ANDREZA DE SOUZA RIBEIRO FONSECA

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

DISSERTAÇÃO (MESTRADO)

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR GERD WILLI ROTHMANN

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

ANDREZA DE SOUZA RIBEIRO FONSECA

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

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Doutor Gerd Willi Rothmann.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

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

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

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

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"*SIM*
Eu disse a uma amiga:
- A vida sempre superexigiu de mim.
Ela disse:
- Mas lembre-se de que você também superexige da vida.
Sim".
Clarice Lispector
(21 de outubro. In: A descoberta do mundo, 1999.)

RESUMO

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

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

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

ABSTRACT

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

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

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1. Considerações Preliminares 13
   1.1 Acordos internacionais em matéria tributária 13
   1.2 Objetivos e finalidades dos acordos de bitributação 14
      1.2.1 Prevenção da evasão e da elusão fiscal 16
      1.2.2 Incentivo ao comércio internacional 18
      1.2.2 Promoção do desenvolvimento econômico dos países 20

2. Objeto do estudo 24

3. Justificativa da escolha e importância do tema 28

4. Estrutura do trabalho 30

CAPÍTULO I – *TREATY SHOPPING* E O CONCEITO DE PESSOAS VISADAS .. 32

1.1 O Conceito de Pessoas Visadas 32
   1.1.1 Definição de pessoa no âmbito da Convenção Modelo da OCDE 32
   1.1.2 Definição de residente no âmbito da Convenção Modelo da OCDE 33

1.2 *Treaty shopping* e o planejamento fiscal por meio dos acordos de bitributação 39

1.3 Exemplos de *treaty shopping* 45

1.4 Elementos de caracterização do *treaty shopping* 53

1.5 As objeções teóricas à prática do *treaty shopping* 55
   1.5.1 Instrumento de evasão ou de elusão fiscal 57
   1.5.2 Instrumento abusivo e contrário ao propósito dos acordos 60
   1.5.3 A questão da reciprocidade 64
   1.5.4 O argumento da pertença econômica 65
   1.5.5 Desincentivo à negociação dos acordos de bitributação 66
   1.5.6 Perda indesejável de receitas 67

1.6 Conclusões 68

CAPÍTULO II – O CONCEITO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA 70

2.1 Introdução 70

2.2 Origem da doutrina de substância econômica e a jurisprudência americana 73

2.3 Elementos indicativos de substância econômica 80

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

2.4 Conclusões 103

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

3.1 Introdução 107

3.2 Medidas unilaterais de contenção ao *treaty shopping* - cláusulas gerais antielusivas 112
3.2.1 Países Baixos 112
3.2.2 Estados Unidos 113
3.2.3 Espanha 118
3.2.4 Luxemburgo 120
3.2.5 França 122
3.2.6 Brasil 125

3.3 Medidas unilaterais de contenção ao *treaty shopping* - cláusulas específicas antielusivas 129
3.3.1 Países Baixos 129
3.3.2 Estados Unidos 131
3.3.3 Espanha 134
3.3.4 Luxemburgo 136
3.3.5 França 137
3.3.6 Brasil 139

3.4 Conclusões 142

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

4.1 Introdução 145

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

4.3 Cláusulas de limitações de benefícios 158
4.3.1 Cláusulas gerais de limitações de benefícios sugeridas pela OCDE 158
4.3.2 Cláusulas de limitação de benefícios da Convenção Modelo dos EUA 166
4.3.2.1 Análise dos testes previstos nas cláusulas de limitação de benefícios da Convenção Modelo dos EUA 169
(i) *Public trade test* ou teste das pessoas jurídicas com ações negociadas em bolsas de valores 170
(ii) *Ownership and base erosion test* ou teste da titularidade e da erosão da base fiscal 175
(iii) *Active business test* ou teste da atividade comercial ou negocial 179
(iv) *Residual test* ou teste residual 184
4.3.2.2 Cláusulas de limitação de benefícios nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil 185
(i) Grupo 1 186
(ii) Grupo 2 188
(iii) Grupo 3 189

4.4 Conclusões 191

CAPÍTULO V – A AÇÃO Nº 6 DO PROJETO BEPS E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA 194

5.1 O Projeto BEPS 194

5.2 A Ação nº 6 199
5.2.1 Introdução 199
5.2.2 Relatório Final da Ação nº 6 201
Seção A. Cláusulas ou disposições para a Convenção Modelo e recomendações acerca da elaboração de regras internas para impedir a concessão de benefícios dos acordos em circunstâncias inadequadas 202
(i) Contorno das limitações do próprio acordo de bitributação 202
(ii) Contorno das limitações das regras domésticas mediante a utilização dos acordos de bitributação 212
Seção B. Esclarecimentos de que os acordos de bitributação não devem ser usados para gerar a dupla não tributação 214
Seção C. Políticas fiscais que os países devem levar em consideração antes de assinarem um acordo de bitributação com outros países 218

5.3 Análise crítica da Ação nº 6 221
5.3.1 A questão do abuso dos acordos 221
5.3.2 A questão da inclusão das cláusulas LoB 223
5.3.3 A questão da cláusula PPT 224
5.3.4 A visão dos países em desenvolvimento 228

CONCLUSÕES.....231

REFERÊNCIAS.....240

INTRODUÇÃO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

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

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

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

---

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

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

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

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

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

1.2 OBJETIVOS E FINALIDADES DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

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

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

---

[4] SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 31.
[5] SCHOUERI, Luís Eduardo. "Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação". In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 35.
[6] WEEGHEL, Stef van. *Improper Use of Tax Treaties, with Particular Reference to the Netherlands and the United States*. London: Kluwer Law International, 1998. p. 33.

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

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

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

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

---

[7] BORRÁS, Alegría. *La Doble Imposición: Problemas Jurídico-Internacionales.* Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974. p. 86.
[8] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Kluwer Law International, 2007. p. 28-32.
[9] ROTHMANN, Gerd W. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação.* 1978. 194f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 150.
[10] VASCONCELLOS, Roberto França de. "Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária". In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 153.

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

1.2.1 Prevenção da evasão e da elusão fiscal

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

1.2.2 Incentivo ao comércio internacional

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

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

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

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

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

[17] VASCONCELLOS, Roberto França de. "Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária". In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 154.
[18] VASCONCELLOS, Roberto França de. "Aspectos Econômicos dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária". In. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 155.

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

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

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

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

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

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

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

1.2.2 Promoção do desenvolvimento econômico dos países

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[25] BAMMENS, Niels and BROE, Luc De. "Treaty Shopping and Avoidance of Abuse". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 1.
[26] BAMMENS, Niels and BROE, Luc De. "Treaty Shopping and Avoidance of Abuse". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 2.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

2. OBJETO DO ESTUDO

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

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

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

---

[33] SCHOUERI, Luís Eduardo. "Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação". In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 49.
[34] ROSENBLOOM, H. David. "Tax Treaty Abuse: Policies and Issues". In. *Law & Policy in International Business*. No. 15, 1983. p. 763.
[35] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20-21.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

[38] BAMMENS, Niels and BROE, Luc De. "Treaty Shopping and Avoidance of Abuse". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 1.
[39] LEDERMAN, Leandra. "W(h)ither Economic Substance?". In. *Iowa Law Review.* Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 391.

