesse ponto cabe a já conhecida crítica sobre as normas de interpretação em geral, no sentido de que *são ambíguas, insuficientes ou redundantes. Necessitam elas mesmas de interpretação* (TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21). Conforme ROTHMANN, isto *mostra a dificuldade de resolver as dúvidas surgidas quanto ao sentido das palavras, visto que as regras de interpretação não podem eliminá-las, quando muito, podem diminuir estas incertezas. Pois estas regras também são regras gerais para o uso da linguagem e usam termos gerais, que, por sua vez, também requerem interpretação* (ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e*

aplicação dos tratados internacionais, sendo assim uma de *norma internacional sobre norma internacional*[241].

O Brasil assinou a referida convenção, que foi autorizada por Decreto Legislativo, na forma do Artigo 49, I, da CF e promulgada pelo Decreto Executivo nº 7.030 de 2009[242]. Assim, as prévias discussões sobre a o princípio da relatividade dos tratados[243] e a não aprovação formal da CVDT pelo Brasil, que utilizava o argumento de que sua aplicabilidade decorria dos costumes de Direito Internacional Público[244] perdeu sentido sendo, hoje, incontestável que o Brasil adota plenamente as disposições da CVDT.

---

aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação, cit., p. 166). Ou seja, é a velha questão que pode ser resumida a uma única pergunta: "como se interpreta as normas de interpretação?". Para maiores esclarecimentos sobre o tema relacionado à interpretação e hermenêutica das normas jurídicas vide, dentre outros: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987. (Coleção Stvdivm – Temas filosóficos, jurídicos e sociais); NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. 1; NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 2; FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996; HARTZ, Wilhelm. *Interpretação da lei tributária*: conteúdo e limites do critério econômico. Trad. Brandão Machado. São Paulo: Resenha Tributária, 1993; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974; QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

[241]TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*, cit., p. 650.

[242]BRASIL, Decreto nº 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.

[243]O princípio da relatividade dos tratados se baseia na necessidade de consentimento por parte de um país para a adesão deste a determinado tratado. Nesse sentido, o Artigo 34 da CVDT diz que *um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado, sem seu consentimento*, ao passo que o Artigo 38 estabelecia que *nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal*. Para maiores informações sobre a questão vide Nguyen Quoc DINH, Nguyen Quoc.; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 246; e ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público.* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 26-27; bem como a posição contrária sustentada por ROCHA, Roberto Paraíso. Brazilian report. In: IFA. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*: interpretation of double taxation conventions. Deventer: Kluwer Law International, 1993. v. 78, p. 254.

[244]Sobre essa discussão envolvendo a CVDT como costume de Direito Internacional Público vide, dentre outros: XAVIER, Alberto. op. cit., p. 184; MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. op. cit., p. 196; RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 10; REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 92; BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*, cit., p. 22; VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. General Report. In: IFA. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*: interpretation of double taxation conventions. Florence, Deventer: Kluwer Law International, 1993. v. 78, p. 66-67; GARBARINO, Carlo. *La tassazione del reddito transnazionale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 530.

2.2.2. Artigos relevantes para a interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação

Os artigos da CVDT que se mostram relevantes para a interpretação dos acordos contra a bitributação[245] são, principalmente, os Artigos 31, 31 e 33.

Parte da doutrina sustenta que o Artigo 31 representa a primazia, no Direito Internacional Público, do enforque textual na interpretação dos tratados em detrimento da abordagem subjetiva[246], presente no Artigo 32.

O Artigo 31 da CVDT[247] contém as Regras Gerais de Interpretação dos tratados ou acordos internacionais. Vejamos a redação do mencionado diploma:

> *Artigo 31*
>
> *Regra Geral de Interpretação*
>
> *1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.*
>
> *2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:*
>
> *a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;*
>
> *b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.*
>
> *3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:*
>
> *a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;*

---

[245]É pertinente reiterar a observação de que a força normativa das regras de interpretação contidas na CVDT é relativizada, sendo estas compreendidas como parâmetros hermenêuticos a serem observados pelo aplicador e intérprete dos tratados, mas não como a definição de métodos para descoberta de única norma "possível" ou a única norma "correta" nos textos dos tratados internacionais, em razão da polissemia e multiplicidade de significações possíveis decorrentes da atividade interpretativa (Cf. TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 22-23; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Interpretação e aplicação de normas de direito tributário*. São Paulo: Ed. CID, 2002. p. 200; ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 102).

[246]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 145; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*, cit., p. 169; SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 117. Todavia, existe posicionamento doutrinário de que as teorias de interpretação do direito internacional, uma com primado no texto (teoria objetiva) e outra com primado na finalidade (teoria subjetiva) deveriam ser balanceadas e utilizadas de forma equilibrada, não havendo prevalência de uma sobre a outra (GARBARINO, Carlo. op. cit., p. 529).

[247]CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 11 dez. 2011.

> *b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;*
>
> *c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.*
>
> *4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.*

O parágrafo 1º desse artigo elege três importantes condições que devem ser observadas quando da interpretação de um acordo: (i) boa-fé; (ii) sentido comum aos termos do acordo; e (iii) seu objetivo e finalidade.

A questão da boa-fé na interpretação e consecução de um acordo internacional se funda no próprio direito dos tratados, isto é, no princípio da *pacta sunt servanda* consagrado no Artigo 26 da CVDT[248], podendo ser resumido no dever de um Estado signatário de observar suas obrigações contraídas e comumente acordadas na execução do tratado. Em outras palavras, dizer que os tratados devem ser interpretados de boa-fé significa dizer que eles devem ser interpretados sem o ânimo de querer burlar, fugir ou permitir a não aplicação ou execução de suas disposições e, por isso, é verdadeiro princípio de ética internacional[249].

Todavia, importante salientar que entendemos, assim como RUBINSTEIN, que o princípio da boa-fé comporta o do *pacta sunt servanda*, e não o contrário[250], na medida em que o escopo das obrigações jurídicas derivadas da boa-fé é mais amplo do que o *pacta sunt servanda*, por exemplo, pelo fato de existirem obrigações inclusive prévias à conclusão dos tratados[251].

Ainda sobre o tema, na classificação adotada por GOUVEIA o princípio da boa-fé se desdobra em diversos corolários, dentre eles o do *efeito útil ou de que a interpretação não pode conduzir ao absurdo, além de se acrescentar o princípio da admissão dos efeitos*

---

[248]"*Artigo 26*
Pacta sunt servanda
Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".

[249]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 165. Nesse ponto cumpre reproduzir trecho mencionado pelo referido professor que bem resume a questão: *(...) todos os recursos da dialética jurídica e sutilezas da hermenêutica não valeriam nada, se o Estado pretendesse impor uma interpretação das normas de um tratado, que ele sabe não estar conforme a vontade das partes contratantes. Assim procedendo, o Estado não só violaria as regras da diplomacia, mas da própria honestidade jurídica* (idem, p. 165).

[250]Entendendo que o *pacta sunt servanda* é gênero do qual a boa-fé é espécie, posição esta que discordamos, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 139-140.

[251]RUBINSTEIN, Flávio. Interpretação e aplicação dos acordos de bitributação: o papel da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, n. 3, p. 70, jun. 2006.

implícitos do tratado[252]. Para ROTHMANN, o princípio do efeito útil[253] (ou *ut magis valeat quam pereat*) é aquele o qual os tratados devem ser interpretados de modo que lhe dê todo o efeito compatível com sua razão de ser e seu sentido, inclusive podendo ser utilizado pela jurisprudência para obter interpretações extensivas que permitam dar pleno efeito às disposições do tratado[254].

Com relação à definição de *sentido comum* (em inglês referido como *ordinary meaning*) dos termos de um tratado, a doutrina[255] aponta que o elemento gramatical da atividade interpretativa foi consagrado por essa menção.

O *sentido comum* mencionado no Artigo 31(1) da CVDT não é, necessariamente, o significado corriqueiro, do dia-a-dia ou aquele contumaz do vocábulo a ser interpretado, mas sim aquele sentido obtido após uma análise do contexto, objetivo e finalidade desse termo utilizado no tratado[256]. Por essa razão, o *sentido comum* do termo de um tratado pode, não raro, conter a definição ou significado desenvolvido por Estados Contratantes na aplicação da CM OCDE ou de seus Comentários, no âmbito do direito tributário internacional (sentido técnico, conotativo), fugindo assim do sentido puramente gramatical (denotativo)[257].

Por esse motivo, entende-se por sentido comum dos termos de um acordo contra a bitributação aquele que seja *comum, natural e ordinário*[258] no âmbito do Direito Tributário Internacional, referido pela doutrina como *international tax language*[259] (linguagem fiscal

---

[252]GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 211-212.

[253]*O tratado deve ser interpretado no sentido de produzir efeito útil, isto é, realizar o objetivo por ele visado (...) a própria boa-fé exclui a interpretação que torne uma cláusula sem significação, ou ineficaz* (Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 1956, 2a ed., Rio de Janeiro, vol. I, [s.e.] p. 628 e 629, apud ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 117).

[254]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 178.

[255]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 104. Segundo o autor, *note-se que não se pode confundir o elemento gramatical da interpretação jurídica com a muitas vezes propalada interpretação literal, segundo a qual o intérprete deveria ater-se tão somente ao texto. Repita-se que no marco atual da hermenêutica jurídica essas limitações à compreensão do texto normativo foram abandonadas, sendo a dita interpretação literal, que desconsidera o contexto dentro do qual se realiza a interpretação, assim como os fins buscados pela norma e sua carga axiológica, uma reminiscência de um formalismo jurídico de matriz napoleônico inalcançável em termos práticos* (idem, p. 105).

[256]ENGELEN, Frank. *Interpretation of tax treaties under international law*. Amsterdam: IBFD, 2004. p. 141.

[257]VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 68.

[258]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 165-166.

[259]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 37.

internacional), dotado de caráter universal[260]. Ao contrário do que sustenta ROMANÍ[261], entendemos que não é raro tampouco difícil existir uma confusão de sentidos acerca dos termos utilizados em tratados, uma vez que, não obstante a desejada harmonização de termos e normas de direito tributário internacional entre os diversos países[262], os Estados Contratantes ainda hoje discordam na interpretação e aplicação de diversos termos utilizados dos acordos internacionais contra a bitributação.

Em relação ao objetivo (ou *objeto*, como mencionado na doutrina[263]) e finalidade entende-se o propósito último a que se destina o tratado[264]. Pelo princípio da *ratio legis*, a interpretação de um tratado deve sempre adequar-se ao seu objeto e fim, isto é, ao escopo que norteou as partes ao contratarem[265]. Estes são os elementos teleológico (i.e., aquele que leva em conta o objetivo e finalidade da norma[266]) e axiológico (i.e., com base nos valores envolvidos no processo hermenêutico[267]) de interpretação dos tratados, de acordo com a classificação de ROCHA[268].

O Artigo 31(2) define *contexto* (ou *co-texto*[269]) como incluindo, além do texto[270] do acordo celebrado entre os Estados Contratantes, o (i) preâmbulo[271]; (ii) os anexos (aqui

[260]Não se questiona a imensa dificuldade em se alcançar o significado universal, em razão da distinta e complexa estruturação dos sistemas jurídicos de cada Estado soberano. A pluralidade semântica dos vocábulos torna deveras difícil a busca por conceitos unívocos. Para SILVEIRA, essa foi a razão pela qual o Artigo 3(2) foi inserido na Convenção Modelo da OCDE (inicialmente na versão de 1963 e posteriormente na versão de 1977), que trata do reenvio ao direito interno quando da interpretação de termos não definidos no texto do acordo contra a bitributação (SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 118).

[261]FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos. *Interpretación de las normas internacionales*. Panplona: Aranzadi, 1996. p. 85

[262]Sobre a criação da "linguagem internacional tributária" vide VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 62; RAAD, Kees van. International coordination of tax treaty interpretation and application, In: In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Moris; Raad, KEES van et al. (Coord.). *International and comparative taxation*: essays in honour of Klaus Vogel. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 224; PROKISCH, Rainer. Does it make sense if we speak of an "international tax language"? In: VOGEL, Klau (Coord.). *Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany.* The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 103-110.

[263] Apesar do texto da CVDT conter a expressão *objetivo e finalidade* no texto do Artigo 31(1), a doutrina utiliza a terminologia *objeto e finalidade*, conforme Rodrigo Maitto da Silveira, *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures,* cit., p. 118; ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 177.

[264]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 118.

[265]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 177.

[266]TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 145.

[267]Id. Ibid., p. 375-376.

[268]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 110-111.

[269]Terminologia adotada por GARBARINO ao se referir ao "contexto" dos tratados internacionais (GARBARINO, Carlo. op. cit., p. 527-529).

incluídos os protocolos, notas explicativas e explanações técnicas[272]); e (iii) outros acordos e instrumentos aceitos ou celebrados entre as partes desde que relacionados à conclusão do acordo em questão[273].

Assim, os termos não devem ser tomados ou interpretados isoladamente, mas sim no seu contexto[274] (que pressupõe o exame do objeto e dos fins do tratado), o que pode levar a um significado distinto ou particular[275]. Nas palavras de ROTHMANN:

> *O contexto é o conjunto do tratado, cada uma de suas partes e todas elas inter-relacionadas entre si. O exame do contexto leva a examinar também os fins e o objeto do tratado. O contexto abrange todo o tratado, constituído do corpo, do preâmbulo e dos anexos*[276].

Resta claro, a partir da definição acima transcrita, que a interpretação dos tratados a partir de seu contexto corresponderia à sua interpretação sistemática[277].Precisamente pelo fato de que os tratados não concluídos em um *vácuo jurídico*, nas palavras de ENGELEN,

---

[270]A regra da primazia do texto é, segundo ROTHMANN, de natureza técnico-jurídica e representa a expressão autêntica da vontade das partes (ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 165).

[271]Os preâmbulos dos tratados podem ter um valor jurídico significativo, contendo disposições suplementares ou complementares do acordo, ou mesmo servindo como meios de interpretação. Ademais, podem conter referências relativas aos motivos determinantes e aos fins que inspiraram os legisladores internacionais. Especificamente aos acordos internacionais contra a bitributação, os preâmbulos são bastantes curtos e limitam-se a expor a finalidade principal dos mesmos (por ex: *evitar a bitributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda*), conforme ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 172-177. Ainda assim, a existência da finalidade de *prevenir a evasão fiscal* ou de *evitar a evasão e elisão fiscal internacionais* ou, até, de *evitar a dupla não tributação* (*double non taxation*) dentre as finalidades de determinado acordo, pode levar a interpretações distintas no que tange aos demais artigos do acordo, tais como os Artigos envolvendo renda passiva e o conceito de beneficiário efetivo (Artigos 10, 11 e 12 da CM OCDE), a interpretação do Artigo 26 (Troca de Informações) e mesmo na aplicação de eventual *LOB clause*, isto é, artigo de limitação de benefícios. Por esta razão, entendemos que o preâmbulo tem importância considerável na interpretação dos acordos internacionais, inclusive aqueles para evitar a bitributação.

[272]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 118.

[273]VOGEL et al recomenda que, em qualquer dos casos, seja levada em consideração que as circunstâncias em que o tratado foi celebrado não são iguais àquelas existentes no momento da celebração de outro tratado conexo, quando da interpretação do contexto de um tratado internacional (VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 69-70).

[274]*O Direito não é escrito apenas por meio de textos, mas também de contextos, ou textos interligados, compondo uma estrutura ou sistema de normas gerais, especiais e específicas* (NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 91), ou seja, o texto é indissociável do seu contexto (Cf. ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 107).

[275]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 172.

[276]Id. Ibid., p. 172.

[277]Cf. ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 108; CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 265; GOUVEIA, Jorge Bacelar. op. cit., p. 211.

mas sim, no arcabouço da ordem jurídica internacional vigente, os tratados são por ele influenciados e dela fazem parte[278].

Adicionalmente, outros meios de interpretação são referidos no Artigo 31(3), notadamente acordos posteriores versando sobre a interpretação ou aplicação do tratado (por ex., tratados interpretativos), prática ulterior de comum acordo entre as partes do tratado[279] e regras de Direito Internacional aplicáveis (acordos suplementares[280]).

É de suma importância ressaltar que, nos casos de utilização de tratados posteriores à celebração do acordo contra a bitributação que se busca interpretar, o contexto pode ser (e, muitas vezes, será) distinto em razão das diferentes práticas de negociação à época da celebração do acordo original e do tratado posterior. Nesse sentido, em razão da evidente evolução social do direito, das práticas negociais e do próprio entendimento do significado de certos termos, a questão temporal é de grande relevância na interpretação do contexto de um tratado internacional.

Por essa razão, SILVEIRA observa uma diferença temporal entre o que ele chama de *co-texto* (Artigo 31, parágrafo 2) e o *contexto em sentido estrito* (Artigo 31, parágrafo 3): enquanto o primeiro se relaciona a elementos disponíveis no momento da celebração do tratado (intervalo temporal encerrado com a assinatura do tratado), o segundo faz alusão a acordos ou práticas subseqüentes (em que o corte temporal se inicia da assinatura do tratado e vai até a existência do instrumento posteriormente celebrado)[281]. Também nesse ponto as regras constitucionais de vigência de instrumentos internacionais no sistema jurídico de direito interno ganham importância, para determinação do termo inicial na aplicação dos acordos subseqüentes[282].

Já o parágrafo 4 do Artigo 31 traz a questão envolvendo o *sentido especial* (*special meaning*) de um termo, quando assim as partes desejarem. Para tanto, torna-se necessário não só a intenção dos Estados Contratantes em dar um sentido diferenciado a determinado termo utilizado no texto do acordo, mas, sobretudo, é imperioso que as partes tenham

---

[278]ENGELEN, Frank. op. cit., p. 241.

[279]Também chamada de *conduta ulterior das partes* ou *quase-autêntica*, sendo entendida como uma interpretação implícita (ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 177).

[280]GARBARINO ao se referir ao *contexto* dos tratados internacionais (GARBARINO, Carlo. op. cit., p. 528).

[281]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 119-120.

[282]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 38.

expressamente deliberado essa intenção no próprio texto do acordo[283]. Caso assim não fosse, haveria grandes riscos de o sentido não-usual desejado pelas partes não ser empregado no tratado, uma vez que o intérprete estaria, inicialmente, propenso a aplicar o sentido comum do termo, em cumprimento à determinação do Artigo 31(1) da CVDT.

Nesse tocante, os Estados Contratantes têm poderes para determinar a qualidade semântica das expressões e dos termos por eles utilizados no tratado. Se assim quiserem, devem introduzir tais novos conceitos específicos no texto do mesmo, de forma a enfatizar a relatividade terminológica almejada. Ainda assim, na ausência de menção expressa no texto do tratado, há quem sustente que o sentido especial pode decorrer de um entendimento tácito[284] por parte dos Estados signatários, apesar de reconhecermos ser esta uma árdua tarefa hermenêutica, sobretudo para fins de comprovação.

Esse sentido especial decorrente de entendimento tácito poderia ser obtido pelo uso dos meios suplementares de interpretação, quando a intenção das partes for ambígua ou obscura, ou onde o texto levar a resultados absurdos ou irracionais, quando interpretados de outra forma.

O Artigo 32 traz os meios suplementares de interpretação, infra reproduzido:

> *Artigo 32*
>
> *Meios Suplementares de Interpretação*
>
> *Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:*
>
> *a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou*
>
> *b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.*

Conforme se verifica, os meios suplementares tais como os trabalhos preparatórios e atos de execução podem ser utilizados no processo interpretativo, desde que não seja alcançada uma conclusão através da interpretação dos instrumentos previamente descritos nos parágrafos 2 e 3 do Artigo 31. Assim, caso a interpretação do termo veiculado pelo

---

[283]De acordo com HUMMER, citado por ROTHMANN (ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 167).

[284]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 120.

tratado ainda esteja vaga, obscura ou ambígua, ou leve a um resultado absurdo ou irracional, esses meios suplementares poderão ser utilizados.

Os trabalhos preparatórios permitem investigar a história da elaboração do texto do tratado, ao passo que os atos de execução do tratado representam a preocupação de salvaguardar a estabilidade e a evolução harmoniosa das relações internacionais. Nesse sentido, os meios suplementares constituem o elemento histórico[285] da interpretação dos tratados. Todavia, ambos somente podem ser utilizados se a redação do tratado não for clara o suficiente ou se seu sentido for desarrazoado, sendo assim, consistem em um método de segundo grau[286] ou de posição subalterna[287].

Por isso, o Artigo 32 contém o *contexto em sentido amplo*[288], que serve apenas como meio subsidiário para (i) confirmar[289] a interpretação realizada com base no Artigo 31, ou (ii) quando essa interpretação tenha se revelado infrutífera[290].

Interessante notar que JONES *et al*. entende ser possível a utilização de decisões judiciais de tribunais alienígenas como meios suplementares de interpretação, fazendo a ressalva de que nem todos os tribunais nacionais admitem o uso ou a referência a precedentes jurisprudenciais estrangeiros como fundamento para suas próprias decisões judiciais[291] e, portanto, essa aplicação irá variar de acordo com o país em questão.

---

[285]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 113.

[286]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 178.

[287]GOUVEIA, Jorge Bacelar. op. cit., p. 211. No mesmo sentido, REUTER, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*. Trad. Eduardo L. Suaréz. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999. p. 119-120. Para outros, os trabalhos preparatórios seriam um métodos complementar, que deve ser empregue com prudência uma vez que seu uso pode desvirtuar a aplicação do texto do tratado em razão de outros instrumentos como atas de conferência, projetos de tratado e outros (BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional privado*. Trad. Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 654). Criticando a hierarquização entre os elementos de interpretação, asseverando que esta geraria uma distorção da exteriorização das razões de sua conclusão vide ROCHA (ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 114) e também a posição de TORRES: *a interpretação do Direito Tributário se subordina ao pluralismo metodológico. Inexistente a prevalência de um único método* (TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 153-154). Concordamos com estes últimos autores no sentido de que, sob a ótica hermenêutica, não existe hierarquia entre os métodos ou elementos da interpretação jurídica, uma vez que são divisões para fins didáticos. Todavia, no caso dos meios suplementares de interpretação, concordamos com a parte da doutrina que entende serem estes, até por expressa menção no texto da CVDT, meios "secundários ou complementares" na interpretação dos termos de um tratado internacional, mas não por regra a priori de hierarquia entre os elementos ou métodos, mas sim, pela própria interpretação do texto (e do contexto) da CVDT, sobretudo seus Artigos 31 e 32.

[288]GARBARINO ao se referir ao "contexto" dos tratados internacionais (GARBARINO, Carlo. op. cit., p. 528).

[289]JONES, John F. Avery et al. *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of he OECD model*. British: Tax Review, 1984. p. 97.

[290]TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*, cit., p. 652.

[291]JONES, John F. Avery et al. *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of he OECD model*, cit., p. 97-99.

Finalmente, o Artigo 33 da CVDT dispõe sobre a interpretação com relação a pluralidade de idiomas. Vejamos sua redação:

> *Artigo 33*
>
> *Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas*
>
> *1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.*
>
> *2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.*
>
> *3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.*
>
> *4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos*

Esse artigo trata da interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas e presume, no parágrafo 3º, que os termos de um acordo têm o mesmo significado nos diversos textos autênticos. A prevalência no sentido do termo em um dos idiomas existirá apenas se as partes assim tenham acordado, conforme disposto no parágrafo 1º. A versão em idioma alheio ao que o tratado foi autenticado somente será utilizada se o tratado assim previr ou se houver concordância entre as partes (parágrafo 2º). Por fim, o parágrafo 4º deixa claro que, em caso de divergência semântica entre os idiomas dos textos autênticos, adotar-se-á aquele melhor conciliar o objeto e a finalidade do tratado.

Após expostas as principais regras de interpretação de Direito Internacional Público presentes na CVDT, passaremos à análise das normas de interpretação específicas dos acordos internacionais contra a bitributação para, posteriormente, examinarmos sua inter-relação.

2.3. A Norma de interpretação na Convenção Modelo OCDE

2.3.1. Considerações gerais

A interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação envolve um processo cognitivo entre vários Estados e, por essa razão, deve sempre buscar uma interpretação minimamente comum de seus termos que leve a aplicação harmônica de suas normas, a partir do texto do acordo[292], num ambiente global.

A doutrina internacional[293] reconhece que a interpretação e aplicação dos acordos devem seguir as regras do Direito Internacional Geral e, para ser garantida (dentro do possível) a interpretação uniforme, o acordo deve ser interpretado a partir de seu próprio texto sendo somente admissível, subsidiariamente, recorrer a *lex fori* (lei interna dos Estados Contratantes) quando as partes não chegarem a um consenso quanto ao seu significado.

Por essa razão, a CM OCDE traz em seus artigos algumas definições-chave, consideradas essenciais para a interpretação e aplicação por partes dos Estados que adotam esse modelo. Dentre essas expressões e termos, encontramos não apenas aqueles previstos no parágrafo 1 do Artigo 3 (Definições Gerais), mas também outros espalhados pelos demais artigos da Convenção Modelo, tais como *residente de um Estado Contratante* (Artigo 4), *estabelecimento permanente* (Artigo 5), *propriedade imobiliária* (Artigo 6), *dividendos* (Artigo 10), *juros* (Artigo 11) e *royalties* (Artigo 12), dentre outros. Esses termos são chamados de *self-executing*[294], i.e., expressões autônomas.

Assim, cabe exclusivamente aos Estados Contratantes a interpretação do acordo por eles concluído, em razão da ausência de autoridade superior e comum para resolução de qualquer impasse dele decorrente[295]. A interpretação adotada pelos Estados Contratantes é

---

[292]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 121.

[293]Cf SPITALER, TROTOBAS, TENÓRIO e BONFILIS citados por ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 158-159.

[294]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 121.

[295]Não existe, por exemplo, um Tribunal Tributário Internacional ou uma Corte Fiscal Internacional, como existe para o Direito Penal ou para conflitos de direito privado submetidos a Tribunais Arbitrais Internacionais. Uma vez que o poder de tributar é uma das maiores expressões da soberania dos Estados modernos, entendemos que isso dificilmente irá ocorrer, num futuro próximo.

normalmente consignada em protocolos, trocas de notas concordantes ou em forma de declarações recíprocas documentadas e, somente quando não houver consenso por meio negocial ou diplomático, é que se torna aceitável o recurso à legislação interna de cada Estado[296].

O grande problema envolvendo a interpretação dos acordos contra a bitributação ocorre quando alguns dos termos utilizados em seu texto não possuem definição expressa, gerando dúvida ou divergência entre os Estados Contratantes. A CM OCDE trata dessa questão em seu Artigo 3(2), quando prevê a possibilidade de remissão ao direito interno dos Estados para a solução desse impasse interpretativo.

2.3.2. Artigo 3(2) da Convenção Modelo OCDE: interpretação por reenvio ao direito interno

A CM OCDE contém, em seu Artigo 3(2), a chamada *cláusula de reenvio* ou *general renvoi clause*[297], também conhecida como *lex fori clause*[298], assim redigida[299]:

> *Artigo 3º.*
>
> *Definições Gerais*
>
> *1. (...)*
>
> *2. No que se refere à aplicação[300] da Convenção, num dado momento, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão não definidos de outro modo terão, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o significado que lhe for atribuído nesse momento pela legislação diferente, o significado que lhe for atribuído nesse momento pela legislação desse Estado que regula os impostos a que a Convenção se aplica, prevalecendo a interpretação resultante da legislação fiscal sobre a que decorre de outra legislação desse Estado.*[301] (g.n.)

---

[296]ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 159.

[297]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 123.

[298]BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*, cit., p. E-20.

[299]OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada. Comité dos Assuntos fiscais da OCDE. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal,* Coimbra, n. 197, p. 32-33, 2005.

[300]Convém mencionar a ressalva de SILVEIRA - com a qual concordamos - sobre o uso impróprio do vocábulo *aplicação* neste dispositivo, uma vez que o Artigo 3(2) trata de regra de interpretação, sendo a *aplicação* do acordo etapa posterior à interpretação de seus termos, após a construção das significações do texto (SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 122).

[301] Tradução livre. No original, em inglês:
Article 3. General Definitions
1. (…)

Conforme se observa de sua redação, esse artigo deve ser aplicado quando um termo inserido no texto do acordo não possuir definição e, assim, reste inviável a interpretação comum do mesmo por parte dos Estados Contratantes, seja pela redação da cláusula aplicável seja pelo contexto da situação sob análise.

Nesse caso, o Artigo 3(2) permite a aplicação de leis internas dos Estados para interpretação do termo não definido no texto e não extraído do contexto do acordo contra a bitributação. Por esta razão, a remissão ao direito interno é a exceção[302], razão pela qual sua utilização deve ser sempre subsidiária e ao máximo evitada, visto que a preservação da força normativa e o próprio espírito dos acordos[303] seriam ameaçados por meio de recorrentes reenvios à leis internas podendo, inclusive, levar à dupla ou pluritributação da renda[304].

Corroborando o entendimento de que a remissão ao direito interno é alcance restrito, SCHOUERI assevera que os dispositivos equivalentes ao Artigo 3(2) da CM OCDE, quando inseridos nos acordos contra a bitributação, somente são aplicáveis se não for possível, a partir do texto do acordo, verificar o significado de uma expressão ou vocábulo nele contido e, adicionalmente, desde que o contexto não imponha interpretação diversa[305].

Assim, a regra geral para interpretação[306] dos acordos contra a bitributação segue certa hierarquia[307]: primeiramente, deve-se considerar as definições existentes no texto do próprio acordo; caso o termo a ser interpretado não possua definição (ou possua definição

---

2. As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.(RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 9.)

[302]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 146.

[303]TÔRRES, Heleno Taveira. A interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária sobre a renda e o capital. In: FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA. *Estudios en memória de Ramón Valdés Costa.* 1. ed. Fundación de Cultura Universitária, 1999. v. 1, p. 353-358.

[304]VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 77.

[305]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 34-35.

[306]Para ROCHA, o Artigo 3(2) não pode ser enquadrado como uma regra geral de interpretação pois este dispositivo apenas estabelece os limites da integração do texto convencional pelo direito interno de cada um dos Estados Contratantes (ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 146). Também SCHOUERI salienta que o parágrafo 2 do Artigo 3 *se restringe à determinação do significado de uma expressão, não definida no acordo de bitributação* (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro,* cit., p. 264). Todavia, os Comentários da OCDE entendem ser, o Artigo 3(2), uma regra geral de interpretação ao dizer que *o presente Artigo reúne algumas disposições gerais necessárias à interpretação das expressões utilizadas na Convenção* (Comentários da OCDE ao Artigo 3, item 1 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 101).

[307]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 123.

incompleta ou parcial[308]) na convenção, deve-se verificar se é possível a construção do significado a partir do contexto em que se insere o acordo; se, mesmo assim, não for possível encontrar o sentido do termo utilizado no acordo, deve-se proceder ao reenvio à legislação doméstica dos Estados Contratantes[309].

A aplicação da lei interna, para VOGEL, deve ser feita em conformidade com os Artigos 31 (Regra Geral de Interpretação) e 32 (Meios Suplementares de Interpretação) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[310] – abordados no item 2.2.2 deste Capítulo – ressaltando que, não obstante, o Artigo 3(2) dos acordos contra a bitributação é verdadeira norma especial de interpretação em relação às regras gerais do Direito Internacional Público[311].

A utilização de lei doméstica tem, portanto, caráter subsidiário frente às definições existentes no acordo[312], i.e., em seu texto e contexto. Por esse motivo, torna-se imprescindível a definição de *contexto* uma vez que, somente após inexistência de significado de uma expressão no contexto dos acordos contra a bitributação (i.e., falha da segunda etapa interpretativa), é que é permitido o recurso à lei interna.

---

[308]Entendemos que a aplicação do Artigo 3(2) se dá não somente nos casos de ausência de definição de um termo no texto do acordo, mas, da mesma forma, quando essa definição seja feita de forma parcial e incompleta. No mesmo sentido: JONES, John F. Avery et al. *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of he OECD model*, cit., p. 21).

[309]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 146-147. No mesmo sentido, TÔRRES resume da seguinte formas as etapas interpretativas dos termos utilizados em acordos contra a bitributação: *do texto convencional vai-se ao seu contexto e deste ao direito interno dos Estados contratantes, sempre que possível, para alcançar a composição da norma individual e concreta aplicável* (TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 640). Vide também: JONES, John F. Avery. Problems of categorizing tncome for tax treaty purposes. In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Moris; Raad, KEES van et al. (Coord.). *International and comparative taxation*: essays in honour of Klaus Vogel. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 10-13.

[310]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 43. Concordando com essa posição, GIULIANI, Federico Maria. La interpretazione delle Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Corso di diritto tributário internazionale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 133.

[311]VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 77.

[312]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 186.

2.4. Definição de contexto para fins do Artigo 3(2)

2.4.1. Considerações gerais

Conforme já consignamos neste capítulo, partilhamos da opinião de que as normas da CVDT se aplicam aos acordos contra a bitributação, por serem normas de Direito Internacional Geral que regem os acordos internacionais. Assim, para a construção do *contexto* mencionado no Artigo 3(2) da CM OCDE, deve-se partir da noção de contexto presente nos parágrafos 2º e 3º do Artigo 31 da CVDT, anteriormente analisados.

A dúvida surge, nesse sentido, quanto à extensão do significado de "contexto" mencionado no Artigo 3(2) da CM OCDE quando comparado ao Artigo 31 da CVDT, para fins de aplicação da norma de direito interno que, por sua vez, somente ocorrerá caso o contexto dos acordos contra a bitributação assim permita. Deve-se, portanto, esgotar o *contexto* desses acordos, antes de se aplicar a remissão às normas de direito interno para interpretar um termo ou expressão não definido ou de definição incompleta no texto do acordo tributário.

Sustentando uma interpretação restrita do *contexto* previsto no Artigo 3(2) da CM OCDE, GIULIANI o entende ser irrelevante a expressão *unless the context otherwise requires* desse dispositivo, uma vez que bastaria a interpretação do parágrafo 2º do Artigo 31, da CVDT para a interpretação dos acordos contra a bitributação[313].

Em sentido diferente, os Comentários da OCDE ao Artigo 3(2) expõem que o contexto inclui não apenas a intenção dos Estados Contratantes, no momento da assinatura do acordo, mas, também, o significado atribuído ao termo pela legislação interna do outro país (isto é, do país que não está aplicando o acordo no caso concreto), em razão do princípio da reciprocidade ser implicitamente aplicado[314].

---

[313]GIULIANI, Federico Maria. op. cit., p. 136.

[314]No original: "*12. [-] However,, paragraph 2 specifies that this applies only if the context does not require na alternative interpetation. The context is determined in particular by the intention of the Contracting States when signing the Convention as well as the meaning given to the term in question in the legislation of the other Contracting State (na implicit reference to the principle of reciprocity on which the Convention is based). The wording of the Article therefore allows the competent authorities some leeway*" (OCDE, Comentários da OCDE ao Artigo 3, parágrafo 2, item 12. Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 96).

Ao analisarmos o Artigo 3(2) da CM OCDE é possível verificar que sua noção de contexto é calcada na vontade das partes (abordagem subjetiva), ao passo que, o contexto utilizado no Artigo 31 da CVDT foca no texto (abordagem objetiva), conforme bem observou SILVEIRA[315].

Fato é que não existe consenso na doutrina especializada sobre o que, de fato, significaria o *contexto* do Artigo 3(2)[316], mas há certo consenso no sentido de que o contexto desse artigo é mais amplo do que o contexto referido no Artigo 31 da CVDT[317]. Isso se deve ao fato de que as funções do *contexto* de cada um desses veículos normativos são distintas[318].

Uma vez que se evita ao máximo o reenvio ao direito interno[319] dos Estados Contratantes[320], o contexto do Artigo 3(2) seria equivalente *ao resultado da interpretação mediante a utilização de todos os elementos que o intérprete tenha a sua disposição*[321], numa perspectiva abrangente de contexto[322], *compreensivo de tudo aquilo que é possível recorrer na interpretação dos tratados internacionais, segundo as normas contidas na Convenção de Viena*[323].

Destarte, o contexto do Artigo 3(2) da CM OCDE não englobaria apenas o texto e outros tratados ou instrumentos relacionados com a sua conclusão (conforme exposto no parágrafo 2º do Artigo 31 da CVDT) – chamados de *contexto interno* – mas também: (i) os trabalhos preparatórios (de aplicação subsidiária, conforme estabelecido no Artigo 32 da CVDT); (ii) os acordos (*parallel treaties*) e práticas subseqüentes; (iii) os significados especiais cujas partes intencionalmente desejaram atribuir (conforme os parágrafos 3 e 4

---

[315]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 125.
[316]Cf. VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 81.
[317]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 187; ENGELEN, Frank. op. cit., p. 477.
[318]VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 82.
[319]Para TÔRRES, o reenvio ao direito interno pode ocorrer em 3 hipóteses: (i) quando o texto do acordo assim determinar; (ii) quando o contexto ou algum dos meios suplementares de interpretação o requeira; ou (iii) quando o texto do tratado, o seu contexto e os meios suplementares de interpretação não forem suficientes para se chegar a uma solução satisfatória para as partes envolvidas (TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*, cit., p. 655).
[320]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 42.
[321]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p 153-154.
[322]JONES, John F. Avery et al. *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of he OECD model*, cit., p. 104.
[323]GIULIANI, Federico Maria. op. cit., p. 136.

do Artigo 31 da CVDT); e (iv) diferentes versões do mesmo acordo, quando autenticado em mais de um idioma (nos termos do Artigo 33 da CVDT)[324].

Já ROCHA[325], analisando a corrente doutrinária que defende a interpretação abrangente e ampla do significado de *contexto* do Artigo 3(2) da CM OCDE, lista os seguintes componentes como possíveis de serem incluídos em sua definição:

> (i) Comentários à CM OCDE;
>
> (ii) intenção das partes;
>
> (iii) outros acordos contra a bitributação celebrados pelas partes (*parallel treaties*); e
>
> (iv) a legislação doméstica do outro Estado Contratante e as decisões proferidas pelas autoridades do outro Estado Contratante sobre a interpretação/aplicação do acordo contra a bitributação.

Analisaremos, a seguir, os componentes usualmente incluídos, segundo a maior parte da doutrina, na definição do contexto mencionado no Artigo 3(2), de forma individualizada.

2.4.2. Convenção Modelo OCDE como instrumento de interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação

Existe discussão sobre a possibilidade de a Convenção Modelo da OCDE ser, ela própria, um elemento do contexto dos acordos contra a bitributação para fins de sua interpretação, à luz das regras interpretativas previstas na CVDT.

Ora, a Conveção Modelo da OCDE, assim como os demais modelos tais como o Modelo EUA e o Modelo da ONU consistem, como o próprio nome indica, em *modelos*, isto é, padrões, minutas-gerais para fins da redação de acordos contra a bitributação, visando facilitar o processo de redação, negociação, interpretação e aplicação desses acordos, de maneira razoavelmente uniforme entre os Estados[326].

---

[324]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 126.

[325]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p 154.

[326]VOGEL, Klaus. Problemas na interpretação de acordos de bitributação. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário (Homenagem a Alcides Jorge Costa)*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2, p. 964-966.

Precisamente em virtude da natureza das convenções modelo em geral, isto é, de um guia ou rascunho para a criação e celebração de acordos contra a bitributação, alguns especialistas[327] entendem que eles são desprovidos de força vinculante na interpretação dos acordos.

Entretanto, para GARBARINO, o Artigo 31, parágrafo 2 (b) da CVDT contemplaria a própria CM OCDE como um *instrumento estabelecido e aceito pelas partes como sendo relativo ao tratado*[328]. Em sentido contrário, PROKISCH afirma que a CM OCDE não se enquadraria em nenhuma das regras de interpretação contidas na CVDT, isto é, não seria um acordo posterior feito pelas partes em conexão com a conclusão do tratado (Artigo 31, parágrafo 2 (a)); também não seria um instrumento estabelecido por uma das partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pela outra parte (Artigo 31, parágrafo 2 (b)); tampouco se enquadraria como *contexto* em sentido estrito, para fins do Artigo 31(3)[329].

Todavia, a posição de PROKISCH não significa que a CM OCDE não deve ser considerada na construção dos sentidos dos termos utilizados nos acordos contra a bitributação, uma vez que esse modelo exerce importante papel na criação da chamada *linguagem fiscal universal* (*international tax language*), assim entendida como um senso internacional razoavelmente comum no uso dos termos em um acordo tributário bilateral[330]. O autor explica que a *linguagem fiscal universal* estaria enquadrada no *sentido comum* dos termos dos tratados, previsto do Artigo 31 (1) da CVDT[331].

Independentemente da natureza jurídica da CM OCDE, bem como dos demais modelos de acordos internacionais, sua importância prática é reiterada não somente para a celebração de novos acordos, mas também para interpretação dos mesmos, à luz das regras de interpretação contempladas na CVDT[332].

Ao considerar a CM OCDE na interpretação dos termos de um acordo contra a bitributação, seja por incluí-la no escopo de contexto da CVDT e, portanto, contexto do Artigo 3(2) dos acordos, seja por atribuir à Convenção Modelo importância prática e não

---

[327]ENGELEN, Frank A.; POTGENS, Frank P. Report on the application of the OECD model tax convention to partnerships' and the interpretation of tax treaties. Bulletin – European Taxation, Amsterdam: IBFD, p. 265-266, July 2000. p. 265-266.
[328]GARBARINO, Carlo. op. cit., p. 290.
[329]PROKISCH, Rainer. A intepretação dos tratados de dupla tributação, cit., p. 23.
[330]PROKISCH, Rainer. Does it make sense if we speak of an "international tax language"?, cit., p. 106-108.
[331]PROKISCH, Rainer. A intepretação dos tratados de dupla tributação, cit., p. 30.
[332]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 141.

vinculante, surge a dúvida sobre qual versão desse modelo deve ser utilizada pelo intérprete: aquela vigente na data da assinatura do acordo (abordagem estática) ou aquela existente no momento da interpretação e aplicação do mesmo (abordagem dinâmica). Uma vez que esta questão é idêntica aquela envolvendo os Comentários da OCDE, se seriam aplicáveis, a interpretação do acordo, os Comentários vigentes à época da assinatura ou de sua interpretação, analisaremos a seguir esse tópico, de forma unificada, evitando repetições desnecessárias.

2.4.3. Comentários à CM OCDE

2.4.3.1. Função, importância e natureza jurídica

A Convenção Modelo da OCDE possui comentários específicos para cada um de seus artigos, referidos como Comentários da OCDE. A função primordial dos Comentários é a de esclarecer a interpretação e aplicação das disposições da CM, consignando eventuais posicionamentos contrários dos Estados Membros, conhecidos como *Reservas*, na interpretação ou aplicação de algum dos dispositivos da Convenção Modelo, em face de sua legislação interna ou simples opção por sua não adoção como política geral e prática dos tratados (*treaty practice*). Também são incluídas, por vezes, observações a certos Comentários, a pedido de alguns Estados Membros, quando da impossibilidade de se conformarem com a interpretação do determinado artigo (*Observações*). Estas não constituem divergência quanto ao texto da CM, mas sim, são verdadeiros indicativos quanto ao modo como esses países irão aplicar as disposições do artigo em questão[333].

De acordo com a parte intitulada *Introdução* da CM OCDE, em seus parágrafos 28 e 29, cada um dos artigos da Convenção Modelo foi objeto de comentários circunstanciados, redigidos e aprovados por peritos representativos dos governos dos Estados Membros no seio do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, por isso têm papel importante do desenvolvimento do direito fiscal internacional[334].

---

[333]Introdução aos Comentários da OCDE, itens 28 a 32 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 23-25).
[334]Id. Ibid., p. 23.

Apesar de não ser o objetivo dos Comentários tornarem-se um anexo ao texto dos acordos tributários celebrados pelos Estados Membros, revelam-se extremamente úteis na aplicação e interpretação dos acordos e, sobretudo, na solução de eventuais controvérsias entres os Estados Contratantes. O item 29 da *Introdução* aos Comentários assim confirma:

> *29. (...) Muito embora os Comentários não se destinem a ser anexados de uma forma ou de outra às Convenções a serem celebradas pelos países membros, as quais constituem únicos instrumentos jurídicos internacionais de natureza vinculante, podem, não obstante, revelar-se extremamente úteis na aplicação e interpretação das Convenções e, designadamente, na resolução de eventuais controvérsias*[335].

Sob a ótica das Administrações Fiscais, os Comentários mostram-se úteis para solução de questões do dia-a-dia, bem como questões mais complexas que envolvam os propósitos subjacentes às disposições da CM OCDE[336]. Para o contribuinte, a relevância dos Comentários está na sua utilização no exercício de suas atividades e orientação de seus investimentos e operações internacionais[337].

Portanto, os Comentários têm a função de auxiliar a interpretação e aplicação de um acordo contra a bitributação, especialmente aqueles que adotam, no todo ou em parte, o texto da Convenção Modelo da OCDE.

Não há, entretanto, um consenso internacional sobre a relação entre os Comentários e os acordos celebrados com base na CM OCDE, apesar de ser patente a importância dos primeiros na determinação do escopo, conteúdo e alcance dos últimos[338]. No entanto, há dúvida sobre qual seria essa especial importância dos Comentários na interpretação dos acordos que tomam por base a CM OCDE.

Para VOGEL, as orientações contidas nos Comentários são vinculantes apenas para as autoridades fiscais dos Estados, pois se assemelham às normas administrativas de direito interno. O professor, inclusive, menciona que a própria OCDE fez diversas recomendações

---

[335]Tradução livre. No original: "*29. (…) Although the Commentaries are not designed to be annexed in any manner to the conventions to be signed by Member countries, which unlike the Model are legally binding international instruments, they can nevertheless be of great assistance in the application and interpretation of the conventions and, in particular, in the settlement of any disputes (…)*" (RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 58).

[336]Introdução aos Comentários da OCDE, item 29.1 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 24).