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

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

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

Conforme se verá, para a contenção das estruturas de *treaty shopping*, os Estados utilizam-se de medidas internas, as quais podem se referir a medidas gerais antiabuso (*general anti-abuse rules*), baseadas nas doutrinas da fraude à lei, do abuso de forma ou de direito, da substância sobre a forma, da substância econômica, dentre outras, ou a cláusulas específicas antiabuso. Embora a utilização dessas regras seja questionável, não é possível ignorar a existência das normas em vigor. Nosso estudo será pautado a partir das medidas unilaterais adotadas pelos Países Baixos, Estados Unidos, Espanha, Luxemburgo e França, países que detêm maior participação no estoque de investimento direto no Brasil[40], conforme censo de capitais estrangeiros divulgado pelo Banco Central do Brasil, ano base 2012.[41]

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

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

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

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

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

3. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E IMPORTÂNCIA DO TEMA

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

4. ESTRUTURA DO TRABALHO

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO I – *TREATY SHOPPING* E O CONCEITO DE PESSOAS VISADAS

1.1 O CONCEITO DE PESSOAS VISADAS

O conceito de pessoas visadas dos acordos de bitributação celebrados com base na Convenção Modelo da OCDE encontra-se previsto no artigo 1º da Convenção. Referido artigo visa delimitar o escopo pessoal dos acordos: o conjunto de pessoas que podem usufruir de um acordo de bitributação.[46]

A importância da definição do escopo pessoal dos acordos reside no fato de que, ao delimitar as pessoas que podem se beneficiar da aplicação dos acordos de bitributação, também se determina quais pessoas não devem usufruir desses benefícios, evitando assim a extensão indevida das vantagens previstas nesses instrumentos a contribuintes residentes em terceiros Estados.[47]

Segundo o artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE, a *Convenção aplicar-se-á às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.*[48] Para que possamos compreender o alcance dessa regra, é importante delimitar o que se entende por *pessoa* e por *residente.*

1.1.1 DEFINIÇÃO DE PESSOA NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE

A definição de pessoa pode ser encontrada no artigo 3º da Convenção Modelo da OCDE, que lista uma série de definições para a expressão. O parágrafo 1º, letra "a" da Convenção dispõe que pessoa compreende *um indivíduo, uma sociedade e qualquer outro grupo de pessoas.*

---

[46] SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 51.
[47] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 136-137.
[48] No original: "*This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States*".

O conceito de indivíduo inclui as pessoas naturais ou as pessoas físicas. A existência das pessoas físicas é determinada pela legislação fiscal de cada Estado contratante que, regra geral, adota conceito idêntico ou similar à legislação civil.[49]

Em relação às sociedades, esclarece a letra "b" do parágrafo 1º que a expressão "sociedade" significa qualquer pessoa jurídica ou qualquer entidade que for tratada como um *body corporate* para fins fiscais. O início da personalidade jurídica das sociedades é determinado conforme a legislação dos Estados. Como regra, a existência civil inicia-se com o registro do ato constitutivo. A legislação, no entanto, pode determinar essa existência independentemente de a sociedade estar regularmente constituída.[50]

A expressão "grupo de pessoas" compreende as entidades não inclusas na definição de sociedades, desde que a entidade ou o grupo de pessoas tenha existência legal mínima verificada a partir da existência de ativos ou pelo atendimento da legislação específica. Os exemplos mais comuns de grupos de pessoas são as *partnerships*, os fundos ou as sociedades de investimento, as fundações, dentre outros.[51]

1.1.2 Definição de residente no âmbito da Convenção Modelo da OCDE

Conforme apresentado acima, o artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE dispõe que as *pessoas visadas* que pretendam se beneficiar das disposições dos acordos de bitributação devem ser consideradas como *residentes* para fins fiscais em um ou em ambos os Estados contratantes.

A definição do que se entende por residente pode ser encontrada no artigo 4º da Convenção Modelo da OCDE:

> *Artigo 4º - Residente*
>
> *1. Para efeitos da presente Convenção, a expressão "residente em um Estado contratante" significa qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse Estado, esteja sujeita a tributação em razão de*

[49] VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German practice*. London: Kluwer, 1997. p. 171.
[50] SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 71.
[51] SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 75.

seu domicílio, residência, local de direção ou qualquer outro critério de natureza similar, e também inclui esse Estado e qualquer subdivisão política ou respectiva autoridade local. Esta expressão, contudo, não inclui qualquer pessoa que esteja sujeita a tributação nesse Estado apenas em relação à renda oriunda de fontes desse Estado ou capital nele situado.

2. Quando, por força das disposições do parágrafo 1º, uma pessoa física for residente de ambos os Estados contratantes, sua situação será determinada da seguinte forma:

a) essa pessoa será considerada como residente apenas do Estado em que dispuser de uma habitação permanente; se ela dispuser de uma habitação permanente em ambos os Estados, será considerada como residente apenas do Estado com o qual suas ligações pessoais e econômicas forem mais estreitas (centro de interesses vitais);

b) se o seu centro de interesses vitais não puder ser determinado, ou se a pessoa não tiver habitação permanente em nenhum dos Estados, essa pessoa será considerada residente apenas do Estado em que permanecer habitualmente;

c) se essa pessoa permanecer habitualmente em ambos os Estados ou se não permanecer habitualmente em nenhum deles, será considerada como residente apenas do Estado em que for nacional;

d) se essa pessoa for nacional de ambos os Estados ou se não for nacional de nenhum deles, as autoridades competentes dos Estados contratantes resolverão a questão de comum acordo.

3. Quando, em virtude das disposições do parágrafo 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa física, for residente de ambos os Estados contratantes, será considerada como residente apenas do Estado em que estiver situada a sua sede de direção efetiva.[52]

---

[52] Tradução livre. No original: "*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 a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein. 2. Where by reason of the provisions of paragraph 1 an individual is a resident of both Contracting States, then his status shall be determined as follows: a) he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has a permanent home available to him; if he has a permanent home available to him in both States, he shall be deemed to be a resident only of the State with which his personal and economic relations are closer (centre of vital interests); b) if the State in which he has his centre of vital interests cannot be determined, or if he has not a permanent home available to him in either State, he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has an habitual abode; c) if he has an habitual abode in both States or in neither of them, he shall be deemed to be a resident only of the State of which he is a national; d) if he is a national of both States or of neither of them, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question*

Dado que a definição de residente deve ser encontrada na legislação interna de cada um dos Estados contrantes, é possível que uma pessoa seja considerada residente em ambos ou mais Estados, razão pela qual a Convenção Modelo da OCDE prevê as regras de desempate (parágrafos 2º e 3º), que têm como objetivo resolver o conflito residência-residência em favor de um dos Estados.

O artigo 4º tem, portanto, as seguintes funções:

(i) determinar o escopo de aplicação pessoal, uma vez que a qualificação da pessoa como residente é condição necessária e precedente para aplicação da Convenção Modelo, cujo escopo pessoal está limitado aos residentes de um ou e de ambos os Estados contratantes;

(ii) resolver os casos em que a bitributação surge como consequência do conflito fonte-residência: a bitributação pode surgir em razão da sobreposição de competências tributárias dos Estados da fonte, que pretende tributar o rendimento porque esses se originam em seu território e do Estado da residência, que impõe a tributação sobre o mesmo rendimento por considerar que o beneficiário é residente em seu Estado (conflito fonte-residência). O artigo 4º permite definir qual seria o Estado da residência, possibilitando a aplicação das regras distributivas e

(iii) resolver os casos em que a bitributação surge em razão do conflito da dupla residência: as regras de desempate previstas no artigo 4º destinam-se a evitar a sobreposição de competência tributária pela qualificação de uma pessoa como residente por ambos os Estados.[53]

Com base no artigo 4º, parágrafo 1º, qualquer pessoa será qualificada como residente se estiver sujeita a imposto no Estado em que a aplicação do acordo é invocada, em razão dos elementos de conexão estabelecidos pelo ordenamento jurídico em questão.

---

by mutual agreement. 3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated".

[53] Cf. Comentários ao artigo 4º da Convenção Modelo da OCDE, parágrafo 1º.

Surgem, assim, as seguintes questões no entendimento do significado de residente nos termos do artigo 4º: (i) o que deve ser entendido por "sujeito a imposto", pois a expressão pode significar tributação potencial ou tributação efetiva; (ii) se a expressão "sujeito a imposto" exige a tributação integral ou se a tributação parcial é suficiente; (iii) se a lista de fatores de conexão mencionados no artigo 4º é exaustiva ou exemplificativa.

Em relação à primeira questão, a tributação potencial significa que a mera sujeição passiva da pessoa ao imposto seria suficiente para invocar os benefícios do acordo, não havendo necessidade de pagamento efetivo. A tributação efetiva, no entanto, parte de uma interpretação mais restrita e, nessa hipótese, a mera sujeição passiva da entidade não seria suficiente para a definição de residência, havendo necessidade de real desembolso de imposto.

A maior parte da doutrina entende que a expressão sujeito a imposto ou *liable to tax* deve ser entendida no seu sentido amplo; portanto, a tributação potencial seria suficiente para qualificar uma pessoa como residente e, assim, sujeita a um acordo de bitributação.[54]

Esse inclusive parece ser o entendimento da OCDE dado que, nos Comentários ao artigo 4º, a organização se manifesta da seguinte forma:

> *8.6 O parágrafo 1º trata das pessoas 'sujeitas a imposto' em um Estado contratante nos termos da lei interna e em razão de critérios variados. Em diversos países, uma pessoa é considerada como sujeita a imposto de forma ilimitada ainda que o Estado contratante não imponha de fato a tributação. Por exemplo, os fundos de pensão, as instituições de caridade e outras organizações podem ficar isentas de imposto, desde que satisfaçam todas as condições previstas na legislação fiscal em relação à isenção (...).*[55]

Ricardo Silveira explica que outra indicação de que a Convenção Modelo da OCDE teria adotado a sujeição tributária potencial refere-se à sugestão da adoção das *subject tax*

---

[54] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 139.

[55] Tradução livre. No original: "*8.6 Paragraph 1 refers to persons who are "liable to tax" in a Contracting State under its laws by reason of various criteria. In many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax. For example, pension funds, charities and other organisations may be exempted from tax, but they are exempt only if they meet all of the requirements for exemption specified in the tax laws. They are, thus, subject to the tax laws of a Contracting State. Furthermore, if they do not meet the standards specified, they are also required to pay tax. (...)*".

clauses no parágrafo 15 dos Comentários ao artigo 1º, que têm como objetivo combater o uso impróprio da Convenção, estabelecendo a restrição de que a aplicação do acordo seria condicionada à tributação efetiva do rendimento no Estado de residência. Fica claro que, se a sujeição do artigo 4º fosse a sujeição efetiva, essa cláusula seria desnecessária.[56]

A segunda discussão relevante na determinação do conceito de "sujeito a imposto" consiste na extensão da sujeição tributária: se a tributação mencionada no artigo 4º é a tributação integral (*full tax liability or comprehensive tax liability*) ou a limitada (*limited tax liability or restricted tax liability*) da renda.

Sobre a questão, Klaus Vogel entende que o critério da residência mencionado no artigo 4º exige a tributação ampla e irrestrita da renda auferida pela pessoa qualificada como "residente". Isso porque a redação da segunda parte do artigo 4º dispõe que não se considera residente de um Estado contratante a pessoa que se sujeita à tributação apenas em relação a rendimentos auferidos de fontes localizadas no próprio Estado.[57]

Essa opinião, todavia, é combatida por Michael Lang, que entende que o artigo 4º não estabelece qualquer requisito de tributação integral, sendo suficiente a tributação parcial. Michael Lang inclusive entende que o fato de a pessoa ter domicílio, residência, local de administração ou algum outro critério que expresse uma relação próxima dela com o Estado seria suficiente para qualificá-la como "sujeita a imposto" e, assim, como residente.[58]

Desde 2008, contudo, o parágrafo 8.3 dos Comentários ao artigo 4º da Convenção Modelo da OCDE, em linha com a posição defendida por Klaus Vogel, optou pelo entendimento de que a tributação exigida pelo artigo 4º é a tributação ampla ou integral dos rendimentos de um residente, pois o objetivo e a finalidade desse artigo é excluir, do escopo de aplicação dos acordos, as pessoas não sujeitas à tributação em bases amplas, de

---

[56] SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 160.
[57] VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German practice*. London: Kluwer, 1997. p. 221.
[58] LANG, Michael. "Taxation of income in the hands of different taxpayers from the viewpoint of tax treaty law". In. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*. Volume 55. No. 12. Amsterdam: IBFD, 2001. p. 598.

modo a evitar que Estados que adotam o princípio da territorialidade na tributação da renda sejam beneficiados, o que claramente não seria desejado.[59]

A terceira questão suscitada pelo artigo 4º envolve a discussão acerca da natureza exaustiva ou exemplificativa dos fatores de conexão que determinam a residência. Conforme dispõe o artigo, o termo residente de Estado contratante significa qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse Estado, esteja sujeita à tributação *em razão de seu domicílio, residência, local de direção ou qualquer outro critério de natureza similar*.

Os critérios domícilio, residência e local de direção indicam que os residentes de um Estado contratante se sujeitam à tributação com base em fatores de conexão pessoal comumente utilizados pelos Estados para vincular a pessoa à imposição da tributação. Foi com a inclusão do termo "critério de natureza similar" que surgiram dúvidas sobre a natureza taxativa ou exemplificativa da lista.

Para Klaus Vogel, a expressão "critério de natureza similar" deixa claro que os elementos enumerados pelo artigo 4º para determinar a sujeição tributária são nada mais do que exemplos e, portanto, outros critérios, desde que relacionados com a localidade da pessoa, podem ser adotados.[60]

De fato, a ausência de referência contrária na Convenção Modelo da OCDE parece indicar que o termo "critério de natureza similar" foi inserido para trazer mais flexibilidade à Convenção Modelo e, nesse sentido, a lista de critérios de conexão deve ser entendida como exemplificativa.[61]

Conclui-se que as pessoas visadas ou o escopo pessoal dos acordos de bitributação é formado pelo conjunto de pessoas, expressão que pode indicar um indivíduo, uma sociedade ou qualquer outro grupo de pessoas, que podem se beneficiar das disposições

---

[59] 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 comprehensive taxation (full liability to tax) in a State, because it might otherwise 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*".

[60] VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German practice*. London: Kluwer, 1997. p. 232-233.

[61] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 142. No mesmo sentido, SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 165.

desse acordo. As pessoas visadas de um acordo são definidas a partir do conceito de residência. São consideradas residentes de um Estado contratante, as pessoas sujeitas à tributação ilimitada nesse Estado; sujeição definida com base no domicílio, na residência, no local de direção ou em qualquer outro critério de natureza similar.

Como regra, as cláusulas de determinação das pessoas visadas são baseadas em critérios formais, os quais não exigem um nexo substancial entre a pessoa e o Estado em relação ao qual a aplicação do acordo é invocada, permitindo a prática do que se convencionou chamar de *treaty shopping*.[62]

1.2 *TREATY SHOPPING* E O PLANEJAMENTO FISCAL POR MEIO DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

Os acordos de bitributação divergem de forma significativa entre si, como reflexo das diferenças existentes nos sistemas tributários e nos interesses dos Estados ao celebrarem um acordo de bitributação.