[337]Introdução aos Comentários da OCDE, item 29.2 (Id. Ibid., p. 24).

[338]AULT, Hugh J. The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties, *Intertax*, n. 4, p. 144, 1994.

para que as administrações tributárias estatais sigam os Comentários da OCDE, em sua versão atual, como prática tributária[339].

De acordo com TÔRRES, seria recomendável que os acordos contivessem menção expressa de que os Comentários são instrumentos de interpretação autêntica, uma vez que são elaborados de forma consensual pelos Estados Membros da OCDE e inclusive por não-Membros que seguem suas diretrizes, como ocorre com o Brasil[340]. Neste ponto, VOGEL observa que quando um país celebra um acordo contra a bitributação nos moldes da Convenção Modelo OCDE, ele está tacitamente aceitando seus Comentários[341] o que, no caso, valeria para o Brasil – uma vez que, não obstante não ser membro da OCDE, adota como modelo, essencialmente, a CM OCDE.

Nesse sentido, SCHOUERI expõe que, apesar de os Comentários não terem força vinculante entre os países que não são membros da OCDE, como é o caso do Brasil, ao adotar a CM OCDE o país dá indícios de que, exceto se as circunstâncias provem o contrário, os Estados Contratantes estavam cientes das disposições da CM e dos Comentários, justificando, assim, a observância dos mesmos[342].

Entendemos, assim como outros doutrinadores[343], que os Comentários têm a natureza de *soft law*, i.e., são meras recomendações ou diretrizes sugestivas, não-vinculantes, desenvolvidas por organizações internacionais sobre determinado tema de aplicação transnacional[344]-[345].

---

[339]VOGEL, Klaus. Problemas na interpretação de acordos de bitributação, cit., p. 968.

[340]TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*, cit., p. 654.

[341]VOGEL, Klaus. Influence of the OECD commentaries on treaty interpretation. *Bulletin – tax treaty monitor,* Amsterdam, p. 614, Dec. 2000.

[342]SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 – Parecer. In: *Direito Tributário Atual*, n. 16, p. 198, São Paulo: IBDT/Dialética, 2011. p. 198.

[343]Nesse sentido: SACCHETTO, Cláudio. Direito internacional tributário. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 5, 2007. p. 144; e PIJL, Hans. Os comentários da OCDE como fonte do direito internacional e o papel do Poder Judiciário. Trad. Luiz Carlos de Andrade Jr. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, n. 4, p. 207-208, 2006.

[344]*Normally 'soft law' is created within international organizations or is at any rate promoted by them. It chiefly relates to human rights, international economics relations and protection of the environment* (CASSESE, Antonio. *International law*. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press. 2005. p. 196).

[345]Nas palavras de NASSER, '*soft law' é uma norma genérica que recebe um fenômeno multifacetado. Pode-se, no entanto, pensá-lo sinteticamente, como dois tipos de manifestação normativa em Direito Internacional: as normas moles, flexíveis, ambíguas, desprovidas de previsão e de sanção de um lado, e os instrumentos normativos que, por não serem tratados celebrados em boa e devida forma entre os Estados, a rigor não obrigam juridicamente* (NASSER, Salem Hikmat. Direito internacional do meio ambiente, direito transformado, jus cogens e soft law. In: NASSER, Salem Hikmat; REIS, Fernando Baldy dos (Orgs.), Direito internacional do meio ambiente: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25).

Esse, inclusive, foi o entendimento consignado pelos especialistas internacionais. Ao analisar os dispositivos da Convenção que rege a OCDE, datada de 14 de dezembro de 1960, os professores de diversos países relembraram que a OCDE pode tomar decisões (vinculantes aos Estados Membros) ou recomendações (não vinculantes), sendo estas últimas dotadas apenas de força moral para seu cumprimento[346]. Para esses autores, a CM OCDE e seus Comentários seriam enquadrados como recomendações, conforme o previsto no Artigo 5(b) da Convenção da OCDE e, portanto, não são juridicamente vinculantes[347].

Assim, como são não-vinculantes, as reservas e observações feitas pelos Estados, Membros ou não-Membros da OCDE, esvaziam-se de aplicabilidade prática, servindo apenas a título informativo.

Em suma, ainda que se negue a força vinculante dos Comentários[348], eles constituem importante instrumento interpretativo dos acordos, pois refletem o significado de cada um dos artigos de um acordo contra a bitributação celebrado nos moldes da CM, daí sua relevância para fins de interpretação. Ademais, pragmaticamente, os Comentários têm sido cada vez mais utilizados como supedâneo para embasar decisões de cortes judiciais de diversos países[349].

2.4.3.2. Comentários à CM OCDE como contexto do artigo 3(2)

Outro ponto de divergência na doutrina internacional refere-se à específica possibilidade de inclusão dos Comentários da OCDE no escopo do *contexto* mencionado no Artigo 3(2) da CM OCDE.

Uma vez que inexiste qualquer dispositivo expresso sobre a validade e natureza jurídica dos Comentários na CVDT, no texto dos acordos contra a bitributação ou em outro

---

[346]JONES, John F. Avery.; ELLIS, Maarten J.; MAISTO, Guglielmo et al. *The interpretation of income tax treaties with particular reference to the commentaries on the OECD model*. Amsterdam: IBFD, 2006. p. 6-7.

[347]Id. Ibid., p. 8.

[348]No ordenamento jurídico da Noruega aparentemente é possível, em tese, sustentar que os Comentários têm força vinculante, em razão da decisão *Norsk Retstidende*, na qual a Corte judicial mais elevada daquele país entendeu que os procedimentos amigáveis previstos no Artigo 25 da CM OCDE seriam considerados como acordos tributários (vide Klaus Vogel, VOGEL, Klaus. Influence of the OECD commentaries on treaty interpretation, cit., p. 613.

[349]ENGELEN, Frank A.; POTGENS, Frank P. op. cit., p. 267.

instrumento semelhante[350], a dificuldade está em classificar os Comentários para fins interpretativos.

Entre as possíveis classificações dos Comentários como contexto nos termos da CVDT, estaria seu enquadramento como (i) contexto interno, de acordo com o Artigo 31(2)(a) ou (b); ou (ii) contexto externo, de acordo com o Artigo 31(3).

A classificação enquanto contexto interno com base no Artigo 31, parágrafo 2, (a), levaria em consideração os Comentários como um acordo celebrado pelos Estados em conexão com a conclusão do acordo objeto de interpretação. Já sua classificação no Artigo 31, parágrafo 2, (b), estaria calcada na concepção de contexto *lato sensu*, i.e., um instrumento aceito pelas partes relativamente ao acordo[351]. Essa é a posição de VAN RAAD[352].

Também JONES *et al.*[353], defende que, quando o acordo não contiver a definição de determinado termo e este estiver definido nos Comentários (vigentes na época da celebração do acordo), os Comentários deverão ser considerados como contexto nos termos do Artigo 3(2) da CM OCDE evitando, assim, o reenvio ao direito interno pelo Estado que estiver aplicando o acordo tributário.

Sustentando entendimento contrário, AULT partilha da opinião de que inexistiria conexão entre os Comentários e a conclusão do acordo contra a bitributação celebrado pelos Estados Contratantes[354] e, consequentemente, não poderiam ser considerados como contexto segundo a CVDT.

No direito pátrio, XAVIER também discorda da classificação dos Comentários como *contexto* para fins das regras da CVDT consignando, contudo, seu *relevo interpretativo*[355].

Defendendo a impossibilidade de enquadramento dos Comentários como contexto interno e externo, ROCHA afirma que, para fins do Artigo 31(2)(a), os Comentários não são um acordo relativo à interpretação do tratado celebrado juntamente com este e, para

---

[350]JONES, John F. Avery. The effect of changes in the OECD commentaries after a treaty is concluded. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation,* Amsterdam, p. 102, March 2002.
[351]A questão envolvendo o fato de o Estado ser ou não membro da OCDE não seria relevante para ambas as classificações (Cf. GIULIANI, Federico Maria. op. cit., p. 137).
[352]Kees Van Raad, *Interpretation of Tax Conventions*, m.B.B., 1978, n. 2/3, p. 49 apud AULT, Hugh J. op. cit., p. 145.
[353]JONES, John F. Avery.; ELLIS, Maarten J.; MAISTO, Guglielmo et al. op. cit., p. 112.
[354]AULT, Hugh J. op. cit., p. 145.
[355]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 188.

fins do Artigo 31(2)(b), não constituem um instrumento estabelecido pelas partes quando da conclusão do acordo, relacionados à sua interpretação[356].

No que se refere à classificação dos Comentários como *contexto externo*, nos termos do Artigo 31(3), observa-se que só serviriam para fundamentar a interpretação de acordos com base em Comentários posteriores à celebração dos primeiros, pois os itens (a) e (b) desse dispositivo da CVDT tratam apenas de *acordo posterior* e *prática seguida posteriormente*, respectivamente, para a sua inclusão no contexto dos acordos contra a bitributação. Assim, só serviria para os defensores da interpretação dinâmica dos Comentários[357].

Ao divergir sobre essa possibilidade, ROCHA assevera que os Comentários: (i) não são um acordo posterior entre as partes a respeito da interpretação do tratado já celebrado (Artigo 31(3)(a)); (ii) não materializam uma prática seguida posteriormente pelas partes na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça um acordo sobre sua interpretação (Artigo 31(3)(b)); e (iii) não são regras de Direito Internacional que integram a interpretação dos acordos contra a bitributação (Artigo 31(3)(c))[358].

Sob essa ótica, JIMÉNEZ salienta que os Comentários, enquanto *soft-law* podem se tornar *hard-law* quando são aplicados dentro de um sistema nacional pelas autoridades tributárias e pelos tribunais. Contudo, eles seriam somente um elemento de interpretação a ser considerado quando da interpretação do acordo contra a bitributação, pois sob o ponto de vista de direito interno eles não existem como normas nacionais[359].

Curiosa a conclusão de ROCH e RIBES no sentido de que, consequentemente, apenas na hipótese de se considerar o conteúdo dos Artigos 31(2) e (3) como não sendo de natureza taxativa (*numerus clausus*) é que seria possível incluir os Comentários da OCDE no escopo de "contexto" de tratado definido na CVDT[360].

Porém, essa conclusão recebe corretas críticas na medida em que, conforme já aduzimos, a maior parte da doutrina entende que o *contexto* do Artigo 3(2) da CM OCDE é de maior abrangência do que aquele previsto na CVDT. Logo, se os Comentários não se

---

[356]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 156.
[357]ELLIS, Maarten J. The influence of the OECD commentaries on treaty interpretation – response to Prof. Dr. Klaus Vogel. *Bulletin – Tax Treaty Monitor,* Dec., p. 617-618.
[358]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 157.
[359]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. The 2003 revision of the OECD commentaries on improper use of tax treaties: a case of declining effect of the OECD Commentaries? *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, p. 27-28, Jan. 2004.
[360]ROCHA, Maria Teresa Soler; RIBES, Aurora. Tax treaty interpretation in Spain. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 309-310.

inserem na CVDT (de escopo mais restrito), isso não significa que não poderiam, por esse raciocínio, estar incluídos no Artigo 3(2) (de escopo mais amplo).

Pela simples redação dos Artigos 31 e 32 da CVDT, quer nos parecer que os Comentários não estariam inseridos, propriamente, na definição de contexto por eles descrita. Isso não significa, para nós, que os Comentários não devam ser utilizados como relevante elemento adicional na interpretação dos acordos contra a bitributação que adotam essa modelo (total ou parcialmente).

2.4.3.3. Comentários à CM OCDE como significado ordinário ou especial – *linguagem fiscal internacional*

O Artigo 31(4) da CVDT dispõe que *um termo será entendido sem sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes*. Nesse sentido, questiona-se a possibilidade de os Comentários serem utilizados na condição de *sentido especial* desejado pelos Estados Contratantes.

Interessante é a opinião de VOGEL, veiculada em trabalho específico, quando o professor consignou o entendimento de que os Comentários consistiriam em uma *linguagem fiscal internacional* e, por isso, poderiam ser enquadrados como *sentido especial*, para fins do Artigo 31(4) ou, sob outra perspectiva, seriam uma linguagem técnica usual, entendidos nesse caso como o *sentido comum* do Artigo 31(1)[361].

A separação seria feita com base cronológica. Para o enquadramento dos Comentários como *sentido comum* dos termos utilizados nos acordos contra a bitributação, seria necessário que houvesse decorrido tempo considerável para que os Comentários se transformassem em linguagem fiscal internacional. Assim, para que um termo possuísse *sentido comum* quando utilizado acordos tributários, no ano de 2000 (data da publicação do artigo do professor), os Comentários contendo tal definição teriam que ser aqueles datados de 1963 ou de 1977[362], classificados no Artigo 31(1).

Se, ao contrário, os Comentários fossem recentes, caberia a análise da possibilidade de seu enquadramento como *sentido especial*, para fins do Artigo 31(4) da CVDT.

---

[361]VOGEL, Klaus. Influence of the OECD commentaries on treaty interpretation, cit., p. 612-614.
[362]Id. Ibid.,p p. 616.

Caberia, ainda segundo VOGEL, possível enquadramento dos Comentários como meios suplementares de interpretação, conforme o disposto no Artigo 32 da CVDT, desde que interpretação prévia com base no Artigo 31 tivesse resultado ambíguo, obscuro, absurdo ou irrazoável[363], visando esclarecer ou confirmar essa interpretação anterior. Nesta hipótese, já haveria, para aplicação do Artigo 32, uma interpretação minimamente construída, porém incompleta, e o papel dos Comentários seria o de apenas complementar a significação da norma existente.

Todavia, esse raciocínio proposto por VOGEL só seria válido para os Estados Membros da OCDE, e desde que eles não tivessem feito qualquer reserva ao item dos Comentários a ser interpretado e aplicado no caso concreto[364].

A posição de VOGEL sofreu críticas pelo grupo de especialistas em tributação internacional, encabeçados por JONES *et al*., para quem uma *linguagem fiscal internacional* dificilmente poderia ser reconhecida como o sentido comum ou ordinário dos termos de um acordo contra a bitributação. Seria mais correto afirmar, se assim comprovado por meio da intenção das partes, que as definições contidas nos Comentários da OCDE consistiriam em *sentido especial*, nos termos do Artigo 31(4)[365].

De acordo com AULT, os Comentários se enquadrariam como meios suplementares de interpretação (Artigo 32 da CVDT), para confirmar um sentido especial do termo de um acordo (previsto no Artigo 31(4) da CVDT)[366].

Já PROKISCH partilha da opinião de que os Comentários correspondem a um *sentido comum* previsto no Artigo 31(1), devendo a interpretação dos acordos ser feita sempre de modo consensual e à luz dos objetos e finalidades neles referidos[367].

Visando solucionar o debate, GIULIANI[368] noticia uma proposta doutrinária para a questão baseada na razoabilidade, na qual, em regra geral, os Comentários estariam fundamentados em todas as normas da CVDT ora analisadas. Contudo, a depender dos fatos e circunstâncias, os Comentários prévios ao acordo objeto de interpretação, por questão cronológica, seriam considerados como trabalhos preparatórios (Artigo 32) e, os ulteriores, seriam *acordos posteriores aceitos por ambas as partes* (Artigo 31(3)(a)). Por

[363]Id. Ibid., p. 614.
[364]VOGEL, Klaus. Problemas na interpretação de acordos de bitributação, cit., p. 969.
[365]JONES, John F. Avery.; ELLIS, Maarten J.; MAISTO, Guglielmo et al. op. cit., p. 19.
[366]AULT, Hugh J. op. cit., p. 146.
[367]PROKISCH, Rainer. A intepretação dos tratados de dupla tributação, cit., p. 30.
[368]GIULIANI, Federico Maria. op. cit., p. 137.

fim, quando a situação envolver Estados não-Membros da OCDE, os Comentários poderiam ser considerados como *instrumentos relacionados ao tratado* (Artigo 31(2)(b)).

Em que pese a intenção louvável do jurista italiano em tentar solucionar diplomaticamente essa controvertida questão, entendemos de forma diferente. Partilhamos do entendimento de VOGEL no sentido de que, para os Estados Contratantes que seguem a CM OCDE, o sentido de um termo definido na própria Convenção Modelo ou em seus Comentários representa o *sentido comum* desses termos (Artigo 31(1) da CVDT), ainda que o Estado não seja formalmente membro da OCDE, mas desde que adote essencialmente esse modelo e tenha conhecimento dos Comentários (parte em que discordamos do renomado professor). Nesse ponto, contudo, os Comentários tem que ser prévios à celebração do acordo nos moldes da CM OCDE, em tempo razoável a fim de ter se construído um *sentido comum* internacional.

Caso esse tempo razoável não seja observado e o *international fiscal meaning*[369] não tenha ainda sido sedimentado, entendemos que os Comentários deverão ser considerados como meios suplementares de interpretação, classificando-se nos termos do Artigo 32 da CVDT, servindo para confirmar ou esclarecer o significado construído a partir do texto, preâmbulo, anexos e à luz de seu objetivo e finalidade.

Ademais, por também entendermos que os Comentários da OCDE são *soft-law*, reconhecemos a impossibilidade de obrigatoriedade e vinculação dos mesmos, mas isso não significa, para nós, que é possível simplesmente desconsiderá-los na interpretação dos acordos contra a bitributação quando da ausência de sentido completo de um termo em um acordo. Vale lembrar, que os Comentários representam não só o entendimento minimamente comum dos diversos Estados Membros da OCDE como, também, a opinião de vários especialistas no tema, sendo deveras importantes na atividade exegética desses tratados.

Finalmente, no que tange ao valor ou peso dos Comentários na interpretação de acordos contra a bitributação por Estados não-Membros da OCDE, é pertinente apontar a posição doutrinária reinante de que o peso dos Comentários é inferior quando comparado a de um Estado Membro[370], uma vez que Estados não-Membros não participam da

[369]Para nós, a utilização do *international fiscal meaning* pelos Estados estaria fundamentada no princípio da boa-fé e intimamente relacionada com a harmonização (mínima) internacional exigida pelo fenômeno da globalização.

[370]Nesse sentido, vide VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 65; VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance

elaboração dos Comentários. Assim, como regra, nenhum Estado poderia estar sujeito a seguir interpretação decorrente de negociação e discussão que não foi parte opinante. Mas issto não impede posterior adesão, por parte do Estado não opinante.

A partir dessa premissa, ROCHA conclui que na interpretação dos acordos celebrados pelo Brasil (Estado não-Membro da OCDE) não existem fundamentos para considerar os Comentários como "contexto" para fins do Artigo 3(2), mas devem, ainda assim, constituir um elemento nesse processo hermenêutico[371].

2.4.3.4. Interpretação estática ou dinâmica dos Comentários à CM OCDE

Após explicarmos a discussão envolvendo os Comentários da OCDE no processo interpretativo dos acordos contra a bitributação, abordaremos outra questão intrinsecamente relacionada a estes, notadamente, saber qual a versão dos Comentários que deve ser considerada: a versão existente no momento da celebração do acordo (interpretação estática) ou a versão mais atual, vigente na data de sua interpretação e aplicação (interpretação dinâmica).

De um lado, não aplicação dos Comentários mais recentes leva ao congelamento hermenêutico[372], em virtude da não inclusão das novas modificações que acompanham a evolução no pensamento da sociedade e na forma de se tributar operações transnacionais. Ademais, implicam em dificuldades práticas na obtenção (e conciliação) dos Comentários da época frente aos Comentários posteriores, que podem ter entre si algumas décadas de separação.

Assim, na interpretação estática as mudanças na CM e nos Comentários somente serão utilizadas no processo interpretativo dos acordos contra a bitributação no que forem iguais à versão anterior daqueles. Em outras palavras, novos termos na CM e novos esclarecimentos nos Comentários não poderão ocasionar interpretações distintas quanto aos dispositivos anteriores.

---

of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 45; BIZIOLI, Gianluigi. Tax treaty interpretation in Italy. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague. Kluwer Law International, 2000. p. 217; BELLAN, Daniel Vitor. Interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 3, p. 652.

[371]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 161-162.

[372]JONES, John F. Avery. The effect of changes in the OECD commentaries after a treaty is concluded, cit, p. 103.

Do outro lado, a aplicação de Comentários elaborados após a assinatura do acordo faz com que as inovações sejam retroativas[373] e trazem o problema de que, na época da negociação e conclusão do acordo, não era essa a interpretação e o conhecimento das partes sobre os termos a serem nele utilizados.

Neste tocante, a interpretação dinâmica dos Comentários pode trazer disposições não desejadas pelas partes, com relação ao momento em que contrataram.

De acordo com GARBARINO, a questão acerca da interpretação estática ou dinâmica consiste, na realidade, na disputa entre os princípios *pacta sunt servanda* (o contrato é lei entre as partes) e *rebus sic stantibus* (as coisas devem permanecer como estão), haja vista se tratarem dos limites à modificação do significado originário de um termo por outro posterior[374].

VOGEL destaca que a interpretação estática deve prevalecer, uma vez que na ausência de regra específica da CVDT sobre o peso dos Comentários na interpretação dos acordos tributários, uma alteração nos Comentários não poderia modificar um acordo já celebrado e existente, tampouco novas interpretações deles derivadas de forma retroativa[375]. Interessante notar que o autor anteriormente adotara posicionamento distinto, sustentando a interpretação dinâmica[376].

Também contra a interpretação dinâmica, BAKER[377], ENGELEN e PÖTGENS[378] e JONES[379], sendo que este último lista, inclusive, os argumentos favoráveis e desfavoráveis a tal interpretação, para justificar sua opinião.

Posição intermediária é a de AULT[380] e de GIULIANI[381], para quem as alterações nos Comentários da OCDE, se forem feitas apenas para esclarecer os conceitos anteriormente implícitos nos acordos, podem ser aplicadas. O que não se pode, com a interpretação dinâmica, é contrariar a intenção das partes manifestada no momento da

---

[373]Id. Ibid., p. 103-104.
[374]GARBARINO, Carlo. op. cit., p. 535-536.
[375]VOGEL, Klaus. Influence of the OECD commentaries on treaty interpretation, cit., p. 615.
[376]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., 1997, p. 64.
[377]BAKER, Philip. *Double tax conventions*. London: Sweet & Maxwell, 2002. p. E-26.
[378]ENGELEN, Frank A.; POTGENS, Frank P. op. cit., p. 267.
[379]JONES, John F. Avery. The effect of changes in the OECD commentaries after a treaty is concluded, cit., p. 102-104.
[380]AULT, Hugh J. op. cit., p. 148.
[381]GIULIANI, Federico Maria. op. cit., p. 140.

celebração acordo[382]. Parece ser esta, também, a posição consignada nos parágrafos 35 e 36 dos Comentários à CM OCDE, no sentido de que *diversas modificações têm como objetivo a mera aclaração e não uma alteração do sentido dos artigos ou dos comentários*[383].

Essa é a posição que nos filiamos. Para nós, a interpretação estática é aquela que melhor condiz com o tema, uma vez que não vislumbramos correta a inserção automática de novas disposições ou novos elementos interpretativos se as partes assim não desejaram, no momento em que firmaram, consensualmente, um acordo entre elas.

Todavia, em razão da maior facilidade e aplicabilidade prática da interpretação e utilização dos Comentários mais recentes, e em função do seu papel de esclarecimento e aperfeiçoamento de conceitos e interpretações, reconhecemos a possibilidade de aplicação da interpretação dinâmica, desde que seja para esclarecer ou elucidar e não alterar ou inovar termos, expressões e interpretações no acordo contra a bitributação anteriormente assinado[384].

Admitimos, contudo, que essa aplicação subsidiária da interpretação dinâmica pode se tornar demasiadamente casuística bem como de difícil definição do que se entende por *esclarecimento* (*clarification*) e *inovação* (*modification*) em função dos novos Comentários. Nesse ponto, o princípio da razoabilidade terá especial importância.

Talvez precisamente por esse motivo, ROCHA tenha se manifestado no sentido de que a versão dos Comentários que será utilizada na interpretação do acordo dependerá do processo argumentativo, sendo, portanto, casuística a decisão a respeito de qual versão será aplicável[385].

---

[382]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 154.

[383]Introdução aos Comentários da OCDE, itens 35 e 36 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 26-27).

[384]Nesse sentido, entendemos que os Comentários da OCDE ao parágrafo 1º do Artigo 4º, item 8.4, são um exemplo da possibilidade de interpretação dinâmica. Trata-se do esclarecimento de que as subdivisões dos Estados Contratantes são consideradas como residentes do Estado, para fins da Convenção Modelo. De acordo com os Comentários, essa inclusão das "subdivisões políticas" só foi inserida em na versão de 1995 da CM, mas já refletia o entendimento geral dos Estados-Membros da OCDE, sendo sequer necessária sua previsão expressa. Ora, nesse caso, os Comentários trouxeram um "esclarecimento" de que as subdivisões políticas são residentes dos Estados Contratantes, e não uma "modificação" na interpretação vigente anteriormente, pois isso já era assim entendido pelos Estados.

[385]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 162-163. Também nesse sentido ARNOLD, Brian J. Tax treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the commentary to the OECD Model. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, June 2004. p. 260.

Por fim, corrobora em favor da interpretação estática o fato de que, se os Estados Contratantes desejarem aplicar os Comentários mais novos, assim o podem fazer por meio da celebração de protocolos, anexos, notas, ofícios e outros instrumentos acordados posteriormente entre ambos consignando, se desejado, que os meios suplementares de interpretação consistirão na versão mais recente ou daquela de determinado ano dos Comentários[386]. Já o contrário, isto é, toda a vez que um novo Comentário surgir, ser necessário que os Estados se manifestem no sentido de não aceitá-los para fins interpretativos do tratado ora celebrado, não faz sentido e seria demasiadamente custoso e desgastante para as partes realizar essa negação periódica.

2.4.4. Intenção dos Estados contratantes

Nos termos prescritos pelos Comentários da OCDE, a intenção das partes de um acordo contra a bitributação também é considerada como contexto para fins da aplicação do Artigo 3(2) da CM OCDE. Vejamos o que diz o Comentário de número 12 a esse dispositivo:

> *12. Todavia, nos termos do parágrafo 2, esta disposição só se aplica se o contexto não exigir interpretação diversa. O contexto é constituído, nomeadamente, pela intenção das partes Contratantes quando da assinatura da Convenção, assim como pelo significado atribuído ao termo em questão pela legislação do outro Estado Contratante (...)*[387] (sublinhamos).

Portanto, o *contexto* supra referido deve abranger não apenas o contexto interno da CVDT, mas também a intenção das partes contratantes quando assinaram o acordo[388].

De acordo com JONES, somente a intenção expressa dos Estados Contratantes deve ser utilizada na interpretação dos acordos tributários. Isso porque, o processo de

---

[386]De acordo com VAN RAAD, as modificações substanciais nos Comentários deveriam ser objeto de um tratado multilateral assinado pelos Estados que, desta forma, dariam efeito às modificações recentes em seus acordos previamente celebrados (RAAD, Kees van. Options for greater international coordination and cooperation in the Tax Treaty Área. *Bulletin for International Taxation,* Amsterdam, IBFD, p. 249, June 2002).

[387]Comentários da OCDE ao Artigo 3, parágrafo 2, item 12 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 107).

[388]BORGES, Ricardo Henrique da Palma; RESENDE, Raquel Maria Maymone. Tax treaty interpretation in Portugal. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 293.

interpretação dos acordos contra a bitributação é feito mediante o sentido comum de seus termos, à luz de seu objeto e propósito e, desta forma, a intenção – enquanto o pensamento que estava na mente dos negociadores do tratado na época – apenas seria relevante se não puder ser encontrada no contexto (ou nos meios suplementares de interpretação) e nos limites em que ela contradiz o sentido comum[389].

Corroborando a necessidade da intenção expressa das partes, para fins de sua inclusão na interpretação dos acordos, VOGEL e PROKISCH expõem que a redação de um dispositivo nos tratados define, de um lado, o seu ponto de partida para a interpretação, e do outro, seu limite interpretativo. Isto porque a redação do texto do acordo não poderia ser substituída por supostas intenções especuladas pelas partes contratantes[390], i.e., desprovidas de prova tangível.

Ressaltando a importância da intenção das partes no processo hermenêutico de um acordo tributário, ROCHA se posiciona no sentido de que, se a intenção não estiver expressa no texto do acordo não significa que ela deva ser completamente desconsiderada na sua interpretação[391].

Nesse ponto, concordamos com o autor brasileiro na medida em que a interpretação teleológica e sistemática são, para nós, os métodos ou elementos que melhor refletem o processo de interpretação jurídica, sobretudo na esfera tributária. Sendo assim, a intenção das partes serviria para a sistemática da interpretação teleológica (ou finalística) dos acordos contra a bitributação, não podendo ser desconsiderada apenas por estar implícita, inclusive, por força de expressa referência da *intenção da partes* nos Comentários ao Artigo 3(2), anteriormente transcrito. Todavia, prevalece a intenção vertida em texto.

2.4.5. Acordos internacionais contra a bitributação celebrados com terceiros Estados (parallel treaties)

Os *parallel treaties* consistem, resumidamente, no uso de termos ou dispositivos presentes em acordos contra a bitributação celebrados pelo Estado A com um terceiro

---

[389]JONES, John F. Avery. British Report. In: IFA. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional: Interpretation of Double Taxation Conventions.* Deventer, 1993. v. 78a.
[390]VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 164.
[391]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 164.

Estado (Estado C) para fins da interpretação de um acordo entre Estado A e Estado B, no qual se tenha dúvida sobre determinado termo ou expressão[392].

Sobre o uso dos *parallel treaties* (acordos paralelos) como *contexto* para fins do Artigo 3(2), existe certa discussão na doutrina especializada. Para GIULIANI[393] e GARBARINO[394], deve-se atribuir relevância apenas às normas de origem interna, quando da aplicação do Artigo 3(2), e a regra contida em um acordo não contém a definição de lei interna do termo ou expressão que se busca interpretar.

No direito brasileiro, essa posição é defendida por ROCHA[395] que, apesar de negar a caracterização dos *parallel treaties* como legislação interna para fins reenvio como *contexto*, deixa claro que eles têm importante função no processo de interpretação, desde que sua utilização seja cuidadosa, levando-se em conta a prática dos acordos (*treaty practice*) celebrados pelo Estado.

Já XAVIER[396], TÔRRES[397] e GARCÍA NOVOA[398], entendem que os *parallel treaties* consistem em direito interno para fins de reenvio.

Inclinamos-nos a considerar a posição de que os *parallel treaties* não são, propriamente, direito interno para fins da cláusula de reenvio, mas assim como os mencionados autores, entendemos que os acordos paralelos possuem função relevante na interpretação dos acordos contra a bitributação, conforme já tivemos a oportunidade de manifestar[399].

---

[392]*Entende-se por 'parallel treaties' o uso de um segundo acordo (também chamado de tratado ou convenção) para evitar a dupla tributação, celebrado entre uma das partes de um dado tratado, com um terceiro país, visando extrair o sentido normativo de determinada expressão ou artigo específico contidos no escopo do tratado objeto de interpretação* (CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Parallel treaties e a interpretação dos acordos para evitar a dupla tributação: a experiência brasileira em face dos artigos 7, 12 e 21 da Convenção Modelo OCDE. In: MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rego; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça (Coords.). *Tributação, comércio e solução de controvérsias internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 160).

[393]GIULIANI, Federico Maria. op. cit., p. 133

[394]Carlo Garbarino, *Manuele di Tassazione Internazionale*, [s.l.], IPSOA, 2005, p. 178 apud ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 151.

[395]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p 152.

[396]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 188.

[397]TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*, cit., p. 653.

[398]GARCIA NOVOA, César. Interpretación de los convenios de doble inposición internacional. In: GODOY, Juan Pablo F. *Estudios de derecho internacional tributario*: los Convenios de Doble Inposición. Bogotá: LEGIS, 2006. p. 55.

[399]CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Parallel treaties e a interpretação dos acordos para evitar a dupla tributação: a experiência brasileira em face dos artigos 7, 12 e 21 da Convenção Modelo OCDE, cit., p. 162-164.

2.4.6. Legislação doméstica e decisões de autoridades do outro Estado contratante

Há doutrina que aponte para a existência de posicionamento no sentido de que a legislação alienígena[400], isto é, do outro Estado Contratante, bem como as decisões proferidas por suas autoridades[401] seriam consideradas como *contexto* para fins do Artigo 3(2).

Em nossa opinião, contudo, as leis e decisões administrativas e judiciais do outro Estado Contratante, i.e., aquele que não está interpretando e aplicando o acordo naquele dado momento, não estariam no escopo do contexto em questão.

A razão para nossa conclusão é simples: as leis e decisões dos outros Estados Contratantes não estariam enquadrados no Artigo 31(2) ou (3) da CVDT e, no que se refere ao contexto específico do Artigo 3(2) da CM OCDE, não estão sequer mencionados em seus Comentários.

Desta forma, assim como ROCHA, julgamos que, apesar de poderem vir a ter alguma importância na interpretação dos acordos contra a bitributação[402] – sobretudo para harmonização fiscal internacional de determinado termo ou tema –, normas alienígenas internas, ainda que do outro Estado parte do acordo, não estariam englobadas em seu contexto, quer pela unilateralidade, especificidade, ausência de conhecimento a consentimento mútuo em sua definição e impossibilidade de serem classificados como contexto segundo as regras da CVDT e segundo a CM OCDE.

2.5. Artigo 3(2) – reenvio à lei interna de qual Estado contratante?

Conforme previamente exposto, o Artigo 3(2) menciona que, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o termo não definido no acordo contra a bitributação terá seu significado definido pela lei do Estado Contratante que está aplicando/interpretando o acordo[403].

---

[400]BORGES, Ricardo Henrique da Palma; RESENDE, Raquel Maria Maymone. op. cit., p. 293.
[401]BIZIOLI, Gianluigi. op. cit., p. 221.
[402]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 165.
[403]É oportuno mencionar que alguns especialistas entendem ser a definição acerca da legislação de qual Estado deve ser aplicada, para fins do Artigo 3(2), como um problema de qualificação e não de

Uma vez que ambos os Estados Contratantes estariam sujeitos a interpretar o termo não definido para fins de aplicação do acordo tributário, surge a dúvida sobre qual lei interna deve ser aplicável: a do Estado da Fonte ou a do Estado da Residência?

A redação do Artigo 3(2) não é clara nesse sentido. Consequentemente, o problema potencial é a aplicação por cada Estado de sua própria lei interna o que poderia levar a diferentes definições, gerando interpretações não consensuais que podem culminar, ultimamente, na bitributação da renda.

Para JONES, somente o Estado da Fonte aplicaria o acordo e, consequentemente, a lei interna por força dos preceitos do Artigo 3(2). Restaria, ao Estado de Residência, apenas aceitar a interpretação dada pelo primeiro. Essa *aceitação* pelo Estado da Residência seria caracterizada pela aplicação do Artigo 23 (*tax relief*), que traz os métodos de eliminação da dupla tributação (Artigo 23-A - *Método de Isenção* e Artigo 23-B - *Método de Imputação*), sendo dever desse Estado isentar ou conceder crédito tributário sobre as rendas tributadas na fonte[404].

Essa linha de raciocínio foi adotada também por GIULIANI[405] e ELLIS[406], para quem, somente o Estado da Fonte pode determinar o significado de um termo não definido no acordo, segundo sua lei interna, por meio da cláusula de reenvio. Posteriormente, caberá ao Estado da Residência aceitar ou não a interpretação dada pelo Estado da Fonte. Caso aceite, aquele concederá o crédito ou a isenção ao seu contribuinte.

Importante ressaltar que, sob essa ótica, mesmo que o Estado da Residência não concorde com a interpretação de acordo com a lei do Estado da Fonte, caberá ao primeiro, ainda assim, conceder isenção ou crédito ao contribuinte. Essa obrigação somente deixaria de existir se, por meio da interpretação de um termo do acordo mediante a lei interna do Estado da Fonte, fosse possível concluir que o Estado da Fonte não teria direito de tributar o rendimento em comento[407].

---

interpretação dos acordos contra a bitributação. Nesse sentido, vide: VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 82-83.

[404]JONES, John F. Avery. Tax treaty interpretation in the United Kingdom. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 371.

[405]GIULIANI, Federico Maria. op. cit., p. 132-133.

[406]ELLIS, Maarten J. op. cit., p. 617.

[407]Cf. JONES, John F. Avery et al. *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of he OECD model*, cit., p. 54; ENGELEN, Frank A.; POTGENS, Frank P. op. cit., p. 258.

A vantagem desse posicionamento doutrinário reside na redução de possibilidades de controvérsias na interpretação dos acordos contra a bitributação entre os Estados Contratantes.

Discordando desse entendimento, parte da doutrina preleciona que essa interpretação de que somente o Estado da Fonte deveria proceder ao reenvio ao direito interno carece de previsão expressa no texto da CM e, por isso, deve ser refutada[408]. Destarte, o Estado da Residência também interpreta e aplica o acordo para definir se possui competência, exclusiva ou cumulativa, para tributar a renda, assim como na determinação de eventual isenção ou concessão de crédito[409].

Por sua vez, TÔRRES defende que o reenvio deve ser feito pelo Estado ao qual o acordo atribui a competência para tributar aquela renda. Portanto, no caso de rendimentos imobiliários, uma vez que a competência para tributar compete ao Estado da Fonte, o reenvio será feito por este. No caso de roaylties, a competência para tributar a renda é primordialmente do Estado da Residência e, portanto, eventual reenvio à lei interna deverá ser feito à lei do Estado da Residência[410].

Finalmente, ENGELEN e PÖTGENS acreditam que ambos os Estados aplicam, igualmente, o acordo e, portanto, os termos não definidos em seu texto teriam o significado atribuído pelas leis internas de ambos os Estados, ainda que isso culmine com a existência de dois significados distintos, derivados dos dois ordenamentos jurídicos[411].

Assim, como se observa, não é unânime na doutrina qual é o Estado competente para realizar o reenvio à sua lei interna, o que gera a possibilidade de conflitos interpretativos quando da utilização do Artigo 3(2), caso as definições dos termos na lei doméstica do Estado da Fonte e do Estado da Residência sejam (e, muitas vezes serão) diferentes.

---

[408]ENGELEN, Frank A.; POTGENS, Frank P. op. cit., p. 257; ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 167.

[409]Nesse sentido, TÔRRES aponta que: "o Estado não aplica a convenção apenas quando se encontra limitado em sua competência tributária, mas sempre (nos casos previstos convencionalmente) para fins de prover o exercício do direito aos benefícios previstos na convenção para seus residentes" (TÔRRES, Heleno Taveira. A convenção Brasil-Alemanha e sua aplicação em face do direito brasileiro. *Revista de Direito Tributário,* São Paulo, n. 83, p. 105, 2002). Vide, também: VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 79.

[410]TÔRRES, Heleno Taveira. A interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária sobre a renda e o capital, cit., v. 1, p. 355.

[411]ENGELEN, Frank A.; POTGENS, Frank P. op. cit., p. 257-259.

2.5.1. Reenvio estático ou dinâmico ao direito interno

Uma importante questão que surge com o reenvio ao direito interno por força do Artigo 3(2), diz respeito a qual veículo de direito interno deve ser utilizado no processo interpretativo: a lei vigente no momento da celebração do acordo (remissão estática) ou aquela vigente no momento de sua interpretação (remissão dinâmica).

Em favor da remissão estática (ou reenvio estático) reside o fato de que os Estados Contratantes pactuam e, portanto, vinculam-se mutuamente diante da realidade existente e intenção original no momento da celebração do acordo, onde se inclui a legislação interna dos países vigente na época[412]. Desfavoravelmente, a interpretação torna-se de difícil concretização, em razão de dúvidas quanto a lei aplicável e vigente no momento da assinatura do acordo.

O argumento principal em favor da remissão dinâmica (ou reenvio dinâmico) é o de que ela acompanha a própria evolução do direito interno dos Estados signatários, atualizando-se no decorrer do tempo[413]. Contra a adoção deste entendimento tem-se o receio de que as alterações e atualizações na legislação doméstica possam vir a modificar, direta ou indiretamente, as normas dos acordos contra a bitributação, conforme anteriormente pactuadas entre as partes.

Os Comentários da OCDE ao Artigo 3(2) optaram pela interpretação dinâmica, conforme se observa:

> *11. Este parágrafo estabelece uma regra geral de interpretação dos termos usados na Convenção, porém nela não definidos. Levanta-se a questão de saber para que legislação é necessário remeter a fim de determinar o significado dos termos não definidos na Convenção, operando-se a escolha entre a legislação em vigor no momento da assinatura da Convenção e a legislação vigente no momento da aplicação da Convenção, isto é, no momento da incidência do imposto. Foi esta última interpretação a acolhida pelo Comitê dos Assuntos Fiscais, tendo o Modelo sido alterado em 1995 para tornar este ponto explícito.*[414] (destacamos)

[412]TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*, cit., p. 658.
[413]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 184.
[414]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 3, item 11 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 107).

Ademais, essa interpretação dinâmica foi, inclusive, validada pela jurisprudência de diversos países europeus, como Holanda, Alemanha, Noruega e Bélgica, assim como pelos Estados Unidos e Canadá[415].

Portanto, por uma questão de praticabilidade[416], a interpretação por remissão dinâmica mostra-se mais adequada que a interpretação por remissão estática. Adicionalmente, uma vez que os acordos contra a bitributação apenas restringem a competência tributária dos Estados, essa restrição deverá ocorrer no momento de aplicação do acordo ensejando, portanto, a aplicação das leis internas vigentes nesse momento, e não normas anteriormente vigentes – possivelmente revogadas ou em antinomia com as novas no sistema jurídico do país.

Finalmente, vale observar que a remissão dinâmica não pode alterar de forma significativa a essência das disposições do acordo, em razão de alterações veiculadas por meio de lei interna[417]. Na medida em que a lei interna, quando aplicada, altere as disposições do tratado, poderemos estar diante do *treaty override*[418], que deve ser sempre evitado em razão dos Artigos 26 (*Pacta Sunt Servanda*), 30 (boa-fé na interpretação de um tratado) e, especialmente, 27 (*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*) da CVDT.

2.5.2. Lei interna aplicável: tributária ou qualquer outra?

Os Comentários da OCDE sobre o Artigo 3(2) deixam claro que o significado do termo segundo a lei interna do Estado Contratante pode ser aquele presente em qualquer veículo normativo que faça parte do ordenamento jurídico desse país, não importando se a lei é de natureza tributária ou não. Vejamos a redação do item 13.1 dos Comentários a esse dispositivo:

---

[415]BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*, cit., p. E-24-26.

[416]SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*, cit., p. 134.

[417]JONES, John F. Avery et al. *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of he OECD model*, cit., p. 48; VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 80.

[418]O *treaty override* ocorre quando *há superação, por ato legislativo posterior, de compromissos firmados por meio de um acordo internacional. Diverge na denúncia, procedimento previsto na Convenção de Viena sobre tratados internacionais e que, nos acordos de bitributação é hipótese de raríssima ocorrência (...) No treaty override, o país, no lugar de comunicar a seu parceiro sua intenção de não mais manter o vínculo assumido internacionalmente, limita-se a editar legislação interna que ultrapassa os limites impostos pelo tratado* (ROCHA, Sérgio André. *Treaty override no ordenamento jurídico brasileiro*, cit., p. 12).

> *13.1 (...) Para efeitos do parágrafo 2, o significado de qualquer termo ou expressão não definido na Convenção poderá ser determinado em referência a qualquer disposição aplicável do direito interno de um Estado Contratante, quer se trate de direito fiscal ou não. Todavia, quando uma expressão é definida de modo diferente para efeitos das diferentes leis de um Estado Contratante, o significado atribuído a essa expressão pelas leis que regulamentam os tributos a que a Convenção se aplica deve prevalecer sobre os demais, incluindo os significados constantes de outras leis fiscais (...)*[419] (sublinhamos).

Entretanto, na hipótese de existirem mais de um significado, na legislação interna, para o termo a ser interpretado, deverá prevalecer aquele utilizado para fins fiscais, i.e., previsto na legislação tributária.

Caso um termo possua mais de uma definição em dois veículos normativos de natureza tributária (i.e., legislação tributária contém duas ou mais definições para o mesmo termo), prevalecerá a definição da legislação dos tributos objeto do acordo contra a bitributação (i.e., legislação fiscal aplicável os *Impostos Visados*, conforme o Artigo 2 da CM OCDE).

A doutrina, na sua maioria, segue esse entendimento[420], com exceção de XAVIER, para quem somente a lei objeto dos impostos tratados no acordo é que poderia ser aplicada[421].

Partilhamos da opinião de ROCHA em relação à possibilidade de utilização de conceito no Direito Privado quando do reenvio ao direito interno, uma vez que o Direito Tributário, por ser um direito de sobreposição, por vezes toma conceitos normativos originários de outras áreas do direito[422]. Entendemos, mais além, que esse campo não estaria adstrito somente à sobreposição do Direito Privado, mas também, de outros ramos do direito como o Direito do Trabalho (para fins da definição do termo *emprego*, utilizado no Artigo 15 da CM) ou o Direito Previdenciário (para fins de definição do termo *pensões*, utilizado no Artigo 18 da CM), desde que para a composição do significado do termo para fins tributários.

---

[419]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 3, item 13.1 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 108).
[420]BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*, cit., p. E-23-24; GARCIA NOVOA, César. op. cit., p. 52.
[421]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 187.
[422]ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*, cit., p. 151.

Isso não significa, todavia, a permissão de utilização de definições de termos que sequer se encontrem previstas na legislação tributária, mas exclusivamente em outro campo do ordenamento jurídico interno, tampouco sua preferência em detrimento de um conceito da legislação tributária.

Convém salientar, novamente, que o reenvio à lei interna dos Estados Contratantes é, sempre, o último recurso, visto que aumenta consideravelmente a dissidência de interpretações do acordo contra a bitributação entre as partes[423]. Assim, o reenvio deve ser precedido da ausência de definição de um termo no texto do acordo e da impossibilidade de construção de seu significado a partir do contexto sendo, como regra, ao máximo evitado.

[423]VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. op. cit., p. 75.

CAPÍTULO III. BENEFICIÁRIO EFETIVO NOS ACORDOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO

3.1. Requisitos prévios necessários ao *treaty entitlement* pelo beneficiário efetivo

Antes de adentrarmos no conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação é necessário analisarmos os requisitos mínimos previamente exigidos para que, tal beneficiário efetivo, possa invocar a aplicação das disposições dos acordos.

A relevância da conceituação de beneficiário efetivo dos rendimentos passivos previstos nos acordos contra a bitributação reside em saber precisamente quem pode invocar a aplicação das disposições do acordo quando do recebimento de dividendos, juros e royalties, e sob quais circunstâncias o usufruto dos benefícios nele previstos serão aplicáveis a esse beneficiário.

Contudo, o recebedor dos rendimentos só fará jus ao *treaty entitlement* se forem atendidos outros requisitos prévios e cumulativos previstos na CM OCDE.

Inicialmente, o beneficiário efetivo deve estar dentro do escopo pessoal dos acordos, delimitado no Artigo 1º da CM OCDE e intitulado *Pessoas Visadas*. Isto é, o beneficiário efetivo terá que se enquadrar na definição de *pessoa* nos termos do mencionado dispositivo.

Em segundo lugar, ele deverá ser um residente, para fins fiscais, em um dos Estados Contratantes, conforme estabelecido pelo Artigo 4º da CM OCDE. Ou seja, o beneficiário efetivo deve ser residente para fins do acordo contra a bitributação.

Em terceiro lugar, os rendimentos por ele recebidos devem ser considerados *pagos* por uma pessoa em seu favor, de acordo com o entendimento específico de cada um dos tipos de renda em que o termo beneficiário efetivo está inserido. Assim, dividendos, juros e royalties devem ser pagos a essa pessoa residente em um dos Estados Contratantes.

Se essas três condições não forem atendidas previamente, a importância atinente à definição do conceito de beneficiário efetivo perde valor, razão pela qual devemos examiná-las neste estudo.

Analisaremos, de forma sintetizada, cada uma dessas condições pretéritas e indispensáveis para o usufruto dos benefícios veiculados pelos acordos, por parte do beneficiário efetivo.

3.1.1. Adequação ao conceito de 'Pessoas Visadas' na CM OCDE

O chamado escopo pessoal dos acordos internacionais contra a bitributação está previsto no Artigo 1º (*Pessoas visadas*) da CM OCDE[424] e sua importância reside na segurança jurídica e certeza da aplicação das disposições do acordo aos contribuintes residentes em um ou em ambos[425] os Estados Contratantes. Uma vez que os acordos contra a bitributação são bilaterais e negociados por meio de concessões recíprocas e específicas visa-se, por meio da delimitação do escopo pessoal, evitar a extensão indevida dos benefícios e vantagens veiculadas pelos tratados em favor de terceiros[426].

Para fazer jus à aplicação das disposições da CM OCDE e, assim, dos acordos contra a bitributação que se baseiem nesse modelo, o beneficiário efetivo deverá ser considerado uma *pessoa visada*, de acordo com as definições estabelecidas na Convenção Modelo.

As definições estão previstas no Artigo 3º da CM OCDE, intitulado *Definições Gerais*. Nesse sentido, o Artigo 3º, parágrafo 1, letra "a", da Convenção Modelo, dispõe que o termo *pessoa* inclui *um indivíduo, uma sociedade e qualquer outro grupo de pessoas*. A letra "b" desse dispositivo esclarece que a expressão *sociedade* significa

---

[424]"*Artigo 1º*
Pessoas visadas
1. A presente Convenção aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes". (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 31).

[425]Convém aqui, uma crítica à redação do Artigo 1º da CM OCDE, quando aduz que a pessoa deve ser residente em um ou "em ambos os Estados Contratantes". Isso porque, no caso de dupla residência, o Artigo 4º da CM irá, por meio da regra de desempate (conhecida como "*tie breaker rule*"), fazer com que a pessoa seja residente, para fins daquele acordo tributário, em apenas um dos Estados Contratantes. Todavia, quer nos parecer que essa disposição do Artigo 1º quis deixar claro que as pessoas com dupla residência estariam, ainda assim, dentro do escopo pessoal da CM.

[426]BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*, cit., p. 76-77.

qualquer pessoa jurídica (*body corporate*) ou qualquer entidade tratada como tal para fins fiscais[427].

O conceito de *indivíduo* não gera grandes dificuldades práticas, uma vez que abrange as pessoas físicas, i.e., pessoas naturais do direito civil. De acordo com VOGEL, a existência de uma pessoa física, para fins jurídicos, será determinada pela legislação fiscal que, quase sempre, adotará conceito idêntico ou similar da legislação civil do país[428].

A definição de *sociedade* varia de acordo com a legislação doméstica do Estado em que ela foi constituída[429]. Geralmente, a definição usa como característica a personalidade jurídica própria para a conceituação de *sociedade*. Todavia, ainda que uma entidade não possua personalidade jurídica distinta, poderá ser classificada como *sociedade* se for equiparada a uma pessoa jurídica para fins fiscais.

Por fim, *grupo de pessoas*, apesar de não possuir definição específica, compreenderia todas as entidades não incluídas na definição de *sociedades*, desde que a entidade ou o grupo de pessoas tenha uma existência legal mínima, com ativos próprios, regulamentações específicas etc[430]. Os exemplos de *grupo de pessoas* mais comuns são as *partnerships*, os *trusts*, os fundos de investimento e as fundações (tais como a *stiftung*), sendo mencionado nos Comentários que a interpretação dessa expressão deve ser ampla, e não restritiva [431].

Portanto, para fins de usufruto dos benefícios de um acordo contra a bitributação, o beneficiário efetivo deve ser, antes de tudo, um *indivíduo*, uma *sociedade* ou um *grupo de pessoas*[432].

---

[427]No original, em inglês:
"*Article 3. General Definitions*
1. For the purposes of this Convention, unless the context otherwise requires:
a. the term "person" includes an individual, a company and any other body of persons;
b. the term "company" means any body corporate or any entity that is treated as body corporate for tax purposes;
(…)" (RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 9).

[428]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 171.

[429]Cf. Comentários da OCDE ao parágrafo 1º do Artigo 3º, item 3 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 102).

[430]SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O escopo pessoal na aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 59.

[431]Comentários da OCDE ao parágrafo 1º, Artigo 3, item 2 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 101).

[432]Para um estudo mais aprofundado sobre a discussão sobre a elegibilidade do "grupo de pessoas" para fins do usufruto e aplicação das disposições dos acordos contra a bitributação, vide nosso estudo específico em: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Considerações sobre o tratamento das entidades híbridas e dos instrumentos financeiros híbridos na convenção Modelo da OCDE. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, v. 12, p. 135-156, 2009.

3.1.2. Residência para fins Tributários

A Convenção Modelo da OCDE exige, para que as *Pessoas Visadas* possam invocar os benefícios e disposições dos acordos, que elas devam ser consideradas como residentes, para fins fiscais, em um ou em ambos os Estados Contratantes[433]. Assim, além da verificação de que o beneficiário efetivo deve ser uma *pessoa* para fins do acordo, é necessário comprovar se essa pessoa é residente para fins do mesmo.

Nesse sentido, vale a afirmação de que todo beneficiário efetivo é residente em um dos Estados Contratantes, mas nem todo residente em um dos Estados Contratantes é o beneficiário efetivo, em relação aos rendimentos decorrentes de dividendos, juros e royalties.

Por sua vez, para que possam ser consideradas como residentes fiscais para fins de aplicação do tratado, estas entidades devem estar *sujeitas ao imposto devido em razão de seu domicílio, sua residência, seu local de direção ou qualquer outro critério de natureza similar*[434], nos termos do Artigo 4º (*Residente*) da CM OCDE.

Essa sujeição ao imposto é feita segundo a lei interna dos Estados Contratantes, a partir de elementos de conexão positivados em seus ordenamentos jurídicos.

Em um primeiro ponto, chama-se a atenção para o significado da expressão *sujeito a imposto* (*liable to tax*[435]) utilizada no texto do Artigo 4(1). Uma vez que o recurso ao texto oficial da CM e ao sentido comum da expressão não trazem maiores esclarecimentos[436], em razão dos diversos significados do vocábulo *liable to*[437], surgem dúvidas sobre o exato significado da sujeição tributária mencionada.

Tal expressão pode ser entendida tanto como tributação potencial (*potential taxation*) quanto como tributação efetiva (*actual taxation*) da pessoa.

---

[433]Artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 31).

[434]OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 34.

[435]Redação original no Modelo OCDE:
"*Article 4. RESIDENT.*
1. For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person Who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of similar nature (…)".

[436]SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O escopo pessoal na aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 134.

[437]Cf. COUZIN, Robert. *Corporate residence and international taxation*. Amsterdam: IBFD, 2002. p. 106-107.

A primeira definição decorre da chamada interpretação ampla (*wide interpretation*) e implica afirmar que simplesmente a sujeição passiva da pessoa ao imposto objeto do tratado já é suficiente para que tal pessoa possa invocar os benefícios deste tratado não importando se, na prática, houve o efetivo pagamento de tal tributo. Essa interpretação decorreria, inclusive, da função exercida pelo Artigo 4º como condição prévia para a aplicação das regras distributivas de competência tributária entre os Estados Contratantes, não importando, destarte, se a pessoa sofre ou não tributação no Estado da Residência

De outro lado, de acordo com a interpretação restrita (*narrow interpretation*) tal expressão seria entendida como uma tributação efetiva, isto é, não bastaria apenas a sujeição passiva da entidade ao imposto coberto pelo tratado, mas, de fato, o real desembolso de imposto aos cofres públicos do Estado Contratante (pagamento).

Na doutrina o posicionamento que mais se evidencia é o de que a interpretação do termo *liable to tax* deve ser ampla e, assim, a mera tributação potencial ou latente seria suficiente para a caracterização da pessoa como residente para fins de aplicação do tratado[438]. Assim, as pessoas que são consideradas, por lei interna de um dos Estados Contratantes, como isentas ou imunes ainda assim podem ser consideradas como residentes para fins do tratado, haja vista serem passíveis de tributação.

Este, parece ser, também, o entendimento consignado nos Comentários ao Artigo 4 (1) da CM OCDE, no item 8.5, abaixo traduzido:

> *8.5. O parágrafo 1 visa às pessoas 'sujeitas a imposto' num Estado Contratante em virtude de diversos critérios. Em muitos Estados, considera-se que uma pessoa está sujeita à obrigação fiscal ilimitada ainda que o Estado Contratante não lhe aplique de fato o imposto. Por exemplo, os fundos de pensões, as instituições de caridade e outras organizações podem ficar isentos de imposto desde que satisfaçam todas as condições previstas na legislação fiscal para efeitos da referida isenção. Ficam, por conseguinte, sujeitos à legislação fiscal de um Estado Contratante. Por outro lado, se não satisfizerem as condições estipuladas, ficam obrigados ao pagamento do imposto. A maior parte dos Estados consideram essas entidades como residentes para efeitos da Convenção (...)*[439]: (g.n.).

[438]Cf. VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 229; LANG, Michel. Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, p. 596 e ss, Dec. 2001; XAVIER, Alberto. op. cit., p. 166.

[439]No original: "8.*5. Paragraph 1 refers to persons who are 'liable to tax' in a Contracting State under its laws by reason of various criteria. In many countries, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax (…)*" (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 103).

Ainda no mesmo sentido, os referidos Comentários quando fornecem o exemplo dos *fundos de pensões, as instituições de caridade e outras organizações* culminam por permitir que entidades não sujeitas ao efetivo desembolso do valor do imposto sejam consideradas residentes para fins dos tratados. Isto porque, no caso de tais entidades cumprirem com todas as condições previstas na legislação fiscal para efeitos da isenção concedida pelo Estado Contratante, elas não pagarão imposto sem, contudo, prejuízo de serem submetidas à legislação fiscal do Estado Contratante (caracterizadas, portanto, como sujeitos passivos).

Isso demonstra, portanto, que é a sujeição passiva que define a residência fiscal para fins dos tratados, e não o efetivo pagamento do imposto[440].

A segunda discussão relacionada à expressão *sujeitas a imposto*, prevista no Artigo 4º relaciona-se a extensão da sujeição tributária, i.e., se é necessária a tributação integral (*full tax liability* ou *comprehensive tax liability*) ou parcial (*limited tax liability* ou *restricted tax liability*) da renda. A tributação parcial ocorre, normalmente, em decorrência de benefícios fiscais concedidos à pessoa.

A doutrina diverge nesse ponto. Para VOGEL[441] e BAKER[442], a sujeição tributária integral é a exigida pelo Artigo 4º. Já para LANG[443] e COUZIN[444], o Artigo 4º não estabelece qualquer requisito adicional de tributação integral para a legislação interna dos Estados Contratantes, sendo assim, aceita a tributação parcial para fins desse dispositivo.

A versão de 2008 dos Comentários ao Artigo 4º, entretanto, parece ter optado pela sujeição tributária integral, na medida em que recomenda a interpretação baseada na sua finalidade e objetivo, que é *excluir pessoas que não estão sujeitas a tributação em bases amplas impostas por um Estado*[445].

---

[440]Há, ainda, o argumento adicional de que os Comentários da OCDE sugerem a inclusão da chamada "*subject to tax clause*" por parte dos Estados que visam combater o uso impróprio dos acordos, restringindo sua aplicação exclusivamente nas hipóteses em que o rendimento estiver efetivamente sujeito a tributação no Estado de Residência. Ora, se a sujeição tributária do Artigo 4º fosse efetiva, esse tipo de cláusula perderia seu sentido.

[441]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., 1997, p. 229.

[442]BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*, cit., p. 42.

[443]LANG, Michael. Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*. Amsterdam, p. 598, Dec. 2001.

[444]COUZIN, Robert. op. cit., p. 146-155.

[445]No original: "8.3 The application of the second sentence, however, has inherent difficulties and limitations. It has to be interpreted in the light of its object and purposes, which is to exclude persons who are not subjected to the most comprehensive liability to tax generally imposed by a State, because it might otherwise

Sobre essa questão, nossa opinião é a de que inexiste qualquer limitação à extensão da sujeição tributária no texto do Artigo 4º da CM OCDE. Ademais, o fato de o Estado da Residência conceder benefício fiscal que afete a tributação da renda abrangida no acordo contra a bitributação em nada desnatura o conceito de residência fiscal nele inserido. Por fim, a doutrina reitera que a segunda sentença do Artigo 4º – que origina a discussão – teve como objetivo tratar de situações envolvendo membros de entidades diplomáticas, excluindo-os do conceito de residente[446].

A terceira dúvida envolvendo o dispositivo de residência dos acordos diz respeito à natureza exaustiva ou exemplificativa dos fatores de conexão para a determinação da residência fiscal, i.e., se seriam possíveis outros critérios além de domicílio, residência, local de administração ou outro similar (por ex., local da constituição[447]).

Segundo VOGEL, o uso da expressão *qualquer outro critério de natureza similar* não deixaria dúvidas de que esses fatores de conexão seriam exemplificativos e, para o autor, qualquer vínculo entre a pessoa e o Estado, desde que relacionado à localidade e que implique sujeição tributária baseada na residência, seria considerado critério de natureza similar[448].

Inexiste referência expressa ou implícita que seja suficientemente esclarecedora na CM OCDE ou nos Comentários com relação ao significado dessa expressão. Desta forma, não é claro se o critério de natureza similar quer dizer critérios com *funções* ou *conteúdos* parecidos[449].

Quer nos parecer que, em virtude da ausência de Comentários da OCDE específicas nesse sentido, os critérios similares seriam exemplificativos.

---

exclude from the scope of the Convention all residents of countries adopting a territorial principle in their taxation, a result which is clearly not intended". Cf. Comentários ao parágrafo 1º do Artigo 4º, item 8.3 (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 102).

[446]RAAD, Kees van. *Dual residence and 1977 OECD model treaty article 4(1), second sentence, ineuropean taxation*, cit., p. 28.

[447]Utilizado, por exemplo, como um fator de conexão no acordo contra a bitributação celebrado entre Brasil e México.

[448]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., 3rd edition, Boston, Kluwer Law International, 1997, p. 230-233.

[449]SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O escopo pessoal na aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit., p. 143.

3.1.3. Exigência de a renda ter sido paga (vocábulo 'pagos')

O terceiro requisito necessário para a análise sobre a possibilidade de o beneficiário efetivo estar apto a invocar os benefícios dos tratados, no diz respeito às rendas derivadas dos Artigos 10, 11 e 12 da CM OCDE, é que a renda seja considerada como *paga* a uma pessoa por outra, para fins da aplicação das disposições do acordo contra a bitributação. Essa questão envolve a interpretação da regra de atribuição da renda para fins do direito a usufruir dos benefícios do acordo.

De acordo com ARGINELLI, o mencionado dispositivo, tomando como exemplo os dividendos, exige dois requisitos concomitantes para a redução da tributação reduzida no Estado da Fonte: que (i) os dividendos *devem ser pagos a* um residente no Estado B; e (ii) que o residente no Estado B seja o beneficiário efetivo de tais dividendos[450].

Nesse caso, o autor não abordou os requisitos de o beneficiário efetivo ter que ser uma *pessoa* para fins do Artigo 1º da CM OCDE e o requisito de ser *residente* em um dos Estados Contratantes previsto em seu Artigo 4º uma vez que estes estão implícitos para todos os casos envolvendo o *treaty entitlement* em um acordo contra a bitributação sendo, portanto, requisitos gerais (ou pressupostos para a aplicação dos acordos contra a bitributação) e não específicos dos rendimentos decorrentes de dividendos, juros e royalties.

No que se refere ao uso do termo *pagos* no texto da CM OCDE, ele é redigido de forma ligeiramente distinta, para cada um dos tipos de renda que envolve o requisito do beneficiário efetivo, mas seu significado é essencialmente o mesmo.

O Artigo 10, em seu parágrafo 1º, utiliza a expressão *de que a sociedade que paga os dividendos é residente (...)*[451]; o Artigo 11, parágrafo 1º, usa a redação *juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante (...)*[452]; e, finalmente, o Artigo 12 em seu parágrafo 2º diz que o termo

---

[450]ARGINELLI, Paolo. op. cit., p. 240 (g.n.).

[451]Tradução livre. No original:
Article 10.
Dividends
(...)
2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, (…) (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 17).

[452]"*Article 11.*

royalties, usado no presente Artigo, significa os *pagamentos de qualquer natureza recebidos pelo uso ou pela concessão do uso (...)*[453].

Segundo sustenta VAN RAAD o significado da expressão *pago* poderá sofrer variações decorrentes de eventuais inconsistências em virtude das diferentes definições de dividendos, juros e royalties, individualmente consideradas[454].

De acordo com os Comentários, o termo *pago* utilizado nos Artigos 10, 11 e 12 da CM OCDE deve ser interpretado de forma bastante ampla e, no caso dos dividendos, por exemplo, se refere ao cumprimento da obrigação de colocar fundos a disposição do acionista ou sócio da maneira prevista no contrato ou em virtude de costume[455]. Nesse ponto, LANG ressalta, de forma incisiva, que *não há razão para se aplicar o Artigo 10 apenas para pagamentos efetivamente realizados*[456].

O significado desse termo não se encontra expresso na CM OCDE. Segundo PALLESI[457], para evitarem-se eventuais conflitos de interpretação e qualificação que, por força de outra solução interpretativa, poderiam levar à dupla tributação da renda, a adoção do entendimento firmado no Relatório da OCDE sobre *Partnerships*[458] – de que um rendimento é considerado *pago* a um residente de um Estado Contratante quando o último exercita seu poder de tributação sobre tal rendimento – por ele sustentada nos parece recomendável, neste caso.

A definição do termo *pago* para fazer referência aos rendimentos disponibilizados por e para uma pessoa residente no outro Estado Contratante ganha relevância quando o

---

Interest
1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State" (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 19)

[453]No original:
Article 12.
Royalties
1. (…)
2. The term 'royalties' as used in this Article means payments of any kind received as consideration for the use of, or the right to use, (…) (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 21).

[454]RAAD, Kees van. *Advanced course in international tax law*. São Paulo: IBDT; ITC, 24-26 nov. 2008. p. 35. Apostila.

[455]Comentários da OCDE ao parágrafo 1º, Artigo 10, item 7. No original: "*7. (...) the term 'paid' has very wide meaning, since the concept of payment means the fulfillment of the obligation to put funds at the disposal of the shareholder in the manner required by contract or by custom*" (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 215).

[456]LANG, Michael. CFC Regulations and double tax treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Amsterdam, 2003. p. 56.

[457]PALLESI, Niccolo. *The application of tax treaties to investment funds*. Berkley: University of California 2007. p. 43. Disponível em: <Berkley Electronic Press (bepress)>. Acesso em: 12 jul. 2008.

[458]OECD. Issues in international taxation nº 6: the application of the OECD model tax convention to partnerships. Paris: OECD, 1999, para. 48.

beneficiário efetivo em potencial for uma entidade híbrida, tal como uma *partnership*, um *trust*, um fundo de investimento ou uma fundação, haja vista que o Estado da Fonte pode questionar se a renda foi paga a pessoa residente no outro Estado Contratante ou aos seus sócios, caso estes últimos sejam residentes em um terceiro Estado.

Assim, o Estado da Fonte pode entender que, em razão do pagamento ter sido feito diretamente para os sócios da entidade híbrida, considerada (*flow-through*) transparente sob o ponto de vista do Estado da Fonte, o acordo contra a bitributação entre Estado da Fonte e Estado da Residência dessa entidade não se aplicaria, mas sim, eventual acordo entre Estado da Fonte e terceiro(s) Estado(s) (i.e., aquele no qual os sócios da entidade são considerados residentes), se existente.

É imperioso salientar que essa questão relaciona-se ao tema da qualificação da renda e das pessoas nos acordos internacionais contra a bitributação, e não da interpretação propriamente dita. A qualificação nos acordos tributários é um tema extremamente complexo, divergente e foge ao escopo do presente estudo, razão pela qual não o abordaremos[459].

3.2. Uso do termo beneficiário efetivo pela OCDE

3.2.1. Origem e objetivo

Como previamente e explicado no curso do Capítulo I, a origem do termo beneficiário efetivo decorre do termo em inglês *beneficial owner*, existente na lei doméstica dos países que adotam o sistema jurídico de *common law*, principalmente o Reino Unido (UK), onde esse termo surgiu pela primeira vez, no contexto da *trust law*[460] para diferenciar o conceito de *legal ownership* – que se referia basicamente aos atributos

[459]Para uma análise específica sobre o tema da qualificação, vide, dentre outros: LANG, Michel. Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law, cit., p. 596-600; ENGELEN, Frank A.; POTGENS, Frank P. op. cit., p. 265-269; JONES, John F. Avery. Conflicts of qualification: comment on Prof. Vogel's and Alexander Rust's articles. *Bulletin of International Bureau of Fiscal Documentation* – Tax Treaty Monitor, p. 184-186, May 2003.

[460]JONES, John F. Avery et al. The origins of concepts and expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, Amsterdam, p. 249, June 2006.

formais da propriedade do *trustee* – do *beneficial ownership* – detido pelos *verdadeiros* beneficiários, que podiam exercer seu direito em relação à propriedade perante terceiros[461].

Em âmbito internacional, o termo (ou requisito[462]) *beneficiário efetivo* foi originalmente introduzido, e pela primeira vez utilizado, na CM OCDE de 1977[463]. De acordo com os Comentários[464], este termo foi incluído no parágrafo 2 do Artigo 10 (Dividendos), parágrafo 2 do Artigo 11 (Juros) e parágrafo 1º do Artigo 12 (Royalties) para esclarecer o significado da expressão *pagos a um residente* (*paid to a resident*) utilizada nesses artigos da CM daquele ano tratando-se, portanto, de regra relacionada a atribuição da renda.

Contudo, RUSSO[465] salienta que o termo *beneficial owner* já tinha sido utilizado em acordos internacionais tributários antes de sua inserção na Convenção Modelo OCDE de 1977. Em meados dos anos 40 o primeiro uso dessa expressão no contexto internacional tributário, no acordo internacional sobre heranças celebrado entre EUA e UK datado de 1945[466] em referência a *ações ou quotas detidas por um mandatário em que o beneficiário efetivo é evidenciado por certificados ou de outra forma*[467]. Também, em 1966, essa expressão foi utilizada no Protocolo referente ao acordo contra a bitributação celebrado entre EUA e UK[468].

---

[461]RUSSO, Raffaele. *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam: IBFD, 2007. p. 229.

[462]Em inglês, o termo *beneficiário efetivo* é conhecido como *beneficial owner* e é referido diversas vezes na doutrina ora como *beneficial owner clause* (i.e., cláusula de beneficiário efetivo); *beneficial owner requirement* (i.e., requisito de beneficiário efetivo); e *beneficial owner concept* (i.e., conceito de beneficiário efetivo)., variando de acordo com a preferência terminológica dos autores. Independentemente da terminologia adotada, entendemos todas como sinônimos sendo importante o significado comum que todas essas expressões guardam entre si: o beneficiário efetivo é uma condição adicional às pessoas visadas nos acordos contra a bitributação que, além de terem que ser residentes em um ou em ambos os Estados Contratante, devem ser consideradas como o *beneficiário efetivo* dos rendimentos previstos nos Artigos 10 (dividendos), 11 (juros) e 12 (royalties) – onde tal termo é expressamente mencionado na CM OCDE (e também no Modelo U.S.) – restando claro que a utilização dessa expressão no texto dos referidos acordos constitui uma limitação ao direito de usufruir dos benefícios por eles concedidos (*treaty entitlement*). Pessoalmente, entendemos que a expressão mais adequada em inglês seria *beneficial owner requirement* e, em português, o simples uso de *beneficiário efetivo* para fazer menção ao termo, conceito ou definição de tal expressão seria suficiente para o entendimento necessário.

[463]Cf. VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 561; TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 146.

[464]Comentários da OCDE ao Artigo 10(2), item 12; Artigo 11(2), item 9; Artigo 12(1), item 4 (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 215; 244; 257).

[465]RUSSO, Raffaele. op. cit., p. 229.

[466]UK-US treaty on estates of deceased persons (1945).

[467]No original: "*shares or stock held by a nominee where the beneficial ownership is evidenced by scrip certificates or otherwise*" (Cf. OLIVER, J. David B.; LIBIN, Jerome B.; WEEGHEL, Stef van; TOIT, Charl P. du. Beneficial ownership. *Bulletin - International Bureau of Fiscal Documentation,* Amsterdam, n. 7, p. 310, July 2000).

[468]LIVER, J. David B.; LIBIN, Jerome B.; WEEGHEL, Stef van; TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 311.

Adotando entendimento distinto sobre a utilização desse termo nos acordos contra a tributação, AULT sustenta que o conceito de beneficiário efetivo surgiu, de fato, no contexto do combate a elisão fiscal (*tax avoidance*) originando-se nos acordos celebrados pelo Reino Unido, nos quais havia cláusulas de *subject to tax*[469] que foram eliminadas e substituídas pelo termo beneficiário efetivo[470]. Por tal razão histórica, o autor sustenta ser claro que o contexto por trás da inserção desse termo nos acordos contra a bitributação é o de anti-abuso.

Na opinião de VOGEL, o uso do referido termo na CM OCDE teve como objetivo principal restringir o acesso aos benefícios proporcionados pelos acordos contra a bitributação à recebedores meramente formais dos rendimentos que, originalmente, não fariam jus ao usufruto de tais benefícios (por ex., bancos). Para dar supedâneo ao seu entendimento, o autor menciona que, antes de concordar com a redação do termo beneficiário efetivo para sua inclusão na versão de 1977 da Convenção Modelo, a OCDE considerou incluir dispositivo que visava condicionar os benefícios dos acordos à incidência tributária dessas rendas no Estado da Residência, além de ter considerado incluir a expressão recebedor final (*final recipient*) para esse mesmo propósito de prevenção da elisão (*tax avoidance*) fiscal internacional[471].

Em sentido semelhante, RUSSO[472] aponta que a razão para essa inclusão teria sido a prevenção do *treaty shopping*, para ele entendida como a prática pela qual um residente de um terceiro Estado reivindica os benefícios de um acordo contra a bitributação em relação a investimentos realizados em um Estado Contratante (Estado da Fonte) por meio de uma entidade intermediária residente no outro Estado Contratante (Estado da Residência da entidade intermediária), para usufruir dos benefícios aos quais tal residente não teria direito inicialmente[473] (se não fosse por meio da estrutura intermediária).

---

[469]A cláusula *subject-to-tax* é um tipo de cláusula de limitação de benefícios nos acordos contra a bitributação e será analisada especificamente ao final deste Capítulo III.

[470]VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a, p. 21.

[471]VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 561-562.

[472]RUSSO, Raffaele. op. cit., p. 229.

[473]IBFD. *International Tax Glossary*. Ed. Susan M. Lyons, cit., p. 260.

3.2.2. Evolução do termo na Convenção Modelo e Comentários

A análise da evolução e do desenvolvimento do termo beneficiário efetivo na CM OCDE começa, na realidade, com a Convenção Modelo de 1963, na qual essa expressão não existia. A redação do Artigo 10, que tratava de dividendos, era a seguinte:

> *1. Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.*
>
> *2. However, such dividends may be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but the tax so charged shall not exceed: (…)*[474]

Como dito, a expressão beneficiário efetivo foi inserida pela primeira vez na Convenção Modelo de 1977, na qual o Artigo 10 era assim redigido:

> *"2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the recipient is the beneficial owner of the dividends the tax so charged shall not exceed: (…)"*[475] (marcamos).

Os Comentários da OCDE ao Artigo 10, Convenção Modelo de 1977, no item 12, foram os primeiros a trazer a explicação de que a limitação da tributação sobre os dividendos, por parte do Estado da Fonte, não seria aplicável quando um intermediário, tal como um agente ou mandatário, fosse interposto entre o beneficiário e o pagador, exceto se o beneficiário efetivo fosse residente do outro Estado Contratante[476].

Em 1986 a OCDE concluiu o relatório do Comitê de Assuntos Fiscais intitulado *Double Tax Conventions and the Use of Conduit Companies*[477], expressamente mencionado nos Comentários ao Artigo 10[478] de 1995 em diante. Esse relatório concluiu que uma sociedade-canal (*conduit company*) não pode ser, normalmente, considerada o

---

[474]OECD *Model Tax Convention on Income and on Capital*, (Paris), 1963.
[475]OECD *Model Tax Convention on Income and on Capital*, (Paris), 1977.
[476]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 10, item 12, à Convenção Modelo OCDE de 1977.
[477]Cf. OECD, Double Taxation Conventions and the use of conduit companies, cit.
[478]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 10, item 12.1, no original: "*For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled "Doublé Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" [Note: Reproduced in Volume II at page R(6)-1] concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interest parties*" (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 216).

beneficiário efetivo se, embora sendo proprietário formal, na prática ela só dispuser de poderes muito limitados que a tornam, relativamente ao rendimento em questão, um mero fiduciário ou administrador que age por conta das partes interessadas[479].

O relatório em comento, coloquialmente conhecido como *OECD Conduit Companies Report* – que teve parte de seu parágrafo 14(b) reproduzido no item 12.1 dos Comentários ao Artigo 10 – assim advertia, originalmente, sobre o significado de beneficiário efetivo:

> *The Commentaries mention the case of a nominee or agent. The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus, a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company)*[480].

A versão de 1995 da CM OCDE trouxe uma alteração na redação anterior, passando a incluir o termo *residente*, previamente mencionado apenas nos Comentários, mas não no texto da Convenção Modelo em si, para qualificar o *beneficiário efetivo*. Vejamos a nova redação do Artigo 10, à época:

> *2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State the tax so charged shall not exceed: (…)*[481] (marcamos)

Os Comentários de 1995, contudo, não trouxeram qualquer inovação em relação àqueles anteriores, especificamente no que se referia à definição do termo beneficiário efetivo nos Artigos 10, 11 e 12, uma vez que o aditamento fora feito diretamente ao texto da CM.

---

[479]No original, em inglês: "(...) where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned". (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 216).

[480]OECD Double Tax Conventions and the Use of Conduit Companies, paragraph 14(b), Paris, 1986.

[481]OECD *Model Tax Convention on Income and on Capital*, (Paris), 1995.

Desde então, não ocorreram mudanças relevantes nos Comentários ou no texto da CM OCDE dos anos seguintes de 2003, 2008 e 2010, envolvendo a definição de beneficiário efetivo dos artigos de dividendos, juros e royalties.

3.3. Regramento no texto da Convenção Modelo e nos Comentários da OCDE

Inicialmente, convém ressaltar que não há definição expressa do termo beneficiário efetivo no texto da CM OCDE, tampouco no Modelo da ONU e no Modelo EUA.

A referida expressão é apenas mencionada, mas não conceituada, nos Artigos 10 (Dividendos), 11 (Juros) e 12 (Royalties) da Convenção Modelo da OCDE, respectivamente, nas seguintes passagens abaixo colacionadas:

> *Artigo 10.*
>
> *Dividendos*
>
> *1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.*
>
> *2. Esses dividendos, podem, no entanto, ser igualmente tributados no Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos e de acordo com a legislação desse Estado, mas, se o beneficiário efetivo dos dividendos for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá:*
>
> *a) 5% do montante bruto dos dividendos, se o seu beneficiário efetivo for uma sociedade (com exceção de uma partnerhisp) que detenha, diretamente, pelo menos 25% do capital da sociedade que paga os dividendos;*
>
> *b) 15% do montante bruto dos dividendos, nos demais casos.*
>
> *(...)"*[482](grifamos)
>
> *Artigo 11.*
>
> *Juros*

[482]OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 40-41. No original, em inglês:
"*Article 10. Dividends.*
1. Dividends paid by a company which is resident of a Contracting State to a resident of another Contracting State may be taxed in that other State.
2. However, such dividends may be also taxed in the Contracting State of which the company paying the dividend is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:
a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25% of the capital of the company paying the dividends;
b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases" (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 17).

> *1. os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.*
>
> *2. No entanto, esses juros podem ser igualmente tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas se o beneficiário efetivo dos juros for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá 10% do montante bruto dos juros. As autoridades competentes dos Estados Contratantes estabelecerão, de comum acordo, a forma de aplicar esse limite.*
>
> *(...)*[483] (grifamos)
>
> *Artigo 12.*
>
> *Royalties*
>
> *1. Os royalties provenientes de um Estado Contratante e cujo beneficiário efetivo é um residente do outro Estado Contratante só podem ser tributados nesse outro Estado.*
>
> *(...)*[484](grifamos)

À época da inseção do termo, LUKOFF apontou que poucas foram as explicações dos motivos que justifiaram o uso dessa expressão, sendo a única justificativa relacionada às figuras do agente e mandatário interpostos entre o beneficiário e o pagador dos rendimentos[485].

Os Comentários aos Artigos 10[486], 11[487] e 12[488] da CM OCDE esclarecem que o conceito de beneficiário efetivo não deve ser usado numa acepção estrita e técnica, mas, ao

---

[483]OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 42. No original, em inglês:
"*Article 11. Interest.*
1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.
2. However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 percent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of the application of this limitation". (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 19).

[484]OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 43. No original, em inglês:
"Article 12. Royalties.
1. Royalties arising in a Contracting Stae and beneficially owned by a resident of the other Contracting States hall be taxable only in that other State." (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 21).

[485]LUKOFF, Frederick L. dividend, interest, royalties: the 'beneficial ownership' change in the 1974 amendments to the OECD Draft Convention. *Taxes – The Tax Magazine*, n. 8, p. 566, 1977.

[486]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 10, item 12 (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 215).

[487]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 11, item 9 (Cf. Id. Ibid., p. 244).

[488]Comentários da OCDE ao parágrafo 1 do Artigo 12, item 4 (Cf. Id. Ibid., p. 257).

contrário, *deve ser entendido no contexto e à luz do objeto e dos propósitos da Convenção Modelo, notadamente o de evitar a dupla tributação e prevenir a evasão e a fraude fiscais*[489].

Ademais, o item 12.1 dos Comentários ao parágrafo 2 do Artigo 10[490] menciona que um intermediário, tal como um agente ou mandatário, quando interposto entre o beneficiário e o pagador dos rendimentos, não será considerado como o beneficiário efetivo dessa renda. Isto porque, seria inconsistente com o objeto e propósito da Convenção Modelo que o Estado da Fonte concedesse uma redução ou isenção do imposto pelo simples fato de o beneficiário imediato do rendimento ser residente do outro Estado Contratante[491].

Os mesmos Comentários explicam que, na situação supra descrita, o recebedor imediato do rendimento é qualificado como residente, contudo, não existe o risco da dupla tributação da renda por conseqüência disso, haja vista que tal beneficiário não é considerado, do ponto de vista fiscal, como o proprietário do rendimento no Estado da Residência[492] (e, portanto, não estaria ele próprio sujeito à tributação).

Também, seria igualmente inconsistente com o objeto e com o propósito da Convenção que o Estado da Fonte concedesse uma redução ou isenção do imposto a um residente de um Estado Contratante que atue, senão por meio de uma relação (jurídica) de agência ou mandato, como simples canal ou trampolim (*conduit*) em nome de outra pessoa que, de fato, realmente se beneficia do rendimento em causa[493].

Neste tocante, a limitação do imposto cobrado no Estado da Fonte mantém-se disponível quando um intermediário, seja um agente ou mandatário, situado num Estado Contratante ou num terceiro Estado se interponha entre o beneficiário e o pagador, mas o beneficiário efetivo seja residente no outro Estado Contratante[494].

---

[489]OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 230. No original, Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 10, item 12: "The term 'beneficial owner' is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance" (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 215).

[490]OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 230.

[491]No mesmo sentido os Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 11, item 8 e ao parágrafo 1 do Artigo 12, item 4 (Id. Ibid., p. 265 e 282).

[492]Id. Ibid., p. 230.

[493]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 10, item 12.1 (OCDE: Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada, cit., p. 230).

[494]Comentários da OCDE ao parágrafo 2 do Artigo 10, item 12.2 (Id. Ibid., p. 231).

A partir da análise do texto contido na CM OCDE e dos Comentários aos Artigos 10, 11 e 12 é possível notar que não existe uma definição descritiva expressa do que seria o *beneficiário efetivo* de tais rendimentos.

Todavia, interessante atentar para o que TOIT chamou de *definição negativa* do termo feita pelos Comentários, uma vez que estes expressamente descreveram as pessoas que não serão consideradas, em nenhuma hipótese, como os *beneficiários efetivos* dos rendimentos[495]. Isto é, agentes e mandatários, bem como empresas-canal (*conduit companies*) desde que atuem como fiduciários ou administradores da renda de terceiros – precisamente por não agirem em nome próprio com relação aos rendimentos recebidos – jamais serão qualificados como tal e, portanto, não terão direito de invocar a aplicação dos benefícios concedidos por um acordo contra a bitributação, uma vez que estarão fora do escopo subjetivo dos acordos, não possuindo *treaty entitlement*.

A partir dessa definição negativa do que se entende como não sendo o beneficiário efetivo dos acordos contra a bitributação, é possível notar o real objetivo da inserção dessa expressão na CM OCDE, em 1977: evitar *unintended treaty benefits* (i.e., aplicação não-intencional dos benefícios do acordo tributário) para meros intermediários que respondem por terceiros e, portanto, dos quais a renda decorrente de dividendos, juros e royalties não compõe seu próprio patrimônio.

Extrai-se, da leitura dos Comentários, que a análise relacionada à atuação de uma pessoa como agente, mandatário ou fiduciário passa por um exame da substância (material) e não meramente formal (documental) dos poderes envolvendo a pessoa a ser considerada como o beneficiário efetivo da renda, haja vista a parte final do item 12.1 dos Comentários, em que é dito que *uma conduit company não pode ser normalmente considerada o beneficiário efetivo se, embora sendo o proprietário formal, na prática só dispuser de poderes muito limitados*. Incontestavelmente, portanto, a determinação do beneficiário efetivo passa, sobretudo, mas não somente para as *conduit companies*, por uma detida análise fática do caso concreto, o que inúmeras vezes é demasiado complexo. Essa análise da situação fática culmina por tornar consideravelmente casuística a verificação do beneficiário efetivo envolvendo sociedades que atuem como *holdings* intermediárias, dificultando a eleição de uma regra geral única.

[495]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 146-147.

Importante ressaltar que essa dificuldade será do Estado da Fonte, que deverá demonstrar que a pessoa recebedora dos rendimentos, localizada no Estado da Residência, não é o beneficiário efetivo desses. Caso assim não consiga demonstrar, terá que aplicar a redução tributária prevista no acordo contra a bitributação celebrado com o Estado da Residência, em virtude do pacto assumido com esse outro Estado.

Há, também, uma breve tentativa de definição de beneficiário efetivo na Explicação Técnica do Modelo EUA (*US Technical Explanation*) ao Artigo 10 (2), de 1996, que o definiu como *qualquer pessoa residente em um Estado Contratante a qual aquele Estado atribuísse o dividendo para fins de sua tributação*[496], sem grandes esclarecimentos adicionais.

Interessante notar que os Comentários expressamente recomendam que, os Estados que desejem formular de forma mais explícita o conceito e as restrições decorrentes do termo beneficiário efetivo, assim devem fazê-lo durante as negociações bilaterais entre eles[497]. Ora, essa recomendação é de toda evidente e desnecessária, numa primeira análise, haja vista que os Estados Contratantes podem, sempre alterar o texto da CM OCDE na medida que desejarem, uma vez que o instrumento individual e concreto *acordo contra a bitributação* é fruto de concessões e negociações mútuas entre dois Estados soberanos, que não se encontram limitados por normas jurídicas que não aquelas vigentes em seus próprios sistemas jurídicos (e aquelas decorrentes dos costumes internacionais)

A CM OCDE é, como já analisada no Capítulo II, um modelo que se presta a auxiliar a negociação e estruturação de um acordo internacional específico, entre dois Estados Contratantes. Não há – e por óbvio nem poderia – existir sanção para o *descumprimento* de um modelo, i.e., alteração do conteúdo veiculado na CM OCDE e em seus Comentários, que são recomendações, ainda que de reconhecida importância.

---

[496]Tradução livre. No original: *any person resident in Contracting State to whom that State attributes the dividend for purpose of its tax*. Cf. US DEPARTMENT OF TREASURY. United States Techincal Explanation Accompanying the United States Model Income Tax Convention, Article 12, Paragraph 174, of. September 20, 1996. Disponível em: <http://www.irs.gov/businesses/small/international/article/0,,id=164686,00.html>. Acesso em: 21 out. 2011.

[497]No original: "*12.2 Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State. (The text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations*". (sublinhamos) (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 216).

3.4. Terminologia e traduções para outros idiomas

Um fator que contribui para a dificuldade na definição consensual do significado desse termo, além da questão envolvendo a diferente tradição do sistema jurídico de cada país (*common law* e *civil law*), é a tradução da expressão *beneficiário efetivo* para os diversos idiomas, que pode levar a algumas diferenças de significado em razão dos termos utilizados em cada língua.

A dificuldade em se encontrar um significado comum a um termo de direito interno para fins de sua aplicação no direito tributário internacional foi, inclusive, discutida por especialistas em 1989 no que se referia ao termo *trust* e seu uso na CM OCDE. À época, a conclusão foi a de que, para a definição de *trust* seria pouco provável a aceitação universal de seu significado (*there seems little chance of there being a universally accepted meaning of that term*[498]).

Raciocínio similar pode ser aplicado ao caso envolvendo o termo beneficiário efetivo, pois, assim como *trust*, também é um termo originado de país de tradição de *common law* (Inglaterra) e não de vocábulos internacionalmente conhecidos ou utilizados, mas sim, restritos a determinados países que adotam esse tipo de sistema jurídico. Isto é, tanto *trust* como *beneficial owner* não foram termos criados especificamente para fins de acordos contra a bitributação, tal como, por exemplo, parece ter sido termo *estabelecimento permanente* descrito no Artigo 5 da CM OCDE.

Ao contrário, foram termos que, já existentes em ordenamentos jurídicos específicos, foram reproduzidos no texto da CM OCDE visando dar caráter universalmente aceito a seus respectivos significados o que, para o termo beneficiário efetivo – como visto até agora neste estudo –, não surtiu o efeito desejado, em razão da ausência de uniformidade denotativa do termo entre os demais países gerando apenas confusão.

Conforme já expusemos, o termo foi criado no idioma inglês, portanto, *beneficial owner* é a expressão original. Abaixo listamos o termo utilizado para descrever *beneficial owner* e seus significados nos principais idiomas, para demonstrar a disparidade de significados decorrente das várias traduções[499]:

---

[498]JONES, John F. Avery. op. cit., p. 379.
[499]Cf. TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 165.

País	**Nomenclatura de Beneficial Owner no idioma local**	**Tradução em inglês do termo no idioma estrangeiro**
Alemanha	Nutzungsberechtigter	Entitled to use
Áustria	Nutzungsberechtigter	Entitled to use
Suíça	Nutzungsberechtigter	Entitled to use
Holanda	Uiteindelijk gerechtigde	Ultimately entitled
Bélgica	Uiteindelijk gerechtigde	Ultimately entitled
África do Sul	Vir eie voordeel besit	Possess for own benefit
França	Bénéficiaire effectif	Real beneficiary
Itália	L'effettivo beneficiario	Real beneficiary
Espanha	Beneficiario efectivo	Real beneficiary
Brasil	Beneficiário efetivo	Real beneficiary
Argentina	Beneficiario efectivo	Real beneficiary
Romênia	Bénéficiaire effectif	Real beneficiary
Hungria	Haszonhúzója	Benefit-drawing party
Suécia	Har ratt till	Has the right to rightfully or legally entitled
Noruega	Rettmessig tilkommer	Has the right to rightfully or legally entitled
Dinamarca	Retmassige ejer	Rightful or lawful owner

Essa diferenciação do significado da expressão nos diversos idiomas, quando traduzida, contribui para a complexidade de uma definição internacional global do termo.