Além da questão da bitributação, determinados acordos são celebrados com ênfase no desenvolvimento das relações econômicas ou comerciais entre os Estados contratantes. Já outros acordos enfatizam o objetivo de reduzir a evasão e a elisão fiscal. No primeiro caso, é provável que se encontrem maiores concessões por parte dos Estados signatários, que intentam, por meio de benefícios especialmente relacionados com a redução da tributação, incentivar o comércio e obter investimentos. Já no segundo caso, é esperado maior número de regras antiabuso e poucas concessões na forma de benefícios.[63]

Na análise da rede de acordos de bitributação existente, os investidores podem preferir pautar a decisão de se estabelecer em determinada jurisdição a partir do regime fiscal aplicável, incluindo o regime e benefícios previstos nos acordos de bitributação. Essa prática é denominada pela doutrina como *treaty shopping*.

---

[62] Nesse sentido, vide a observação de Michael N. Kandev: "*the most common way for a person resident in a given country to access the benefits under a tax treaty between a source country and a third country is to set up a corporation in the third country through which the income or capital gains will be channeled*". KANDEV, Michael N. "Treaty shopping after Prévost Car: What does the future hold?". In. *Revista de Direito Tributário Internacional.* n. 14. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.158.

[63] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 34.

Treaty shopping se refere ao fenômeno pelo qual um contribuinte, alheio ao quadro de beneficiários de um acordo, estrutura seus negócios de forma a obter a residência em um dos Estados signatários, com o propósito de aproveitar do regime, como regra mais favorável, previsto no acordo.[64]

De acordo com *International Bureau of Fiscal Documentation* - IBFD, *treaty shopping* pode ser definido como:

> *A situação na qual uma pessoa que não estaria sujeita aos benefícios de um acordo para evitar a dupla tributação se utiliza – no sentido mais amplo da expressão – de uma pessoa física ou jurídica para obter esses benefícios que não estariam disponíveis de forma direta*.[65]

Luís Eduardo Schoueri aponta que falhas nas redações dos acordos que, regra geral, se destinam a beneficiar apenas os residentes do outro Estado contratante permitem a interposição de uma pessoa ou de um estabelecimento permanente por um contribuinte que, em princípio, não seria destinatário de um acordo e adquire essa condição com o objetivo de fazer jus aos benefícios previstos no acordo. O autor, contudo, exclui do conceito de *treaty shopping* os casos em que o benefício obtido não decorre da existência do acordo em si, mas de algum artifício utilizado pelo contribuinte, como nos casos de simulação, nos quais a vantagem não decorre da existência do acordo, mas da situação criada pelo contribuinte, que produziria efeito ainda que não envolvesse país signatário de um acordo de bitributação.[66]

O *treaty shopping* exige o esforço premeditado do contribuinte que, se valendo de uma determinada rede de acordos, seleciona aquele que confere o tratamento fiscal mais favorável. O contribuinte pode adotar estruturas de *treaty shopping* com a finalidade de obter redução ou isenção nos tributos cobrados pelo Estado da fonte, isenções concedidas pelo Estado da residência, benefícios referentes ao *tax sparing*, redução da tributação no

---

[64] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20-22.

[65] No original: *Treaty shopping has been described as the situation where a person who is not entitled to the benefits of a tax treaty makes use – in the widest meaning of the word – of an individual or a legal person in order to obtain those treaty benefits that are not available directly.*

[66] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20-22.

Estado da fonte em razão de isenções concedidas pelo Estado da residência, dentre outros.[67]

A prática do *treaty shopping* não é nova e amplamente difundida. A razão que explica essa prática é simples: a existência de acordos de bitributação gera oportunidades de *treaty shopping* como uma resposta natural à diversidade dos acordos de bitributação.[68] São as diferentes concessões ou benefícios existentes nos acordos de bitributação que geram as estruturas de *treaty shopping*.[69]

O termo *treaty shopping* tem origem no termo "*forum shopping*", que significa a prática utilizada por determinadas pessoas ao escolher uma jurisdição ou corte mais favorável para julgamento de uma ação. No *forum shopping*, uma parte litigante "compra" uma jurisdição para o julgamento de sua ação, da mesma forma que, no *treaty shopping*, o contribuinte "compra" os benefícios do acordo de tributação.[70]

A designação *treaty shopping* começou a ser utilizada por volta dos anos 1950 e serviu para denominar a aplicação extensiva do acordo firmado entre os Estados Unidos e o Reino Unido às Ilhas Virgens Britânicas e do acordo firmado entre Estados Unidos e Países Baixos às Antilhas Holandesas. Em razão dessas extensões, as pessoas jurídicas residentes nos territórios das Ilhas Virgens Britânicas e das Antilhas Holandesas passaram a usufruir dos benefícios (redução de alíquotas) dos acordos correspondentes em relação às rendas produzidas nos Estados Unidos, a despeito de serem detidas por pessoas residentes em terceiros Estados, com os quais não havia qualquer acordo para a redução de alíquota.[71]

Em princípio, a expressão *treaty shopping* não expressa nenhum juízo de valor, mas grande parte da doutrina internacional atribui ao termo um sentido negativo, tratando-o como uma hipótese de abuso, situado no campo da evasão fiscal internacional. Contudo, essa posição não é unânime. Luís Flávio Neto aponta que, como regra, são adotadas três

---

[67] DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse.* Chapter 1. Online Books IBFD, 2008. p.1

[68] JONES, John Avery. "Are Tax Treaties Necessary?". In. Tax Law Review. Volume 53. No. 1. New York: New York University School of Law, 1999. p. 3-8.

[69] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 30.

[70] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 21-22.

[71] TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 321.

posições ou correntes distintas em relação ao *treaty shopping*: (i) boa-fé possível; (ii) abuso inerente e (iii) simulação inerente.[72]

A primeira corrente entende que a desconsideração da estrutura de *treaty shopping* pressupõe a demonstração do seu caráter abusivo.

Essa é a posição da Convenção Modelo da OCDE. Embora a Convenção não contenha uma definição direta do que se entende por *treaty shopping,* no parágrafo 20 do artigo 1º dos Comentários à Convenção Modelo, a OCDE recomenda a adoção das cláusulas LoB, regras destinadas a prevenir que pessoas não residentes em nenhum dos Estados contratantes acessem os benefícios do acordo por meio do uso de uma entidade que se qualificaria como residente em um dos Estados contratantes.[73] Ao recomendar a adoção de cláusulas de salvaguarda de boa-fé às regras de combate ao *treaty shopping*, a OCDE acaba reconhecendo que uma estrutura de *treaty shopping* pode ou não ser abusiva.[74]

Similarmente, a versão da Convenção Modelo dos EUA de 1996 dispunha, em seu artigo 22, que *treaty shopping* consistiria no uso, por residentes de terceiros Estados, de entidades constituídas em um Estado contratante com o objetivo principal de obter os benefícios do acordo celebrado entre os Estados Unidos e outro Estado contratante. A definição não se aplicaria a todos os casos em que um residente de um terceiro Estado constituía uma sociedade num Estado contratante parceiro dos Estados Unidos, pois caso o residente no terceiro Estado demonstrasse a existência de razões substanciais para

---

[72] NETO, Luís Flávio. "Caso Azadi Bachao: O desejo de atrair capital estrangeiro e o consentimento estatal para planejamentos tributários (*treaty shopping*)". In. CASTRO, Leonardo Feitas de Moraes e (org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010. p. 69-70.

[73] No original: "*Whilst the preceding paragraphs identify different approaches to deal with conduit situations, each of them deals with a particular aspect of the problem commonly referred to as "treaty shopping". States wishing to address the issue in a comprehensive way may want to consider the following example of detailed limitation-of-benefits provisions aimed at preventing persons who are not resident of either Contracting States from accessing the benefits of a Convention through the use of an entity that would otherwise qualify as a resident of one of these States, keeping in mind that adaptations may be necessary and that many States prefer other approaches to deal with treaty shopping*".