A dificuldade original reside, contudo, na própria criação e utilização do termo nos países de *common law*, para fins de direito de propriedade interno desses países, sobretudo na Inglaterra, conforme analisamos no Capítulo I. Considerando que o termo *beneficial owner* não existe na maioria dos países de *civil law*, e tem significado vago inclusive em alguns países de *common law* que não possuam o *Equity*, não existe uniformização sequer do uso dessa expressão no direito interno comparado, quanto menos no direito tributário desses países.

Por exemplo, em algums países como Dinamarca, Polônia, Israel, Índia e Brasil, a expressão não significa ou se refere ao vocábulo *owner*. A possível explicação para esse

fato é a de que esses países são todos de tradição de civil law e, portanto, não possuem uma noção ou conceito similar para beneficial ownership, além de seus sistemas jurídicos não necessariamente reconhecer a divisão dos *ownership rights*, isto é, dos atributos do direito de *ownership*[500].

Ademais, isso também ocorreu na tradução do termo na Áustria, Suíça e Alemanha, já que *beneficial owner* foi trazido como *Nutzungsberechtigter* e não como *wirtschaftlicher Eigentümer* (*economic owner*). Essa alteração na tradução do termo aparentemente foi intencional, uma vez que a Suíça não possuía em sua lei doméstica a noção de *economic owner* e a Alemanha também não quis utilizar esse termo para evitar confusão na interpretação do termo *beneficial owner* com as normas internas relacionadas a *economic ownership* para fins fiscais[501].

Originariamente, em razão de a OCDE ter tomado o termo *beneficiário efetivo* emprestado dos países de *common law*, poderia fazer sentido que seu significado para fins dos acordos contra a bitributação internacional seguisse o decorrente do direito interno de tais países. Contudo, por óbvio essa interpretação é demasiadamente equivocada, uma vez que o significado internacional inclui a utilização dessa expressão não só outros países de *common law* (que não necessariamente seguem a mesma concepção entre si) como também nos países de *civil law* (que, na grande maioria, sequer possuem tal noção de divisão de propriedade). Mostrar-se-ia, no mínimo, inconsistente com os sistemas jurídicos desses países a adoção de um conceito sequer sem igual em seus direitos internos, ainda mais para repartir competência tributária, expressão clara da soberania (e de sua respectiva limitação) de um Estado perante seus parceiros, em âmbito internacional.

Apesar das diferentes traduções e nuances de significado nos diversos idiomas, pode-se concluir que o sentido geral do termo gira em torno da noção de real beneficiário ou sujeito ultimamente proprietário[502].

Não obstante, deve-se atentar para o fato de que, havendo diferentes traduções que carregam diferentes idéias nos vários idiomas sobre um termo a ser utilizado nos acordos contra a bitributação desses países, torna-se extremamente difícil se chegar a um significado comum no direito interno dependendo da língua dos Estados Contratantes que

[500]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 166.
[501]KOTZ, K.; ZWEIGERT; H. op. cit., p. 340.
[502]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 166.

estão interpretando o acordo. Por exemplo, um país de tradição de *civil law* buscando o significado de beneficial owner junto a um de *common law*.

Finalmente, um problema adicional que surge em razão do idioma é que a Convenção Modelo da OCDE é publicada oficialmente em dois idiomas: inglês e francês. A tradução de beneficial owner para o francês é *Bénéficiaire effectif*, que não traz a mesma noção do *equity* tipicamente de países de *common law*, já que a França é de tradição de *civil law*. Nesse caso, não se sabe ao certo qual termo deverá prevalecer, se o francês ou o inglês, pois ambos são idiomas oficiais[503].

As diferenças do termo beneficiário efetivo em razão do idioma servem como argumento para sustentar a impossibilidade de aplicar a remissão ao direito interno, uma vez que não existem conceitos ou institutos semelhantes ao *beneficial owner* na maioria dos países Membros e não-Membros da OCDE. Assim, restaria reforçada a importância da aplicação da linguagem fiscal universal para a interpretação autônoma desse termo.

3.5. Argumentos contrários à aplicação do Artigo 3(2) para definir beneficiário efetivo

Conforme anteriormente analisado, a razão pela qual a restrição ao *treaty entitlement* (i.e., direito de aproveitamento dos benefícios dos acordos contra bitributação) trazido pelo termo beneficiário efetivo foi incluída na Convenção Modelo de 1977 foi, historicamente, a de identificar o uso abusivo de tais acordos[504], além de esclarecer a regra de atribuição de renda para rendimentos passivos específicos. Em especial, o intuito original foi o de evitar que um residente de um terceiro país que não aqueles dois Estados Contratantes (Estado da Fonte e Estado da Residência) usufruísse dos benefícios relacionados ao tipo de renda decorrente do investimento realizado em um dos Estados Contratantes por meio de um mero agente ou procurador que fosse residente no outro Estado (Estado de Residência).

---

[503]Id. Ibid., p. 167.

[504]Cf. WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a, p. 16.

Esse contexto histórico dá margem a duas constatações[505]. A primeira é a de que os redatores da Convenção Modelo de 1977, à época, tinham idéias específicas ao incluir pela primeira vez no modelo essa expressão, o que é um indício para uma definição a ser construída com base na própria CM OCDE, prevalecendo sobre a definição construída com base em leis internas. A segunda é a de que a inclusão do termo beneficiário efetivo em 1977 tinha claramente o intuito de tratar do problema do abuso de acordos contra bitributação, i.e., *treaty shopping*.

Desta forma, de acordo com WIMAN[506], deve-se primar pela interpretação do conceito com base na CM OCDE (*treaty interpretation*), ao invés de utilização da referência à lei interna para definição de tal conceito.

Adotando uma posição no mesmo sentido, mas defendendo com mais veemência o primado da interpretação do conceito de beneficiário efetivo com base no direito tributário internacional, isto é, baseada nos CM OCDE e materiais correlatos (Comentários, relatórios etc.) ao invés da remissão a lei interna de cada país, GOUTHIÈRE[507] diz temer o significado que tal conceito possa vir a ter nas leis do direito doméstico, salientando que poderá vir a extrapolar o sentido pretendido pelos autores da Convenção Modelo OCDE de 1977. Para o autor, não obstante a CM OCDE não possuir a descrição do conceito de beneficiário efetivo, os Comentários à CM OCDE dão uma definição precisa e somente se referem as noções de *comissionaire* e de agente.

Nesse sentido, o mesmo autor[508] também é um dos defensores da utilização dos Comentários como hermenêutica válida para a definição do referido termo. Sustentando posição ainda mais arrojada, ele chega a dizer que se deve considerar o termo *beneficiário efetivo* como definido, nos termos dos Comentários, não sendo apropriada remissão a lei doméstica no que se refere ao tema. E o autor expõe quatro razões para justificar seu posicionamento.

A primeira delas é lastreada na análise histórica, já exposto. Ou seja, a intenção dos membros do Comitê de Assuntos Fiscais no momento da inserção de tal termo na versão de 1977 da CM.

---

[505]Cf. WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 16-17.
[506]WIMAN. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a. p. 18.
[507]GOUTHIÈRE. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 18.
[508]Id. Ibid., p. 18.

A segunda razão diz respeito a ausência considerável do termo beneficiário efetivo para fins dos acordos contra a bitributação na legislação interna dos Estados Membros. Nesse ponto, o autor faz uma importante observação ao salientar que não se questiona, nos acordos ou na legislação interna, o que significa *beneficiário*, mas sim, o que é *beneficiário efetivo*, conforme mencionado na CM OCDE[509]. Ademais, o especialista francês afirma não concordar com a justificativa da utilização de normas domésticas anti-abuso tais como *substance over form* e abuso de direito como decorrência do conceito ou da definição de beneficiário efetivo o que, particularmente, também concordamos por entendermos serem semelhantes, mas com campos de aplicação distintos, ainda que com pontos de intersecção.

O terceiro motivo se baseia na necessidade de certa segurança jurídica e consistência normativa na interpretação e aplicação dos acordos. É necessário que as entidades e pessoas, para fazer jus aos acordos contra a bitributação, entendam o significado dos termos por eles utilizados. Ademais, questiona-se o fato de a ampliação do significado que foi dado ao termo em 1977 seria uma política geral ruim, uma vez que lesionaria os interesses e direitos dos contribuintes que se confiaram e se basearam em tal conceito na época[510].

Finalmente, o último argumento levantado é o de que os acordos contra a bitributação devem ser considerados de forma pragmática, e não em abstrato. Nesse tocante, os Estados Membros da OCDE usualmente incluem cláusulas anti-abuso específicas e separadas em seus acordos sem grandes dificuldades, não obstante a utilização do termo *beneficiário efetivo* em tais acordos. Dessa forma, o autor defende que o termo beneficiário efetivo não deve ter um significado amplo, caso contrário todas as demais cláusulas incluídas pelos Estados Contratantes em seus acordos contra a bitributação para coibir ou combater o abuso e o *treaty shopping* tornar-se-iam redundantes ou em vão[511].

Também no sentido de que beneficiário efetivo deve ter um significado afeto aos acordos contra a bitributação, i.e., deve ser um *treaty concept* e não um conceito definido por leis internas, é a posição de LÜTHI. Para este especialista, a utilização do Artigo 3(2) para a definição de tal conceito poderia comprometer uma solução para fins dos acordos e

[509]GOUTHIÈRE. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 19.
[510]Id. Ibid., p. 19.
[511]Id. Ibid., p. 19.

levaria, inclusive, a certa forma de *treaty override*[512] (violação do acordo contra a bitributação por meio de lei interna). O raciocínio de LÜTHI é o de que, uma vez que o Estado concede benefícios por meio dos acordos contra a bitributação, é por meio do mesmo instrumento que se deve limitar as circunstâncias nas quais tais benefícios serão negados, e não por meio de leis internas[513]. O argumento é, no mínimo, lógico.

Ademais, de acordo o referido autor, é um fato que o conceito de beneficiário efetivo na CM OCDE não foi claramente ou expressamente definido porque ele se refere apenas a agentes e mandatários (representantes) e que, por isso, não seria de competência da lei doméstica dos Estados Contratantes decidir quem faz jus aos benefícios dos acordos, mas, caso haja necessidade de tal definição, esta deve decorrer do próprio texto do acordo[514].

Por firm, MOOIJ[515] aduz que, na Holanda, o termo beneficiário efetivo é comumente considerado como um típico conceito dos acordos contra a bitributação (*treaty concept*) e não derivado de lei interna, e visa assegurar que os benefícios do acordo sejam usufruídos pela pessoa adequada, isto é, a pessoa *economically entitled* àquele tipo de renda. A questão ganha contornos mais complexos, uma vez as cláusulas que contém referência ao termo beneficiário efetivo (notadamente aquelas que tratam de dividendos, juros e royalties) possuem como foco o critério econômico da propriedade (*economic ownership*) sobre a renda, e não o critério jurídico (*juridical ownership*). Essa questão envolvendo o critério jurídico ou econômico na interpretação do beneficiário efetivo será analisa mais a frente neste trabalho.

---

[512]Sobre o tema *treaty override* vide a obra em português de Sérgio André Rocha, *Treaty override no orde* gouthière *namento jurídico brasileiro,* cit.

[513]LÜTHI. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a. p. 20.

[514]GOUTHIÈRE. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 20.

[515]MOOIJ. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a. p. 20.

3.6. Condição para aplicação do Artigo 3(2) na definição de beneficiário efetivo

Os argumentos favoráveis à aplicação da definição de beneficiário efetivo decorrente de lei doméstica, em razão da remissão a lei interna, se baseiam na interpretação literal (*plain language*) do Artigo 3(2) da CM OCDE[516]. Esse artigo estabelece que, nos casos em que a CM OCDE faz uso de um termo ou expressão que não possui definição expressa em seu texto, a lei interna do Estado da Fonte dos rendimentos será competente para fornecer tal definição, exceto se o contexto exija diferente. A versão na língua portuguesa da CM OCDE do referido Artigo 3(2) assim dispõe[517]:

> *Artigo 3º.*
>
> *Definições Gerais*
>
> *1. (...)*
>
> *2. No que se refere à aplicação da Convenção, num dado momento, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão não definidos de outro modo terão, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o significado que lhe for atribuído nesse momento pela legislação diferente, o significado que lhe for atribuído nesse momento pela legislação desse Estado que regula os impostos a que a Convenção se aplica, prevalecendo a interpretação resultante da legislação fiscal sobre a que decorre de outra legislação desse Estado.* (g.n.)

De acordo com WALSTER[518] é usualmente aceito entre os especialistas que esta regra de exceção *exceto se o contexto exija diferente* é de aplicação bastante restritiva nos acordos internacionais contra a bitributação. A razão para esse entendimento é de que o termo *exija* (em inglês, *requires*) é uma palavra muito forte e que, por isso, requer que o contexto efetivamente demande a remissão a outra definição para que esse desvio para a lei interna do Estado de Fonte seja realizado[519].

Conforme analisamos no Capítulo II, os termos que se encaixem na categoria de linguagem fiscal internacional devem ser interpretados no contexto dos acordos contra a

---

[516]No original, em ingles:
Article 3. General Definitions
1. (…)
2. As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.(RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 9.)

[517]OCDE. Modelo da convenção fiscal sobre o rendimento e o património - Versão condensada, cit., p. 32-33.

[518]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 15.

[519]Id. Ibid., p. 15-16.

bitributação e não por meio de referência à lei interna dos Estados Contratantes. Neste sentido, deve-se aplicar uma interpretação autônoma, que reconheça que os termos utilizados no acordo devem ser interpretados no contexto do acordo.

Todavia, a posição de OLIVER et al[520], baseia-se na premissa de que o significado dessa expressão deve ser conferido por meio da legislação doméstica dos países de *common law*, em razão de ela existir antes de 1977, data em que primeiro foi utilizada na CM OCDE. Corroborando essa posição, TOIT[521] aponta que, uma vez que nenhum Estado Membro da OCDE fez qualquer reserva sobre o uso do referido termo à época, levar-se-ia a crer que o significado seria aquela decorrente da *common law*, qual seja, *pessoa de quem os direitos de propriedade ultrapassam os de qualquer outra pessoa*[522].

Ademais, para os defensores da interpretação por meio de remissão ao direito interno, a eventual ausência de definição do termo nas leis não impediria que, nos países de *common law*, isso fosse possível, uma vez que o termo beneficiário efetivo não necessitaria de uma definição precisa na lei interna, mas somente que existisse um significado na legislação do tributo objeto do acordo contra a bitributação. Por essa razão, ao menos dos países de *common law*, o uso do Artigo 3(2) seria justificável[523].

Alguns países como os EUA utilizaram-se dessa oportunidade para editar normas internas, consideradas controversas à luz de uma relação bilateral originada com base em acordos contra a bitributação celebrados com outros Estados, versando sobre *conduit companies* (empresas-canal), conhecidas como *anti-conduit regulations*[524]. Todavia, não há referência ao termo beneficiário efetivo nessa legislação.

Como analisamos no Capítulo I, são poucos os países que possuem uma definição específica de beneficiário efetivo, sobretudo para fins tributários. Assim, WIMAN[525] aponta que a remissão com base no Artigo 3(2), ainda que possível, é um mecanismo infrutífero, na maior parte das vezes.

Essa constatação serve, inclusive, de indício para sustentar que, em razão da existência de um significado ou sentido fiscal internacional da expressão, os países sequer criaram leis internas para definir esse conceito. A partir da análise da própria história da

---

[520]OLIVER, J. David B.; LIBIN, Jerome B.; WEEGHEL, Stef van; TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 319-320.
[521]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 201.
[522]Em inglês, no original, *person whose ownership attributes outweight that any other person* (TOIT, Charl P. du. *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties*, cit., p. 201).
[523]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 173.
[524]*US Treasury Regulations, Section 1.881-3*.
[525]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 18.

CM OCDE, bem como do fato de que vários Estados Membros da OCDE não possuíam, à época da inclusão do termo no modelo de 1977 e, muitos desses, até hoje não possuem, definições precisas ou específicas em suas leis internas do que se entende por beneficiário efetivo, sobretudo no que tange a relações jurídicas envolvendo (i) direito tributário; e (ii) situações internacionais envolvendo acordos contra bitributação, estes são bons indícios de que a exceção para remissão à lei interna para interpretação de tal termo não é a opção original sob o ponto de vista teleológico[526].

Para VOGEL, o conceito de beneficiário efetivo não deve ser definido exclusivamente por meio da remissão à lei interna do Estado da Fonte, mas deve ser interpretado com referência ao contexto do tratado como um todo e particularmente em vista ao objetivo perquirido pelas restrições que o conceito de beneficiário efetivo visava trazer para a CM OCDE[527].

Assim, a questão central para a interpretação do termo beneficiário por meio de norma de direito interno reside em saber se o contexto dos acordos contra a bitributação permite ou não a remissão à lei interna dos Estados Contratantes. Ao se definir o significado do contexto dos acordos, aplicando essa definição especificamente para o termo beneficiário efetivo, definir-se-á a resposta da indagação sobre a possibilidade de aplicar o Artigo 3(2) e, portanto, definir o termo com base em norma interna ou se, pelo contrário, o contexto não permite a remissão ao direito interno por já conferir a definição de beneficiário efetivo para fins de interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação.

3.7. Contexto na construção do significado de beneficiário efetivo: linguagem fiscal internacional

Conforme examinamos no Capítulo II, a noção de contexto para fins do Artigo 3(2) da CM OCDE é extremamente ampla, permitindo sua construção por meio de diversos instrumentos consagrados na CVDT, inclusive, sendo mais amplo que o contexto mencionado na última.

[526]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 16.
[527]Id. Ibid., p. 16.

Inicialmente, convém ressaltar que a construção do contexto para fins da determinação do conceito de beneficiário efetivo pressupõe a não aplicação dos Artigos 31(2) e 31(3), uma vez que, eles tratam de outros instrumentos celebrados pelos Estados Contratantes em relação à definição desse termo. Portanto, se existirem definições nesses acordos e demais instrumentos de caráter sinalagmático entre as partes, não restaria razão para se investigar o conceito de beneficiário efetivo a partir dos demais dispositivos da CVDT. Portanto, pressupomos, para a análise do contexto na construção do sentido de beneficiário efetivo, que inexistem acordos concomitantes ou posteriores, ou práticas posteriores na aplicação dos acordos entre as partes versando sobre esse termo.

Assim, resta verificar a possibilidade de aplicação do Artigo 32 da CVDT, que trata dos meios suplementares de interpretação, como contexto na determinação do conceito de beneficiário efetivo. Isto porque, conforme exposto no Capítulo II deste trabalho, o Artigo 32 só pode ser aplicado em dois casos: Artigo 32(a), para confirmar o significado dado com base no Artigo 31 da CDVDT; ou Artigo 32(b), para estabelecer o significado do termo no caso de a interpretação por meio do Artigo 31 no caso de sentido ambíguo, obscuro, absurdo ou irrazoável.

Entendemos que o Artigo 32(b) não se aplica ao tema em questão, uma vez que, por mais que o sentido comum ou sentido especial de beneficiário efetivo não seja de fácil e simples determinação, ele não pode ser considerado como ambíguo, obscuro, ou que leve à aplicação manifestamente absurda ou resultados irrazoáveis.

Ora, qualquer processo interpretativo é árduo e capaz de gerar diversos entendimentos e significações possíveis. É virtualmente impossível sustentar que um termo jurídico possui apenas um significado, uma vez que os diversos elementos interpretativos (gramatical, sistemático, teleológico, histórico etc.) devem ser analisados em conjunto na produção de um sentido jurídico das palavras, conforme exposto no Capítulo II. Assim, o Artigo 32(b) não pode ser entendido como aplicável sempre que houver outra possível interpretação jurídica para um termo, caso contrário, esse dispositivo será uma verdadeira carta branca na interpretação dos tratados internacionais. Não nos parece ser esse o intuito ou escopo do referido dispositivo, devendo ser sua aplicação restrita às hipóteses de impossibilidade de construção de sentidos ou de construção de resultados interpretativos absurdos.

No que se refere ao Artigo 32(a), sua aplicação serve exclusivamente para confirmar um significado previamente determinado. Assim, a questão envolvendo a

caracterização dos Comentários e demais instrumentos publicados pela OCDE (relatórios, minutas de discussão, orientações etc.) deixa ser relevantes na medida em que esses materiais confirmem o significado construído a partir do sentido comum previsto no Artigo 31 da CVDT.

Por sua vez, conforme analisado no Capítulo anterior, o sentido do Artigo 31 deve ser construído a partir do uso comum ou normal do termo nos acordos (i.e., o contexto do uso desse termo é na esfera dos acordos internacionais contra a bitributação), interpretado à luz do objetivo e finalidade dos acordos (i.e., evitar a bitributação, fomentar investimentos e combater a evasão fiscal internacional).

Ademais, a aplicação do Artigo 31(4), que dispõe sobre o sentido especial de um termo requer, necessariamente para sua aplicação, a prévia e manifesta vontade das partes. Portanto, o caráter intencional de conferir ao beneficiário efetivo um sentido outro que não o seu sentido comum ou ordinário no contexto dos acordos contra a bitributação deve ser comprovado. Neste ponto, o sentido especial seria o oposto do sentido comum previsto no Artigo 31(1).

Desta forma, para fins da determinação do significado de beneficiário efetivo, o contexto estaria relacionado com a possibilidade da criação da linguagem fiscal internacional, para fins de caracterizar o conceito de beneficiário efetivo como um *sentido comum* (classificados no Artigo 31(1) da CVDT) ou para a determinação decorrente de um *sentido especial* (Artigo 31(4) da CVDT) e, assim, evitar o reenvio ao direito interno para sua definição. Especificamente, a questão que se coloca é se existe um sentido comum de beneficiário efetivo, decorrente da linguagem fiscal internacional, o que impediria a aplicação de lei interna dos Estados Contratante para a definição do termo.

Para tanto, o contexto seria caracterizado, em grande parte, pelos Comentários da OCDE, uma vez que não existem outros instrumentos que tratam do conceito de beneficiário efetivo, de forma a definir sua aplicação generalizada ou universal. Se os Comentários servirem para confirmar ou ratificar o sentido comum do termo com base no Artigo 31(1) da CVDT eles poderão ser utilizados não obstante seu caráter de *soft law*, e independentemente da discussão sobre sua classificação e hierarquia, uma vez que se adequariam à função e finalidade dos meios suplementares de interpretação do Artigo 32 da CVDT. Por outro lado, os Comentários podem servir como base para se sustentar que as partes tiveram a intenção de conferir um sentido especial ao termo beneficiário efetivo, utilizando-se dos Comentários em contraposição ao sentido comumente utilizado, derivado

da *common law*. Não obstante estas posições em relação ao uso dos Comentários serem antagônicas, por evidente oposição do *sentido comum* ao *sentido especial* de um termo de um acordo contra a bitributação, entendemos que a justificativa para o uso desses instrumentos se mantém nos dois casos, independentemente da classificação da natureza jurídica que lhes for conferida.

Ademais, a finalidade e objetivos dos acordos contra a bitributação, notadamente fomentar investimentos internacionais, evitar a bitributação e combater a evasão fiscal, levam a crer que a definição do conceito de beneficiário efetivo por meio de lei interna não é cabível, em razão de contexto (ao menos minimamente) existente sobre o tema.

Nesse sentido, WALSER[528] confirma a tese de que, o ponto inicial para a interpretação do conceito de beneficiário efetivo tem que ser, necessariamente, os objetivos traçados pelos responsáveis pela inclusão de tal conceito em na Convenção Modelo de 1977 defendendo, portanto, uma interpretação inicialmente finalística – posição esta que concordamos. E essas finalidades e objetivos estão refletidos não apenas na Convenção Modelo como também nos Comentários que, por sua vez, deixam claro as pessoas que não serão, em hipótese alguma, os beneficiários efetivos: agentes e mandatários, *conduit companies* agindo como fiduciárias ou administradoras em nome de terceiros.

E a razão apontada pelo autor é a de que todas estas figuras não possuem *interesse econômico* na, e *controle* sobre, a propriedade em questão (no caso os rendimentos passivos decorrentes dos dividendos, juros e royalties). A noção de um agente ou mandatário contém a idéia intrínseca de que o agente ou mandatário age em nome de outra pessoa, representando interesses alheios e substituindo aquele terceiro na relação jurídica como se fosse o terceiro, i.e., respondendo por outrem. As consequências, em geral, dessa relação de agência ou de mandato são de que todos os direitos e obrigações originados da relação jurídica originada pelo agente/procurador são automaticamente atribuíveis ao outorgante. Por esse motivo, o agente ou mandatário não contraem, eles próprios, direitos nem obrigações relacionadas ao seu patrimônio pessoal, mas sim, ao patrimônio alheio (do mandatário)[529].

Conforme já analisado, quando do exame dos Comentários aos Artigos 10, 11 e 12 da CM OCDE, resta claro que agentes, mandatários e *conduit companies* agindo como fiduciárias ou administradores não são considerados como o beneficiário efetivo de

[528]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 22.
[529]TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 220.

dividendos, juros e royalties, haja vista que possuem apenas poderes restritos sobre a propriedade ou quando é um mero fiduciário agindo em nome de outrem[530].

Assim, por meio do significado contido nos Comentários com relação à exclusão de agentes, mandatários e empresas-canal agindo como fiduciárias ou administradoras da renda alheia, restaria mitigado o fato de que o texto da CM OCDE não contém definição expressa descritiva do significado de *beneficiário efetivo* tampouco enumeram critérios objetivos ou elegem condições subjetivas para sua definição.

A doutrina, em geral, seguiu exatamente essa posição. Por exemplo, WALSER elege como critérios para definir uma pessoa que age na qualidade de um mero representante ou agente e, portanto, uma pessoa que não é o beneficiário efetivo sob a ótica de um acordo contra a bitributação, que a pessoa apenas tenha título formal sobre a propriedade, mas não possua qualquer outro atributo econômico, legal ou prático relativo à propriedade[531].

Para ser considerado como beneficiário efetivo é necessário que a pessoa tenha o direito de negociar a propriedade ou lidar com a renda como se fosse sua própria, ao menos até certo ponto, se não totalmente. Esse aspecto é conhecido como *domínio e controle* sobre a propriedade, conforme discutido no Capítulo I.

Na opinião de VAN WEEGHEL, o termo beneficiário efetivo somente deve ser interpretado à luz dos Comentários da OCDE e, portanto, deve ser limitado à definição negativa neles contida, i.e., beneficiário efetivo seria qualquer pessoa residente no Estado Contratante exceto um agente, mandatário ou *conduit company* agindo como fiduciária ou administradora em nome de terceiros. Para tornar a definição mais clara, o autor sugere a inclusão de uma definição específica expressa no texto da própria CM OCDE, nos seguintes moldes: *the beneficial owner means the creditor of an income, or, if the creditor is acting as agent or nominee, the principal for the account of whom the agent in acting*[532]. Essa nos posição razoável.

Um argumento favorável à definição do conceito de beneficiário efetivo com base na Convenção Modelo (e instrumentos correlatos) ao invés de sujeito a uma definição por lei interna seria encarar *beneficiário efetivo* não como um termo, mas como princípio

---

[530]Em inglês: "(...) a person is like an agent IF He hás only very narrow powers over property or is a mere fiduciary acting on another's account" (VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 23).
[531]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 23.
[532]WEEGHEL, Stef van. op. cit., p. 89.

fundamental dos acordos, especificamente no que se refere à necessidade de consenso bilateral[533]. O ponto seria o de que, o propósito de um acordo contra a bitributação é, por óbvio, conciliar dois sistemas tributários distintos visando repartir a competência tributária ou os direitos à tributação de determinadas rendas envolvendo esses dois Estados.

Precisamente por esse motivo, as duas partes do acordo devem estar aptas a concordar, na maior parte dos casos, sobre a identidade da pessoa visada, que possui nexo suficiente com a renda envolvida nessa situação transnacional, a ser considerada o contribuinte com relação a tal tipo de renda. Sem essa concordância inicial sobre o escopo pessoal[534] do acordo, o mesmo não funcionará de forma apropriada, para os fins para os quais fora inicialmente negociado e celebrado.

Daí a interpretação de que, ao direcionar a atenção dos Estados Contratantes em focar no beneficiário efetivo (e não meramente nominal) da renda, a Convenção Modelo tenha visado, na realidade, fomentar a cooperação bilateral entre os Estados envolvidos, senão até o consenso entre eles, com objetivo final, para cada caso que trate da identidade do contribuinte em questão. Esse argumento estrutural-finalístico levantado por WALSTER[535] não toma por base o Artigo 3(2), mas insere-se como um argumento adicional a favor da interpretação com primado no direito tributário internacional, i.e., da CM OCDE (e Comentários e instrumentos correlatos), uma vez que exige consenso dos Estados em determinar quem é a pessoa visada naquele caso, ao invés de atribuir tal competência para um dos Estados decidir, unilateralmente, por meio da definição do beneficiário efetivo presente em sua lei interna, sem qualquer participação *pari-passo* do outro Estado.

Para LIBIN, a abordagem mais correta para a definição de *beneficiário efetivo* é aquela utilizada pela Administração Fiscal norte-americana (*US Treasury*) que questiona, primeiramente, se o recebedor dos rendimentos está sujeito à tributação em razão daquele pagamento. Em caso negativo, ele não será o beneficiário efetivo da renda. Em caso afirmativo, todavia, o recebedor somente será o beneficiário efetivo se ele tem, efetivamente, o controle sobre aquela renda ou, caso contrário, ele será um mero agente, mandatário ou *conduit company* atuando como intermediário em nome de terceiro[536].

---

[533]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 17.
[534]Sobre o tema vide SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O escopo pessoal na aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*, cit.
[535]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 17-18.
[536]OLIVER, J. David B.; LIBIN, Jerome B.; WEEGHEL, Stef van; TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 322-323.

Pode-se dizer, portanto, que a definição de beneficiário efetivo proposta por esse autor também faz uso dos Comentários para definição do beneficiário efetivo, pois prima pelo controle da renda por parte de seu proprietário.

VOGEL entende que o pagamento para um proprietário formal da renda deve ser considerado, inicialmente, como feito para o beneficiário efetivo, aplicando-se o acordo contra a bitributação. Em um segundo momento, uma análise da substância sobre a forma deve ser adotada para se verificar se aquele recebedor formal dos valores é o beneficiário efetivo. Nessa etapa, o autor salienta que ao menos um dos três requisitos relacionados aos poderes do beneficiário em relação a renda deve ser cumprido: o beneficiário deve ter poderes para (i) determinar o uso da renda ou sua disponibilidade por outros; (ii) decidir de que forma a renda será utilizada; ou (iii) ambos. Se uma dessas condições for obedecida, a pessoa com tais poderes estará apta a fazer jus dos benefícios dos acordos contra a bitributação e, portanto, será o beneficiário efetivo da renda por ele abrangida[537].

Curioso notar que, conforme a definição supra, para VOGEL não há necessidade de o recebedor da renda usufruir economicamente dos benefícios dos dividendos, juros e royalties[538] (i.e., *enjoy the economic benefit*). Assim, o autor parece renegar a importância do critério econômico para a determinação do beneficiário efetivo, adotando posição mais focada na existência de poder de controle da renda, e não gozo ou fruição econômica. A aplicação da prevalência da substância sobra a forma, nesse sentido, seria apenas para constatar os poderes efetivamente existentes do recebedor sobre a renda, para se verificar se ele age em nome próprio ou de terceiros, aproximando-se, portanto, das recomendações dos Comentários no que se refere a agentes, mandatários, fiduciários e administradores.

Visando resolver essa problemática da defição do beneficiário efetivo, LÜTHI propõe a expansão dos Comentários, uma vez que, para o autor, seria insatisfatório deixar a interpretação do termo para o Estado da Fonte ou para o Estado da Residência haja vista que cada Estado será, em uma situação, Estado da Fonte e, em outra, Estado da Residência. Para salvaguardar a interpretação harmonizada do termo, ele entende que, se não for possível derivar um *significado comum* a partir dos Comentários, restará aos Estados Contratantes chegar a um acordo com comum por meio do Procedimento Amigável

[537]No original: *power to (i) determine the income use or availability by others; (ii) how the income will be used; or (iii) both* (VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 563).
[538]Id. Ibid. p. 563.

previsto no Artigo 25 da CM OCDE sobre a interpretação a ser aplicada ao conceito de *beneficiário efetivo*, sendo rejeitada a aplicação das leis internas por meio do Artigo 3(2)[539].

Ao que nos parece, em razão das diversas posições doutrinárias que estão, parcial ou totalmente em sintonia com as recomendações dos Comentários, o sentido comum de beneficiário efetivo existe e é precisamente aquele decorrente da conceituação negativa de que agentes, mandatários e empresas-canal que atuem como meras fiduciárias ou administradoras não são o beneficiário efetivo dos dividendos, juros e royalties. Em outras palavras, o beneficiário efetivo é a pessoa que detém a maior parte dos atributos dos direitos de propriedade, quando comparada à outra pessoa que também possua algum desses atributos, a ponto de ser a titular jurídica da renda auferida, por meio do teste de controle e autonomia no direito de decidir o que fazer com a renda percebida.

A partir desta nossa constatação de que o conceito de beneficiário efetivo é enquadrado como sentido comum para fins do Artigo 31(1), em decorrência dos Comentários da OCDE, negamos a existência de um sentido especial (por serem antagônicos, como já explicado) e, assim, entendemos ser tal termo parte da linguagem fiscal internacional, refutando qualquer remissão ao direito interno por meio do Artigo 3(2) da CM OCDE para sua definição.

Superada essa questão do contexto, é necessário analisar a forma pela qual essa linguagem fiscal internacional deve ser interpretada nos acordos contra a bitributação, isto é, se o critério preponderante em sua determinação deve ser o critério econômico ou jurídico.

3.8. Critérios econômico e jurídico na interpretação de beneficiário efetivo

Em razão das diferentes formas de se interpretar os critérios determinantes para definir o beneficiário efetivo dos rendimentos decorrentes dos acordos internacionais contra a bitributação, uma questão de importante análise e determinante para a interpretação e aplicação desse conceito é a questão envolvendo a análise econômica (*economic approach*) ou jurídica (*legal approach*) do termo.

[539]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 25.

Essa dúvida sobre o critério a ser utilizado na verificação, no caso concreto, dos atributos de direito de propriedade detidos pelo beneficiário efetivo surgiu, sobretudo, da confusão gerada pelo mencionado relatório *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* de 1987 quando mencionou a *interpretação econômica*, com relação à determinação do beneficiário efetivo, em seu parágrafo 14b, *in verbis*:

> *Thus the limitation is not available [referring to reduced withholding rates in Arts. 10 to12 of the OECD Model] when, economically, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income.*

A menção ao termo *economically* foi, posteriormente, inserida nos Comentários da OCDE de 2003 aos Artigos 10, 11 e 12, iniciando a confusão sobre qual o critério a ser utilizado na interpretação do termo: o econômico ou o jurídico. De acordo com PANAYI, a interpretação econômica do termo beneficiário efetivo possui ampla aceitação[540].

WALSER aponta que, além do domínio e controle sobre a propriedade, outro componente importante e aparentemente objeto de enfoque dado pelos Comentários é o *interesse econômico* que o beneficiário efetivo deve possuir sobre a propriedade. Nesse sentido, deveria haver a participação nos riscos e benefícios sobre o valor flutuante da propriedade ou do valor da renda por ela produzida. Todavia, a doutrina reconhece que o papel e importância do atributo econômico relacionado com a propriedade não é tão claro ou objetivo[541] o que, indubitavelmente, contribui para a complexidade envolvendo a definição do termo.

Alguns autores defendem a interpretação econômica[542] e existem materiais recentes da OCDE também sustentando essa posição[543].

---

[540]AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. op. cit., p. 44.

[541]Grande parte da dificuldade de se definir de forma clara os atributos econômicos e sua importância para a conceituação do beneficiário efetivo se dá em razão da possibilidade da segregação do "interesse econômico" do direito de propriedade, posse, uso, gozo, fruição e disposição do bem, tais como é Possível ocorrer, no sistema jurídico de certos países, sobretudo envolvendo instrumentos financeiros tais como aluguel de ações, cessão do usufruto de dividendos e afins (VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 23).

[542]DANON, Robert J. Le concept de bénéficiaire effective dans le cadre du MC OCDE. In: IFF Forum für Steuerrecht 1, 2007. p. 38-55; PIJL, Hans. The definition of 'beneficial owner' under dutch law, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, v. 54, n. 6, p. 256-260, 2000. Alguns autores (Cf. MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 35) interpretam a posição de VOGEL na qual o autor defende a aplicação do *substance over form* para a verificação do beneficiário efetivo como sendo uma interpretação econômica, uma vez que o autor alemão defende que o beneficiário efetivo não é aquele exclusivamente formal, mas factual. Todavia, entendemos que o professor alemão quis defender a verificação dos fatos e circunstâncias do caso concreto para a determinação do beneficiário efetivo, e não uma interpretação dos direitos econômicos, propriamente ditos, inclusive, como esse autor confirmou ao

Todavia, partilhamos da posição de JÍMENEZ, a qual o beneficiário efetivo é um conceito jurídico e, portanto, deve ser interpretado sob a perspectiva legal[544] e não econômica. O autor alerta para o fato de que, se uma análise econômica desse conceito for realizada em sua interpretação e aplicação, seu significado será tão amplo que dificilmente poderá ser diferenciado das cláusulas gerais anti-abuso. Ademais, aduz que não existe interpretação contextual ou histórica que suporte essa interpretação econômica, ao invés de legal ou jurídica[545].

Adicionalmente, convém ressaltar que não é imprescindível uma análise econômica ou aplicação da teoria da substância sobre a forma para determinar a propriedade da renda por parte de uma pessoa, uma vez que o exame fático das provas no caso concreto serve de base para a verificação de simulação ou fraude à lei, quando um terceiro não agindo em nome próprio tenta se passar pelo proprietário de uma renda que não lhe pertence, juridicamente.

Como bem apontou ZIMMER, *legal substance* não pode ser equiparada a *economic substance*, uma vez que o conceito de *legal substance* se refere à recaracterização decorrente de uma profunda análise dos direitos e obrigações de uma relação jurídica e sua função principal é apontar se houve, na operação, simulação ou fraude (*sham or simulation*) e que, portanto, consequências jurídicas equivocadas serão desconsideradas para fins tributários. Já a substância ou interpretação econômica diz respeito à aplicação de normas anti-abuso[546].

Tomando uma posição mais incisiva, GOUTHIÈRE defende que a noção de beneficiário efetivo deveria ser interpretada de forma restritiva (*legal approach*), contrapondo-se a posição ventilada por WALSER, na qual controle e interesse econômico são aspectos relevantes para a definição do termo (*economic approach*)[547]. Para o primeiro

---

dizer que, na sua concepção, o benefício econômico não era preponderante, mas sim, o controle sobre a renda (Cf VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 563).

[543]Cf. REPORT of the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors (ICG). *Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*. Draft Report for the OECD's Committee on Fiscal Affaires, 12 Jan. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/26/41974553>. Para. 29, Para. 50 e Anexo 1.

[544]Cf. OLIVER, J. David B.; LIBIN, Jerome B.; WEEGHEL, Stef van; TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 310; TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 227.

[545]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 35.

[546]ZIMMER, Frederik. General Report: form and substance in tax law. In: IFA: *Cahiers de Droit Fiscal International*. Kluwer, 2002. v. 87, p. 24-25.

[547]WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 17-18.

autor, ao considerar esses aspectos estar-se-ia afastando se um conceito legalmente definido, i.e., a noção de agente, para uma noção extremamente vaga e indefinida, que se aproxima das teorias de abuso de direito ou substância sobre a forma[548].

Ainda, o mesmo autor, continua sua linha de raciocínio ao observar que o conceito de beneficiário efetivo é um conceito estritamente legal e deve ser restritamente interpretado sem qualquer amplitude decorrente da análise de abuso de direito. Isto, contudo, não significa na opinião do autor, negar a teoria do abuso de direito ou o princípio da prevalência da substância sobre a forma para fins da interpretação dos acordos contra a bitributação, mas acredita que estes devem derivar do texto dos acordos e do sistema jurídico interno de cada Estado Contratante e são excessivamente abstratos para a discussão do conceito de beneficiário efetivo[549].

Em razão da diferenciação entre o critério econômico e o jurídico na interpretação do conceito de beneficiário efetivo apontado pela doutrina acima referida, podemos afirmar que o interpretação jurídica (*legal approach*) do conceito de beneficiário efetivo é mais restrita e visa combater a simulação e a fraude, ao passo que a interpretação econômica (*economic approach*) é mais ampla e visa coibir o abuso.

Essa distinção entre os critérios econômico e jurídico tem importantes implicações quanto escopo e limites do conceito de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação: combater o *treaty shopping* de forma geral (situações em geral) ou específica (situações específicas). É o que passaremos a abordar de forma mais detalhada no próximo item.

[548]Id. Ibid., p. 24.
[549]Id. Ibid., p. 24.

3.9. Limites do uso do beneficiário efetivo como medida de combate ao *treaty shopping*

3.9.1. Beneficiário efetivo como regra de atribuição de renda para combate exclusivo de simulação e fraude (treay shopping objetivo e específico)

Uma questão de suma importância e de muita discussão na doutrina[550], com claras e relevantes consequências práticas para os contribuintes e para a Administração Tributária, diz respeito a amplitude da definição do termo beneficiário efetivo: poderia tal conceito ser utilizado como instrumento no combate à toda e qualquer forma de *treaty shopping*, ou seriam duas questões diferentes que, por isso, necessitam de mecanismos distintos?

Inicialmente, deve-se fazer a ressalva de que, não é raro, que tribunais[551], administrações fiscais[552] e doutrinadores[553] confundam ou misturem os conceitos de *treaty shopping* e *treaty abuse*, por sua similaridade conceitual e dificuldade de separação nos casos práticos envolvendo planejamentos tributários internacionais. Ademais, existem autores que equiparam esses conceitos e os utilizam como sinônimos[554]. Conforme explicado na Introdução deste trabalho, a diferenciação pode ser difícil sob a ótica pragmática.

Em que pesem as inúmeras nuances e posições adotamos, para efeitos didáticos, a definição de que *treaty shopping* é sinônimo de evasão fiscal, isto é, consiste em simulação ou fraude imperativa à lei fiscal[555]. Por isso, é dotado de maior objetividade em sua verificação e aplicação, decorrente da aplicação de regras. Já *treaty abuse* seria definido

---

[550]WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 26.

[551]Por exemplo, o caso francês *Royal Bank of Scotland*, 283314 *Conseil d'Etat*, *Section du contentieux*, 3 e 8 *sous-sections réunies*, 29.12.2006, que será analisado mais a frente neste estudo.

[552]Posição adotada pela Coroa canadense no caso *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, 2008 T.C.C. 231, 22 de abril de 2008, que será analisado mais a frente neste estudo.

[553]Para diferentes posições sobre o conceito de *treaty shopping* e *treaty abuse* vide: BAMMENS, Niels; DE BROE, Luc. op. cit., p. 69 e ss; DE BROE, Luc. *International tax planning and prevention of abuse.* Amsterdam: IBFD, 2008. p. 667-695. (Doctoral Series, 14); WEEGHEL, Stef van. op. cit., p. 258 e ss.

[554]Cf. GOUTHIÈRE. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 26.

[555]Desta forma, não utilizamos a definição do professor Luís Eduardo Schoueri consignada em seu pioneiro estudo sobre o tema no Brasil, em 1995, que sustenta sua posição da seguinte forma: *(...) excluímos do conceito de Treaty Shopping as hipóteses em que o benefício fiscal não decorreu da existência do acordo de bitributação, mas de outro artifício de que se valeu o contribuinte e que, independentemente daquele acordo, já traria a vantagem. Assim, por exemplo, os casos de simulação não se incluem no conceito de Treaty Shopping, já que nestes casos, a vantagem não decorre da existência do acordo, mas do mero 'manto jurídico criado pelo contribuinte, que produziria igual efeito, se o 'planejamento' não envolvesse um país signatário de um acordo de bitributação*. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 22.

como abuso de direito, podendo adotar as nuances de fraude indireta à lei, elusão fiscal, *substance over form* e similares[556]. Portanto, seria dotado de maior subjetividade, decorrente de sopesamento de princípios[557].

Assim, o *treaty shopping* seria a forma mais objetiva, simples e mais rudimentar (i.e., menos engenhosa, menos complexa e desprovida de causa na celebração dos atos e negócios jurídicos[558]), dotada de patente artificialidade, tal como ocorre com a interposição de um terceiro que age representando outro titular, na qualidade de agente, mandatário, fiduciário ou administrador. Por outro lado, o *treaty abuse* consistiria em situações em que, não obstante a verificação de um direito do contribuinte, a causa nos negócios jurídicos, a modernidade e complexidade dos instrumentos jurídicos envolvidos, ao serem contrapostas ao direito do Fisco, são considerada abusivas, por força de norma jurídica prévia[559].

Adotando a posição mais radical sobre a questão, GOUTHIÈRE[560] defende que o conceito de beneficiário efetivo não pode ser invocado para justificar a exigência tributária, por parte do Fisco de um país, com base em *treaty shopping*. Para ele, os países devem introduzir medidas *anti-abuso* específicas e em separado em seus acordos tributários, tal como ocorre com a França, que possui desde 1966 uma medida anti-abuso específica no acordo contra a bitributação celebrado com a Suíça[561], o que é perfeitamente legítimo.