[74] Essa premissa é alterada pelo Projeto BEPS. Na Ação nº6, conforme discutido no capítulo V, a OCDE recomenda determinadas ações para evitar a criação de oportunidades de não tributação ou de redução da tributação por meio de evasão ou de elisão fiscal, inclusive por meio de estratégias de *treaty shopping*.

constituir a entidade não relacionadas à obtenção dos benefícios previstos nos acordos, a estrutura não estaria contemplada na definição de *treaty shopping*.[75]

Na versão de 2006, essa definição foi excluída e o conceito de *treaty shopping* pode ser encontrado apenas pela interpretação do artigo 22, que contém a definição das funções das cláusulas LoB: esse artigo contém regras *anti-treaty shopping*, as quais têm como objetivo prevenir que residentes em terceiros Estados se beneficiem de um acordo recíproco entre dois Estados.[76] Assim, no âmbito da Convenção Modelo dos EUA, *treaty shopping* é o fenômeno que permite o acesso dos benefícios, por residentes em terceiros Estados, acordados reciprocamente entre dois Estados. E a exemplo da Convenção Modelo da OCDE, a Convenção dos EUA também contém cláusula de salvaguarda para tratar os casos não abusivos.

H. David Rosenbloom critica o uso da expressão *treaty shopping* no sentido negativo, por considerar enganosa a premissa de que o contribuinte sempre se vale de uma escolha deliberada para obter as vantagens do acordo. Também critica o termo *treaty abuse* para expressar o fenômeno, uma vez que esse termo não é apenas muito carregado, mas também incorreto, pois implica a conclusão de que o uso próprio ou não abusivo dos acordos pode ser identificado.[77] Embora o autor esteja correto na avaliação de que o *treaty shopping* não deve ser avaliado na perspectiva negativa, partilhamos da posição defendida por Luís Eduardo Schoueri, no sentido de que a intenção do contribuinte de obter as vantagens do acordo integra o conceito de *treaty shopping*, fato que não deve ser considerado como suficiente para que a prática seja considerada como indevida.

Também partidário da primeira corrente, Heleno Tôrres argumenta que as expressões "*uso indevido*" ou "*acordo escolhido*" são utilizadas de forma imprópria, pois, a despeito de o *treaty shopping* ser indesejado, o planejamento não é presumidamente

---

[75] No original: "*A treaty that provides treaty benefits to any resident of a Contracting State permits "treaty shopping": the use, by residents of third states, of legal entities established in a Contracting State with a principal purpose to obtain the benefits of a tax treaty between the United States and the other Contracting State. It is important to note that this definition of treaty shopping does not encompass every case in which a third state resident establishes an entity in a U.S. treaty partner, and that entity enjoys treaty benefits to which the third state resident would not itself be entitled. If the third country resident had substantial reasons for establishing the structure that were unrelated to obtaining treaty benefits, the structure would not fall within the definition of treaty shopping set forth above*".

[76] No original: "*Article 22 contains anti-treaty-shopping provisions that are intended to prevent residents of third countries from benefiting from what is intended to be a reciprocal agreement between two countries*".

[77] ROSENBLOOM, H. David. "Tax treaty abuse: Policies and Issues". In. *Law and Policy in International Business*. No. 15, 1983. p. 766.

ilícito, sendo necessário identificar claramente se a relação com o ordenamento jurídico visado é maculada de alguma ilicitude. A ilicitude se manifesta conforme o acordo é utilizado de maneira contrária às suas finalidades.[78]

No mesmo sentido, Joseph Guttentag aponta que não se pode partir da premissa de que *treaty shopping* envolve abuso ou fraude e, por essa razão, o autor defende a utilização de uma expressão mais longa e neutra para expressar a ideia de *treaty shopping*: "*até que ponto os não residentes de um país signatário de um acordo podem e deveriam ser autorizados a beneficiar-se dos acordos de bitributação daquele país*" e ressalta que o Departamento do Tesouro norte-americano utiliza a expressão "*limitação dos benefícios do acordo*" para evitar a abordagem pejorativa.[79]

Gerd Rothmann explica que, embora, na maioria dos casos, o *treaty shopping* se aproxime da elusão fiscal ou da evasão fiscal, a prática também pode assumir formas lícitas. O autor cita um exemplo de estrutura de *treaty shopping* que seria normal, legal e adequada: dada a ausência de acordo de bitributação entre Brasil e Alemanha, uma multinacional com sede na Alemanha, que queira disponibilizar tecnologia, bens ou serviços para sua subsidiária brasileira, invista no Brasil por intermédio de outra subsidiária do grupo, localizada na Hungria ou na República Checa, países com os quais o Brasil celebrou acordos de bitributação.[80]

A segunda corrente adota o posicionamento no sentido de que as estratégias de *treaty shopping* são sempre abusivas. Defensor dessa posição, Tulio Rosembuj entende que, em qualquer hipótese, a obtenção de vantagem de um acordo por uma pessoa que não é residente em um dos Estados signatários é uma situação abusiva e deve ser combatida.[81]

---

[78] TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 328.

[79] GUTTENTAG, Joseph. "Tax Treaty shopping". citado por SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: *treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 22-23.

[80] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação.* São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.19-20.

[81] ROSEMBUJ, Tulio. "Treaty shopping: el abuso de tratado. In. UCKMAR, Victor (coord.). *Corso di diritto tributario internazionale*. Milano: CEDAM, 1999. p. 546. Citado por NETO, Luís Flávio. "Caso Azadi Bachao: O desejo de atrair capital estrangeiro e o consentimento estatal para planejamentos tributários (*treaty shopping*)". In. CASTRO, Leonardo Feitas de Moraes e (org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010. p. 69-70.

Parte da doutrina entende que o *treaty shopping* envolve uma situação de simulação inerente. Tulio Rosembuj, além de entender que *treaty shopping* compreende uma estratégia abusiva, aponta que, como regra, configura hipótese de simulação.[82]

Defensor dessa posição, Leonardo Freitas de Moraes e Castro sustenta que o *treaty shopping* é sinônimo de evasão fiscal, uma hipótese de simulação ou fraude à lei fiscal. O *treaty shopping* seria uma forma mais objetiva, simples e rudimentar das estruturas de planejamento dotadas de clara artificialidade, como no caso de interposição de terceiros que agem como mandatário, fiduciário ou administrador.[83]

É nosso entendimento que a prática do *treaty shopping*, assim entendida como a escolha ou a busca do melhor acordo, não pode ser considerada presumidamente abusiva ou ilícita. O abuso implica o uso inadequado de um direito subjetivo, de modo que a escolha ou busca pelo melhor acordo só será abusiva conforme seja alheia ou contrária às finalidades do acordo de bitributação, o que, conforme veremos a seguir, não ocorre em todos os casos de *treaty shopping*. Caso o contribuinte que pretende obter os benefícios do acordo demonstre que a estrutura adotada atende aos objetivos previstos no acordo de bitributação, essa estrutura não pode ser tratada como abusiva ou ilícita.

1.3 EXEMPLOS DE *TREATY SHOPPING*

As estruturas utilizadas para a prática do *treaty shopping* são variadas, mas o relatório da OCDE que versa sobre os acordos de bitributação e a utilização de empresas-canal distinguiu de forma didática dois grupos, compreendendo as empresas-canais (*conduit-companies*) e as empresas-trampolim (*stepping-stone conduit company structure*).[84]

---

[82] ROSEMBUJ, Tulio. "Treaty shopping: el abuso de tratado. In. UCKMAR, Victor (coord.). *Corso di diritto tributario internazionale*. Milano: CEDAM, 1999. p. 543-545. Citado por: NETO, Luís Flávio. "Caso Azadi Bachao: O desejo de atrair capital estrangeiro e o consentimento estatal para planejamentos tributários (*treaty shopping*)". In. CASTRO, Leonardo Feitas de Moraes e (org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010. p. 69-70.

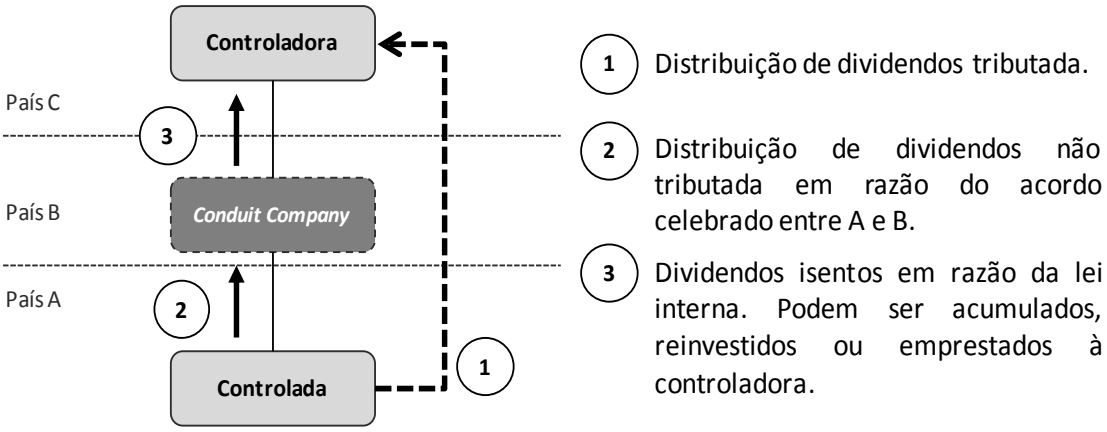
[83] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação.* São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 173-174.

[84] R (6). *Double taxation conventions and the use of conduit companies*. In. Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 (Full Version), OECD Publishing. Disponível em: < http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010/r-6-double-taxation-conventions-and-the-use-of-conduit-companies_9789264175181-99-en#page1>. Acesso em 25.09.2016. p. 2-3.

As empresas-canais são criadas para que uma empresa receptora de rendimentos se beneficie de uma alíquota reduzida no Estado da fonte dos rendimentos, por meio da interposição de uma empresa num terceiro Estado única e exclusivamente para se beneficiar do acordo celebrado entre esse e o terceiro Estado e o Estado da fonte.

O exemplo da utilização das empresas canais pode ser extraído do Relatório do Grupo de Experts em Cooperação Internacional em Matéria Fiscal do Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais da ONU:

O acordo de bitributação assinado entre o País A e o País B prevê a obrigação de o País A isentar do imposto os dividendos pagos por empresas ali sediadas a acionistas residentes no País B. O País C não possui acordo de bitributação em vigor com o País A nem com o País B. Entretanto, uma empresa, sediada no País C detém a totalidade das ações de uma empresa localizada no País A. A fim de se valer dos benefícios decorrentes do acordo assinado entre A e B, a empresa localizada no País C transfere a totalidade das ações que possui da empresa localizada no País A para uma subsidiária integral, que é constituída no País B. Esta subsidiária integral localizada no País B, por sua vez, estará isenta, de acordo com as leis do País B, do imposto sobre dividendos recebidos de uma subsidiária integral. Deste modo, os frutos do investimento efetuado pela empresa situada no País C são transferidos para a empresa situada no País B, onde podem ser acumulados pela controladora (ou reinvestidos em outros países, ou “emprestados” à própria controladora). Esse exemplo pode ser graficamente representado pela ilustração abaixo:



Fonte: elaboração própria

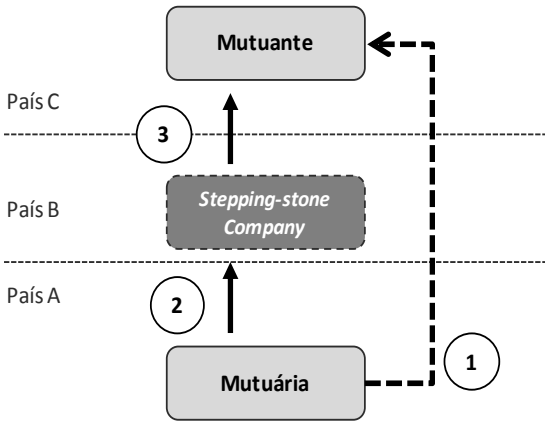
A empresa-canal pode adotar a forma de uma sociedade limitada, anônima ou, em outros países, adotar a forma de uma *partnership*, de um *trust* ou de uma entidade similar. Como regra, essas estruturas são caracterizadas pela presença de três fatores: (i) a sociedade que detém ou controla a empresa-canal, como regra, não é residente em um dos Estados signatários do acordo e onde a empresa-canal foi criada; (ii) a empresa-canal não realiza atividade econômica ou a realiza de forma bastante precária no Estado de sua constituição; (iii) a renda auferida pela sociedade-canal se sujeita a uma tributação mínima ou não se sujeita à tributação no Estado de sua constituição.

As estruturas que envolvem a constituição de empresas-canal são o exemplo mais comum de *treaty shopping* e são bastante questionáveis tendo em vista que essas sociedades são criadas com o único objetivo de obter a residência fiscal em um dos Estados signatários de um acordo de bitributação.

Já as empresas-trampolim são formadas a partir da criação de uma empresa num Estado, que será beneficiária do pagamento de determinados rendimentos e será tributada normalmente. Essa empresa paga juros, comissões, honorários etc. a uma segunda empresa, localizada em outro Estado, beneficiando-se da dedução desses pagamentos no seu lucro tributário. Por outro lado, esses pagamentos, quando recebidos pela segunda empresa, são isentos em virtude de um regime fiscal privilegiado disponível no Estado em que tal entidade foi constituída. Essa estrutura é utilizada, portanto, como uma forma de

transferir os rendimentos de uma empresa para outra, estando essa última localizada num Estado com um nível de tributação reduzido. O grupo da ONU também exemplifica a estrutura “trampolim”:

Nos termos do acordo de bitributação assinado entre o País A e o País B, os juros oriundos do primeiro e pagos a residentes do País B são isentos. O País C não possui acordo em vigor com A ou com B. A fim de se valer dos benefícios do acordo, uma empresa localizada no País C transfere à sua subsidiária, no País B, o crédito decorrente de empréstimo efetuado a uma empresa localizada no País A. Em decorrência da transferência do crédito, a subsidiária localizada no País B passa a ser credora da empresa situada em A e, ao mesmo tempo, devedora daquela sediada no País C. Em princípio, a empresa localizada no País B estaria sujeita à tributação, em sua sede, sobre os rendimentos de juros recebidos do exterior. No entanto, tal tributação não se aplica, já que o seu rendimento é anulado pelos juros pagos à empresa localizada no País C, que lhe transferira os créditos. O País B não tributa, na fonte, os juros pagos ao exterior e o País C não tributa os juros recebidos do exterior. A empresa localizada no País C usa, pois, o acordo celebrado entre A e B como um “trampolim” para receber os juros devidos pela empresa localizada no País B, sem tributação. Esse exemplo pode ser graficamente representado pela ilustração abaixo:



1 Distribuição de juros tributada.

2 Distribuição de juros não tributada em razão do acordo.

3 Juros tributados em razão da legislação interna. No entanto, tributação é anulada pelas despesas incorridas com o pagamento dos juros à mutuante. Não há tributação na fonte sobre os juros distribuídos à C e o país C não tributa juros recebidos do exterior.