Nesse sentido, o fato de que existem medidas anti-abuso *ad hoc* específicas e em separado nos acordos contra a bitributação somente confirma que tais medidas anti-abuso não podem ser consideradas implícitas em uma convenção somente por força da existência

---

[556]Para um estudo sobre os diferentes institutos mencionados e sua aplicação no planejamento tributário internacional vide: DUFF, David G. op. cit., p. 75-102; ZORNOZA, Juan José; BÁEZ, Andrés. The 2003 revisions to the commentary to the OECD on tax treaties and GAARs: a mistaken starting point. In: LANG, Michael et al. (Ed.). *Tax treaties*: building bridges between law and economics. Amsterdam, IBFD, 2010. p. 129-159. Para um estudo desses institutos no direito brasileiro vide: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação e elusão tributária. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 253-261; ROLIM, João Dácio. op. cit., p. 56-117; BIANCO, João Francisco. Planejamento tributário: estudo de casos e exame crítico da jurisprudência, cit., p. 189-195; BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária: limites normativos*, cit., p. 219-272.

[557]Sobre as implicações da distinção entre regras e princípios vide SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003, p. 607-630. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/06/03/ainda-as-regras-e-os-principios-o-artigo-de-virgilio-afonso-da-silva/>. Acesso em: 12 out. 2011.

[558]TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação e elusão tributária, cit., p. 253.

[559]GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 136 e ss.

[560]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 26.

[561]Essa medida anti-abuso presente no acordo França-Suíça visa, expressamente, prevenir que uma sociedade seja interposta entre a Suíça e a fonte francesa dos rendimentos. Essa sociedade interposta não tem direito aos benefícios do acordo França-Suíça. Medida semelhante existe no acordo França-EUA (VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 26).

do termo beneficiário efetivo em seu texto[562]. Na opinião de GOUTHIÈRE[563], quando um acordo contra a bitributação não contém uma cláusula anti-abuso fica a cargo da lei interna dos países decidir se haverá abuso de direito na situação enfrentada pelo contribuinte.

Para o autor, a possível solução para o problema da conceituação do *beneficiário efetivo* passaria por uma interpretação restrita e literal do termo, uma vez que os textos legais devem ser interpretados nos seus limites, e não além, bem como pelo fato de que essa abordagem seria a única forma de dar consistência na aplicação do termo a todos os contribuintes, sem desvios ou diferenças, de forma harmoniosa[564].

A expansão do termo como instrumento ao combate de situações de abuso de planejamento tributário internacional se instaurou, sobretudo, após equivocadas menções veiculadas no relatório *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* de 1987 – assim como o ocorrido para a instauração do critério econômico de interpretação do conceito de beneficiário efetivo –, posteriormente refletido de forma parcial nos Comentários da OCDE de 2003. Estes dois instrumentos foram, mais uma vez, os grandes responsáveis pela sobreposição de conceitos e princípios distintos (beneficiário efetivo, de um lado, e *treaty shopping*, de outro) e ajudaram, sobremaneira, a criar a errônea impressão de que beneficiário efetivo é um mecanismo de combate ao abuso de direito ou ao *substance over form*[565].

GOUTHIÈRE salienta que a prova de existência de abuso de direito, desde que inserido no sistema constitucional do país, é uma questão puramente de direito interno. Caso não seja possível aplicar tais teorias e princípios com base no direito interno dos Estados Contratantes, não será o conceito de beneficiário efetivo que irá solucionar ou tornar possível a aplicação do abuso de direito ou princípio da prevalência da substância sobre a forma no contexto do direito tributário. Isto porque o conceito de beneficiário efetivo, por ter uma definição restrita, não justifica a aplicação da teoria da substância sobre a forma. No caso de os países possuírem interesse em limitar ou regular situações abusivas, isso deverá ser recaracterizado em virtude de abuso de direito, contanto que compatível com o sistema jurídico doméstico do país que visa coibir esse tipo de prática, e

[562]Cf. GOUTHIÈRE. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 26.
[563]Id. Ibid., p. 26.
[564]Cf. Id. Ibid., p. 26.
[565]ZORNOZA, Juan José; BÁEZ, Andrés. op. cit., p. 132-135.

estará sujeita a interpretação das cortes ao julgarem a adequação das normas de direito interno com as cláusulas existentes em acordos contra a bitributação[566].

Em opinião contrária, WALSTER entende ser improvável que, ao incluir o termo beneficiário efetivo – um termo que possui uma nuance *anti-abusiva* a ele intrínseca – os Estados Membros da OCDE visaram dar uma grande margem para medidas internas anti-abuso em relação a acordos internacionais contra bitributação. Para ele, se fosse esse o entendimento, essencialmente estar-se-ia dando competência exclusiva para Estado da Fonte, por meio de aplicação de lei interna, definir os princípios anti-abuso aplicáveis aos acordos contra bitributação, baseados em sua legislação interna, o que seria, para o mesmo, ainda mais absurdo[567].

Refutando a possibilidade de o uso do termo beneficiário efetivo servir como mecanismo que permite aos Estados Contratantes recorrer a suas leis internas para aplicarem quaisquer medidas anti-abuso (tais como prevalência da substância sobre a forma ou interpretação econômica do negócio jurídico) MOOIJI é categórico ao afirmar:

> *a exigência do beneficiário efetivo não visa ser um veículo para todos os tipos de medidas anti-abuso domésticas que não são baseadas na questão de quem efetivamente é o proprietário da renda*[568].

Portanto, inclusive para os que defendem que beneficiário efetivo permitiria aplicação de lei interna para sua aplicação, em situações abusivas, este conceito é considerado, ainda assim, uma medida restrita e específica no combate ao *treaty shopping*, especificamente para os casos envolvendo a definição do sujeito que é proprietário da renda. Rejeita-se, assim, qualquer característica geral e ampla, como carta branca para os Estados Contratantes aplicarem suas normas gerais anti-abuso (*General Anti-Abuse Rules - GAAR*).

Ademais, WIMAN[569] também compartilha da opinião de GOUTHIÈRE[570] de que deve haver pouquíssimo espaço – se algum – para se utilizar o conceito de beneficiário

---

[566]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 24.

[567]No original: I*t is unlikely that by adding the term 'beneficial ownership', a term that has an anti-abusive flavour to it, the Member states intended to open a very wide door to unilateral domestic anti-abusive measures* (VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 17).

[568]No original, em inglês: *The beneficial ownership requirement is not meant as a vehicle for all kinds of domestic anti-abuse rules that are not based on the question of who actually is the owner of income* (VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 20-21).

[569]Id. Ibid., p. 30.

[570]Id. Ibid., p. 26.

efetivo no combate ao abuso no planejamento tributário internacional fora do contexto restrito existente na CM. Para o primeiro, a situação do combate ao abuso dos acordos deve ser feita por meio de medida inserida especificamente no texto, devendo-se evitar, ao máximo, remissão a leis internas para os casos de abuso de acordos contra a bitributação[571].

Para tanto, WIMAN salienta a importância de não se expandir a interpretação literal (estrita) da CM OCDE na interpretação do beneficiário efetivo. Na verdade, o autor vai mais além e defende que não se deve permitir legislação anti-elisiva[572] (*tax-avoidance legislation*) nesse contexto[573].

Ao se utilizar o conceito de beneficiário efetivo como subterfúgio para aplicar medidas anti-abuso gerais e amplas, sejam elas internacionais ou domésticas, bem como expandir interpretações e aplicações de normas de *substance-over-form* para os casos envolvendo tal termo, configura-se patente desvio do conceito originariamente desenvolvido e pensado para beneficiário efetivo na CM OCDE de 1977, razão pela qual entendemos, com supedâneo doutrinário[574], ser esta um desvirtuamento dos objetivos e funções do termo beneficiário efetivo, levando a uma interpretação completamente descabida e indevida do mesmo.

Corroborando essa posição contrária a utilização do conceito de beneficiário efetivo como medida anti-abuso geral, a doutrina[575] aponta que, mesmo existindo dúvidas sobre a origem do termo beneficiário efetivo – conforme analisamos em item anterior[576] – parece que o *requisito do beneficiário efetivo* foi um esclarecimento do termo *pago a* e teve como objetivo negar benefícios dos Artigos 10, 11 e 12 àquelas pessoas que, apesar de terem o

---

[571]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 29-30.

[572]Entendemos que, nesse contexto, a melhor expressão que deveria ter sido utilizada pelo autor seria anti-elusiva ou anti-abusiva (*tax-abusive or anti-abuse tax legislation*) ao invés de "legislação anti-elisiva" (*tax-avoidance legislation*), uma vez que a elisão tributária, para a corrente a que nos filiamos, seria o planejamento tributário propriamente dito e, portanto, sempre lícito, enquanto atividade legítima praticada pelo contribuinte nos termos da lei tributária, antes da ocorrência do fato gerador. Sobre nossa posição e os conceitos de elisão, evasão e elusão tributárias no Direito Brasileiro, vide CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Inadimplemento da obrigação tributária na composição do preço predatório e sua relação com a livre concorrência. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, p. 235-256, 2008.

[573]VOGEL, Klaus (Chair). p. cit., p. 29-30.

[574]No mesmo sentido WIMAN, GOUTHIÈRE e LÜTHI (VOGEL, Klaus (Chair). p. cit., p. 20).

[575]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 35.

[576]Isto é, se o termo surgiu para (i) combater o treaty shopping; (ii) substituir cláusula de limitação de benefícios da modalidade subject-to-tax clause como ocorrera nos acordos envolvendo a Inglaterra nos anos 1960; (iii) esclarecer o significado do termo "pago a" para fins de atribuição de renda; ou (iv) um ou mais motivos combinados. Cf. DANON, Robert J. *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts.* Zurich: Schulthess, 2004. p. p. 314; JONES, John F. Avery et al. The origins of concepts and expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States, cit., p. 249; TOIT, Charl P. du. op. cit., p. 189.

legal title a receber a renda, possuíam uma fraca conexão com essa renda porque atuavam como intermediárias, tais como agentes e mandatários[577]. Por esta razão, entende-se que o termo beneficiário efetivo foi originalmente concebido como um fundamento para explicar o nexo entre alguns tipos de renda obtidos em um Estado Contratante (dividendos, juros e royalties) e as pessoas (residentes do outro Estado Contratante) que faziam jus à proteção do acordo[578].

Não obstante o item 10 dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo de 1977 ao Artigo 1º consignar que algumas situações de uso impróprio de acordos contra a bitributação podem ser atacadas por meio do conceito de beneficiário efetivo, JÍMENEZ entende que sua função original estava mais próxima de uma regra de atribuição de renda para determinar quais sujeitos deveriam ser tributados (ou beneficiados por força de dispositivo existente no acordo em caso de isenção tal como ocorrido para os fundões de pensão no Reino Unido à época) em razão da renda poder ser a eles atribuídas, para fins dos acordos contra a bitributação[579].

Neste sentido, originariamente, não era qualquer forma de *treaty shopping* que poderia ser atacada por força do uso do termo beneficiário efetivo no texto do acordo, e o termo estava mais relacionado à substância legal da propriedade (*legal substance of ownership*) do que com uma cláusula voltada a desvendar o usufrutuário econômico dos dividendos, juros e royalties[580].

Em sintonia com essa interpretação, TAVOLARO se posiciona no sentido de que, a *cláusula* de beneficiário efetivo é um meio de eficácia limitada na prevenção da evasão e elisão fiscal internacional[581].

JÌMENEZ afirma que, sob esta análise, a interpretação de beneficiário efetivo como uma cláusula que permite medidas domésticas anti-abuso (gerais ou específicas) serem incluídas no contexto dos acordos contra a bitributação não é justificável e pode até afetar

---

[577]Interessante notar que, de acordo com BAKER, o termo beneficiário efetivo foi introduzido na Convenção Modelo da OCDE no ano de 1977 à pedido, dentre outros, da delegação britânica, que temia que Convenção Modelo da OCDE de 1963 permitisse o acesso dos benefícios presentes nos Artigos 10, 11 e 12 à agentes e mandatários. Cf. BAKER, Philip. Report *Possible Extension of Beneficial Ownership Concept*, presented at the Fourth Session of the UN Economic and Social Council, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Geneva, 20-24 October 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/index.htm>, p. 4. Acesso em: 11 dez. 2011.

[578]WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 17.

[579]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 35.

[580]WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 17-19; GOUTHIÈRE. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 19 and 26-27; DE BROE, Luc. op. cit., p. 680 e ss.; BAKER, Philip. Report *Possible Extension of Beneficial Ownership Concept*, cit., p.4-5.

[581]TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Beneficiário efetivo, cit., p. 21.

negativamente não apenas a aplicação simétrica dos acordos, como também os direitos dos contribuintes segundo a lei interna[582].

A questão da interpretação estrita do conceito de beneficiário efetivo pode ser suportada por meio de cinco argumentos baseados em atos da própria OCDE. Em primeiro lugar, o relatório de 1987 que tratou das *conduit companies* excluiu não todas as conduit companies do *treaty entitlement* relacionado ao beneficiário efetivo, mas, tão somente, aquelas que agissem com poderes restritos que as caracterizasse como fiduciárias ou administradoras atuando em nome de terceiro[583]. Em segundo lugar, os Comentários da OCDE de 2003 aos Artigos 10 a 12 adotaram as conclusões do relatório de 1987 sobre *conduit companies* e, ao contrário desse relatório, não fez referência ao termo *economic reality* em seu texto[584]. Em terceiro lugar, o relatório sobre *partnerships* identificou o conceito de beneficiário efetivo como atribuição de renda[585]. Em quarto lugar, a posição historicamente adotada pela OCDE até o ano de 2003 de relutar em aceitar a aplicação de medida anti-abuso no contexto dos acordos contra bitributação pode ser encarada como uma confirmação (ainda que tácita) de que beneficiário efetivo não era uma cláusula anti-abuso[586]. Por fim, se qualquer conduit company pudesse ser atacada por meio do conceito de beneficiário efetivo, o item 13 dos Comentários da OCDE ao Artigo 1º – que tratam das diferentes formas de combater o uso das conduits nos acordos – deixaria de fazer qualquer sentido, por haver sobreposição dos objetivos[587].

Ao se adotar a posição de que o termo beneficiário efetivo apenas previne, de modo limitado e restrito, o *treaty shopping* rudimentar, objetivo ou simplificado, isto é, aquele por meio do uso de intermediários que agem representando terceiros, tais como agentes, mandatários, *conduit companies* na qualidade de fiduciárias ou administradoras, não servindo como uma medida geral para o combate ao abuso e as demais formas de uso impróprio dos tratados, também se deixa de dar importância ao aspecto subjetivo das partes

---

[582]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 35-36.
[583]BAKER, Philip. *Double tax conventions*, cit., 10B-10.4.
[584]Comentários da OCDE ao Artigo 10, parágrafo 2, item 12.1, é assim redigido, no original: *(...) a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties*. Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 216.
[585]OECD Report. *The Application of the OECD MC to Partnerships.* Paris: OECD, 1999. Para. 54.
[586]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Domestic anti-abuse rules and double taxation treaties (Part I). *Bulletin of International Fiscal Documentation,* v. 56, n. 11, p. 542-553, 2002; e, do mesmo autor, Domestic anti-abuse rules and double taxation treaties (Part II). *Bulletin of International Fiscal Documentation*, v. 56, n. 12, p. 620-627, 2002.
[587]BAKER, Philip. Report *Possible Extension of Beneficial Ownership Concept,* cit., p. 482.

envolvidas na relação, i.e., a intenção das partes (motivo primordial de economia fiscal ou motivos empresariais etc.) não é relevante para a interpretação do beneficiário efetivo nos acordos de bitributação, de acordo com JÍMENEZ[588].

A decisão no caso *Prévost Car Inc. v. The Queen*[589], analisada mais a frente, parece confirmar o entendimento de que o termo beneficiário efetivo funcionaria como uma espécie de regra de atribuição de renda, inclusive, ao basear sua decisão em fatos que ocorreram no Estado de Residência (Holanda) da companhia recebedora dos dividendos, salientando que, desde que a companhia holding holandesa fosse a proprietária, jurídica renda, com base na legislação comercial e tributária desse país, o conceito de beneficiário efetivo estava adimplido, não obstante a existência de um acordo de acionistas prevendo a posterior distribuição da renda recebida.

Esta é, precisamente, a opinião de AULT sobre beneficiário efetivo. Para o autor, compete ao Estado da Fonte analisar e interpretar as leis tributárias do Estado da Residência que versam sobre o termo, para posteriormente aplicá-la ao caso concreto. A resolução do problema da conceituação do beneficiário efetivo seria algo no sentido de o Estado da Fonte tratar como uma espécie de *lex specialis* a lei do Estado da Residência que conceitua o termo beneficiário efetivo, interpretando e aplicando essa lei doméstica estrangeira para fins de definir se tal pessoa recebedora dos rendimentos fará jus ao benefício da isenção ou redução de alíquota do imposto de renda a ser imposta pelo Estado da Fonte[590].

Todavia, essa posição que prima pela importância da legislação interna estrangeira (civil, comercial ou tributária), é contestada por autores, na medida em que não abrange as situações envolvendo entidades fiscalmente transparentes, como partnerships e pelo fato de que a atribuição da renda por lei interna não é diferente e, muitas vezes, não condiz com as regras de atribuição de renda dos acordos[591].

Fato é que, se o termo beneficiário efetivo for, precipuamente, encarado uma regra de atribuição de renda para o sujeito de direito, nos termos do acordo internacional,

---

[588]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 36.

[589]*Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, 2008 T.C.C. 231, 22 de abril de 2008. TAX COURT OF CANADA. Disponível em: <http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/dn/2008/04.html>. Acesso em: 08 mar. 2011.

[590]AULT, H. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 21-22.

[591]Cf. WHEELER, Joanna C. Conflicts in the attribution of income to a person. In: IFA: General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Amersfoort, v. 92, p. 56, 2007; DANON, Robert J. *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, cit., p. 347; JONES, John F. Avery et al. The origins of concepts and expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States, cit., p. 249.

questões envolvendo testes de direito interno que tratem das causas do negócio jurídico e razões extra-fiscais para a realização de operações utilizando benefícios dos tratados não seriam escopo da definição do beneficiário efetivo da renda, mas de medidas específicas anti-abuso.

É exatamente nesse contexto que ganham importância as cláusulas de limitação de benefícios ou cláusulas LOB. As limitações aos benefícios dos acordos contra a bitributação, conhecida em inglês como limitações ao *treaty entitlement* não devem ser feitas por meio do conceito de beneficiário efetivo haja vista que essa prática deixaria uma *enorme frente aberta*[592] para a aplicação de leis (normas) internas para esclarecimentos de termos utilizados nos acordos.

Se o Estado Contratante desejar restringir benefícios em seus acordos, deve assim fazê-lo não por meio da descaracterização, ampliação ou desvirtuando o conceito de beneficiário efetivo dos acordos contra a bitributação – que, para nós, é um *term of art* decorrente da linguagem fiscal internacional – mas sim, por meio de medidas específicas anti-abuso inseridas, de comum acordo, no texto do tratado. Assim, cabe ao Estado negociar com seu parceiro (o outro Estado Contratante) a inclusão de limitações explícitas condicionando o aproveitamento de tais benefícios.

Dentre as formas consagradas para cumprir tal objetivo encontra-se a cláusula de Limitação de Benefícios (*LOB clause*), que faz parte do Modelo EUA (*U.S. Model Treaty*), em seu Artigo 22 e mencionada nos Comentários da CM OCDE ao Artigo 1º, analisadas mais a frente neste Capítulo.

3.9.2. Cláusulas de limitação de benefícios (LOB clauses)

3.9.2.1. Cláusulas de limitação de benefícios no Modelo dos EUA

Historicamente, a primeira cláusula de limitação de benefícios foi inserida no Modelo EUA de 1981[593]. Todavia, somente no Modelo dos EUA (Modelo EUA) de 1996 é

[592]Tradução da expressão utilizada por LÜTHI, em inglês. No original: "it would leave the whole way open to the application of domestic law" (VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 20).

[593]DEPARTMENT OF TREASURY, US Model Income Tax Convention, Nov. 15, 2006. Disponível em: <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=169597,00.html>. Acesso em: 20 dez. 2011.

que foram adotadas cláusulas específicas, no formato hoje conhecido do Artigo 22 desse modelo, intitulado *Limitation on Benefits* (LOB)[594].

A criação desse artigo teve por objetivo incluir, nos acordos internacionais contra a bitributação, condições mínimas para as pessoas visadas poderem fazer jus aos benefícios de um acordo, especialmente aqueles relacionados à aplicação de isenção e concessão de crédito. Em outras palavras, o escopo foi o de limitar o usufruto das disposições dos tratados a contribuintes engajados em atividades que envolvessem um propósito negocial real[595].

Por esse motivo, BORREGO conclui que a cláusula de limitação de benefícios afeta principalmente as regras de um acordo contra a bitributação que exclua ou limite a tributação no Estado da Fonte[596].

Importante salientar que o intuito das cláusulas LOB é combater e evitar o uso abusivo dos acordos contra a bitributação sob a ótica do Estado da Residência, mediante a verificação de condições específicas que o residente deve ter para se utilizar das vantagens advindas desse acordo celebrado entre os Estados Contratantes[597].

O Artigo 22 do Modelo EUA de 2006[598] – a versão mais recente nos dias de hoje – contém diversos testes ou requerimentos os quais o contribuinte deve atingir ou cumprir para que ele faça jus aos benefícios veiculados pelo acordo contra a bitributação, tais como a redução da alíquota ou isenção de Imposto de Renda retido na fonte, a obtenção de créditos, aí incluídos o *matching credit* (crédito presumido) e o *tax sparing* (crédito fictício).

De acordo com as Explicações Técnicas ao Modelo EUA, desde que o residente de um Estado Contratante preencha os requisitos ou satisfaça os testes previstos no Artigo 22 dessa modelo de convenção, as razões da escolha da forma ou estrutura negocial não serão

---

[594]US DEPARTMENT OF TREASURY. US Model Income Tax Convention, Sept. 20, 1996. Disponível em: <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=169597,00.html>. Acesso em: 20 dez. 2011.

[595]Cf. RUBINGER, Jeffrey. Tax planning with U.S. income tax treaties without LOB provisions. *Tax Management International Journal*, v. 36, n. 123, p. 9, March 2007.

[596]VEJA BORREGO Félix Alberto. *Limitation on benefits clauses in double taxation conventions*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 94. (EUCOTEX Series on European Taxation).

[597]Nas palavras de WHEELER: *LOB provisions are adopted in order to prevent treaty shopping, but they deal with the residence aspect of the issue rather than the income attribution aspect. LOB provisions are an entity test: they test the strength of the connection between the person claiming the benefits and the residence state in which he does so. Conduit rules, discussed below, are a transaction test: they test the connection between the person claiming benefits and the income in respect of which benefits are claimed* (Cf. WHEELER, Joanna C. op. cit., p. 40).

[598]DEPARTMENT OF TREASURY, US Model Income Tax Convention, Nov. 15, 2006. Disponível em: <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=169597,00.html>. Acesso em: 20 dez. 2011.

relevantes. É, assim, um dispositivo que contém testes objetivos, deixando o subjetivismo na apreciação de estruturações internacionais abusivas que visam obter vantagens fiscais exclusivamente para a legislação doméstica norte-americana das *Anti-Conduit Regs*[599]

Esse artigo de LOB é dividido em cinco parágrafos distintos. O primeiro parágrafo exige como condição para um residente de um Estado Contratante fazer jus aos benefícios de um acordo contra a bitributação que ele em que ele seja considerado, obrigatoriamente, uma *pessoa qualificada* (*qualified person*).

O segundo parágrafo traz a lista de requisitos necessários para uma pessoa ser considerada como pessoa qualificada, dentre os quais (i) ser um indivíduo; (ii) ser um Estado Contratante, subdivisão política ou autoridade local; (iii) ser uma companhia que tenha sua classe principal de ações negociada em uma ou mais bolsa de valores reconhecidas, dentre outros diversos descritos do item (a) a (e).

O terceiro parágrafo estabelece um teste alternativo para pessoas que não cumpram as condições para ser uma *pessoa qualificada*, i.e., prevê os testes alternativos para pessoas não-qualificadas com base no parágrafo 2º do Artigo 22. Esse teste é o exercício ativo de uma atividade comercial ou negocial no outro Estado Contratante (*active conduct of a trade or business*). Ao realizar uma atividade substancial comercial, o contribuinte demonstra ter o propósito negocial real exigido para o *treaty entitlement*.

O quarto parágrafo contém o teste de discricionariedade, que permite à autoridade competente do outro Estado Contratante conceder os benefícios previstos no acordo ao contribuinte que não cumpriu com os testes do parágrafo 2º e 3º, desde que a autoridade competente entenda que o estabelecimento, aquisição ou manutenção das atividades por parte daquele contribuinte não tinham por objetivo principal fazer jus aos benefícios veiculados pelo acordo. Essa análise discricionária para a concessão de benefícios será feita caso-a-caso.

Finalmente, o parágrafo quinto da cláusula de limitação de benefícios do Modelo EUA contém a definição dos termos definidos utilizados nos parágrafos antecedentes, importantes para a compreensão e aplicação dos testes. Por exemplo, possui a definição de "bolsa de valores reconhecida", "classe principal de ações" e "local principal de administração e controle".

---

[599]U.S. Treasury Regulations 1.881-3 and 1.881-4.

Cabe ressaltar que é comum a presença de parágrafos adicionais, visando implementar mais restrições e mais termos definidos à cláusula de limitação de benefícios, em decorrência de negociações bilaterais. Por exemplo, a cláusula de limitação de benefícios existente na versão original do acordo contra a bitributação celebrado entre Holanda e Estados Unidos em 1992 é considerada como, talvez, a mais complexa e extensa cláusula LOB dos acordos internacionais[600].

3.9.2.2. Cláusulas de limitação de benefícios na Convenção Modelo OCDE

Por sua vez, a OCDE jamais adotou um modelo de cláusula de limitação de benefícios em sua Convenção Modelo. Todavia, a OCDE vem, desde a década de 80, intensificando os estudos relacionados ao combate ao *treaty shopping*. Prova disso foi a publicação do relatório *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*[601], em 1987 que, inclusive, foi parcialmente incluído nos Comentários da OCDE ao artigo 1º, em seção específica intitulada *Uso Impróprio da Convenção*[602].

---

[600] *Convention Between the Kingdom of the Netherlands and the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income* (18 Dec. 1992), Treaties IBFD.

[601] Cf. OECD, Double Taxation Conventions and the use of conduit companies, cit.

[602] *Uso Impróprio da Convenção.*

7. O principal objetivo das convenções contra a dupla tributação é promover as trocas de bens e de serviços e a movimentação de capitais e de pessoas, eliminando a dupla tributação internacional. Têm igualmente como finalidade impedir a evasão e fraude fiscais.

7.1 Os contribuintes podem sentir-se tentados a fazer um uso abusivo da legislação fiscal de um Estado, explorando as diferenças existentes entre as legislações de países distintos. Essas tentativas podem ser reprimidas mediante disposições ou regras jurisprudenciais que integram o direito interno dos Estados em causa. Esses Estados não desejam certamente adotar, nas suas convenções fiscais bilaterais, disposições que tenham como efeito permitir operações abusivas que, aliás, seriam reprimidas pelas disposições e regras deste tipo previstas na sua legislação interna. Por outro lado, não desejam aplicar as suas convenções bilaterais de modo a produzir o referido efeito.

8. Importa igualmente referir que a extensão da rede de convenções contra a dupla tributação aumenta os riscos de abuso, na medida em que facilita o recurso a elaborações jurídicas artificiais, concebidas de modo a tirar partido simultaneamente dos benefícios fiscais previstos por certas legislações internas e das vantagens fiscais consagradas nas convenções contra a dupla tributação.

9. Esse seria o caso, por exemplo, de uma pessoa (residente ou não de um Estado Contratante) agindo por intermédio de uma entidade jurídica criada num Estado essencialmente com o propósito de se beneficiar da redução de imposto prevista nas convenções celebradas por esse Estado e aos quais essa pessoa não teria diretamente direito. Outro caso seria o de uma pessoa singular que possui num Estado Contratante uma habitação permanente, assim como todos os seus interesses econômicos, designadamente uma participação substancial numa sociedade deste Estado e que, tendo essencialmente em vista a venda da referida participação e evitar a tributação nesse Estado do ganho de capital resultante dessa alienação (em virtude do parágrafo 5 do Artigo 13), transferisse a sua habitação permanente para o outro Estado Contratante, onde tais ganhos não são tributados ou são tributados de forma reduzida.

(…)

(Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 69-72).

Posteriormente, em 2003, a revisão do texto da CM OCDE e dos Comentários culminou por incluir sugestões de redação para medidas de combate ao *treaty shopping*[603] baseando-se, inclusive, nas cláusulas LOB do Modelo EUA de 1996.

De acordo com os Comentários ao Artigo 1º da CM OCDE, existem duas formas distintas de se fazer uso dessas cláusulas: (i) por meio da abordagem isolada (*isolated approach*)[604]; e por meio da abordagem compreensiva (*comprehensive approach*)[605].

A diferença entre a abordagem isolada e a compreensiva é a que a primeira não altera o escopo subjetivo do acordo contra a bitributação, ao passo que a última altera materialmente o escopo subjetivo dos mesmos[606]. Isso significa que os benefícios existentes no acordo, na abordagem compreensiva, só podem ser aplicados a pessoas que, além de serem residentes, também cumpram com ao menos uma das condições descritas nas cláusulas LOB. Do outro lado, diante da abordagem isolada, é necessário apenas que a pessoa seja um residente do Estado Contratante para estar apta a invocar a aplicação dos benefícios do tratado.

Estritamente falando, a OCDE não estabeleceu técnicas específicas e permanentes de combate e prevenção ao abuso ou uso impróprio dos acordos contra a bitributação. Mesmo assim, essa organização incluiu, nos Comentários ao Artigo 1º da CM OCDE de 2003, uma série de modelos de cláusulas de limitação de benefícios recomendáveis aos países que desejam prevenir o *treaty shopping* e o *treaty abuse*. São eles: (i) *look-through approach*; (ii) *subject-to-tax approach*; (iii) *channel approach*; (iv) *exclusion approach*; e (v) outras medidas especiais.

A *look-through approach* (critério de transparência ou critério de consideração da qualidade dos sócios)[607] faz com que os benefícios dos tratados apenas sejam concedidos

---

[603]Cf. ARNOLD, Brian J. Tax treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the commentary to the OECD Model, cit., p. 244-260.

[604]Comentários da OCDE ao Artigo 1º, itens 12-19. Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 72-76.

[605]Comentários da OCDE ao Artigo 1º, itens 20. Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 77-78.

[606]VEJA BORREGO Félix Alberto. op. cit., p. 90.

[607]Essa cláusula tem a seguinte redação: *Uma sociedade residente em um Estado Contratante somente terá direito, em virtude deste acordo, à redução da carga fiscal no outro Estado Contratante, incidente sobre qualquer tipo de rendimentos, ganhos ou lucros, caso não pertença a pessoas que não sejam residentes do Estado mencionado em primeiro lugar, diretamente ou através de uma ou mais companhias sediadas em qualquer lugar*. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 141. Na redação original: *A company that is a resident of a Contracting State shall not be entitled to relief from taxation under this Convention with respect to any item of income, gains or profits if it is owned or controlled directly or through one or more companies, wherever resident, by persons who are not residents of a Contracting State*. Cf. Comentários da OCDE ao Artigo 1º, item 13 (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 73).

àquelas sociedades que sejam controladas por um residente em um dos Estados Contratantes, excluindo-se de seu escopo as sociedades detidas por não-residentes desses Estados.

A *subject-to-tax approach* (critério da sujeição tributária efetiva ou do mínimo de tributação)[608] exige que os benefícios dos acordos somente sejam concedidos pelo Estado da Fonte se os rendimentos estiverem sujeitos à tributação efetiva (*actual taxation*) no Estado da Residência.

A *channel approach* ou *erosion test*[609] (critério de canalização de recursos)[610] demanda que os benefícios convencionais não sejam concedidos a residente em um dos

---

[608]Essa cláusula tem a seguinte redação*: Quando um rendimento oriundo de um Estado Contratante for recebido por uma sociedade residente em outro Estado Contratante, e uma ou mais pessoas não residentes neste outro Estado contratante: (a) tiverem, direta ou indiretamente, ou através de uma ou mais sociedades, residentes ou não, um interesse substancial naquela sociedade, seja através de participação, seja por outra forma; e (b) exercitarem, direta ou indiretamente, isolada ou conjuntamente, a gerência ou controle daquela sociedade, qualquer dispositivo deste acordo que conferir uma isenção ou redução de tributos somente será aplicável no que se referir a rendimentos que forem submetidos à tributação ordinária, no Estado mencionado em último lugar*. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 145-146. Na redação original: *Where income arising in a Contracting State is received by a company resident of the other Contracting State and one or more persons not resident in that other Contracting State:*
a) have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of participation or otherwise, or
b) exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company,
any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall apply only to income which is subject to tax in the last-mentioned State under the ordinary rules of its tax law. Cf. Comentários da OCDE ao Artigo 1º, item 15 (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 74).

[609]AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. op. cit., p. 12. Nas palavras dos autores, a *channel approach basically seeks to catch intermediary entities whose tax base is eroded in favor of third country residents (usually controlling shareholders or associated persons) through the payment of interest or royalties or by the discharge of obligations*.

[610]Essa cláusula tem a seguinte redação: *Quando um rendimento originado de um Estado Contratante for recebido por uma sociedade residente no outro Estado Contratante, e uma ou mais pessoas não residentes no outro Estado Contratante: (a) tiver, direta ou indiretamente, ou através de uma ou mais sociedades, residentes ou não, um interesse substancial naquela sociedade, seja na forma de participação, seja em outra forma; e (b) exercitar, direta ou indiretamente, isolada ou conjuntamente, a gerência ou o controle daquela sociedade, qualquer dispositivo deste acordo, que conferir uma isenção ou redução de imposto não será aplicado, se mais de 50 por cento daquele rendimento for utilizado para cobrir débitos junto àquelas pessoas (inclusive juros, royalties, pesquisa e desenvolvimento, propaganda, despesas iniciais e de viagens, depreciação e amortização de quaisquer tipos de ativos, inclusive os intangíveis, processamento etc.)*. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 148. Na redação original: *Where income arising in a Contracting State is received by a company resident of the other Contracting State and one or more persons not resident in that other Contracting State:*
a) have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of a participation or otherwise, or
b) exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company
any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall not apply if more than 50 per cent of such income is used to satisfy claims by such persons (including interest, royalties, development, advertising, initial and travel expenses, and depreciation of any kind of business assets including those on immaterial goods, processes). Cf. Comentários da OCDE ao Artigo 1º, item 17 (Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 75).

Estados Contratantes se o beneficiário de um rendimento pago por um residente do outro Estado Contratante, (i) for controlado por uma pessoa não-residente e (ii) mais de 50% desse rendimento for utilizado para a liquidação de obrigações do controlado.

A *exclusion approach* (critério da exclusão de benefícios)[611] tem o objetivo de impedir a concessão de um benefício convencional para aquelas pessoas de um dos Estados Contratantes que já usufruam de um regime fiscal privilegiado ou que estejam situados em uma área geográfica de tributação reduzida (tais como zonas francas, regimes favorecidos de tributação em função da localidade etc.). A grande vantagem dessa medida é sua limitação específica a entidades previamente definidas, evitando sua aplicação genérica e subjetiva a demais entidades.

Outra medida que também deve ser utilizada, na visão da OCDE, é a cláusula *bona fide* (cláusula de boa-fé), também chamada de cláusula de salvaguarda[612], que visa evitar a aplicação das medidas limitadoras de benefícios dos acordos a estruturas e operações que sejam dotadas de fundamentos reais econômicos, verdadeiros propósitos negociais e substância comercial e industrial.

Entre as cláusulas *bona-fide* as mais comuns são (i) *activity provision*, que exige operação econômica relevante para o direito de invocar os benefícios do acordo; (ii) *amount of tax provision*, que prevê que a limitação de beneficio não se aplicará se a redução do tributo não for maior do que o tributo efetivamente imposto no Estado Contratante no qual a companhia é residente; (iii) *stock exchange provision*, que dispõe que as companhias abertas (públicas) não estão sujeitas a tal cláusula de LOB; e (iv) *alternative tax relief*, que dispõe que, se o recebedor final tiver obtido os mesmos benefícios na residência, a cláusula LOB não se aplica.[613].

---

[611]A redação sugerida pela OCDE, na versão original em inglês, é a seguinte: *No provision of the Convention conferring an exemption from, or reduction of, tax shall apply to income received or paid by a company as defined under section ... of ... the Act, or under any similar provision enacted by ... after signature of the Convention*. Cf. AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. op. cit., p. 12.

[612]Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: treaty shopping, cit., p. 149.

[613]Cf. Comentários da OCDE ao Artigo 1º, item 19. Essas cláusulas têm a seguinte redação sugerida pelos Comentários:

a) Cláusula geral de boa-fé: As disposições anteriores não se aplicam quando a sociedade demonstrar que o seu principal objeto, as suas atividades, assim como a aquisição e a conservação da participação ou de qualquer outro bem gerador do rendimento em causa são motivados por verdadeiras considerações comerciais e não têm, por conseguinte, como objetivo principal a obtenção de vantagens ao abrigo da Convenção.

b) Cláusula relativa à atividade: As disposições anteriores não se aplicam quando a sociedade exerce atividades industriais ou comerciais importantes no Estado Contratante de que é residente e a redução

Finalmente, é importante ressaltar que, excetuada a cláusula LOB, as medidas de combate ao *treaty shopping* sugeridas pela OCDE são vagas e amplas, ocasionando dificuldade em sua aplicação prática. Por esse motivo, o uso do modelo de cláusula LOB contido no Artigo 22 do Modelo EUA é, certamente, o mais recomendado para, por meio de testes objetivos, evitar a ampliação indevida do escopo pessoal dos tratados, bem como interpretar e aplicar de forma mais clara os termos do acordo diante de planejamentos tributários, reduzindo a subjetividade na sua caracterização como abusivos.

3.9.2.3. Cláusulas de imitações de benefícios dos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil

Em regra geral, o Brasil adota o escopo pessoal da Convenção Modelo da OCDE, seguindo os padrões dos Artigos 1º, 3º e 4º, excetuados poucos casos[614]. No entanto, o Brasil não adota, como política de negociação, a inclusão das cláusulas de limitação de

---

fiscal solicitada ao outro Estado Contratante diz respeito a um rendimento conexo com a referida atividade.

c) Cláusula relativa ao montante do imposto: As disposições anteriores não se aplicam quando a redução de imposto solicitada não for superior ao montante de imposto efetivamente cobrado pelo Estado Contratante de que a sociedade é residente.

d) Cláusula da cotação em bolsa de valores: As disposições anteriores não se aplicam a uma sociedade residente de um Estado Contratante, se a classe principal de ações dessa sociedade estiverem cotadas em uma bolsa de valores reconhecida por um Estado Contratante ou se forem detidas na sua totalidade, diretamente ou por intermédio de uma ou mais sociedades, sendo cada uma delas residente no primeiro Estado Contratante, por uma residente do primeiro Estado Contratante e cujas ações de classe principal se encontrem cotadas de igual modo.

e) Cláusula de desoneração alternativa: Nos casos e que uma cláusula destinada a evitar o uso abusivo de convenções fiscais se reporte aos não-residentes de um Estado Contratante, poder-se-ia prever que esta expressão "será interpretada no sentido da não inclusão dos residentes de terceiros Estados que tenham celebrado convenções em matéria de impostos sobre o rendimento com o Estado Contratante ao qual é solicitada uma dedução fiscal, desde que tais convenções prevejam uma desoneração de imposto não inferior ao que é solicitado em virtude da presente Convenção". Cf. RAAD, Kees van. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010, cit., p. 76.

[614]O acordo celebrado com o Japão não contém o Artigo 1º. Cf. BRASIL, Decreto nº 61.899, de 14 de dezembro de 1976. Promulga a Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimentos, com o Japão (conforme alterado pelo Decreto nº 81.194, de 9 de janeiro de 1978, que promulga o Protocolo que Modifica e Complementa a Convenção entre os Estados Unidos do Brasil, atualmente República Federativa do Brasil, e o Japão, Destinada a Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre Rendimentos). Ademais, no acordo celebrado com as Filipinas, há uma *saving clause* semelhante àquela prevista nos acordos celebrados pelos EUA, que concede às Filipinas o direito de tributar seus nacionais que não sejam residentes nas Filipinas, em razão da adoção da nacionalidade como elemento de conexão para a tributação das pessoas físicas. Cf. BRASIL, Decreto nº 241, de 25 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República das Filipinas.

benefícios em seus acordos contra a bitributação, apesar de não ser de todo alheio ao uso de cláusulas de limitação de benefícios em seus acordos contra a bitributação.

Por cerca de 30 anos desde a celebração dos seus primeiros acordos[615], o Brasil não se preocupou com a inserção desse tipo de cláusulas. Todavia, nos acordos mais recentes, a partir do segundo milênio, essa preocupação passou a ser refletida no próprio texto dos acordos.

Existem, hoje, quatro acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil que contém cláusulas de limitação de benefícios: (i) Brasil-Israel (celebrado em 2002)[616]; (ii) Brasil-México (celebrado em 2003)[617]; (iii) Brasil-África do Sul (celebrado em 2006)[618]; e (iv)Brasil-Peru (celebrado em 2006)[619]. Todavia, essas cláusulas não seguem o padrão estipulado no Artigo 22 do Modelo EUA, sendo mais brandas, simples e subjetivas, ao contrário das norte-americanas, extensas, complexas e objetivas, conforme examinado no item precedente deste trabalho.

No acordo celebrado com o Chile (2001), apesar de inexistir cláusula de limitação de benefícios no texto do acordo, há uma menção feita por meio do Protocolo celebrado entre os países e anexado ao acordo. No item 8 (b) daquele instrumento, que prevê a recomendação de modificação no acordo, através de procedimento amigável, por parte das autoridades competentes nos casos em que as disposições sejam utilizadas para conceder benefícios não contemplados ou pretendidos pelo acordo[620].

---

[615] Cronologicamente, o primeiro acordo celebrado pelo Brasil foi com o Japão. BRASIL, Decreto nº 61.899, de 14 de dezembro de 1976. Promulga a Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimentos, com o Japão. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira, cit., p. 267-287.

[616] BRASIL. Decreto nº 5.576, de 8 de novembro de 2005. Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Estado de Israel Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda, celebrada em Brasília, em 12 de dezembro de 2002.

[617] BRASIL. Decreto nº 6.000, de 26 de dezembro de 2006. Promulga a Convenção entre os Governos da República Federativa do Brasil e dos Estados Unidos Mexicanos Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda, celebrada na Cidade do México, em 25 de setembro de 2003.

[618] BRASIL. Decreto nº 5.922, de 3 de outubro de 2006. Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da África do Sul para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda, celebrado em Pretória, em 8 de novembro de 2003.

[619] BRASIL, Decreto nº 7.020, de 27 de novembro de 2009. Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal com Relação ao Imposto sobre a Renda, firmada em Lima, em 17 de fevereiro de 2006.

[620] A redação desse dispositivo é a seguinte:

8. Disposições Gerais

a) (...)

O acordo Brasil-Israel contém, em seu Artigo 25, intitulado *Limitação de Benefícios*, dois parágrafos. O primeiro trata da não aplicação dos benefícios do tratado no caso de o mais de 50% do capital de uma entidade residente em um Estado Contratante ser detido por pessoas não residentes em um dos Estados Contratantes. Há exceção para a entidade que desenvolver uma atividade empresarial substancial que não a mera detenção de ações, títulos ou outros ativos. Já o segundo parágrafo prevê a discricionariedade da autoridade competente de um dos Estados Contratantes, sem a necessidade de procedimento amigável ou aquiescência prévia do outro Estado Contratante, negar os benefícios do acordo se, em sua opinião, a concessão de tais benefícios constituir um abuso do acordo segundo os fins a que se propõe[621].

No acordo Brasil-México, o Artigo 28 – intitulado Disposições Diversas – contém, em seu parágrafo 1º, dispositivo equivalente ao Artigo 25 do acordo Brasil-Israel mencionado, i.e., prevê que as autoridades competentes de ambos os Estados podem negar os benefícios do acordo se entender que existe abuso em relação a seu objeto e fim. Há, todavia, a necessidade de prévio procedimento amigável, o que não existe no acordo Brasil-Israel. Outra peculiaridade do acordo Brasil-México, quando comparado com o celebrado com Israel, é a existência do parágrafo 2º, que contém hipóteses de exclusão dos benefícios veiculados pelo acordo. Por fim, há expressa permissão, no parágrafo 3º do

---

(b) Considerando que o objetivo principal desta Convenção é evitar a dupla tributação internacional e prevenir a evasão fiscal, os Estados Contratantes acordam que, no caso em que as disposições da Convenção sejam usadas de forma tal que concedam benefícios não contemplados nem pretendidos por ela, as autoridades competentes dos Estados Contratantes deverão, em conformidade com o procedimento amigável do Artigo 24, recomendar modificações específicas da Convenção. Os Estados Contratantes acordam, ainda, que qualquer das referidas recomendações será considerada e discutida de maneira expedita com vistas a modificar a Convenção na medida em que seja necessário. BRASIL. Decreto nº 4.852, de 2 de outubro de 2003. Promulga a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação ao Imposto sobre a Renda, de 3 de abril de 2001.

[621] *Artigo 25 - Limitação de Benefícios*

1. Uma entidade legal que seja residente de um Estado Contratante e obtenha rendimentos de fontes do outro Estado Contratante não terá direito, no outro Estado Contratante, aos benefícios da presente Convenção, se mais de 50 % da participação beneficiária em tal entidade (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% das ações com direito a voto ou do capital da sociedade) forem detidos, direta ou indiretamente, por qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não forem residentes de um Estado Contratante.

A disposição deste parágrafo não se aplicará se tal entidade desenvolver, no Estado Contratante de que seja residente, uma atividade empresarial substancial que não seja a mera detenção de ações, títulos ou outros ativos.