Fonte: elaboração própria

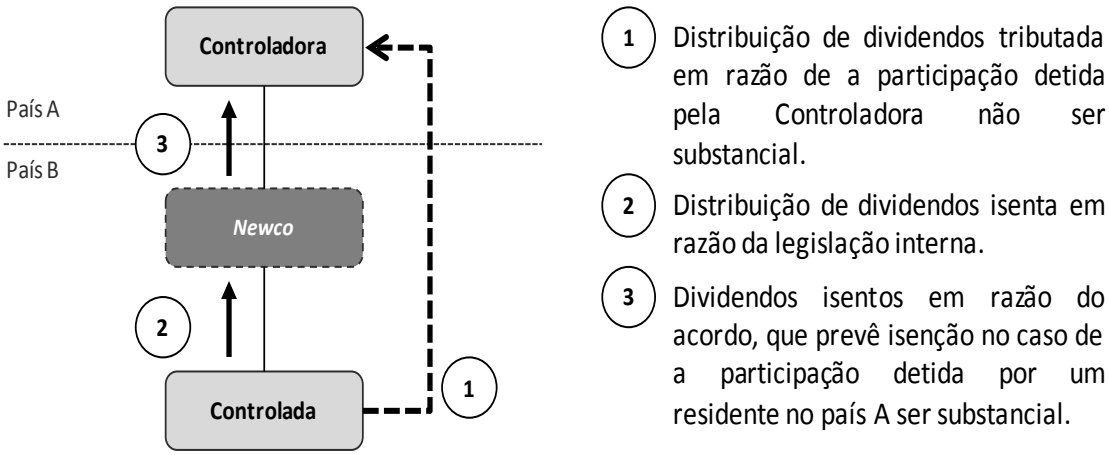
Nota-se que as estruturas se diferenciam, pois, na "canalização", a empresa interposta não se sujeita à tributação em sua sede. Já no caso da "trampolim", a empresa interposta se sujeita à tributação, mas os lucros auferidos por ela são reduzidos pelas despesas incorridas com a transferência dos recursos.[85]

Luís Eduardo Schoueri também traz, como exemplos de *treaty shopping*, as estruturas bilaterais, as quais envolvem a constituição de empresa em um dos Estados signatários do acordo, e a estrutura que ficou conhecida na Alemanha como quinteto.[86]

O primeiro caso pode ser exemplificado da seguinte forma e representado graficamente abaixo: (i) uma sociedade residente no país B paga dividendos para sua investidora, residente no país A, que possui um investimento não substancial no capital da empresa localizada no país B; (ii) esse pagamento, como regra, estaria sujeito à tributação na fonte no país B (Estado da fonte); (iii) segundo o acordo de bitributação celebrado entre os dois Estados, os dividendos remetidos ao país A não se sujeitariam à tributação no caso de a participação societária detida por um investidor desse país ser substancial; (iv) a legislação interna do Estado B dispõe que os dividendos pagos a uma pessoa jurídica residente no mesmo país são isentos de tributação; (v) assim, a investidora residente no

[85] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping* . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 25.
[86] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping* . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 25-26.

país A transfere a participação detida na empresa situada no país B para uma outra subsidiária – Newco – localizada no próprio Estado B. O investimento detido na Newco, subsidiária integral da investidora, seria um investimento substancial; (vi) os dividendos pagos pela sociedade residente no país B para a Newco são isentos de tributação, nos termos da legislação interna; (vii) os dividendos distribuídos pela Newco para a investidora residente no país A não são tributados no país B (Estado da fonte) tendo em vista a disposição do acordo.



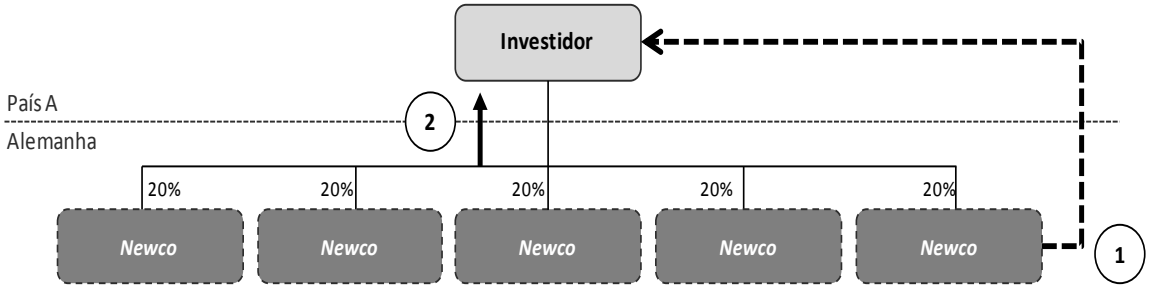
Fonte: elaboração própria

Luís Eduardo Schoueri também cita a estrutura bilateral implementada por meio de instalação de uma filial, de uma sucursal ou de algum outro estabelecimento permanente. Essa estrutura inclusive foi o motivo da denúncia parcial feita pelos Estados Unidos do acordo com os Países Baixos, no que se refere à sua extensão às Antilhas Holandesas, pois essa jurisdição era considerada paraíso fiscal e possibilitava que os rendimentos oriundos dos Estados Unidos se sujeitassem a uma tributação final equivalente a 3%.[87]

A estrutura quinteto se estrutura da seguinte forma: (i) alguns acordos de bitributação assinados pela Alemanha dispõem que a isenção do imposto sobre dividendos distribuídos só é aplicável no caso de o investidor estrangeiro deter menos de 25% do

[87] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping* . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 26.

capital da empresa alemã que distribui esse rendimento; (ii) assim, o investidor, localizado no país A, que detém 100% do capital de uma empresa alemã constitui, no próprio país de residência, cinco novas empresas, transferindo para cada uma delas 20% das ações representativas do capital social da empresa alemã. Cada uma das empresas passa a deter menos de 25% da empresa alemã, cumprindo o requisito exigido pelo acordo.



1 Distribuição de dividendos tributada em razão de a participação detida pela sociedade residente na Alemanha ser equivalente a 100%.

2 Dividendos isentos em razão do acordo, que prevê isenção no caso de a participação detida pelo investidor ser inferior a 25%.

Fonte: elaboração própria

Heleno Tôrres cita que uma das formas mais comuns de terceiro interposto são as sociedades-base (*base companies*), que podem ser definidas como as pessoas jurídicas constituídas em país diverso da residência de seus controladores – pessoas físicas ou jurídicas – e cujas atividades operacionais são exercidas em um terceiro país, o qual mantém acordo de bitributação com o país de residência da sociedade-base.