2. Uma autoridade competente de um Estado Contratante poderá negar os benefícios da presente Convenção a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, em sua opinião, a concessão de tais benefícios constituir um abuso da Convenção em conformidade com seus fins. A autoridade competente do Estado Contratante envolvido comunicará a aplicação desta disposição à autoridade competente do outro Estado Contratante.

Artigo 28, para a aplicação de legislação interna relativa ao combate da evasão e elisão fiscal, e do abuso da convenção[622].

O acordo celebrado com a África do Sul contém, em seu Artigo 28 – *Disposições Gerais* – disposição semelhante a do acordo Brasil - Israel[623]. Interessante ressaltar que nos acordos celebrados com a Rússia e Venezuela, ainda pendentes de aprovação pelo Congresso Nacional, também existe dispositivo semelhante ao utilizado no Artigo 25 do acordo Brasil-Israel[624].

---

[622] *Artigo 28 - Disposições Diversas*
1. As autoridades competentes de ambos os Estados Contratantes poderão negar os benefícios desta Convenção, quando assim o acordarem nos termos do Artigo 25 da mesma, a qualquer pessoa ou em relação a qualquer operação, se, em sua opinião, a outorga dos benefícios da Convenção constitui um abuso desta Convenção considerando seu objeto e fim.
2. Nenhuma disposição da Convenção, exceto no que diz respeito ao Artigo de "Troca de Informações", será aplicável:
a) aos rendimentos que estejam isentos de imposto num Estado Contratante do qual o beneficiário efetivo do rendimento seja residente, ou aos rendimentos obtidos por esse residente que sejam tributáveis nesse Estado Contratante a uma alíquota menor que a alíquota aplicável ao mesmo rendimento obtido por outros residentes desse Estado Contratante que não se beneficiem dessa isenção ou alíquota;
b) aos rendimentos obtidos por um beneficiário efetivo que seja residente de um Estado Contratante, que goze de uma dedução, restituição ou outra concessão ou benefício, que se relacione direta ou indiretamente com esse rendimento, que não seja o crédito do imposto estrangeiro pago e que não se outorgue a outros residentes desse Estado Contratante.
3. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa à capitalização insuficiente ou para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar (...).

[623] *Artigo 28 - Disposições Gerais*
1. Se, após a assinatura da presente Convenção, um Estado Contratante adotar uma legislação segundo a qual os rendimentos do exterior obtidos por uma sociedade:
a) da atividade de navegação;
b) da atividade bancária, financeira, seguradora, de investimento, ou de atividades similares; ou
c) em razão de ser a sede, o centro de coordenação ou uma entidade similar que preste serviços administrativos ou outro tipo de apoio a um grupo de sociedades que exerça atividade empresarial principalmente em outros Estados, não forem tributados nesse Estado ou forem tributados a uma alíquota significativamente inferior à alíquota aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares no próprio território, o outro Estado Contratante não estará obrigado a aplicar qualquer limitação imposta pela presente Convenção sobre seu direito de tributar os rendimentos obtidos pela sociedade dessas atividades no exterior ou sobre seu direito de tributar os dividendos pagos pela sociedade.
2. Uma entidade legal residente de um Estado Contratante e que obtenha rendimentos de fontes no outro Estado Contratante não terá direito nesse outro Estado Contratante aos benefícios da presente Convenção se mais de ciqüenta por cento da participação efetiva nessa entidade (ou, no caso de uma sociedade, mais de cinqüenta por cento do valor agregado das ações com direito a voto e das ações em geral da sociedade) for de propriedade, direta ou indiretamente, de qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não sejam residentes do primeiro Estado Contratante mencionado. Todavia, esta disposição não se aplicará se essa entidade desenvolver, no Estado Contratante do qual for residente, uma atividade empresarial de substância que não seja a mera detenção de títulos ou quaisquer outros ativos, ou a mera prestação de atividades auxiliares, preparatórias ou quaisquer outras atividades similares com respeito a outras entidades associadas.
3. Independentemente da participação dos Estados Contratantes no "Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços", ou em quaisquer outros acordos internacionais, as questões tributárias relativas aos impostos visados pela presente Convenção que surjam entre os Estados Contratantes estarão sujeitas apenas às disposições da presente Convenção.

[624] Todavia, nos recentes acordos com Ucrânia e Paraguai essa cláusula não existe.

Finalmente, o Artigo 27 (*Limitação de Benefícios*) do acordo celebrado entre Brasil e Peru tem quase o mesmo conteúdo do que o dispositivo existente no acordo com Israel, exceto pelo fato de conter a mesma restrição aos benefícios do tratado encontrada no acordo Brasil-África do Sul, referente a rendas geradas no exterior decorrentes de atividades de navegação, bancária e financeira e relativa a serviços intra-grupo e isentas ou sujeitas à tributação reduzida em seu próprio território[625].

Portanto, é possível concluir que as cláusulas de limitação de benefícios utilizadas nos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil estão ausentes na maioria dos acordos vigentes, e nos poucos em que existem são básicas, mais simples e dotadas de certa subjetividade em sua aplicação, diferindo consideravelmente do modelo de cláusulas LOB norte-americano e mesmo dos modelos sugeridos pelos Comentários da OCDE ao Artigo 1º da CM.

---

[625] *Artigo 27- Disposições diversas*

1. Se, após a assinatura da presente Convenção, um Estado Contratante adotar uma legislação segundo a qual os rendimentos provenientes do exterior obtidos por uma sociedade:

a) da atividade de navegação;

b) da atividade bancária, financeira, de seguro, de investimento, ou de atividades similares; ou

c) em razão de ser a sede, o centro de coordenação ou uma entidade similar que presta serviços administrativos ou outro tipo de apoio a um grupo de sociedades que exerce atividade empresarial particularmente em outros Estados;

encontrem-se isentos de imposto ou se encontrem sujeitos à tributação a uma alíquota substancialmente inferior à alíquota aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares exercidas em seu próprio território, o outro Estado Contratante não estará obrigado a aplicar qualquer limitação imposta pela presente Convenção sobre seu direito de sujeitar a tributação os rendimentos obtidos pela sociedade de tais atividades exercidas no exterior ou sobre seu direito de tributar os dividendos pagos pela sociedade.

2. Uma entidade considerada residente de um Estado Contratante que obtenha lucros ou rendimentos de fontes no outro Estado Contratante não terá direito nesse outro Estado Contratante aos benefícios da presente Convenção se mais de 50 por cento da participação efetiva nessa entidade (ou no caso de uma sociedade, mais de 50 por cento do valor acumulado das ações com ou sem direito a voto e das ações em geral da sociedade) for propriedade, direta ou indireta, de qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não sejam residentes do primeiro Estado Contratante mencionado. Todavia, esta disposição não será aplicável nos casos em que dita entidade desenvolva, no Estado Contratante de que é residente, uma atividade empresarial substancial que não seja a mera detenção de títulos ou quaisquer outras atividades similares em relação a outras entidades associadas.

3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão regular as modalidades de aplicação da Convenção e, em particular, as formalidades que devem ser seguidas pelos residentes de um Estado Contratante para obter no outro Estado Contratante os benefícios fiscais previstos pela Convenção. As referidas formalidades poderão compreender a apresentação de um formulário de certificação de residência com indicação, entre outros, da natureza e montante dos rendimentos envolvidos e com atestação das autoridades fiscais do primeiro Estado.

3.9.3. Beneficiário efetivo, *treaty shopping* e medidas anti-abuso na prática: o exemplo das *conduit companies*

Conforma exposto nos itens prévios, o conceito de beneficiário efetivo exerce um papel de destaque com relação às estruturas envolvendo *conduit companies* (que não necessariamente envolvem, *a priori*, *treaty shopping* ou abuso). Contudo, a gradação desse papel, até hoje, ainda é considerada incerta[626] quando elas se distanciam das tradicionais estruturas de *back-to-back*[627], que são aquelas que, além de consideradas evasivas, são fáceis de verificar quem é o beneficiário efetivo dos rendimentos, em ambos os casos desconsiderando a *conduit company* intermediária (que é desconsiderada para fins de usufruto dos benefícios do tratado por ser considerada *treaty shopping*, bem como não é considerada como o beneficiário efetivo por atuar como um mero agente ou representante do proprietário da renda ou do bem).

A explicação normalmente utilizada para justificar que, nos casos de tradicionais estruturações *back-to-back*, a sociedade intermediária não é o beneficiário efetivo da renda que recebe e repassa, é a de que essa sociedade na maioria das vezes não possui domínio e controle efetivos sobre a renda que recebe (pois age sob ordens de terceiros).

Entretanto, quanto mais distantes dessa típica estrutura *back-to-back*, mais difícil se torna identificar o beneficiário efetivo, e mais próximo dos parâmetros e limites do abuso

---

[626]Cf. WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 28.

[627]Clássica estrutura back-to-back envolvendo rendimentos passivos (sobretudo dividendos, juros e royalties) envolve uma séria de atos ou operações normalmente utilizando-se de uma companhia intermediária "vazia" (*shell company*) ou "sem substância econômica" (também conhecidas como "P.O. box" ou "mail box company") que recebe e paga montantes financeiros idênticos, em um curto intervalo temporal (poucos dias), não tomando qualquer risco no negócio e, às vezes, ficando com uma pequena taxa de comissão por tal atividade de "coleta e repasse" financeiro, normalmente irrisória quando comparada ao montante total envolvido na operação. Nesse tipo de estrutura, a doutrina explica que, dificilmente, o beneficiário efetivo será a sociedade intermediária (*conduit company*) (WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 28). Caso emblemático como este ocorreu no caso *Aiken Industries*, em 1971, nos EUA – e que será analisado em item específico - envolvendo uma sociedade intermediária residente em Honduras que recebeu juros de uma sociedade tomadora nos EUA (afiliada ao grupo) e pagava o mesmo valor de juros recebidos para a companhia controladora (*Parent Company*) constituída em um terceiro país não abrangido pelo acordo contra a bitributação celebrado entre EUA e Honduras. Nesse caso, praticamente todos os ativos da sociedade intermediária consistiam em contratos de mútuo celebrados com outras sociedades do grupo e a sociedade intermediária pagava quase integralmente os mesmos valores de renda anteriormente recebidos, para a controladora no terceiro país. Em razão da obrigação de repasse integral dos valores recebidos pela intermediária para sua controladora, a corte tributária norte-americana (U.S. Tax Court) conclui que a intermediária jamais teve domínio e controle sobre os juros que recebera da tomadora residente nos EUA e, por isso, não era nada além de um mero agente coletor (*mere collection agent*), não fazendo jus aos benefícios do acordo EUA-Honduras.

de tratados (*treaty abuse*) do que propriamente da conceituação do beneficiário efetivo da renda esses casos passam a ser.

Um exemplo prático dessa zona cinzenta ocorre quando um residente de um Estado Contratante (por exemplo, uma instituição financeira) possui o título de ações e, portanto, o direito de receber dividendos dela derivados, e resolve celebrar um contrato de *swap* com um residente de um terceiro Estado (por exemplo, uma corretora de valores mobiliários), no qual os direitos aos valores dos dividendos são cedidos para o residente do terceiro Estado em troca de juros pré-fixados a determinada taxa (por ex., *LIBOR*). O detentor das ações, residente em um dos Estados Contratantes, continua a deter o direito de votos e o direito de alienar ou dispor das ações. Contudo, o montante exatamente igual ao montante de dividendos recebidos em razão da titularidade da ação será repassado e se tornará propriedade de um terceiro, não residente nos Estados Contratantes. Nesse exemplo, o painel de discussão da IFA de 1998 em Londres específico sobre o tema questionou, sem responder, quem seria o beneficiário efetivo dos dividendos[628], sopesando a propriedade legal e controle sobre a propriedade, de um lado, ou o interesse econômico final nela inserido.

Infelizmente, a resposta dada por WALSER[629] não resolve satisfatoriamente a questão, uma vez que, para este debatedor, hipóteses como esta deveriam ser resolvidas bilateralmente pelos Estados Contratantes.

Ao adotar o critério jurídico de interpretação do termo beneficiário efetivo, GOUTHIÈRE[630] sustenta que, no caso do exemplo em comento, o titular e, portanto, o beneficiário efetivo dos dividendos, é aquele que tem direito sobre aos dividendos, ainda que no contexto de um contrato de swap esse titular ceda os dividendos (o montante equivalente aos mesmos) para um terceiro.

Essa é, precisamente, a nossa posição sobre o tema: um contrato em separado que preveja o pagamento do montante igual ou equivalente aos dividendos não desnatura, juridicamente, o direito do detentor das ações de receber tais dividendos, pois este é o titular dos mesmos. Se, posteriormente, o titular dos dividendos deve pagar, remeter ou transferir tais valores a um terceiro, esta não é mais uma questão envolvendo o beneficiário efetivo no contexto da relação jurídica envolvendo tais dividendos, relação esta entre

[628]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 23-24.
[629]Id. Ibid., p. 24.
[630]Id. Ibid., p. 24.

pagador (sociedade das quais as ações dão direito ao recebimento de dividendos) e recebedor (titular das ações e, logicamente, dos dividendos dela originados). Note-se que, tanto se a instituição financeira e a corretora não forem afiliadas, isto é, não pertencerem ao mesmo grupo econômico, como se forem coligadas ou controladas, esses fatores não alteram o nosso entendimento, uma vez que proprietário da renda, i.e., instituição financeira, é quem detém a propriedade jurídica da renda, sendo o contrato de swap um outro negócio jurídico que ele celebrou, por si próprio, e não em nome de outrem. É evidente que, nuances fáticas podem vir a alterar o entendimento, a depender do caso.

Em resumo, para nós, a posterior relação jurídica entre titular dos dividendos e terceiro recebedor dos mesmos, em virtude de um contrato de *swap* ou contrato de pagamento de dívida em montante equivalente, deve ser resolvida por cláusulas de limitação de benefícios, que trata do abuso de direito no contexto dos tratados ou por meio de teorias anti-abuso inseridas no direito interno de cada Estado envolvido na relação jurídica prévia (Estados Contratantes), quando e se aplicáveis por força de dispositivo bilateral inserido no texto do acordo.

3.10. Ausência de beneficiário efetivo no acordo contra a bitributação e sua interpretação

Uma questão importante surge quando se analisa o tema da conceituação do beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação propriamente ditos, e não sob a ótica da Convenção Modelo da OCDE.

Sabe-se da importância da CM para fins da negociação e interpretação dos acordos contra a bitributação, sobretudo nos casos em que os acordos em si adotam a CM da OCDE. Todavia, quando se interpreta um acordo dessa natureza, se está diante de um instrumento específico, fruto de amplas negociações, comprometimentos e concessões mútuas de ambas as partes envolvidas. Esse texto específico do acordo contra a bitributação pode não conter o termo beneficiário efetivo previsto na CM OCDE, se as partes assim acordarem.

Nessa hipótese, a questão que se levanta é se o conceito de beneficiário efetivo deve ser utilizado na interpretação dos rendimentos decorrentes de dividendos, juros e

royalties, ainda que não expresso no texto do acordo contra a bitributação celebrado pelos Estados Contratantes.

Essa questão também possui uma aplicabilidade prática, uma vez que, como já mencionado neste trabalho, antes de 1977 a CM OCDE não continha o termo beneficiário efetivo em seu texto. Assim, diversos acordos bilaterais celebrados por Estados Contratantes que se basearam na versão pré-1977 de tal modelo não contém o referido termo. Nesse ponto, especificamente, vale fazer referência à discussão envolvendo interpretação dinâmica e estática da CM OCDE e dos Comentários, discutida no Capítulo II.

A partir do questionamento sobre interpretação dos acordos que não contém o termo beneficiário efetivo surge a pergunta: haveria um conceito implícito de beneficiário efetivo para os rendimentos dos Artigos 10, 11 e 12 da CM OCDE, aplicável independentemente de sua menção expressa no texto do acordo a ser interpretado?

De acordo com WALSER[631], o precedente norte-americano Aiken Industries, que envolvia o acordo contra a bitributação celebrado entre EUA e Honduras e não continha o termo beneficiário efetivo, elucida sua opinião. Na decisão do caso, a corte tributária dos EUA não mencionou esse termo, mas, segundo o autor, o raciocínio utilizado para negar os benefícios do acordo era deveras semelhante ao aplicável na definição de beneficiário efetivo, posteriormente incluído na CM OCDE e explicado nos Comentários OCDE. A justificativa é de que a expressão *recebidos por* utilizada no acordo celebrado pelos EUA não se referia apenas à obtenção de posse física e em bases temporárias de valores representativos de juros pagos por um Estado Contratante, mas sim, contemplava o domínio e controle completos sobre tais valores (i.e., propriedade).

Ele expõe que, aparentemente, Alemanha, Holanda e França adotavam esse entendimento de que, ainda que o acordo contra a bitributação não contivesse o menção ao *beneficiário efetivo,* ele deveria ser aplicado. Todavia, curioso apontar para o fato de que, segundo WALSER, a aplicação implícita do conceito de beneficiário efetivo seria justificada pelo uso de medida anti-abuso doméstica existente nesses países, para produção do mesmo efeito que a aplicação do termo beneficiário efetivo em tais artigos causaria[632].

---

[631]WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 30-31.

[632]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 31. No original: "It is my understanding that Germany and the Netherlands as well, it appears, as France and maybe some other OECD Member countries do take the

Também para VOGEL, a ausência da expressão beneficiário efetivo em determinado acordo contra a bitributação não conduziria a resultado distinto senão ao de sua aplicação ainda que não expresso, por força de princípios gerais visando coibir abuso nos tratados. Segundo o renomado autor:

> *não obstante o termo não ter sido incluído na Convenção Modelo da OCDE de 1963, os acordos contra a bitributação que seguiram aquele modelo não levarão, normalmente, a outro resultado diferente, em razão dos princípios gerais sobre o abuso de tratados*.[633]

Nesse sentido, WARD segue o mesmo posicionamento defendido por VOGEL, ao sustentar que o abuso de direito é um princípio do direito internacional (não do direito tributário internacional) e que, portanto, os acordos internacionais subordinam-se a uma cláusula geral de prevalência da substância sobre a forma. Essa conclusão derivaria do vasto uso de cláusulas anti-abusivas de direito interno por diversos países e que, nesta esteira, conduziria ao reconhecimento da existência do princípio anti-abuso na interpretação e aplicação dos acordos internacionais incluindo-se, por óbvio, os contra a bitributação[634].

Em posição contrária, VAN WEEGHEL rejeita a teoria da existência de norma geral implícita nos acordos contra a bitributação, apesar de reconhecer que para a maior parte dos autores essa norma existiria[635].

Para TAVOLARO, a ausência de referência ao termo beneficiário efetivo nos acordos não resultaria em abuso, mas sim em planejamento tributário legítimo sendo seu texto, portanto, interpretado sem esse referido termo. A exceção, para o autor, seria nos casos de treaty shopping, que o próprio define como sendo um planejamento que infrinja os princípios da justiça, que ocorreriam quando a transação fosse feita ou a entidade fosse criada em um Estado Contratante com o único objetivo de gozar de benefício fiscal decorrente do tratado entre o este Estado e um terceiro país, que não fosse de outra maneira usufruível São palavras do autor:

---

position that even where Articles 10, 11 and 12 of a particular treaty do not explicitly use the term beneficial ownership, domestic anti-abuse rules may be invoked to the same effect".

[633]No original: *Despite the fact that this term [beneficial ownership] was not included in OECD MC 63, the DTCs which followed that early model convention will nevertheless normally not lead to any different result, on account of general principles on the abuse of treaties*. Cf. VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 313.

[634]Cf. WEEGHEL, Stef van. op. cit., p. 313.

[635]Id. Ibid., p. 313.

> *A invocação do conceito de beneficiário efetivo, na aplicação dos TDT [tratados contra a dupla tributação] em que a ele referência não há, descabe inteiramente a nosso ver, colocando-nos na posição minoritária da doutrina, que não vê o conceito, per se, como bastante para se atingir a conclusão pela existência de abuso do uso do TDT.* [636]

A posição não é de todo minoritária, uma vez que CATÃO também assim entende, ao sustentar que, no caso de convenções sem a menção ao beneficiário efetivo, não se deve aplicar o seu conceito na interpretação das cláusulas do acordo contra a bitributação, uma vez que o autor entende não poder ser, esse termo, unicamente considerado como um princípio do direito tributário internacional capaz de assegurar sua incorporação implícita a todos os acordos celebrados por determinado país. Se assim fosse entendido, o autor entende que estar-se-ia diante de uma regra específica antielusiva que, no caso do Brasil, não teria suporte no ordenamento jurídico[637].

Pessoalmente, concordamos com os autores brasileiros no sentido de que, em razão da existência do termo beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação, sua interpretação não deve pressupor tal conceito, haja vista a sua expressa ausência. Ademais, não concordamos com um princípio implícito anti-abuso nos acordos contra a bitributação, uma vez que, a existência de modelos de cláusulas de limitação de benefícios e o combate de eficácia limitada ao *treaty shopping* decorrente do uso de beneficiário servem, exatamente, para esse propósito. A decisão dos Estados Contratantes em não adotá-los é, por assim dizer, um *silêncio eloquente*, com o perdão da antítese, uma vez que configura manifesta vontade e poder de escolha de não só um, mas dos dois Estados Contratantes na celebração do acordo internacional contra a bitributação.

Para os acordos que tomaram por base a versão de 1963 da CM OCDE, em cujo o termo não existia, entendemos que não deve ser feita uma interpretação dinâmica da Convenção Modelo e tampouco dos Comentários. Isto porque, conforme expusemos na parte em que tratamos dessa discussão no Capítulo II, nesse caso a aplicação dos novos textos não serviria para esclarecer o significado de um termo dúbio, mas sim, estaria modificando o texto e instituindo uma nova norma a esses acordos anteriores ao modelo de 1977. Por essa razão, negamos a estensão do termo beneficiário efetivo a todo e qualquer acordo contra a bitributação que não contenha, expressamente, o mesmo, seja

[636]TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Beneficiário efetivo, cit., p. 17.
[637]CATÃO, Marcos André Vinhas. op. cit., p. 430.

originalmente no texto do tratado seja por meio de alteração decorrente de protocolo ou instrumento bilareal equivalente.

Finalmente, vale mencionar que dois julgados, um no Brasil (caso Volvo) e outro na Índia (caso *Azadi Bachao Andolan*) envolvem essa questão. No caso brasileiro, não há o termo beneficiário efetivo no acordo celebrado entre Brasil e Japão, sobre o qual o caso versa. No caso indiano, a questão levantada é a intenção dos Estados Contratante de, por meio da não inserção de cláusulas anti-abuso no acordo, estimular o treaty shopping, de forma legítima e consensual. Esses casos serão analisados mais a frente neste estudo.

3.11. Extensão do termo beneficiário para outros artigos da Convenção Modelo OCDE

Outra questão interessante e com sérias implicações práticas decorre da eventual possibilidade de se estender o conceito de beneficiário efetivo para os demais artigos da CM OCDE, não só utilizando seu conceito para as interpretação e aplicação do tratamento tributário dos dividendos, juros e royalties, mas também para os demais tipos de renda tratados na Convenção Modelo (e, consequentemente, nos acordos internacionais contra a bitributação).

Para MOOIJ, não faria sentido deixar aplicar o *requerimento* do beneficiário efetivo para rendimentos além dos dividendos, juros e royalties, como cláusula geral anti-abuso. Isso porque, para ele, não há nenhum motivo para que os Estados Contratantes somente queiram coibir situações abusivas nos limites dos Artigos 10, 11 e 12, mas, em contrapartida, aceitem plenamente situações de abuso envolvendo os demais artigos do mesmo acordo contra a bitributação[638].

Destarte, o mencionado debatedor partilha da opinião de que existe um entendimento geral subjacente de que a substância prevalece sobre a forma em todos os artigos da CM OCDE, mesmo nos casos em que o termo beneficiário efetivo não esteja explicitamente inserido ou mencionado. Essa interpretação é similar àquela defendida por

[638]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 32.

VOGEL[639] e WARD[640]. analisada no item anterior, sobre a ausência do termo nos acordos, de que existiria um princípio geral anti-abusivo aplicável aos acordos internacionais contra a bitributação que justificaria a extensão do conceito de beneficiário efetivo para todos os dispositivos do acordo.

Para WALSER, a menção do termo beneficiário efetivo nos Artigos 10, 11 e 12 não foi mera coincidência, uma vez que estes tipos de rendimentos são passivos e, portanto, mais fáceis de realocar e transferir para agentes e representantes ou procuradores do que as rendas ativas (i.e., decorrentes de atividades de indústria, comércio e serviços tais como a renda classificada como "Lucros das Empresas", prevista no Artigo 7 da CM OCDE). Assim, fora do rol de rendimentos passivos, a utilização do termo restaria de pouca aplicabilidade prática[641].

Contudo, pode-se apontar outros artigos da CM OCDE que poderiam requerer a aplicação do conceito de beneficiário efetivo, hoje neles ausente, tais como o Artigo 13 (Ganho de Capital) e o Artigo 17 (Artistas e Desportistas), além do Artigo 21 (Outros Rendimentos). O primeiro sob o argumento de que, tal como os dividendos, juros e royalties, classifica-se como renda passiva; o segundo por força da estrutura intermediária por ele originada e reconhecida; e o terceiro por abranger hipóteses excepcionais de renda prevista no acordo.

O artigo que mais origina discussão na doutrina[642] é o Artigo 17, envolvendo artistas e desportistas[643], que permite que o Estado Contratante (Estado da Fonte) tribute a renda derivada da prestação local de um serviço prestado por um artista ou por um desportista que seja residente no outro Estado Contratante (Estado da Residência). Os

---

[639]Cf. VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, cit., p. 313.
[640]Cf. WEEGHEL, Stef van. op. cit., p. 313.
[641]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 31
[642]Id. Ibid., p. 31-32.
[643]O Artigo 17 está assim redigido:
Artigo 17.
Artistas e desportistas
1. Não obstante o disposto nos Artigos 7 e 15, os rendimentos obtidos por um residente de um Estado Contratante na qualidade de profissional de espetáculos, tal como artista de teatro, cinema, rádio ou televisão, ou músico, bem como de desportista, provenientes das suas atividades pessoais exercidas, nessa qualidade, no outro Estado Contratante, podem ser tributadas nesse outro Estado.
2. Não obstante o disposto nos Artigos 7 e 15, os rendimentos da atividade exercida pessoalmente pelos profissionais de espetáculos ou desportistas, nessa qualidade, atribuídos a uma pessoa, podem ser tributados no Estado Contratante em que são exercidas essas atividades dos profissionais de espetáculos ou dos desportivas (Cf. OCDE. Modelo da convenção fiscal sobre o rendimento e o património - Versão condensada, cit., p. 47).

Comentários reconhecem que um artista ou atleta pode alocar sua renda em uma entidade integralmente por ele detida (unipessoal) e, desta forma, evitar a pretensão tributária do Estado da Fonte, uma vez que atribuiria a renda gerada a essa entidade, e não ao próprio indivíduo (artista ou atleta)[644].

Ademais, os Comentários também reconhecem a prática de alguns países de se utilizarem da redação do Artigo 17 para tributar a renda recebida e detida por uma *rent-a-star company* (sociedade que presta serviços de natureza personalíssima envolvendo o artista ou desportista, da qual ele é sócio) que deixa de ser paga sob a forma de salário ou qualquer outra forma a tal artista ou desportista[645]. A teoria que justificaria essa prática de tributação de lucros acumulados e não distribuídos ao sócio artista ou desportista é a de que a renda está sendo acumulada na sociedade em benefício do artista ou desportista. Na hipótese da lei interna do Estado Contratante não permitir a transparência fiscal (i.e., *look-through-approach*) para imputar a renda como diretamente auferida pelo sócio e, portanto, tributando a pessoa do artista ou desportista, o parágrafo 2 do Artigo 17 permite que o Estado da Fonte tribute diretamente a sociedade.

Por este motivo, WALSER defende que o Artigo 17(2) pode ser visto como uma medida de *backstop* para o que poderia ser descrito como uma regra implícita de beneficiário efetivo existente no parágrafo 1 do Artigo 17. Assim, o autor salienta que não é inédita a utilização dos conceitos similares aos do de beneficiário efetivo mesmo quando o acordo contra a bitributação não faz uso de tal terminologia expressamente. Por fim, ele deixa claro que a grande e, sem dúvida, a maior dificuldade reside em identificar onde termina o conceito de beneficiário efetivo e onde começam as noções mais vagas de substância sobre a forma, ponto esse que não possui, hoje, consenso entre os especialistas, sobretudo em casos práticos[646].

---

[644]Comentários da OCDE ao Artigo 17, parágrafo 2, item 11 (Cf. Id. Ibid., p. 352-354).

[645] Sobre o tema envolvendo o planejamento tributário internacional envolvendo artistas e desportistas vide o célebre caso norte-americano *Johansson v. United States*, 336 F.2d 809, 811–13 (5th Cir. 1964) e a seguinte doutrina especializada: UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. Caso Agassi: análise da tributação internacional de rendimentos dos contratos de patrocínio de esportistas: um novo conceito de fonte? In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010. p. 31-60; SACCHETTO, Cláudio; TESSA, Barbara. Caso Valentino Rossi: riflessioni sull'accertamento com adesione quale instituto premiale in caso di contrasto sulla residenza fittizia delle persone fisiche. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010. p. 177-198; RIBEIRO, Hugo Fleischman Silvestre. *Caso Hélio Castroneves*: estruturação de investimento estrangeiro no Panamá e na Holanda e seus impactos fiscais. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010. p. 321-340.

[646]VOGEL, Klaus (Chair). op. cit., p. 32.

Imperioso ressaltar que este assunto sobre a possibilidade de extensão da aplicação do conceito de beneficiário efetivo foi recentemente objeto de análise pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2008[647].

A conclusão por parte dos especialistas do Comitê da ONU foi a de que, talvez por força da ausência de consenso sobre o tema, deve-se refinar o conceito de beneficiário efetivo, mas nenhuma decisão final foi tomada[648].

BAKER adverte para os perigos da extensão do conceito de beneficiário efetivo para os outros artigos da Convenção Modelo da ONU. Para o professor, a ordem de preferência na conclusão desse tema seria, da mais para a menos recomendada: (i) não alterar nada; (ii) adicionar o termo beneficiário efetivo somente no Artigo 21; (iii) adicionar o termo beneficiário efetivo nos Arts. 13.6 e 22.4; (iv) adicionar o termo beneficiário efetivo ao Artigo 7(5); (v) adicionar uma limitação autônoma de beneficiário efetivo nos moldes de uma cláusula de limitação de benefícios no texto da Convenção Modelo; e (iv) adicionar uma adicionar uma limitação autônoma de beneficiário efetivo nos moldes de uma cláusula de limitação de benefícios nos Comentários[649].

Adotando posição diferenciada, JÍMENEZ aponta que, em sua opinião, além dessa extensão não ser, inicialmente, possível, ao invés de buscar estender tal conceito, a OCDE e a ONU deveriam eliminá-lo de vez dos Artigos 10, 11 e 12 de suas respectivas Convenção Modelo, uma vez que essa expressão adiciona pouco significado relevante para o termo *pagos a* previsto nos arts. 10 a 12, além de gerar margem para dúvidas e incertezas quanto a sua interpretação e aplicação nos tratados. Ao defender a posição pela eliminação do termo beneficiário efetivo, o autor salienta as seguintes constatações que suportam sua visão: (i) os tribunais de diversos países tendem a interpretar esse termo como existente em acordos que não o contém, como uma espécie de princípio anti-abuso implícito e, portanto, não haveria necessidade de sua menção expressa nos arts. 10 a 12; e (ii) o interesse dos

---

[647]Cf. *Note by the Coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: proposed amendments*, Committee of Experts on International Tax Matters, Fourth Session, Geneva, 20-24 October 2008, E/C. 18/2008/CRP 2/Add.1.

[648]O Comitê da ONU decidiu: (i) incluir o relatório do prof. Philip Baker no Manual de Negociação de Acordos Contra a Bitributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento; (ii) sugerir que mais estudos sejam feitos sobre a aplicação prática de tal conceito, incluindo a forma de se verificar a beneficial ownership; (iii) analisar casos e materiais sobre a aplicação desse conceito nos países em desenvolvimento; e (iv) receber comentários e sugestões do grupo da OCDE sobre beneficiário efetivo. Cf. REPORT t of the Fourth Session (20-24 October 2008) of the UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Economic and Social Council, Official Records, 2008. Supplement 25. Disponível em: <http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/index.htm>. Acesso em: 07 jan. 2011.

[649]BAKER, Philip. Report *Possible Extension of Beneficial Ownership Concept,* cit., p. 9 e ss.

Estados da Fonte está devidamente protegido após a edição dos Comentários ao Artigo 1º da CM OCDE em 2003, visto que a aplicação de dispositivos específicos anti-abuso tanto bilaterais como domésticos foram reconhecidos, esvaziando a importância do uso de beneficiário efetivo para combater o treaty shopping[650].

Somos da opinião de que, em razão da especificidade, da bilateralidade, da interpretação do texto dos acordos contra a bitributação nos termos do Artigo 31(1) da CVDT, do princípio do *pacta sunt servanda* presente no Artigo 26 da CVDT, da interpretação por meio do critério legal do termo beneficiário efetivo e, de diversos outros motivos, que o conceito de beneficiário efetivo não deve ser estendido aos demais artigos quando não houver menção direta no texto do acordo.

Superadas as questões teóricas envolvendo o conceito de beneficiário efetivo convém, agora, analisar como a jurisprudência no Brasil e no exterior têm interpretado e aplicado esse conceito.

3.12. Jurisprudência internacional sobre beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação

3.12.1 EUA: Caso Aiken Industries

Apesar de não ser um caso que trata especificamente do termo beneficiário efetivo – seque mencionado nessa decisão – o caso *Aiken Industries, Inc. v. Commissioner*[651] de 1971 nos EUA é considerado emblemático, por ser o primeiro precedente judicial notoriamente conhecido em esfera internacional sobre o combate ao *treaty shopping*. A análise desse caso pode, de certa forma e dentro de alguns limites, ser útil como panorama geral para determinar, indiretamente, algumas características e contornos do beneficiário efetivo dos rendimentos decorre de um acordo contra a bitributação.

Neste julgado, uma sociedade residente nos EUA (devedora) e uma companhia equatoriana residente nas Bahamas (credora) fizeram uso de uma sociedade residente em Honduras, na qualidade de intermediária, para obter os benefícios do acordo contra a

[650]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 38.
[651]*Aiken Industries., Inc. v. Commissioner*, 56 T.C. 925 (1971).

bitributação existente entre EUA e Honduras. À época, este tratado continha dispositivo que isentava os juros pagos de fonte norte-americana para residentes em Honduras, mas não havia qualquer menção ao termo beneficiário efetivo. Ademais, não existia acordo contra a bitributação entre EUA e as Bahamas.

Nos termos do acordo EUA-Honduras, os EUA deveriam isentar quaisquer juros *recebidos por* uma sociedade residente em Honduras, desde que originados nos EUA, ao invés de aplicar os 30% de imposto de renda retido na fonte, previstos na legislação doméstica norte-americana. As autoridades fiscais alegaram que *Aiken Industries*, devedora, deveria ter aplicado a retenção de 30% de imposto na fonte, em razão de a sociedade residente em Bahamas ser a beneficiária dos juros, e não a sociedade hondurenha. Sob a ótica fazendária, o acordo EUA-Honduras não era aplicável a esse caso.

O Tribunal Fiscal dos EUA negou a aplicação dos benefícios, determinando que a sociedade hondurenha se tratava de uma mera empresa-canal (*conduit company*) por meio da qual os juros fluíam para a companhia residente nas Bahamas que, por sua vez, não fazia jus à nenhuma isenção por meio de tratado[652]. Assim, culminou por confirmar a posição sustentada pelas autoridades fiscais norte-americanas, baseando sua decisão no Artigo 2(2) do acordo EUA-Honduras, que previa que os termos não definidos no acordo deveriam ser interpretados, salvo se o contexto exigisse em contrário, pelo significado dado pelas leis internas do Estado que estivesse aplicando o acordo.

Desta forma, os juros não poderiam ser considerados como *recebidos pela* sociedade hondurenha, haja vista que a sociedade intermediária estava sob a obrigação contratual de transferir o montante idêntico ao que recebia a título de juros para a companhia controladora residente nas Bahamas, não ficando com qualquer margem de lucro a título de comissão de intermediação ou por outros serviços prestados. O tribunal afirmou, ainda, que o significado de *recebidos por* não era apenas o de obtenção de posse física temporária dos valores, mas contemplava o domínio completo e controle sobre os fundos.

Portanto, nesse caso, a sociedade residente em Honduras foi considerada um mero agente de coleta agindo na qualidade de empresa-canal em relação aos juros pagos da sociedade residente nos EUA à sociedade residente em Bahamas.

---

[652]GUSTAFSON, Charles; PERONI, Robert; PUGH, Richard. op. cit., p. 222.

3.12.2. Holanda: Caso Royal Dutch Oil

No caso conhecido como *Royal Dutch Oil*[653], de 1994, uma companhia residente no Reino Unido (UK) adquiriu direito aos dividendos a serem pagos por uma empresa holandesa, sem adquirir as ações subjacentes, pagando o equivalente a 80% do valor nominal dos dividendos.

Essa operação é conhecida como *dividends stripping* e ocorre, normalmente, da seguinte forma: os dividendos são anunciados pela companhia e, logo em seguida, o titular das ações dá em usufruto as ações para o usufrutuário, residente em um outro país que possua um acordo contra a bitributação favorável em relação à tributação dos dividendos. Esse usufrutuário receberá os dividendos com nenhuma ou baixa tributação do imposto de renda retido na fonte, e ganha no *spread* entre a economia tributária e o preço pago pelo usufruto das ações, numa espécie de *aluguel de ações*.

No julgado em análise, quando os dividendos foram pagos, a administração tributária exigiu a retenção do imposto de renda à alíquota de 25%. A Companhia britânica requereu o reembolso de 10% do imposto retido sob o argumento de que o acordo contra a bitributação entre Holanda e Reino Unido previa a aplicação da alíquota de 15%.

Na primeira instância, a corte rejeitou o pedido de reembolso, alegando que a propriedade das ações seria requisito essencial para caracterizar o beneficiário efetivo dos dividendos. Todavia, a decisão foi revertida em segunda instância, sob a conclusão de que o adquirente agiu por contra e ordem próprias e possuía o controle total sobre os títulos (cupons) que asseguravam o direito aos dividendos. Consignou, ainda, que o contribuinte era o verdadeiro proprietário dos dividendos após o usufruto, pois ele é quem tem o poder de livre disposição das ações e, afirmou que a noção de beneficiário efetivo deve ser examinada no momento do pagamento do dividendo e não no momento em que são anunciados ou declarados.

Dessa forma, considerou a companhia residente em UK como o beneficiário efetivo dos dividendos, inclusive, em razão da ausência de dispositivo no acordo Holanda-Reino Unido exigindo a propriedade formal para o usufruto dos dispositivos do acordo.

---

[653]*Hoge Haad*, 1994, Nº 28.638, BNB 1994/217.

3.12.3. França: Caso Royal Bank of Scotland

Um dos primeiros casos envolvendo o tema na França foi o caso *Diebold*, tratava do pagamento de royalties por uma fonte domiciliada na França para uma partnership residente na Holanda. Posteriormente aos pagamentos realizados para a partnership, uma parcela considerável dos royalties era paga a uma companhia residente na Suíça. O acordo contra a bitributação existente entre Holanda e França não continha qualquer menção ao beneficiário efetivo no artigo relativo à royalties. A corte francesa (*Conseil d'Etat*) decidiu que faltavam elementos suficientes para comprovar que a sociedade suíça era o beneficiário efetivo dos royalties e, portanto, afastou o questionamento das autoridades fiscais, decidindo em favor do contribuinte, i.e., pela aplicação do acordo entre Holanda e França no caso[654].

Todavia, foi com o caso *Royal Bank of Scotland*[655] que a corte francesa analisando, especificamente, o termo beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação, ganhou notoriedade no cenário mundial[656]. Essa decisão é considera emblemática e sua fundamentação faz desse precedente um importante caso no direito internacional comparado, apesar de se relacionar mais com o combate ao *treaty shopping* do que com a definição de beneficiário efetivo, propriamente dita[657].

A questão fática era a seguinte: Em 1992, a Merrew Dow Inc., uma empresa residente nos EUA, fez um usufruto de ações preferenciais de sua subsidiária residente na França (Marion Merrel Dow SA) ao Royal Bank of Scotland (RBS), sociedade residente no Reino Unido (UK). No ano seguinte, a Marion Merrel Dow SA distribuiu dividendos ao RBS, em UK, que foram tributados na fonte a 25%. O RBS fez um pedido de restituição de imposto de renda perante a administração fiscal francesa sob o argumento de que, em virtude da existência do acordo contra a bitributação celebrado entre França e Reino Unido, a alíquota máxima de tributação dos dividendos seria a de 15%, o que ensejaria uma restituição de 10% de imposto de renda em favor do RBS.

---

[654]191191, *Conseil d'Etat*, *Section du contetieux*, 8 e 9 *sous-sections réunies*, 13.10.1999.
[655]283314 *Conseil d'Etat*, *Section du contentieux*, 3 e 8 *sous-sections réunies*, 29.12.2006.
[656]Para uma análise específica do caso, vide: AUSTRY, Stéphane; GELIN, Stéphane; SOREL, David. Practical effectiveness of beneficial ownership clauses in France's tax treaties. *Tax Notes International*, v. 53, n. 2, p. 151 e ss, 2009; GIBERT, Bruno; OUAMRANE, Yacine. Beneficial ownership: a french perspective. *European Taxation*, v. 48, n. 1, p. 2 e ss., 2008.
[657]ARGINELLI, Paolo. op. cit., p. 234.

No acordo França-UK, havia a condição do beneficiário efetivo para o pagamento dos dividendos (artigo 9(6) do acordo), bem como o direito ao crédito fiscal (*avoir fiscal*) sobre os dividendos (que prescindia da condição do beneficiário efetivo do acordo). No acordo França-EUA, também existente, o *avoir fiscal* não existia.

O direito interno francês classificava o valor pago pelo RBS em relação ao usufruto como equivalente a dividendos distribuídos antes do imposto na fonte. Dessa forma, a corte francesa decidiu que a transação sob análise não era um usufruto, tenho havido abuso da forma jurídica adotada pelo contribuinte exclusivamente para a economia fiscal do valor do *avoir fiscal* previsto no acordo.

A decisão culminou por requalificar o usufruto das ações como um empréstimo disfarçado realizado entre RBS em UK em favor da Merrew Dow Inc. nos EUA, remunerado *spread* caracterizado pelo valor do *avoir fiscal* não disponível no acordo entre França e EUA[658]. Neste sentido, a Merrew Dow Inc. foi considerada o beneficiário efetivo dos dividendos.

Não obstante o fato de o RBS não ser, na operação, um mero fiduciário ou agente, o tribunal francês decidiu que o RBS não era o beneficiário efetivo. Em razão do abuso existente no caso, tanto o artigo do tratado que reduzia a carga tributária fonte como a cláusula de *avoir fiscal* não eram aplicáveis. Por esse motivo, foram negadas a restituição dos 10% de imposto de renda retidos na fonte e o crédito decorrente do *avoir fiscal*.

As maiores críticas a esse precedente francês se baseiam no fato de que a decisão pouco tratou da conceituação específica do beneficiário efetivo baseada em argumentos de direito tributário internacional em razão do texto e do contexto do tratado, mas sim, utilizou-se da teoria do abuso de direito existente na legislação interna francesa para determinar o beneficiário efetivo no caso. A motivação exclusivamente fiscal, sem razões comerciais adicionais, foi determinante para a aplicação do abuso de direito presente na lei francesa. O *Conseil d'Etat* afirmou que a utilização do termo beneficiário efetivo nos acordos tributários reflete uma visão geral da teoria do abuso de direito para combater o *treaty shopping*[659].

Como se observa, a corte francesa não analisou, propriamente, a definição e limites do significado de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação, mas sim, se versou

[658]SHEPPARD, Lee. Indofood and bank of Scotland: who is the beneficial owner. *Tax Notes International*, v. 45, n. 5, p. 406, 2007.
[659]DANON, Robert J. Le concept de bénéficiaire effective dans le cadre du MC OCDE, cit., p. 38-55.

sobre a aplicação do abuso de direito previsto na legislação doméstica[660]. Portanto, a identificação do beneficiário efetivo se deu pela aplicação de uma medida interna anti-abuso geral (ou, em inglês, *General Anti-Abusive Rule* - GAAR), que são conceitos e institutos distintos[661].

3.12.4. Reino Unido: Caso Indofood

Na decisão *Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank, London Branch*[662], inicialmente, é importante destacar que esse caso trata de questão relacionada à responsabilidade civil na administração de fundos decorrentes de empréstimo, na qual o conceito de beneficiário efetivo foi apreciado.

O caso cuidou de uma sociedade residente na Indonésia (Indofood) que, em 2002, contraiu empréstimo de sua subsidiária, residente nas Ilhas Maurício, sendo que essa subsidiária - um veículo de propósito específico (SPV) utilizado para emissão dos títulos de dívidas no mercado internacional - atuou como intermediária repassando os recursos financeiros tomados de terceiros para a controladora na Indonésia, na qualidade de empréstimos, fazendo jus a juros por parte da Indofood. Era, assim, uma típica estrutura de intermediação financeira para angariar capital internacionalmente[663].

Sob a ótica fiscal, os juros decorrentes do empréstimo eram tributados a 10%, nos termos do acordo contra a bitributação celebrado entre Indonésia e Ilhas Maurício. Como não havia imposto de renda na fonte adicional sobre os juros pagos da Ilhas Maurício para os credores (*noteholders*), a estrutura gerava considerável economia fiscal. Isso porque, se os títulos de dívida tivessem sido emitidos diretamente da Indonésia estariam sujeitos a 20% de imposto de renda retido na fonte (alíquota geral interna).

O contrato de empréstimo continha uma cláusula que permitia a SPV resgatar os títulos (*bonds*) se o imposto de renda retido na fonte aplicável na Indonésia se tornasse

---

[660]ARGINELLI, Paolo. op. cit., p. 234-235.
[661]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 41.
[662]2006 EWCA Civ 158 (2006) STC 1195.
[663]Para um estudo mais aprofundado do caso, vide BAKER, Philip. Beneficial ownership: after indofood. *Grays Inn Tax Chamber Review*, v. 6, n. 1, p. 15-28; FRASER, Ross; OLIVER, J.D.B. Treaty shopping and beneficial ownership: indofood international finance limited v. JP Morgan Chase Bank, N.A., London Branch, cit., p. 422 e ss; RUSSO, Antonio. Seminário Alumni Leiden de 2006: precedentes sobre interpretação dos tratados internacionais - caso indofood: conceito de beneficiário efetivo, cit.

superior a 10% e nenhuma medida razoável pudesse ser tomada para evitar esse aumento da carga fiscal na operação.

Dois anos após a emissão dos *bonds*, o governo da Indonésia resolveu denunciar o acordo entre Indonésia e Ilhas Maurício, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2005. Com o término do acordo, o imposto de renda retido na fonte sobre o pagamento dos juros subiria para 20%, conforme mencionado. Por essa razão, após o anúncio oficial da denúncia, o emissor dos títulos de dívida acionou sua opção de compra e notificou o trustee da operação (JP Morgan, agência de Londres) da sua intenção de resgate antecipado.

Uma vez que o JP Morgan suportaria o aumento da carga fiscal, ele rejeitou o pedido de resgate antecipado sustentando que a Indofood poderia constituir uma nova SPV na Holanda, entre a Indofood e o JP Morgan, para realizar os mesmos serviços de intermediação financeira e, assim, haveria medida razoável nos termos do contrato. Com essa nova estrutura, em razão da existência do acordo contra a bitributação entre Indonésia e Holanda, a alíquota aplicável aos juros seria de 10%, podendo ser de 0% em alguns casos.

No julgamento, o tribunal inglês (*Her Majesty Revenue & Customs* - HMRC) entendeu que a entidade interposta na Holanda não seria o beneficiário efetivo dos juros a serem pagos pela Indofood, adotando um conceito internacional de beneficiário efetivo, mas em linha com a posição das autoridades fiscais, definido como a pessoa com o *pleno direito de se beneficiar diretamente da renda*. Os Comentários da OCDE serviram de embasamento para a decisão, especificamente com relação à interpretação ampla em face do contexto e à luz dos objetivos e finalidades dos tratados[664].

Na conclusão, apontou ainda que, de acordo com os termos do empréstimo, a SPV holandesa não gozaria do direito de se beneficiar diretamente dos juros, uma vez que estava contratualmente obrigada a repassar o montante recebido no dia subseqüente, e era proibida de captar recursos de outras fontes. Assim, a interposição de uma sociedade na Holanda em substituição à sociedade nas Ilhas Maurício não seria uma medida razoável à luz dos termos do contrato de empréstimo original.

---

[664]Nesse sentido, vide o trecho específico da decisão: *The meaning to be given to the phrase 'beneficial owner' is plainly not to be limited by so technical and legal an approach. Regard is to be had to the substance of the matter (...) In practical terms it is impossible to conceive of any circumstances in which [the Mauritian company or a hypothetical new Dutch subsidiary] could derive any 'direct benefit' from the interest.* Cf. 2006 EWCA Civ 158 (2006) STC 1195.

Apesar de ter utilizado argumentos jurídicos sob a perspectiva do direito interno da Indonésia, essa decisão mencionou expressamente a necessidade de se existir e se aplicar um conceito internacional de beneficiário efetivo relacionados aos rendimentos decorrentes dos acordos contra a bitributação, em que tal termo exista.

Ao analisar o deslinde da decisão, RUSSO chama a atenção para quatro fatores que julga decisivos desse caso: (i) o montante de empréstimo concedido para a SPV holandesa foi o idêntico ao anteriormente concedido para a SPV nas Ilhas Maurício; (ii) as taxas de juros recebidas e pagas pela SPV eram as mesmas, sem qualquer spread; (iii) a data do pagamento do empréstimo, pela SPV, era de um dia após o recebimento dos valores; e (iv) na prática, a SPV holandesa era ignorada na operação e o pagamento era feito diretamente pelo tomador final (Indofood) para o trustee (JP Morgan)[665].

Ademais, cabe apontar que, em 6 de outubro de 2006, a HMRC publicou diretrizes conhecidas como *Draft Guide* [666]sobre o impacto do caso *Indofood* que, posteriormente, foram incluídas na legislação (*International Manual of HMR*[667]). Na opinião de JIMÈNEZ, o ponto positivo desse ato normativo é que ele reconhece o significado internacional de beneficiário efetivo, mas, seu ponto negativo é que lhe confere o sentido de medida geral de combate ao *treaty shopping* nos casos de economia fiscal por meio de sociedades-canais (*conduit companies*), o que para o autor mostra-se indevido e problemático[668].

3.12.5. Canadá: Caso Prévost

O caso *Prévost Car Inc. v. The Queen*[669] iniciou-se com a decisão da Corte Fiscal do Canadá em 22 de abril de 2008, e terminou com a decisão da Corte Federal de Apelação, em 26 de fevereiro de 2009[670]. A corte decidiu que uma sociedade *holding* holandesa era o beneficiário efetivo dos dividendos recebidos de sua subsidiária canadense, aplicando o acordo contra a bitributação existente entre Canadá e Holanda, não obstante ao

[665]RUSSO, Raffaele. *Fundamentals of international tax planning*, cit., p. 233.
[666]Vide FRASER, Ross; OLIVER, J.D.B. Beneficial ownership: HMRC's draft guidance on interpretation of the indofood decision. *British Tax Review*, n. 1, p. 39, 2007.
[667]INTM332050 - Double taxation applications and claims: HMRC's reaction to Indofood case. Disponível em: <www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM332050.htm>. Acesso em: 18 nov. 2011.
[668]MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends, cit., p. 38.
[669]*Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, 2008 T.C.C. 231, 22 de abril de 2008. TAX COURT OF CANADA. Disponível em: <http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/dn/2008/04.html>. Acesso em: 08 mar. 2011.
[670]*The Queen v. Prévost Cart Inc.*, 2009 FCA 57, FEDERAL COURT OF APPEAL. Disponível em: <http://www.fca-caf.gc.ca>. Acesso em: 08 mar. 2011.

fato de que a *holding* holandesa distribuiu para seus acionistas, posteriormente, praticamente todo o montante de dividendos recebidos da subsidiária canadense[671].

De acordo com a decisão, a sociedade holandesa não era uma mera empresa-canal (*conduit company*) para seus acionistas, como fora sustentado pelo Fisco canadense. Ao determinar que a sociedade holding residente na Holanda (Prévost Holding B.V.) era o beneficiário efetivo dos dividendos recebidos de sua subsidiária integral residente no Canadá (Prévost Car Inc.), para fins do acordo Canadá-Holanda, essa decisão pode ser considerada como a primeira a realmente interpretar o significado do termo de beneficiário efetivo dos acordos internacionais contra a bitributação em favor do contribuinte.

O argumento das autoridades fiscais canadenses se baseava em sustentar que a Prévost Holding B.V. era uma mera empresa-canal utilizada para reduzir a tributação na fonte sobre os valores distribuídos como dividendos do Canadá para os sócios dessa holding, Volvo Bussar Corporation (Volv), residente na Suécia, e Henlys Group PLC (Henlys), residente no Reino Unido.

Segundo os termos do acordo Canadá-Holanda, a alíquota de imposto de renda retido na fonte sobre dividendos era de 5% e a Prévost Car Inc. aplicou exatamente essa alíquota às distribuições de dividendos feitas para a Holanda. Contudo, o Fisco do Canadá autuou a empresa alegando que as retenções deveriam ter sido feitas sob as alíquotas de 15% e 10%, de acordo com o acordo contra a bitributação existente entre Canadá e Suécia e o existente entre Canadá e Reino Unido, respectivamente. Isso porque, na opinião fazendária, os acionistas da Prévost Holding B.V. é que seriam os beneficiários efetivos dos dividendos pagos, e eles eram residentes nessas jurisdições, e não na Holanda.

A fundamentação do argumento da Coroa canadense se deu com base no acordo de acionistas celebrado entre Volvo e Henlys, no qual era estabelecido que não menos que 80% dos rendimentos da Prévost Car Inc. e da Prévost Holding B.V. deveriam ser distribuídos para ambos os acionistas.

A Coroa baseou sua argumentação para desconsiderar a *holding* holandesa como beneficiário efetivo sob dois pontos principais: (i) que tal política obrigatória de distribuição de dividendos era substancial e, portanto, descaracterizada a *holding* holandesa

[671]Para um estudo específico do caso, vide: BOIDMAN, Nathan; KANDEV, Michael. Canadian Taxpayer Wins *Prévost* Appeal. *Tax Notes International*, v. 53, n. 10, p. 862 e ss, 2009; BERNSTEIN, Jack; SUMMERHILL, Louise. Canada's Prévost Decision: the world is watching. *Tax Notes International*, v. 53, n. 11, p. 985 e ss.2009; ARNOLD, Brian J. *Tax treaty monitor*. *Bulletin for International Taxation*, v. 63, n. 5/6, p. 175-176, 2009.

como o beneficiário efetivo; e (ii) a holding holandesa não possuía substância ou propósito empresarial, i.e., era uma mera *empresa de papel* (*mail box company*), em razão da ausência de empregados e de uma sede física na Holanda, além de ser administrada por uma empresa terceirizada de gestão (e não pelos sócios ou por um conselho de administração da companhia).

Na primeira instância, o Tribunal Fiscal entendeu que os dividendos recebidos da Prévost Car Inc. faziam jus à alíquota reduzida de 5% prevista no acordo Canadá-Holanda. Na fase de apelação, a Coroa canadense sustentou que o conceito de beneficiário efetivo deve ter um significado fiscal internacional e que, por isso, deveria ser entendido como *a pessoa que pode, de fato, ultimamente se beneficiar dos dividendos*[672].

Todavia, a Corte Federal de Apelação rejeitou essa interpretação proposta pela fazenda pública e confirmou a decisão do Tribunal Fiscal, sob o argumento de que essa decisão capturou a essência do conceito de beneficiário efetivo e estava em consonância com as recomendações dos Comentários da OCDE. Ademais, a instância superior consignou que o argumento da Coroa, se aceito, iria abrir uma infinidade de possibilidades que poderiam pôr em risco o relativo grau de certeza e estabilidade que os acordos contra a bitributação visam atingir[673].

Por fim, a Corte Federal de Apelação também negou a tentativa do Fisco de interpretar pejorativamente o papel e função das sociedades holding, que não encontra fundamento na legislação interna do Canadá tampouco na comunidade internacional, segundo a própria. Destarte, ao confirmar a decisão de primeira instância, a corte canadense ainda expôs categoricamente que a *holding* holandesa era a entidade que efetivamente desenvolvia as atividades empresariais e operacionais de acordo com a lei doméstica holandesa sob a qual foi constituída, e que não era uma mera sociedade de papel ou utilizada em uma estrutura fraudulenta. Esse caso tornou-se coisa julgada pela ausência de recurso à Suprema Corte do Canadá por parte da Coroa[674].

---

[672]De acordo com o Tribunal Fiscal: *beneficial owner is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership* (*Prévost*, Para. 99) e, no caso de sociedades, não se deve desconsiderar a personalidade jurídica *unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion to use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else's behalf pursuant to that person's instructions without any right to do other than that person instructs it* (Para. 100).

[673]No original, em inglês: *[it] would open up a myriad of possibilities which would jeopardize the relative degree of certainty and stability that a tax treaty seeks to achieve*. Cf. 2008 T.C.C. 231, 22 de abril de 2008.

[674]Para uma análise crítica da decisão vide: KANDEV, Michael. Treaty Shopping in Canada: the Door is (Still) Open. *Bulletin for International Taxation*, v. 62, n. 10, p. 463, 2008.

Conforme se confirma do exame desse importante e recente precedente de direito comparado, a corte canadense não somente utilizou o conceito de beneficiário efetivo existente nos Comentários da OCDE, mas também rejeitou a interpretação econômica desse termo, evitando sua utilização como uma medida unilateral anti-abusiva geral.

Convém mencionar que concordamos inteiramente com essa decisão e entendemos que é esse o conceito e a forma de se interpretar o conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação.

3.13. Outros posicionamentos recentes do direito comparado

3.13.1. China: lei interna específica sobre beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação

Interessante notar que a China possui legislação interna específica versando sobre o conceito de beneficiário efetivo para fins de aplicação de seus acordos internacionais contra a bitributação[675].

A Circular SAT nº 601 de 27 de outubro de 2009 (*Cai Shui Han* [2009] No. 601) emitida pela administração fiscal chinesa (State Administration of Taxation - SAT) determina a forma pela qual o termo beneficiário efetivo é interpretado para as situações envolvendo a tributação de dividendos, juros e royalties com base nos tratados. Recentemente ela teve sua aplicação confirmada pela *Notice No. 75* [2010] do SAT, que tratou da interpretação do acordo entre China e Singapura.

De acordo com esse diploma normativo, beneficiário efetivo é a pessoa – seja um indivíduo, uma sociedade ou qualquer outra entidade - que cumprir com quatro requisitos: (i) ter o direito de propriedade e ter o poder para dispor da renda ou do direito a renda e bens; (ii) geralmente desempenhar negócios substanciais e pode ser; (iii) não ser um agente; e (iv) não ser uma empresa-canal (*conduit company*).

[675]Para uma análise específica da legislação e política tributária da China com relação ao conceito de beneficiário efetivo vide: SHARKEY, Nolan Cormac. China's tax treaties and beneficial ownership: innovative control of treaty shopping or inferior law making damaging to international law? *Bulletin of International Taxation*, Amsterdam, v. 65, n. 12, p. 655-661, 2011.

As *conduit companies* são entendidas por essa legislação como sociedades constituídas como o objetivo de evitar ou reduzir tributos, ou realocar ou reter lucros. Normalmente, são estabelecidas simplesmente para satisfazer as condições legais dos países nas quais são constituídas e não exercem atividades econômicas substanciais tais como comércio, indústria ou administração.

Ademais, a Circular SAT nº 601 expõe que, ao determinar o beneficiário efetivo para fins do acordo contra a bitributação, os objetivos do acordo (i.e., evitar a dupla tributação e evitar a evasão fiscal) devem servir de ponto de partida e o princípio do *substance over form* deve ser observado ao se analisar os fatos do caso concreto. Reitera, também, que uma abordagem puramente técnica e baseada na lei tributária interna não é suficiente para este fim.

De acordo com essa norma interna, existem sete hipóteses que indicam a que uma pessoa ou entidade não será o beneficiário efetivo dos rendimentos em uma situação abrangida por tratado:

> (i) a pessoa é obrigada a pagar ou distribuir toda ou a maior parte da renda (por ex., mais de 60%) para um residente em outro Estado, em determinado intervalo de tempo específico (por ex., dentro de doze meses do recebimento da renda);
>
> (ii) a pessoa não possui ou praticamente não possui operações e negócios exceto os bens e direitos decorrentes da renda recebida;
>
> (iii) o montante dos ativos, volume de negócios e número de empregados não condiz com o valor da renda recebida em casos em que existem negócios substanciais;
>
> (iv) a pessoa tem pouco ou nenhum poder de controle ou discricionariedade sobre a renda recebida e suporta pouco ou nenhum risco;
>
> (v) o Estado Contratante da pessoa (a) não impõe tributação sobre a renda em questão; (b) concede isenção à essa renda; ou (c) existe tributação, mas a carga tributária efetiva é extremamente baixa;
>
> (vi) com exceção do contrato de empréstimo com base em que os juros são acumulados e pagos, existem contratos de empréstimos ou de depósitos semelhantes com relação ao montante, taxa e prazo entre o devedor e terceiros; e
>
> (vii) com exceção dos contratos de transferência de direitos de autor, patente, e know-how com base em que os royalties são devidos e foram pagos, existem contratos com relação à transferência de direitos de autor, patente, e know-how entre a pessoa e terceiros.

Finalmente, o penúltimo parágrafo da referida Circular exige que o candidato a ser considerado como beneficiário efetivo pelas autoridades chinesas forneça evidências necessárias comprovando que eles não se enquadram nas hipóteses negativas acima descritas.

3.13.2. Índia: lei interna e jurisprudência

A posição atual das Autoridades Fiscais indianas tem sido a de que o conceito de beneficiário efetivo presente nos acordos contra a bitributação não só se aplica a dividendos, juros e royalties, mas, também, ao ganho de capital previsto no Artigo 13 da CM OCDE. Esta posição, inclusive, goza de certo supedâneo judicial, decorrente do caso *Idea Cellular*. O referido entendimento, segundo a doutrina especializada, vai ao encontro do que outras autoridades fiscais têm interpretado, notadamente, a administração fiscal da China[676] (China's State Administration of Taxation) e da Indonésia[677] (*Indonesia's Director General of Taxation*), que elegeram condições mínimas por meio de normas internas para a verificação do beneficiário efetivo de um acordo contra a bitributação celebrado por esses Estados. Cumpre ressaltar que a legislação da Indonésia não estende a aplicação do termo "beneficiário efetivo" para os demais rendimentos que não haja menção expressa do mesmo, i.e., não aplica a priori o requisito do beneficiário efetivo para rendimentos decorrentes de ganho de capital, por exemplo[678].

3.13.2.1. Circular 789 de 2000 e Caso *Azadi Bachao Andolan*

A Circular 789, emitida pelo *Central Board of Direct Taxes* (CBDT) em 2000, estabelecia que o certificado de residência emitido pelo governo das Ilhas Maurício em favor de uma companhia lá sediada era prova suficiente para estabelecer a residência dessa companhia e determiná-la como o beneficiário efetivo dos rendimentos para fins dos acordos contra a bitributação celebrados por tal país. Ademais, também estabelecia que as

[676]Circular 601 de 27 de outubro de 2009, emitida pelo Chinese State Administration of Taxation (SAT).
[677]Regulation 62 de 2009, emitida pelo Indonesia's Director General of Taxation.
[678]VENKATESWARLU, Sistla; DROLIA, Suruchi. India: tax implications of cross-boarder M&A. *Tax Planning International Review*, London, v. 38, n. 11, p. 6, Nov. 2011.

companhias constituídas nas Ilhas Maurício fossem consideradas como *liable to tax* (sujeitas à tributação) de acordo com a legislação doméstica e, portanto, eram caracterizadas como lá residentes para fins dos mesmos acordos. Nos termos do acordo celebrado entre Índia e Ilhas Maurício, as companhias não seriam tributadas na Índia sobre os rendimentos decorrentes do ganho de capital sobre a venda de ações, originados na Índia.

Todavia, a validade da Circular 789 foi questionada e, posteriormente, temporariamente rejeitada pela Corte Superior de Deli, sob o principal argumento de que a circular excedeu a competência atribuída ao CBDT. Essa decisão culminou por ser revertida pela Suprema Corte no caso *Azadi Bachao Andolan*[679], uma vez que a validade da Circular 789 foi confirmada e reiterou-se que os residentes nas Ilhas Maurício não estavam sujeitos à tributação sobre os ganhos de capital originados na Índia. A decisão em comento explicitou que o termo *liable to tax* – utilizado no Artigo 4º da CM OCDE na definição da residência para fins do acordo contra a bitributação – não exige tributação efetiva (pagamento de tributo), uma vez que uma isenção específica a um determinado tipo de renda concedida a uma entidade não faz com que a entidade, como um todo, torne-se *not liable to tax*, i.e., não tributada naquele Estado.

Outra importante posição veiculada no referido caso por parte da Suprema Corte foi a de que, no caso de inexistir cláusula de limitação de benefícios (LOB), o *treaty shopping* realizado por residente em terceiro Estado não contraria o direito a usufruir dos benefícios do acordo contra a bitributação do qual esse terceiro Estado não faz parte[680].

3.13.2.2. Caso *Idea Cellular*

No mesmo sentido, em 22 de março de 2010, a *India's Authority for Advance Rulings* (AAR) decidiu, no caso *M/s. E*Trade Mauritius Limited*, que a isenção para a

[679]O caso *Azadi Bachao Andolan* é um precedente da Suprema Corte da Índia envolvendo uma situação de *treaty shopping* com a interposição de sociedades intermediárias nas Ilhas Maurício, em que se decidiu que a simples interpretação de certos fatos como abusivos não é suficiente para que um Estado negue os benefícios de um acordo contra a bitributação. Para tanto, seriam necessárias normas expressas, prescritas no texto do acordo ou por dispositivos do direito interno, que limitassem acesso aos benefícios do acordo. Diante da inexistência das referidas normas no direito indiano ou no acordo celebrado entre Índia e Ilhas Mauricio, o *treaty shopping* foi tolerado, inclusive diante do declarado interesse da Índia nos investimentos que recebida do exterior. Cf. Suprema Corte da Índia, Recursos nº 8161-8162 e 8163-8164, opostos no ano de 2003 pelo Governo da Índia.

[680]VENKATESWARLU, Sistla; DROLIA, Suruchi. op. cit., p. 5.

tributação do ganho de capital existente no acordo contra a bitributação celebrado entre Índia e Ilhas Maurício não poderia ser negada para companhias sediadas nas Ilhas Maurício, reafirmando que o contribuinte pode reivindicar os benefícios do acordo tributário com base no certificado de residência fiscal. Entretanto, as Autoridades Fiscais indianas recorreram da decisão à Suprema Corte (por meio de um mecanismo intitulado *Special Leave Petition*).

Entretanto, a decisão veiculada na sentença do caso *Azadi Bachao Andolan* não se aplicou no caso *Aditya Birla Novu Ltd. v. DDIT* (conhecido como *Idea Cellular*), de 14 de julho de 2011, decidido pela *Bombay High Court*. Nesse julgado, a corte entendeu que o ganho de capital sobre a venda das ações de uma companhia Indiana auferido por um residente nas Ilhas Maurício poderia ser tributados na Índia, uma vez que o vendedor não era o beneficiário efetivo das ações e, portanto, não fazia jus aos benefícios do acordo contra a bitributação existente entre Índia e Ilhas Maurício.

Os fatos envolvendo o caso *Idea Cellular* são os seguintes[681]: Idea Cellular, uma companhia com sede na Índia, foi criada por meio de um contrato de *joint-venture* (JVA) entre AT&T USA e Birla Group, para explorar serviços de telecomunicação. Nos termos do referido contrato, 51% das ações eram detidas pelo Birla Group e 49% pela AT&T USA. Essas ações podiam ser detidas pelos sócios dessa joint-venture em seus próprios nomes ou por meio de um agente de transferência autorizado (*permitted transferee*), que poderia ser qualquer companhia subsidiária integral de um sócio da joint-venture. Assim, o *permitted transferee* era um mero representante do respectivo sócio da joint-venture. Estes sócios, por sua vez, estavam autorizados a transferir suas ações para o "permitted transferes" e a transferência se completaria quando o "permitted transferee" passasse a estar vinculado aos termos do contrato de joint-venture. Consequentemente, 49% das ações da Idea Cellular foram transferidas para um "permitted transferee" sediado nas Ilhas Maurício (AT&T Mauritius).

Posteriormente, a companhia Tata Industries Ltd (TIL) foi adicionada à joint-venture como um novo sócio em virtude da fusão desta primeira com a Idea Cellular. Um novo acordo de acionistas foi celebrado entre os sócios da joint-venture. Em outubro de 2004, Cingular Wireless LLC adquiriu AT&T Wireless Services Inc. (que detinha ações na AT&T Mauritius) da AT&T USA e renomeou a companhia para New Cingular Wireless Services Inc (NCWS).

[681]Descrição traduzida do relato de Sistla Venkateswarlu e Suruchi Drolia, op. cit., p. 5.

A NCWS decidiu encerrar sua participação no investimento em 2005, recebendo uma oferta, por uma terceira parte, para vender sua participação na Idea Cellular. Nos termos exigidos pelo acordo de acionistas, a NCWS teve que dar o direito de preferência para a compra da sua participação na Idea Cellular para os demais acionistas, i.e., Birla Group e TIL, e ambos o exerceram. Restou decidido, então, que o representante do Birla Group (chamado Indian Rayon) iria adquirir diretamente as ações da Idea Cellular detidas pela AT&T Mauritius e, Tata Industries, representando o grupo Tata, iria adquirir a participação integral que a NCWS detinha na AT&T Mauritius.

A Indian Rayon solicitou às autoridades fiscais o certificado determinando o imposto de renda retido na fonte incidente sobre os pagamentos a serem feitos à AT&T Mauritius. As autoridades fiscais emitiram um certificado atestando que tal valor era zero, não obstante o pagamento feito pela Indian Rayon para a AT&T Mauritius ter sido no valor de US$ 150 milhões. Dessa forma, as autoridades fiscais indianas culminaram por tratar a Indian Rayon como um agente da AT&T Mauritius e a TIL como um agente da NCWS.

A Corte Superior de Mumbai concordou com esse entendimento do Fisco e conclui que a venda de ações de uma companhia residente na Índia feita por uma companhia residente

Nas Ilhas Maurício é tributada na Índia, porque a AT&T Mauritius não era o beneficiário efetivo das ações que foram vendidas, mas sim o “permitted transferee” (representante) da sociedade norte-americana nos termos do contrato de joint-venture. A referida Corte observou que, ainda que as ações da Idea Cellular fossem transferidas para a AT&T Mauritius (o alienante), todos os direitos relativos às ações estavam com a AT&T USA. Por esse motivo, a AT&T Mauritius foi considerada como não sendo o beneficiário efetivo das ações, mas, apenas, um “permitted transferee”.

Apesar dos fatos do caso Idea Cellular serem bastante específicos, essa recente decisão chamou a atenção da comunidade tributária internacional na medida em que gerou mais dúvidas com relação ao uso de estruturas envolvendo companhias nas Ilhas Maurício como intermediárias para fins de isenção de ganho de capital prevista no acordo contra a bitributação celebrado entre Índia e Ilhas Maurício.

Ainda que o conceito de beneficiário efetivo não seja automaticamente aplicável aos rendimentos decorrentes de ganho de capital, conforme discutido no item 3.11, este julgado pode ser considerado como um caso envolvendo o conceito de beneficiário efetivo uma vez que as Autoridades Fiscais da Índia estendem a aplicação de tal termo para os casos envolvendo ganhos de capital e, portanto, o raciocínio utilizado para definir o que se entende por *beneficiário efetivo* – ainda que não aplicáveis automaticamente ao Artigo 13 da CM OCDE – pode servir de parâmetro empírico para outros países seguirem a mesma linha interpretativa para estabelecer seu significado, em casos semelhantes envolvendo dividendos, juros e royalties.

3.14. Beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil

3.14.1. Considerações gerais

Inicialmente, cabe apontar que o termo beneficiário efetivo está presente em 21 dos 29 acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil atualmente vigentes, tendo sido primeiramente inserido no acordo com a Itália, em 1979[682]. O termo só não existe nos acordos celebrados com Argentina[683], Áustria[684], Dinamarca[685], Espanha[686], França[687], Japão[688], Luxemburgo[689] e Suécia[690].

[682]BRASIL, Decreto nº 85.985, de 6 de maio de 1981. Promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda.
[683]BRASIL, Decreto nº 87.976, de 22 de Dezembro de 1982. Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria do Impostos sobre a Renda.
[684]BRASIL, Decreto nº 78.107, de 22 de julho de 1976. Promulga a Convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital Brasil-Áustria.
[685]BRASIL, Decreto nº 75.106, de 20 de dezembro de 1974. Promulga a Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil –Dinamarca.
[686]BRASIL, Decreto nº 76.975, de 2 de Janeiro de 1976. Promulga a Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Previne a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil/Espanha.
[687]BRASIL, Decreto nº 70.506, de 12 de maio de 1972. Promulga a Convenção com a França para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento.
[688]BRASIL, Decreto nº 61.899, de 14 de dezembro de 1967. Promulga a Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimentos, com o Japão.
[689]BRASIL, Decreto nº 85.051, de 18 de Agosto de 1980. Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Grão-Ducado de Luxemburgo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital.
[690]BRASIL, Decreto nº 77.053, de 19 de Janeiro de 1976. Promulga a Convenção para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil-Suécia.

Tradicionalmente, na aplicação dos acordos por ele celebrados, o Brasil não adota a prática de exigir certificado de residência no outro Estado, tampouco exige como condição de aplicação do acordo, a prova de que as pessoas tenham sido tributadas no outro Estado[691].

Ademais, são escassas as decisões administrativas e judiciais que tratam do tema. Até a presente data temos ciência apenas de duas decisões (ambas não transitadas em julgado ainda), uma administrativa e uma judicial, que abordam, indiretamente, o conceito de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação.

Curioso apontar que ambos os julgados dizem respeito ao acordo celebrado entre Brasil e Japão ("Acordo Brasil-Japão") e tratam do pagamento de juros. Conforme acima mencionado, o Acordo Brasil-Japão não possui o termo "beneficiário efetivo" em seu texto, original ou alterado por protocolos, e também não existe cláusula de limitação de benefícios (LOB) nesse acordo.

3.14.2. Esfera administrativa: Caso TIM Nordeste

Na esfera administrativa, o caso (conhecido como "caso TIM Nordeste") envolve o julgamento pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda de uma autuação fiscal sofrida pela Maxitel S.A., uma operadora da telefonia móvel do grupo TIM, que posteriormente a processo de incorporação alterou sua denominação para TIM Nordeste S.A.[692]

O caso envolve a aplicação do Acordo Brasil-Japão na remessa de juros decorrentes de *eurobonds*, por uma empresa Brasil (TIM Nordeste S.A.) para agente pagador localizado no Japão (J.P. Morgan Chase & Co.). Em 2005, a TIM-Nordeste S.A. foi autuada pelo recolhimento a menor do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), mais multa e juros respectivos. No entendimento da autoridade fiscal, a alíquota correta aplicável à situação é a de 15%, nos termos do artigo 685, I do Regulamento de Imposto de

[691]XAVIER, Alberto. op. cit., p. 166-167.
[692]Processo nº 10680.004023/2005-58, da 3ª Turma – DRJ de Belo Horizonte, MG. Recorrente: Maxitel S.A.

Renda (RIR/99)[693], ao passo que a companhia vinha recolhendo o tributo sob a alíquota de 12,5%, em razão do artigo 10(2) – que disciplina os juros - do Acordo Brasil-Japão.

Na decisão emanada do CARF, decidiu-se, por unanimidade, dar provimento ao recurso para reconhecer a aplicação da alíquota de 12,5% em relação às remessas de juros aos agentes pagadores residentes no Japão. O relator do caso, o professor Alexandre Nishioka, baseou o seu entendimento em dois aspectos[694], sendo o primeiro deles o de saber se interessava saber, para fins do Acordo Brasil-Japão, quem era o beneficiário efetivo dos juros remetidos.

De acordo com o julgador, diante da ausência do termo beneficiário efetivo no Acordo Brasil-Japão, é apenas necessário que o recebedor dos juros seja residente no Japão, para fins de poder usufruir dos benefícios desse acordo. Afirmou, ainda, que "ainda que tivesse a tratar de *treaty shopping*, cujos elementos sequer foram demonstrados no procedimento administrativo fiscal, tal prática não é vedada pelo acordo firmado entre Brasil e Japão"[695]. A ementa do referido acórdão restou assim redigida:

> Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF
>
> Ano-Calendário1999, 2000, 2001
>
> IRRF. Remessa de Juros Decorrentes de Eurobonds (Floating Rate Notes).
>
> Agente Pagador Residente no Japão. Tratado Brasil Japão. Aplicabilidade.
>
> O tratado para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e Japão é aplicável às remessas de juros efetuadas a agentes pagadores residentes no Japão, ainda que o beneficiário efetivo esteja localizado em outro país.
>
> Não há, no referido tratado, cláusula que estabeleça a necessidade de o residente no Japão ser o beneficiário efetivo dos juros, como aquelas contidas em várias convenções celebradas pelo Brasil.
>
> Hipótese em que a remessa foi realizada a título de juros a agente pagador residente no Japão, nos exatos termos dos contratos de câmbio e dos certificados de registro de capital estrangeiro acostados aos autos.
>
> Na emissão de eurobonds, o agente pagador exerce funções bem definidas, não se podendo dizer que tenha sido incluído na operação apenas para ensejar a aplicação do Tratado Brasil-Japão.

---

[693] Aprovado pelo Decreto nº 3.000 de 1.999. O fundamento legal desse dispositivo é o Decreto-Lei nº 5.844 de 1.943.

[694] Para um exame aprofundado sobre o caso em questão, vide nosso estudo específico em: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; SANTOS, Celso Araújo. Caso TIM Nordeste: aplicação do Tratado Brasil-Japão na remessa de juros decorrentes de eurobonds. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010. p. 383-398.

[695] Cf. Acórdão 102-49.480, da 2ª Câmara do anteriormente denominado 1º Conselho de Contribuintes, datado de 4 de fevereiro de 2009.

> Ainda que se pudesse entender hipoteticamente que teria havido abuso de formas jurídicas, o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente poderá ser aplicado após a promulgação da lei ordinária nele mencionada, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de dolo, fraude e simulação, inexistentes no caso dos autos.

Todavia, tecnicamente, a decisão não entendeu que o agente pagador residente no Japão era o beneficiário efetivo dos juros, mas sim, que em razão da inexistência desse requisito no Acordo Brasil-Japão, o agente pagador faria jus aos benefícios do acordo. Ademais, convém ressaltar que o tribunal administrativo, embora tenha decidido favoravelmente ao contribuinte, acabou por afastar a aplicação do artigo 10(2) por entender que a natureza dos pagamentos era a de comissão por intermediação e corretagem, e não propriamente juros. Por fim, não houve qualquer definição ou conceituação de beneficiário efetivo, nessa decisão[696].

3.14.3. Esfera judicial: Caso Volvo

O segundo caso existente no Brasil que trata, tangencialmente, do tema do beneficiário efetivo encontra-se na esfera judicial, e envolve a Volvo do Brasil Veículos Ltda. (conhecido como "caso Volvo").

Nesse caso, atualmente pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF)[697], o Receita Federal do Brasil lavrou auto de infração e imposição de multa contra o contribuinte em virtude de suposto recolhimento a menor de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre os pagamentos de juros feitos a filial de instituição financeira japonesa sediada no Panamá. No entendimento do Fisco Federal, tais remessas de juros deveriam ter sido tributadas à alíquota de 25% e 15%, dependendo do ano-base em que foram efetuadas, de acordo com a legislação interna brasileira, ao passo que o contribuinte entendeu ser aplicável o artigo 10(2) do Acordo Brasil-Japão que previa a alíquota de 12,5% sobre tais pagamentos.

---

[696]Cumpre apontar que a referida decisão ainda está sujeita a alteração por instância superior, notadamente o Conselho Superior de Recursos Fiscais, que tem competência para reformá-la.

[697]STF, Recurso Extraordinário nº 450239. Originalmente Processo nº 2001.04.01.045430-9, distribuído na 4ª Vara Federal do Paraná.

A dúvida existente nessa situação fática envolve a possibilidade de uma filial sediada em um terceiro Estado Contratante fazer jus aos dispositivos do acordo contra a bitributação celebrado entre Brasil e Japão. Já tivemos a oportunidade de nos manifestar que sim[698].

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu contra o contribuinte, entendendo não ser possível a aplicação do Acordo Brasil-Japão em razão da ausência de bitributação no caso em questão, já que os juros recebidos pela filial do banco japonês eram isentos no Panamá (pois o Panamá adota o critério da territorialidade, não tributando operações offshore desenvolvidas por seus residentes). Ademais, a decisão sequer interpretou ou fez referência direta ao conceito de beneficiário efetivo ou afirmou quem era o beneficiário efetivo no caso, apenas consignando que o acordo não se aplicava aos residentes em terceiros Estados.

Como se verifica do breve exame desses dois precedentes, não há, hoje, no direito brasileiro, jurisprudência tratando da interpretação e conceituação do termo beneficiário efetivo, tanto para fins de lei interna (extremamente recente) como dos acordos internacionais contra a bitributação.

3.15. Reflexões sobre o *Discussion Draft* da OCDE de 29 abril de 2011 sobre beneficiário efetivo

Recentemente, no dia 29 de abril de 2011, a OCDE – na tentativa de buscar soluções para o problema da definição do significado de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação – publicou uma Minuta de Discussão (*Discussion Draft*) contendo alterações aos Comentários aos Artigos 10, 11 e 12 da CM OCDE (versão de 2010) especificamente tratando do termo beneficiário efetivo[699].

Essa minuta de discussão pública traz em sua introdução a explicação de que esse termo originou diversas interpretações por parte de tribunais e autoridades administrativas

---

[698]Cf. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e.; SILVEIRA, Rodrigo Maitto da; GRISI FILHO, Celso Cláudio de Hildebrand e. *Caso* Volvo 1: Possibilidade de Aplicação do Art. 10 (Juros) do Tratado Brasil-Japão a Filial de Banco Japonês Sediada no Panamá. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, São Paulo: MP Ed., 2010. p. 341-358.

[699]OECD, Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention Discussion Draft (OECD 2011). International Organizations' Documentation IBFD, at Para. 12.1, p. 3. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/49/35/47643872.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2011.

de diversos países e que, em razão dos riscos de dupla tributação e dupla não-tributação[700] derivados dessas diferentes interpretações, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE realizou estudo sobre propostas para clarificar a interpretação que deve ser dada a esse conceito no contexto da CM OCDE.

Inicialmente, a minuta do novo parágrafo 12.1 dos Comentários ao Artigo 10 reitera que o termo beneficiário efetivo foi adicionado à CM para tentar solucionar as dificuldades decorrentes do uso da expressão *pagos a um residente* (*paid to a resident*) do parágrafo 1º desse artigo. Por esse motivo, tinha por intenção ser interpretado nesse contexto e não visava se referir a qualquer sentido técnico que ele possa vir a ter segundo as leis internas de um determinado país, inclusive porque, à época da inserção do termo beneficiário efetivo na Convenção Modelo, a maioria dos países não possuía esse termo em suas legislações[701].

E ratifica a intenção de não fazer referência à lei interna quando aduz que o termo beneficiário efetivo não é utilizado em um sentido técnico estrito, tal como o significado que ele possui nas leis de *trust* de países de *common law*. Ao mencionar que esse termo deve ser interpretado à luz dos objetivos e finalidades da CM (incluindo evitar a dupla tributação e prevenir a evasão e elisão fiscais) salienta que isso não significa que o conceito de beneficiário efetivo da lei interna é automaticamente irrelevante, podendo ser aplicável desde que seja consistente com as orientações gerais previstas nos Comentários.

A nota de rodapé incluída pela Minuta de Discussão se refere a um exemplo que trata da possibilidade de coexistência do duplo significado do termo beneficiário efetivo: nos casos de trustees de um trust discricionário que não distribuam dividendos, ao agirem na sua capacidade de trustees, pode ser considerados como os beneficiários efetivos dessa renda nos termos do Artigo 10 da CM, não obstante a lei do trust interna distinguir a propriedade legal da propriedade decorrente de *beneficial ownership*.

A Minuta de Discussão propõe a criação dos parágrafos 12.4, 12.5 e 12.5 ao Artigo 10, além da alteração na redação do parágrafo 12.1 que, unidas, trazem importantes informações sobre o assunto.

---

[700]Para uma leitura de doutrina no Brasil sobre o tema da dupla não-tributação vide ALCKMIN, Alexandre. Dupla Não-tributação: entre o poder de tributar e as convenções internacionais em matéria fiscal. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito internacional tributário aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. v. 4.

[701]OECD, Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention Discussion Draft (OECD 2011), cit., p. 3.

O parágrafo 12.4 diz que, nos vários exemplos de agente, mandatário, *conduit company* agindo como fiduciário ou administrador, o recebedor dos dividendos não é o beneficiário efetivo porque ele não possui o pleno direito de uso e gozo do dividendo recebido e esse dividendo não é seu (próprio). Os poderes desse recebedor sobre os essa renda é limitado uma vez que o recebedor é obrigado (por força de obrigação contratual, dever fiduciário ou de outra natureza) a repassá-la a outrem. Destarte, o recebedor dos dividendos será o beneficiário efetivo se possuir pleno direito de usar e gozar dos dividendos sem limitações por força de contrato ou obrigação legal de repassá-los a outra pessoa. A verificação da existência de obrigação legal ou contratual poderá ser feita tanto por análise documental como em função de fatos e circunstâncias, desde que demonstrado que, em substância, o recebedor claramente não tinha o pleno direito de usar e gozar dos dividendos. Por fim, aponta que o uso e gozo de um dividendo deve ser distinguido de seu título legal, bem como das ações em razão da qual é pago[702].

O parágrafo 12.5 dispõe sobre a redução ou limitação de tributação na fonte, em razão de pagamento de dividendos para o beneficiário efetivo. É dito que a limitação de tributação não deve ser aplicada nos casos de abuso desse artigo, conforme explicado na seção intitulada Uso Impróprio da Convenção, nos Comentários ao Artigo 1º. Essa minuta sugerida salienta que não obstante ao fato de que o conceito de beneficiário efetivo se relaciona com algumas formas de elisão fiscal (interposição de pessoa obrigada ao posterior repasse dos rendimentos), ele não lida com outras formas de treaty shopping e, portanto, não deve ser impedir a aplicação de outras medidas de combate ao abuso, tais como cláusulas gerais anti-abusivas, substance-over-form ou interpretação econômica[703].

Em seguida, o parágrafo 12.6 aborda a questão do controle para fins de determinação do beneficiário efetivo, advertindo que, em razão do termo ter sido utilizado com a intenção de solucionar problemas decorrentes do uso do termo pago a, seria inapropriado considerar o significado desenvolvido para se referir aos *indivíduos que exercem último controle efetivo sobre uma pessoa ou estrutura jurídicas*[704].

As sugestões de parágrafos para os Artigos 11 e 12 são, praticamente, as mesmas feitas no Artigo 10, com pequenas modificações técnicas em razão de natureza diferente desses outros tipos de renda. No entanto, as adições dos parágrafos 10.2, 10.3 e 10.4, e a

[702]OECD, Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention Discussion Draft (OECD 2011), cit., p. 4.
[703]Id. Ibid., p. 4.
[704]Id. Ibid., p. 4.

alteração de redação do parágrafo 10.1, para juros[705], e as adições dos parágrafos 4.3, 4.4 e 4.5, para royalties[706], são quase idênticas àquelas aplicáveis aos dividendos, ora analisadas.

Destarte, esta Minuta de Discussão apenas confirma o entendimento que defendemos, com suporte em parte da doutrina, de que o beneficiário efetivo é uma regra de atribuição de renda e, portanto, seu uso é restrito ao combate ao *treaty shopping* e não do abuso dos acordos contra a bitributação que fogem aos casos envolvendo intermediários agindo em nome de terceiros, especificamente relacionados a dividendos, juros e royalties. Ratifica, também, que o critério de interpretação do direito de propriedade da renda deve ser preponderantemente o jurídico, e que a inclusão desse termo na CM OCDE não teve intenção de fazer referência à lei interna quando aduz que o termo beneficiário efetivo, rejeitando a aplicação do significado de direito interno decorrente dos países de *common law*.

Por fim, no que se refere à aplicabilidade dessa Minuta de Discussão, cabe ressaltar que, da mesma forma que os Comentários, os diversos Relatórios e Orientações da OCDE, estes instrumentos constituem soft law, sendo meras recomendações sugeridas por especialistas no tema, desprovidos de força vinculante. Ademais, os Comentários, Relatórios e Orientações têm a aprovação dos países membros da OCDE e contêm suas visões, reservas e observações, servindo de ponto de partida para a interpretação dos países membros. Já a Minuta de Discussão, constitui apenas um instrumento de estudo preparatório, dotado de menos formalismo e desprovido da aceitação de todos os Estados Membros, além de ser preliminar, altamente mutável e descritivo (mas não prescritivo) de comportamentos, ainda que sob a forma de recomendações.

Por essa razão, em que pese a importância da discussão por ele organizada e compilada – que entendemos prática salutar de esclarecimento e discussão de forma semelhante a da doutrina especializada –, não pode ser considerado como documento apto, nesse formato e estágio, a orientar a interpretação dos acordos contra a bitributação que tomam por base a CM OCDE, por ser seu caráter ainda precário e não-solene. No futuro próximo, se vertido no texto dos Comentários ou da CM, neste caso quer nos parecer que poderão ser utilizados como meios interpretativos dos acordos, guardadas as mesmas ressalvas e problemas discutidos no Capítulo anterior, sobre interpretação dinâmica ou

[705]OECD, Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention Discussion Draft (OECD 2011), cit., p. 6-7.
[706]Id. Ibid., p. 8-9.

estática, não-vinculação, questionamento sobre sua inserção como contexto dos acordos etc.

São, todavia, o primeiro passo para a formação do significado fiscal internacional, uma vez que se estabelecem na comunidade jurídica e podem vir, após certo intervalo razoável de tempo e dependendo de sua aplicação pelos diversos Estados, até a integrar os costumes internacionais.

CONCLUSÕES

1. Em razão do princípio da relatividade dos tratados, os acordos internacionais contra a bitributação são formulados, em regra geral, para produzir efeitos apenas para pessoas residentes nos Estados Contratantes que dele são parte. Portanto, não devem conferir benefícios ou ter seus dispositivos estendidos para terceiros Estados que não participaram do processo de negociação e mútuas concessões que exige a celebração de um tratado tributário, salvo clara intenção das partes.

2. Em virtude da concorrência fiscal internacional gerada pelo fenômeno da globalização, os contribuintes que operam a nível transnacional buscam formas de estruturar seus negócios de forma a reduzir a carga fiscal incidente. Nesse sentido, muitas vezes fazem uso dos benefícios veiculados pelos acordos contra a bitributação com fim único ou precípuo de obter vantagens tributárias sem, contudo, cumprir com os requisitos mínimos para o *treaty entitlement*, prática essa conhecida como *treaty shopping*. Em razão de algumas falhas técnicas, limitações de direito interno ou objetivos secundários de um ou ambos os Estados Contratantes, os acordos baseados na CM OCDE permitem essa prática, sob diferentes níveis, a depender do texto do acordo e da legislação do país.

3. A partir do exame dos requisitos para uma pessoa fazer jus à aplicação dos Artigos 10 (Dividendos), 11 (Juros) e 12 (Royalties) da CM OCDE (*treaty entitlement*) pode-se constatar que eles consistem, geralmente, nos seguintes: (i) que ela seja considerada uma pessoa visada (Artigo 1º da CM OCDE); (ii) que ela seja considerada residente em um dos Estados Contratantes (Artigo 4º da CM OCDE); (iii) que os dividendos, juros e royalties sejam considerados pagos a essa pessoa; e (iv) que ela seja considerada como o beneficiário efetivo desses rendimentos.

4. Assim, o termo beneficiário efetivo incluído nos Artigos 10 (Dividendos), 11 (Juros) e 12 (Royalties) de um acordo internacional contra a bitributação é uma das condições necessárias para que as pessoas possam se beneficiar, isto é, fazer jus ao direito de usufruir alguns dos benefícios veiculados pelo acordo, especificamente para estes tipos de rendimentos.

5. Caso o beneficiário efetivo não seja considerado um residente no outro Estado Contratante, o Estado da Fonte poderá tributar esses rendimentos de acordo com a sua lei interna, sem as limitações previstas no acordo contra a bitributação. Assim, o tema apresenta grande importância no cenário jurídico-econômico mundial, ao abranger matérias como a interpretação, aplicação e utilização indevida dos acordos contra a bitributação, i.e., *treaty shopping*.

6. Originalmente, o termo beneficiário efetivo decorreu da expressão inglesa *beneficial owner*, existente na lei doméstica dos países que adotam o sistema jurídico de *common law*, principalmente o Reino Unido (UK), onde esse termo surgiu pela primeira vez no contexto da *trust law* para diferenciar o conceito de *legal ownership*, para delimitar os atributos da propriedade do *trustee* e do beneficiário do *trust*. Pressupõe, assim, a análise da definição de propriedade e os direitos a ela inerentes, uma vez que é necessário definir quando e sob que circunstâncias um sujeito passa a deter a renda.

7. Ao examinar esse tratamento da propriedade no direito ingês, é necesário distinguir dois ramos distintos desse direito: a *common law* e *equity*. Enquanto a *common law* adota a posição de que a propriedade (*ownership*) é indivisível, o *equity* permite sua divisão entre *legal title* (propriedade legal) em uma pessoa e *beneficial ow*ner (ou *equitable ownership*) em outra. No caso de *legal rights*, a pessoa tem o título e o remédio legal, ao passo que os *equitable rights* ela somente possui o remédio legal, i.e., somente são exeqüíveis em *equity*, sob a ação específica de *cestui que trust.*

8. Assim, na Inglaterra a distinção entre o direito de propriedade e o direito do *beneficial owner* é que o primeiro consiste em um direito real, oponível a todos. Já o direito do *beneficial owner* não pode ser considerado real, embora não seja somente um direito pessoal, oponível apenas entre as partes contratantes, mas também oponível a todos, exceto comprador de boa-fe que não tenha conhecimento da existência da propriedade de beneficial ownership. O direito canadense também adotado esse critério predominantemente jurídico na determinação do *beneficial owner*.

9. Nos EUA figura do *beneficial owner* também existe. Todavia, nesse país nota-se uma forte influência do princípio da prevalência da substância sobre a forma, baseado na aplicação de diversos testes de caráter econômico para verificação do direito de propriedade, uma vez que é possível a produção de resultados distintos

daqueles no direito civil decorrentes do mesmo ato ou negócio jurídico em sua caracterização. O controle sobre a propriedade e a fruição dos benefícios econômicos (inclusive riscos de depreciação ou valorização do bem) são elementos fundamentais para a definição norte-americana de *beneficial owner*. Na Austrália, o termo beneficiário efetivo e suas derivações não possuem definição clara e específica até hoje.

10. Do ponto de vista geral, nos países de tradição de *civil law* há apenas um único proprietário, o titular legal da propriedade. Entretanto, existe a possibilidade de transferência do direito de uso do bem e de seus frutos a terceiros, mas segregação entre a propriedade legal e a econômica somente se dá no âmbito da liberdade de contratar dos particulares, e não em razão dos atributos jurídicos da propriedade, sendo assim, é uma limitação ao direito de propriedade e não um direito de propriedade autônomo.

11. No Brasil é possível afirmar que ser possível a segregação do direito de propriedade e seus atributos, em determinados casos, quando houver uma divisão entre os direitos do proprietário e os direitos econômicos de outro titular, tal como um usufrutuário, se previstos os requisitos em lei. Todavia, não há no direito privado brasileiro um conceito equivalente ou um instituto jurídico similar ao do *beneficial owner* existente na *equity* dos países de *common law*.

12. No que se refere especificamente direito tributário brasileiro, o termo beneficiário efetivo foi inicialmente utilizado no pela Lei nº 11.727/2008, para ampliar a definição de país com tributação favorecida sujeitos às regras de preço de transferência. Entretanto, o tema ganhou maior notoriedade com a Lei nº 12.249/2010, que definiu o termo como a pessoa (i) não tenha sido constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária; e (ii) que aufira a renda por sua própria conta e não como um agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.

13. Como regra geral, a interpretação dos acordos contra a bitributação deve ser feita com base nas regras do Direito Internacional Público, mais precisamente pelas regras presentes nos Artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, sendo permitido, excepcionalmente, a remissão ao direito interno dos Estados Contratantes somente nos casos previstos pelo Artigo 3(2) da Convenção

Modelo da OCDE, isto é, quando o texto e contexto dos acordos não forem suficientes para a interpretação do significado de um termo do acordo.

14. A noção de contexto para fins do Artigo 3(2) da CM OCDE é extremamente ampla, permitindo sua construção por meio de diversos instrumentos consagrados na CVDT sendo, inclusive, mais amplo que o contexto mencionado na última, razão pela qual pode ser influenciada por outros instrumentos de soft law tais como os Comentários, Relatórios e Minutas de Discussão da OCDE, apesar de ser reconhecido que estes não são vinculantes à interpretação e aplicação dos acordos. Apesar de não vinculantes, os Comentários da OCDE, em especial, representam um valioso instrumento de interpretação para os acordos contra a bitributação que seguem a Convenção Modelo da OCDE, mesmo por Estados não-Membros, sendo consagrados internacionalmente por diversos países, inclusive em decisões judiciais, como ferramenta hermenêutica extremamente útil.

15. Em âmbito internacional, o termo (ou requisito) *beneficiário efetivo* foi originalmente introduzido na CM OCDE de 1977. De acordo com os Comentários, este termo foi incluído por duas razões essenciais: (i) para esclarecer o significado da expressão *pagos a* um residente (*paid to a resident*), utilizada nos artigos 10, 11 e 12 da CM, como regra relacionada a atribuição da renda; e (ii) para intensificar o combate ao *treaty shopping*, havendo discussão sobre qual foi a razão preponderante.

16. Nos acordos contra a bitributação celebrados por países que não adotam o idioma inglês como oficial, a tradução da expressão *beneficiário efetivo* pode levar a algumas diferenças de significado em razão dos termos utilizados, gerando confusão em sua interpretação e aplicação.

17. Os argumentos favoráveis a aplicação da definição de beneficiário efetivo decorrente de lei doméstica, em razão da remissão a lei interna, se baseiam na interpretação literal (*plain language*) do Artigo 3(2) da CM OCDE, que estabelece a remissão à lei interna quando a CM OCDE faz uso de um termo ou expressão que não possui definição expressa em seu texto, exceto se o contexto exija diferente.

18. Todavia, a maior parte da doutrina especializada entende que beneficiário efetivo deve ter um significado adstrito aos acordos contra a bitributação, i.e., deve ser um

treaty concept e não um conceito definido por leis internas, não se admitindo a remissão ao direito interno prevista no Artigo 3(2) da CM OCDE.

19. Os Comentários aos Artigos 10, 11 e 12 da CM OCDE, deixam claro que agentes, mandatários e *conduit companies* agindo como fiduciárias ou administradores não são considerados como o beneficiário efetivo de dividendos, juros e royalties, haja vista que possuem apenas poderes restritos sobre a propriedade, agindo em nome de outrem (um terceiro) e não em nome próprio.

20. Entendemos que o termo beneficiário efetivo faz parte da linguagem fiscal internacional, refutando qualquer remissão ao direito interno por meio do Artigo 3(2) da CM OCDE para sua definição. Para nós, o beneficiário efetivo é a pessoa que detém a parte substancial dos atributos dos direitos de propriedade, quando comparada à outra pessoa que também possua algum desses atributos, a ponto de ser a titular jurídica da renda auferida em virtude da renda ter sido agregada ao seu patrimônio próprio, conferindo autonomia para essa pessoa decidir o que fazer com a renda percebida. Rejeitamos, assim, o critério econômico na interpretação do termo.

21. O debate sobre qual critério de interpretação deve prevalecer, se o econômico ou o jurídico, tem importantes implicações quanto escopo e limites do conceito de beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação, influenciando sobremaneira a questão de o combate o *treaty shopping* poder ser feito de forma geral (situações em geral) ou específica (situações específicas).

22. O fato de que existem medidas anti-abuso *ad hoc* específicas e separado nos acordos contra a bitributação somente confirma que tais medidas anti-abuso não podem ser consideradas implícitas em uma convenção somente por força da existência do termo beneficiário efetivo em seu texto. Portanto, entendemos que não se mostra correta a utilização do conceito de beneficiário efetivo no combate ao abuso no planejamento tributário internacional de forma ampla, configurando-se patente desvio do conceito originariamente desenvolvido e incluído na CM OCDE de 1977, servindo apenas para evitar o *treaty shopping* mais rudimentar e específico sobre o uso de intermediários atuando em nome de terceiros e apenas aplicável aos dividendos, juros e royalties.

23. Alguns instrumentos editados pela OCDE, dentre os quais os relatórios de *Harmful Tax Competition* e o *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* geraram confusão entre aplicação de medida de combates ao uso de estruturas abusivas e os propósitos do termo beneficiário efetivo, estendendo o combate a toda forma de *treaty shopping*, em caráter geral, para o uso daquele termo, o que foi uma verdadeira impropriedade, em razão da clara especificidade e aplicação restrita desse termo, em comparação a outras medidas genéricas de prevenção de abuso nos acordos.

24. Assim, partilhamos da opinião de que o conceito de beneficiário efetivo é um meio de eficácia limitada na prevenção da evasão fiscal internacional. É exatamente nesse contexto que ganham importância as cláusulas de limitação de benefícios ou cláusulas LOB, parte do Artigo 22 do Modelo EUA, também mencionadas nos Comentários da CM OCDE ao Artigo 1º. Este artigo teve por objetivo incluir, nos acordos internacionais contra a bitributação, condições mínimas para que apenas as pessoas que tivessem um propósito negocial real pudessem fazer jus aos benefícios de um acordo. Essas condições são exigidas e verificadas por de testes objetivos, reduzindo o subjetivismo na apreciação de eventual existência de abuso dos acordos.

25. Apesar de a OCDE não ter estabelecido técnicas específicas e permanentes de combate e prevenção ao abuso ou uso impróprio dos acordos contra a bitributação, incluiu, nos Comentários ao Artigo 1º da CM OCDE de 2003, uma série de modelos de cláusulas de limitação de benefícios recomendáveis aos países que desejam prevenir o *treaty shopping* e o *treaty abuse*, notadamente o (i) *look-through approach*; (ii) *subject-to-tax approach*; (iii) *channel approach*; (iv) *exclusion approach*; e (v) cláusulas de salvaguarda (*bona fide*).

26. O Brasil não adota, na maioria de seus acordos vigentes, cláusulas de LOB e, nos poucos em que adota estas cláusulas são mais básicas, simples e dotadas de certa subjetividade quando comparadas àquelas do modelo norte-americano e as sugeridas pelos Comentários da OCDE. Os acordos brasileiros mais recentes contêm alguns dispositivos nesse sentido, tais como aqueles celebrados com Chile, Israel, México, África do Sul e Peru.

27. Por força da existência e dos objetivos que norteiam as cláusulas LOB, entendemos que não existe um princípio implícito anti-abuso nos acordos contra a bitributação, devendo qualquer restrição ao usufruto de seus benefícios ser feita por meio de disposições expressas no seu texto. Desta forma, em caso de inexistência do termo beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação, sua interpretação não deve pressupô-lo.

28. Em sentido semelhante, somos da opinião de que conceito de beneficiário efetivo não deve ser estendido aos demais artigos dos acordos, tais como ganhos de capital e outros rendimentos, em sentido contrário à posição recentemente adotada na Índia por meio do *Caso Idea Cellular*.

29. A atual jurisprudência sobre o tema, no direito comparado, demonstra a ausência de consenso sobre o conceito de beneficiário efetivo, seu critério de interpretação e seus limites no combate ao *treaty shopping* e ao abuso dos acordos, tendo como notório precedente – ainda que indireto - o caso *Aiken Industries* nos EUA da década de 70, apesar da ausência deste termo no acordo que envolvia esse julgado. Na França e no Reino Unido, dois precedentes contrários ao contribuinte basearam-se no critério econômico, porém adotaram entendimentos diferentes sobre o significado de beneficiário efetivo: o primeiro consagrou a aplicação de normas internas em sua definição, ao passo que o segundo se posicionou favorável a uma definição decorrente de uma linguagem fiscal internacional. A China, em sua legislação interna, também prima pelo critério econômico do *substance over form* na definição do termo.

30. No Canadá, a decisão mais recente (*Caso Prévost*) privilegiou o critério jurídico e a aplicação da linguagem fiscal internacional, entendendo que, na medida em que uma sociedade *holding* detinha a titularidade jurídica da participação na sociedade canadense, bem como o poder de deliberar sobre o uso e eventual distribuição de dividendos, a *holding* seria o beneficiário efetivo dos dividendos para fins de aplicação do acordo contra a bitributação. Neste precedente, o significado fiscal internacional foi, inclusive, confirmado por meio da utilização dos Comentários da OCDE na definição desse termo.

31. Especificamente no que diz respeito ao conceito de beneficiário efetivo no Brasil, a maior parte dos acordos (21 dos 29 em plena vigência) possui esse termo em seu texto, apesar de alguns acordos, como o celebrado com o Japão, não possuírem tal menção. A jurisprudência sobre o tema no país ainda é demasiadamente escassa, restringindo-se a dois casos: um administrativo (*Caso TIM Nordeste*) e outro judicial (*Caso Volvo*), que não abordam especificamente a definição do termo em suas decisões. No primeiro caso entendeu-se que um agente pagador residente no Japão era o beneficiário efetivo dos juros, em razão da inexistência desse requisito no Acordo Brasil-Japão, apesar de a decisão ter versado sobre pagamentos de comissão de corretagem, e não propriamente juros. No segundo caso, o STJ entendeu não ser possível a aplicação do Acordo Brasil-Japão em razão da ausência de bitributação no caso em questão, já que os juros recebidos por uma filial do banco japonês eram isentos no Panamá (por lei interna), sequer fazendo referência direta ao conceito de beneficiário efetivo.

32. Para nós, acertou o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ao analisar, no *Caso TIM Nordeste*, os requisitos do *treaty entitlement* presentes no Acordo Brasil-Japão e ao interpretar que o *treaty shopping* – precisamente por ausência do termo beneficiário efetivo e das cláusulas LOB – não é vedado, em certa sintonia com o que se decidiu no *Caso Azadi Bachao Andolan*, na Índia. Por outro lado, equivocou-se o STJ, tanto por basear seu argumento na ausência de bitributação efetiva no caso, como por desconsiderar o *treaty entitlement* da filial panamenha – que não consiste em pessoa jurídica distinta da do banco residente no Japão, mas sim uma extensão da própria personalidade jurídica da sociedade matriz sediada no Japão. Ademais, a ausência de cláusula LOB reitera que o direito daquela filial aos benefícios do mencionado tratado.

33. Cabe ressaltar, ainda, que a recente Minuta de Discussão da OCDE sobre o conceito de beneficiário efetivo apenas confirma o entendimento que defendemos, com suporte em parte da doutrina, de que o beneficiário efetivo é essencialmente uma regra de atribuição de renda e, portanto, seu uso é restrito ao combate ao *treaty shopping* específico e não do abuso dos acordos contra a bitributação que fogem aos casos envolvendo intermediários agindo em nome de terceiros, especificamente relacionados a dividendos, juros e royalties. Ratifica, também, que o critério de interpretação do direito de propriedade da renda deve ser preponderantemente o

jurídico, e que a inclusão desse termo na CM OCDE jamais teve intenção de fazer referência à lei interna quando utilizou tal termo (rejeitando, assim, a aplicação automática do significado decorrente dos países de *common law*).

34. Entendemos, portanto, que o beneficiário efetivo dos acordos é: um conceito jurídico (e não econômico) de atribuição de renda (e não de abuso de acordos contra a bitributação), definido por linguagem fiscal internacional (e não por remissão à lei interna dos Estados Contratantes), cuja aplicabilidade é restrita ao combate do *treaty shopping* específico (e não geral) envolvendo exclusivamente rendimentos decorrentes de dividendos, juros e royalties (e não todos os tipos de renda), podendo ser utilizado apenas em casos de referência expressa no texto do acordo (e não implicitamente por força de princípio geral internacional).

35. Por fim, é imperioso ressaltar que, sem qualquer prejuízo das opiniões e conclusões anteriormente expostas, o acordo internacional contra a bitributação é um instrumento específico negociado entre dois Estados soberanos e, portanto, cada acordo é único, requerendo interpretação individual para cada caso. Assim, não obstante o termo beneficiário efetivo possuir sua definição no direito tributário internacional, por meio de um significado fiscal internacional na comunidade jurídica, é possível que determinado acordo o defina de forma distinta, ampliando, restringindo ou até excluindo (como é o caso do acordo Brasil-Japão, por exemplo) esse conceito da interpretação e aplicação daquele acordo. Em razão do *pacta sunt servanda*, as partes estão livres para definir as obrigações a que se vinculam por consenso, não obstante a prática tributária internacional demonstrar que não é usual a definição expressa do termo beneficiário efetivo nos acordos contra a bitributação, razão pela qual adotamos a definição acima descrita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público.* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALCKMIN, Alexandre. Dupla Não-tributação: entre o poder de tributar e as convenções internacionais em matéria fiscal. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito internacional tributário aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. v. 4.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987. (Coleção Stvdivm – Temas filosóficos, jurídicos e sociais).

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Interpretação e aplicação de normas de direito tributário*. São Paulo: Ed. CID, 2002.

ARGINELLI, Paolo. The Royal Bank of Scotland case: more controversy on the interpretation of the term 'beneficial owner'. In: RUSSO, Raffaele; FONTANA, Renata (Coords.). *A decade of case law*: essays in honour of the 10th anniversary of the Leiden Adv LLM in international tax law. Leiden: ITC/IBFD, 2008.

ARNOLD, Brian J. Tax treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the commentary to the OECD Model. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, June 2004.

_____. *Tax treaty monitor*. *Bulletin for International Taxation*, v. 63, n. 5/6, 2009.

_____.. et al. Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, Amsterdam, June 2002.

AULT, Hugh J. The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties, *Intertax*, n. 4, 1994.

_____. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. Disponível em: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?locid='JUD/*1976*1AC167'&PiT=99991231235958>. Acesso em: 04 jan. 2012.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. Disponível em: <http://law.ato.gov.au>.

AUSTRY, Stéphane; GELIN, Stéphane; SOREL, David. Practical effectiveness of beneficial ownership clauses in France's tax treaties. *Tax Notes International*, v. 53, n. 2, 2009.

AVI-YONAH; Reuven; PANAYI, Christiana HJI. Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union 2, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper, n. 182, p. 2, Jan. 2010.

BAKER, P. V.; LANGAN, P. St. *Snell's principles of equity.* 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.

BAKER, Philip. Beneficial ownership: after indofood. *Grays Inn Tax Chamber Review*, v. 6, n. 1, p. 15-28.

_____. *Double tax conventions*. London: Sweet & Maxwell, 2002.

_____. *Double taxation conventions and international tax law*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1994.

_____. Report *Possible Extension of Beneficial Ownership Concept*, presented at the Fourth Session of the UN Economic and Social Council, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Geneva, 20-24 October 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/index.htm>, p. 4. Acesso em: 11 dez. 2011.

_____. A tributação internacional no século XXI. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 19, p. 41, 2005.

BAMMENS, Niels; DE BROE, Luc. Treaty shopping and avoidance of abuse. In: LANG, Michael et al. (Ed.). *Tax treaties*: building bridges between law and economics. Amsterdam: IBFD, 2010.

BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária: limites normativos*. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

BELL, Andrew P. *Modern law of personal property in England and Ireland*. London: Butterworths, 1989.

BELLAN, Daniel Vitor. Interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 3.

BERG, A.G.J. Options and beneficial owner. *The Law Quarterly Review*, n. 1, 1992.

BERNSTEIN, Jack; SUMMERHILL, Louise. Canada's Prévost Decision: the world is watching. *Tax Notes International*, v. 53, n. 11, 2009.

BIANCO, João Francisco. Planejamento tributário: estudo de casos e exame crítico da jurisprudência. In: YAMASHITA, Douglas (Coord). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007.

_____; NEWTON, Raquel. Beneficiário efetivo. *Revista Direito Tributário Atual,* São Paulo, n. 26, 2011.

BITTKER, Boris I.; LOKKEN, Lawrence. *Fundamentals of international taxation – U.S. taxation of foreign income and foreign taxpayers*. Warren: Gorham & Lamont RIA, 2001.

BIZIOLI, Gianluigi. Tax treaty interpretation in Italy. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague. Kluwer Law International, 2000.

BOGERT, George T. *Trusts*. Minnesota: West Publishing, 1987.

BOIDMAN, Nathan; KANDEV, Michael. Canadian Taxpayer Wins *Prévost* Appeal. *Tax Notes International*, v. 53, n. 10, 2009.

BORGES, Antônio de Moura. *Convenções sobre dupla tributação internacional*. Teresina: EDIFPI; São Paulo: IBDT, 1992.

BORGES, Ricardo Henrique da Palma; RESENDE, Raquel Maria Maymone. Tax treaty interpretation in Portugal. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague: Kluwer Law International, 2000.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional privado*. Trad. Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

CAMPOS, Diogo Leite de. *Sistema tributário no Estado dos Cidadãos.* Coimbra, Almedina, 2006.

CASSESE, Antonio. *International law*. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press. 2005.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Análise da aplicação da teoria do substance over form aos planejamentos tributários no Brasil. *Revista de Direito Tributário da APET*, São Paulo, n. 22, 2009.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Considerações sobre o tratamento das entidades híbridas e dos instrumentos financeiros híbridos na convenção Modelo da OCDE. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, v. 12, p. 135-156, 2009.

_____. Inadimplemento da obrigação tributária na composição do preço predatório e sua relação com a livre concorrência. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, p. 235-256, 2008.

_____. Parallel treaties e a interpretação dos acordos para evitar a dupla tributação: a experiência brasileira em face dos artigos 7, 12 e 21 da Convenção Modelo OCDE. In: MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rego; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça (Coords.). *Tributação, comércio e solução de controvérsias internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____; SANTOS, Celso Araújo. Caso TIM Nordeste: aplicação do Tratado Brasil-Japão na remessa de juros decorrentes de eurobonds. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010.

_____.; SILVEIRA, Rodrigo Maitto da; GRISI FILHO, Celso Cláudio de Hildebrand e. *Caso* Volvo 1: Possibilidade de Aplicacao do Art. 10 (Juros) do Tratado Brasil-Japao a Filial de Banco Japones Sediada no Panama. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010.

_____; UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonca. Reflexões sobre os princípios constitucionais aplicáveis as regras de subcapitalização brasileiras veiculadas pela Med.Prov. 472/2009 e eficácia de sua conversão na lei 12.249/2010 para fins de IRPJ e CSLL. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 96, p. 221-240, 2011.

CATÃO, Marcos André Vinhas. A "cláusula de beneficiário efetivo": limite de sua aplicação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito internacional tributario aplicado*. São Paulo, Quartier Latin, 2004. v. 2.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 11 dez. 2011.

COUZIN, Robert. *Corporate residence and international taxation*. Amsterdam: IBFD, 2002.

CUNNINGHAM, Noel B.; SCHENK, Deborah H. Taxation without realization: a revolutionary approach to ownership. *Tax Law Review*, n. 4, 1992.

DANON, Robert J. Le concept de bénéficiaire effective dans le cadre du MC OCDE. In: IFF Forum für Steuerrecht 1, 2007.

DANON, Robert J. *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts.* Zurich: Schulthess, 2004.

DAVID, René; BRIERLEY, John E.C. *Major legal systems in the world today*. 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1985.

DE BROE, Luc. *International tax planning and prevention of abuse.* Amsterdam: IBFD, 2008. (Doctoral Series, 14).

DEPARTMENT OF TREASURY, US Model Income Tax Convention, Nov. 15, 2006. Disponível em: <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=169597,00.html>. Acesso em: 20 dez. 2011.

DIAS, R. M. W. *Jurisprudence*. 5th ed. London: Butterworths, 1985.

DINH, Nguyen Quoc.; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. As soluções da suprema corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 334, abr./jun. 1996.

DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. Acordos para eliminar a dupla tributação da renda. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, p. 251-257, jan./mar. 1978.

DUFF, David G. Responses to treaty shopping: a comparative evaluation. In: LANG, Michael et al. (Ed.). *Tax treaties*: building bridges between law and economics. Amsterdam, IBFD, 2010,

ELLIS, Maarten J. The influence of the OECD commentaries on treaty interpretation – response to Prof. Dr. Klaus Vogel. *Bulletin – Tax Treaty Monitor,* Dec. 2000.

ENGELEN, Frank. *Interpretation of tax treaties under international law*. Amsterdam: IBFD, 2004.

_____; POTGENS, Frank P. Report on the application of the OECD model tax convention to partnerships' and the interpretation of tax treaties. Bulletin – European Taxation, Amsterdam: IBFD, p. 265-266, July 2000.

FABER, Peter L. et al. The ownership and disposition of property: new rules for old problems, taxes. *The Tax Magazine*, n. 12, 1997.

FEDERAL COURT OF APPEAL. Disponível em: <http://www.fca-caf.gc.ca>. Acesso em: 08 mar. 2011.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos. *Interpretación de las normas internacionales*. Panplona: Aranzadi, 1996.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FINANCE Act 1967. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/54/section/27>. Acesso em: 07 jan. 2012.

FRASER, Ross; OLIVER, J.D.B. Beneficial ownership: HMRC's draft guidance on interpretation of the indofood decision. *British Tax Review*, n. 1, 2007.

_____; _____. Treaty shopping and beneficial ownership: Indofood International Finance Limited v. JP Morgan Chase Bank, N.A., London Branch. *British Tax Review*, n. 4, p. 422-426, 2006.

GARBARINO, Carlo. *La tassazione del reddito transnazionale*. Padova: CEDAM, 1990.

GARCIA NOVOA, César. Interpretación de los convenios de doble inposición internacional. In: GODOY, Juan Pablo F. *Estudios de derecho internacional tributario*: los Convenios de Doble Inposición. Bogotá: LEGIS, 2006.

GIBERT, Bruno; OUAMRANE, Yacine. Beneficial ownership: a french perspective. *European Taxation*, v. 48, n. 1, 2008.

GIULIANI, Federico Maria. La interpretazione delle Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Corso di diritto tributário internazionale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002.

GODOI, Marciano Seabra de. Os tratados ou convenções internacionais para evitar a dupla tributação e sua hierarquia normativa no direito brasileiro: In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário (Homenagem a Alcides Jorge Costa)*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.v. 2.

GOODE, Roy. *Commercial law*. 2nd ed. London, Penguin Books, 1996.

GOUTHIÈRE. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

GUSTAFSON, Charles; PERONI, Robert; PUGH, Richard. *Taxation of international transactions: materials*, texts and problems. 3rd ed. Thompson, 2007 (American Casebook Series, West).

HARTZ, Wilhelm. *Interpretação da lei tributária*: conteúdo e limites do critério econômico. Trad. Brandão Machado. São Paulo: Resenha Tributária, 1993.

HAY, Peter. *An introduction to U.S. law*. 2nd ed. Salem: Butterworth Legal Publishers, 1991.

HELMUT, Becker; WURM, Felix J. Survey. In: *Treaty Shopping*: an emerging tax issue and its present status in various countries 1, 1988.

HONORÉ, Anthony M. *Ownership.* In: GUEST, A.G. *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press. 1961.

HOORN JR., J. van. Bitributação: uma tentativa de definição. In: MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário (estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira)*. São Paulo, Saraiva, 1994.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão*: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 1997.

IBFD. *International Tax Glossary*. Ed. Susan M. Lyons. 2. ed. Amsterdam, 1992.

INTM332050 - Double taxation applications and claims: HMRC's reaction to Indofood case. Disponível em: <www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM332050.htm>. Acesso em: 18 nov. 2011.

JONES, John F. Avery. British Report. In: IFA. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional: Interpretation of Double Taxation Conventions.* Deventer, 1993. v. 78.

_____. Conflicts of qualification: comment on Prof. Vogel's and Alexander Rust's articles. *Bulletin of International Bureau of Fiscal Documentation* – Tax Treaty Monitor, p. 184-186, May 2003.

JONES, John F. Avery. Credit and exemption under tax treaties in case of differing income characterization. *Diritto e Pratica Tributaria*, v. 77, n. 3, p. 754, 1996.

_____. The effect of changes in the OECD commentaries after a treaty is concluded. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation,* Amsterdam, March 2002.

JONES, John F. Avery. Problems of categorizing tncome for tax treaty purposes. In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Moris; Raad, KEES van et al. (Coord.). *International and comparative taxation*: essays in honour of Klaus Vogel. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

_____. Tax treaty interpretation in the United Kingdom. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague: Kluwer Law International, 2000.

_____. The treatment of trusts under the OECD Model Convention. *European Taxation,* Amsterdam, n. 12, 1989.

_____ et al. *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of he OECD model*. British: Tax Review, 1984.

_____ et al. The origins of concepts and expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, Amsterdam, June 2006.

_____ *et al*. Tax treaty problems relating to source. *European Taxation*, Amsterdam, IBFD, p. 78-93.

_____; ELLIS, Maarten J.; MAISTO, Guglielmo et al. *The interpretation of income tax treaties with particular reference to the commentaries on the OECD model*. Amsterdam: IBFD, 2006.

KANDEV, Michael. Treaty Shopping in Canada: the Door is (Still) Open. *Bulletin for International Taxation*, v. 62, n. 10, 2008.

KEENAN, Dennis. *Smith and Keenan's english law*. London: Pitman, 10th ed., 1992. Disponível em: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?docid=TXD/TD200825/NAT/ATO/00001>. Acesso em: 03 jan. 2012.

KIENBERGER, S. Avoidance of double (non-)taxation and art. 23 A and B paragraph 1 OECD MC. In: *Conflicts of qualification in tax treaty law*. Wien: Linde, 2007.

KOTZ, K.; ZWEIGERT; H. *An introduction to comparative law*. 2nd ed. Oxford: Claredon Press, 1992.

LANG, Michael. CFC Regulations and double tax treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Amsterdam, 2003.

_____. Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, Dec. 2001.

LINARES LUQUE, Alejandro M. El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición, como prevención de la elusión fiscal internacional. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO*, 5.* Buenos Aires: La Ley, 2003.

LINN, Alexander. Branch report: Germany. *IFA*: *Tax treaties and tax avoidance: application on anti-avoidance provisions*, *cahiers de droit fiscal international*, The Hague, v. 95, p. 333-354, 2010.

LUKOFF, Frederick L. dividend, interest, royalties: the 'beneficial ownership' change in the 1974 amendments to the OECD Draft Convention. *Taxes – The Tax Magazine*, n. 8, 1977.

LÜTHI. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a.

MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. Beneficial ownership: current trends. *World Tax Journal*, Amsterdam, n. 2. 2010.

_____. Domestic anti-abuse rules and double taxation treaties (Part I). *Bulletin of International Fiscal Documentation,* v. 56, n. 11, p. 542-553, 2002.

_____. Domestic anti-abuse rules and double taxation treaties (Part II). *Bulletin of International Fiscal Documentation*, v. 56, n. 12, 2002.

_____. The 2003 revision of the OECD commentaries on improper use of tax treaties: a case of declining effect of the OECD Commentaries? *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, p. 27-28, Jan. 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

McDANIEL, Paul R.; McMAHON JR., Martin J.; SIMMONS, Daniel L.; POLSKY, Gregg. *Federal income taxation cases and materials*. 3rd ed. New York: Foundation Press, 1994.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

MEGARRY, Robert; WADE, H.W.R. *The law of real property*. 4th ed. London: Steven & Sons, 1975.

MEHREN, Arthur Taylor von. Law in the United States: a general and comparative view. 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOOIJ. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a.

NASSER, Salem Hikmat. Direito internacional do meio ambiente, direito transformado, jus cogens e soft law. In: NASSER, Salem Hikmat; REIS, Fernando Baldy dos (Orgs.), Direito internacional do meio ambiente: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. 1.

_____. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 2.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974.

OECD, Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention Discussion Draft (OECD 2011). International Organizations' Documentation IBFD, at Para. 12.1, p. 3. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/49/35/47643872.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2011.

_____. Double Taxation Conventions and the use of conduit companies. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. International Tax Avoidance and Evasion: four related studies. Paris: OECD, 1987. (Issues of International Taxation, n. 1).

_____. Harmful Tax Competition – an emerging global issue. Paris: OECD, 1998.

OCDE. Issues in international taxation nº 6: the application of the OECD model tax convention to partnerships. Paris: OECD, 1999.

_____. Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património. Versão condensada. Comité dos Assuntos fiscais da OCDE. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal,* Coimbra, n. 197, 2005.

OECD Report. *The Application of the OECD MC to Partnerships.* Paris: OECD, 1999.

OLIVER, J. David B.; LIBIN, Jerome B.; WEEGHEL, Stef van; TOIT, Charl P. du. Beneficial ownership. *Bulletin - International Bureau of Fiscal Documentation,* Amsterdam, n. 7, p. 319-320, July 2000.

PALLESI, Niccolo. *The application of tax treaties to investment funds*. Berkley: University of California 2007. Disponível em: <Berkley Electronic Press (bepress)>. Acesso em: 12 jul. 2008.

PASIN, João Bosco Coelho. O conceito de beneficiário efetivo nos convênios para evitar dupla imposição, como prevenção da elisão fiscal internacional. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO*,* 5. Buenos Aires: La Ley, 2003.

PEDRAZA, Luz Maria. Branch report: Peru. *IFA: Tax treaties and tax avoidance: application on anti-avoidance provisions, cahiers de droit fiscal international,* The Hague, v. 95a, 2010.

PETERS, Faustina G. F.; ROELOFSEN, Aart. Branch Report: Netherlands. *IFA: Tax treaties and tax avoidance: application on anti-avoidance provisions, cahiers de droit fiscal international,* The Hague, v. 95a, 2010.

PHILLIPS, Jeremy; FIRTH Alison. *Introduction to intellectual property law*. 2nd ed. London: Butterworths, 1990.

PIJL, Hans. The definition of 'beneficial owner' under dutch law, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, v. 54, n. 6, p. 256-260, 2000.

_____. Os comentários da OCDE como fonte do direito internacional e o papel do Poder Judiciário. Trad. Luiz Carlos de Andrade Jr. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, n. 4, p. 207-208, 2006.

PIRES, Manuel. *International juridical double taxation of income*. Deventer: Kluwer Academic Publishers, 1989.

PROKISCH, Rainer. Does it make sense if we speak of an "international tax language"? In: VOGEL, Klau (Coord.). *Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany.* The Hague: Kluwer Law International, 1998.

PROKISCH, Rainer. A intepretação dos tratados de dupla tributação. *Fisco*, n. 68, 1994.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

RAAD, Kees van. *Advanced course in international tax law*. São Paulo: IBDT; ITC, 24-26 nov. 2008. Apostila.

_____. *Dual residence and 1977 OECD model treaty article 4(1), second sentence, ineuropean taxation*. Amsterdam: IBFD, Jan. 1999.

_____. International coordination of tax treaty interpretation and application, In: In: KIRCHHOF, Paul; LEHNER, Moris; Raad, KEES van et al. (Coord.). *International and comparative taxation*: essays in honour of Klaus Vogel. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

_____. *Materials on international & EC tax law*: 2009-2010. Selected and edited by Kees van Raad. 8th ed. The Hague: IBFD/ITC, 2009. v. 1.

_____. Options for greater international coordination and cooperation in the Tax Treaty Área. *Bulletin for International Taxation,* Amsterdam, IBFD, June 2002.

REPORT t of the Fourth Session (20-24 October 2008) of the UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Economic and Social Council, Official Records, 2008. Supplement 25. Disponível em: <http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/index.htm>. Acesso em: 07 jan. 2011.

REPORT of the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors (ICG). *Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*. Draft Report for the OECD's Committee on Fiscal Affaires, 12 Jan. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/26/41974553>.

REUTER, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*. Trad. Eduardo L. Suaréz. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Hugo Fleischman Silvestre. *Caso Hélio Castroneves*: estruturação de investimento estrangeiro no Panamá e na Holanda e seus impactos fiscais. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010.

ROCHA, Maria Teresa Soler; RIBES, Aurora. Tax treaty interpretation in Spain. In: LANG, Michael (Coord.). *Tax treaty interpretation.* The Hague: Kluwer Law International, 2000.

ROCHA, Roberto Paraíso. Brazilian report. In: IFA. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*: interpretation of double taxation conventions. Deventer: Kluwer Law International, 1993. v. 78.

ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. *Treaty override no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

ROLIM, João Dácio. A (des)necessidade de um conceito harmônico de "beneficiário efetivo" nos Acordos para evitar a dupla tributação: um caso brasileiro e o direito comparado. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 179, p. 78-89, 2010.

_____. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2011.

ROSENBLOOM, David H. Tax treaty abuse: policies and issues. *Law & Policy International Business*, v. 15, p. 763-764, 1983.

ROSSI, Marco Q. Tax treaties, beneficial ownership of income and domestic anti abuse measures: Italy's perspective. In: ABA Section of taxation foreign lawyers forum committee - Panel Presentation, Jan. 19, p. 3. 2007. Disponível em: <http://www.lawrossi.com/images/stories/docs/THE_CONCEPT_BENEFICIAL_OWNERSHIP.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2011.

ROTHMANN, Gerd W. Bitributação internacional. In: *Temas fundamentais do direito tributário atual*. Belém: CEJUP, 1983. p. 123-146.

_____. A denúncia do acordo de bitributação Brasil-Alemanha e suas conseqüências.In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário.* São Paulo: Dialética, 2005. v. 9.

_____. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978.

ROWLAND, Amanda. Beneficial ownership in a corporate context: what is it? When is it lost? Where does it go? *British Tax Review*, n. 3, 1997.

RUBINGER, Jeffrey. Tax planning with U.S. income tax treaties without LOB provisions. *Tax Management International Journal*, v. 36, n. 123, March 2007.

RUBINSTEIN, Flávio. Interpretação e aplicação dos acordos de bitributação: o papel da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, n. 3, jun. 2006.

RUSSO, Antonio. Seminário Alumni Leiden de 2006: precedentes sobre interpretação dos tratados internacionais - caso indofood: conceito de beneficiário efetivo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 7, p. 217-221, 2007.

RUSSO, Raffaele. *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam: IBFD, 2007.

SACCHETTO, Cláudio. Direito internacional tributário. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 5, 2007.

_____; TESSA, Barbara. Caso Valentino Rossi: riflessioni sull'accertamento com adesione quale instituto premiale in caso di contrasto sulla residenza fittizia delle persone fisiche. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010.

SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional*: métodos de solução de conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, p. 267-287, 2008.

_____. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 – Parecer. In: *Direito Tributário Atual*, n. 16, p. 198, São Paulo: IBDT/Dialética, 2011.

_____. Direito tributário internacional: qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 54, p. 125-139, 2000.

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

_____. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catelano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. 1. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2005. v. 1.

_____. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 17, 2003.

SHARKEY, Nolan Cormac. China's tax treaties and beneficial ownership: innovative control of treaty shopping or inferior law making damaging to international law? *Bulletin of International Taxation*, Amsterdam, v. 65, n. 12, 2011.

SHEPPARD, Lee. Indofood and bank of Scotland: who is the beneficial owner. *Tax Notes International*, v. 45, n. 5, p. 406, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003, p. 607-630. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/06/03/ainda-as-regras-e-os-principios-o-artigo-de-virgilio-afonso-da-silva/>. Acesso em: 12 out. 2011.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnership joint ventures*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. (Série Doutrina Tributária v. 1).

_____. *O escopo pessoal na aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 2009. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SPEED, Robin. Beneficial ownership. *Australian Tax Review*, nr. 3, p. 46-46, 1997.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Beneficiário efetivo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 52, 2003.

_____. Tratado Brasil/Estados Unidos para evitar a dupla tributação. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, v. 15, 2010.

TAX COURT OF CANADA. Disponível em: <http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/dn/2008/04.html>. Acesso em: 08 mar. 2011.

TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. *O conceito de beneficiário efetivo nos convênios para evitar dupla imposição como prevenção da elisão fiscal internacional*. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO*,* 5. Buenos Aires: La Ley, 2003.

TOIT, Charl P. du. *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties*. Amsterdam: IBFD, 1999.

TÔRRES, Heleno Taveira. A convenção Brasil-Alemanha e sua aplicação em face do direito brasileiro. *Revista de Direito Tributário,* São Paulo, n. 83, 2002.

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

TÔRRES, Heleno Taveira. *Dupla (Múltipla) tributação internacional. Rendas de empresas*: 'dupla tributação jurídica internacional' e 'dupla tributação econômica internacional'. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 65, p. 68, 1995.

_____. A interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária sobre a renda e o capital. In: FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA. *Estudios en memória de Ramón Valdés Costa.* 1. ed. Fundación de Cultura Universitária, 1999. v. 1.

_____. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. Caso Agassi: análise da tributação internacional de rendimentos dos contratos de patrocínio de esportistas: um novo conceito de fonte? In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. et al. (Orgs.). *Tributação Internacional*: análise de casos, Sao Paulo: MP Ed., 2010.

_____; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Thin capitalization rules no direito comparado e as regras de subcapitalização brasileiras. *Revista de Direito Tributário Internacional,* São Paulo, v. 15, p. 169-211, 2010.

US DEPARTMENT OF TREASURY. United States Techincal Explanation Accompanying the United States Model Income Tax Convention, Article 12, Paragraph 174, of. September 20, 1996. Disponível em: <http://www.irs.gov/businesses/small/international/article/0,,id=164686,00.html>. Acesso em: 21 out. 2011.

_____. US Model Income Tax Convention, Sept. 20, 1996. Disponível em: <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=169597,00.html>. Acesso em: 20 dez. 2011.

VALDES, Miguel A.; PAOLI, Amanda de. O conceito de beneficiário efetivo nos convênios para evitar dupla imposição, como prevenção da elisão fiscal internacional. In: In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO*,* 5. Buenos Aires: La Ley, 2003.

VASCONCELLOS, Roberto França. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 1, p. 147 e ss., 2005.

VEJA BORREGO Félix Alberto. *Limitation on benefits clauses in double taxation conventions*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. (EUCOTEX Series on European Taxation).

VENKATESWARLU, Sistla; DROLIA, Suruchi. India: tax implications of cross-boarder M&A. *Tax Planning International Review*, London, v. 38, n. 11, Nov. 2011.

VOGEL, Klaus. The domestic law perspective. In: MAISTRO, Guglielmo (Org.). *Tax treaties and domestic law.* Amsterdam: IBFD, 2006.

_____. Influence of the OECD commentaries on treaty interpretation. *Bulletin – tax treaty monitor,* Amsterdam, p. 615, Dec. 2000.

_____. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice. 3rd ed. Boston: Kluwer Law International, 1997.

_____. Problemas na interpretação de acordos de bitributação. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário (Homenagem a Alcides Jorge Costa)*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2, p. 964-966.

_____; PROKISCH, Rainer. General Report. In: IFA. *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*: interpretation of double taxation conventions. Florence, Deventer: Kluwer Law International, 1993. v. 78.

_____ (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a.

WALKER, David M. *The Oxford companion to law*. Oxford: Claredon Press, 1980.

WALSER, J. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a.

WEEGHEL, Stef van. *The improper use of tax treaties*: *with particular reference to the Netherlands and the United States.* London: Kluwer Law International, 1998. (Series of International Taxation n. 19).

WHEELER, Joanna C. Conflicts in the attribution of income to a person. In: IFA: General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International*, Amersfoort, v. 92, 2007.

WIMAN. In: VOGEL, Klaus (Chair). *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond; The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties* - Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association. The Hague: Kluwer Law International, 2000. v. 23a.

XAVIER, Alberto. *Direito internacional tributário do Brasil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos – planejamento tributário*: limites à luz do abuso de direito e da fraude à lei. São Paulo: Lex, 2005.

ZIMMER, Frederik. General Report: form and substance in tax law. In: IFA: *Cahiers de Droit Fiscal International*. Kluwer, 2002. v. 87.

ZORNOZA, Juan José; BÁEZ, Andrés. The 2003 revisions to the commentary to the OECD on tax treaties and GAARs: a mistaken starting point. In: LANG, Michael et al. (Ed.). *Tax treaties*: building bridges between law and economics. Amsterdam, IBFD, 2010.