O autor comenta que a função das sociedades-base é servir como um meio de circulação de riqueza, aproveitando-se da residência interposta, mas também podem ser utilizadas para desenvolver atividades relacionadas ao processo produtivo, atividades comerciais, prestação de serviços, mútuos, dentre outras atividades. Essas sociedades não

podem ser tidas como necessárias apenas ao *treaty shopping*, mas podem também ser utilizadas para esse fim.[88]

Também podem ser citadas, como formas de organização utilizadas para fins de *treaty shopping*, as sociedades financeiras, que, como regra, são utilizadas como intermediárias entre um mutuante e um mutuário de recursos, pertencentes ou não ao mesmo grupo societário e as sociedades de *factoring* ou de prestação de serviços em geral, as quais permitem a geração de gastos no Estado da fonte, com o objetivo de reduzir o rendimento e, portanto, a tributação incidente nesse país.[89]

Ao descrever as estruturas de *treaty shopping* abusivas mais comuns, Christiana Panayi cita a seguinte estrutura, que, embora também se caracterize como prática de *treaty shopping*, seria de boa-fé: determinada sociedade R detém 100% de uma sociedade S e determinada sociedade P detém 50% da sociedade R. A sociedade P e a sociedade R são duas sociedades viáveis, que realizadas atividades industriais substanciais em seus Estados de residência. A sociedade P adquiriu as ações da sociedade R por razões comerciais (sociedade R tem subsidiárias que realizam as atividades de distribuição em diversos outros países. Adicionalmente, o Estado de residência da sociedade R é provido com boa infraestrutura e força de trabalho qualificada). Incidentalmente, o fluxo de lucros da sociedade S para a sociedade R beneficia-se de uma tributação reduzida. Como resultado da estrutura, reduz-se a incidência do imposto de renda na fonte sobre os dividendos pagos à sociedade P de 30% para 5%. Adicionalmente, tendo em vista que a sociedade R importa grande parte da matéria prima de suas subsidiárias, o lucro apurado no Estado R é substancialmente reduzido pela dedução das despesas correspondentes.

A despeito de concordarmos com a autora que esse seria um exemplo de estrutura de *treaty shopping* legítima, a descrição da estrutura parece indicar que apenas a economia fiscal que surge de forma acidental seria legítima. É nosso entendimento que, a despeito de essa estrutura ser válida, também o seriam as estruturas que envolvem sociedades constituídas para obter os benefícios fiscais previstos nos acordos de bitributação. Seria o caso, por exemplo, de a sociedade P ter constituído a sociedade R no Estado R para obter

---

[88] TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 334.
[89] TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 333.

os benefícios do acordo de bitributação entre o Estado R e o Estado S, desde que essa constituição observasse os objetivos desse acordo de bitributação ou que a sociedade R tivesse substância econômica.

1.4 ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO DO *TREATY SHOPPING*

Os elementos fundamentais de caracterização do *treaty shopping* listados pela doutrina são os seguintes: (i) busca dirigida do melhor acordo; (ii) sujeito que pretende se beneficiar do acordo não é originalmente residente de um dos Estados signatários do acordo; (iii) interposição de uma entidade qualificável como residente em um dos Estados signatários do rendimento; (iv) afastamento da tributação/regime de tributação aplicável pelo país da fonte em razão do acordo.

No tocante à busca planejada do melhor acordo, a decisão sempre é tomada considerando os benefícios do acordo, no sentido de reduzir a tributação sobre as operações pretendidas pelo sujeito. A partir da escolha do melhor acordo, o sujeito irá interpor um terceiro em um dos Estados signatários para então obter a economia fiscal pretendida.

A escolha do acordo de bitributação mais favorável, contudo, não é o bastante. Isso porque o país de interposição pode inviabilizar os benefícios fiscais pretendidos, mediante a imposição de tributos, a requalificação de rendimentos ou a vedação de créditos de impostos.

Em relação ao segundo elemento, como regra, apenas os residentes de um dos Estados contratantes possuem o direito subjetivo ao tratamento previsto nos acordos. O sujeito que pretende se beneficiar do acordo, mas não possui a residência em um dos Estados contratantes deve, necessariamente, constituir uma entidade no país signatário do acordo, adquirindo assim o requisito para garantir a aplicação do acordo que não lhe é inerente.

Essa entidade será, portanto, constituída entre o país de residência do sujeito e o país de fonte do rendimento. O ato de constituição da pessoa jurídica para aquisição da

residência fiscal é o modo pelo qual o operador do planejamento entra em contato com o país de residência signatário do acordo visado.[90]

Embora não se exija que a pessoa seja uma sociedade, podendo ser uma pessoa física,[91] para fins deste estudo específico, analisaremos apenas as estruturas de *treaty shopping* que envolvem a constituição de pessoas jurídicas.

O último elemento que deve ser analisado no estudo do *treaty shopping* refere-se ao afastamento da tributação/regime de tributação aplicável pelo país da fonte em razão do acordo. Uma vez constituída a entidade interposta, essa atinge a condição de residente no Estado de sua constituição e, portanto, torna-se apta a usufruir das cláusulas do acordo de bitributação visado pelo planejador. Essas cláusulas são aquelas que garantem isenções ou reduções de alíquotas no Estado da fonte ou tributação reduzida ou isenta no Estado de residência, com o objetivo de afastar ou de atenuar o fenômeno da bitributação.

Em razão desse benefício obtido pelo operador, parte da doutrina entende que o uso dos acordos mediante a interposição de uma entidade em um dos Estados contratantes é medida que não deve ser aceita, pois os acordos não têm como objetivo facilitar ou incentivar evasão fiscal, mas sim promover a circulação de bens, de serviços e de capitais por meio da redução da dupla tributação internacional. Analisaremos a seguir se esse argumento é inteiramente válido.

Além dos elementos mencionados acima, Avi-Yonah e Christiana Panayi citam como requisito básico para identificar estruturas de *treaty shopping* a interposição de uma entidade com mínima ou com nenhuma atividade econômica na jurisdição que foi constituída. Os autores criticam o fato de as estruturas de *treaty shopping* e as estruturas que possuem substância econômica e que envolvam contratos comerciais celebrados com base na boa fé sejam tratadas de forma similar pelas autoridades fiscais, até mesmo para possibilitar uma análise discricionária.[92]

---

[90] TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 333.
[91] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 21.
[92] AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana Hiji. "Rethinking Treaty shopping Lessons for the European Union". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 3.

É fundamental diferenciar o *treaty shopping* abusivo das estruturas de *treaty shopping* legítimas, a partir do critério da substância econômica. É o que pretendemos explorar ao longo deste trabalho.

1.5 AS OBJEÇÕES TEÓRICAS À PRÁTICA DO *TREATY SHOPPING*

A questão da legitimidade da prática do *treaty shopping* pode ser discutida a partir de duas posições diametralmente opostas. De um lado, apresenta-se a posição que considera que o *treaty shopping* deve ser combatido em razão de diversas questões teóricas e práticas. Já do outro, defende-se que o *treaty shopping* não seria ilegal ou antiético *a priori*, de forma que a ilicitude deve ser avaliada conforme os fatos e as circunstâncias, bem como o acordo de bitributação envolvido.

Essas posições foram discutidas no 64th Congresso do *International Fiscal Association*, realizado em Roma no ano de 2010.[93]

Defensores da primeira posição, os Estados Unidos alegaram que têm como objetivo aplicar os benefícios previstos nos acordos apenas em relação aos Estados com os quais exista um real risco de bitributação. A validação do *treaty shopping* permitiria que os acordos celebrados pelo país ficassem disponíveis para residentes de Estados cujos sistemas fiscais não são conhecidos pelos Estados Unidos, causando, assim, o risco de o acordo beneficiar rendimentos que não seriam passíveis de sofrer bitributação ou ocasionar a dupla não tributação dos rendimentos pagos no âmbito do acordo. Numa perspectiva prática, a posição dos Estados Unidos garante a manutenção do interesse dos Estados, nos quais residem os contribuintes que praticam o *treaty shopping*, de negociar acordos de bitributação com o país, para que sejam acordadas as regras consideradas fundamentais, tais como as cláusulas de reciprocidade e de assistência mútua.

De outro lado, temos a posição da Índia que, no caso *Union of India and another v. Azadi Bachao Andolan and another*, manifestou entendimento de que o *treaty shopping* não seria ilegal ou antiético *a priori*. A Suprema Corte daquele país entendeu que os

[93] O painel de discussão era composto pelos seguintes membros: Nathalie Goyette (Canada), Philippe Martin (França), Roy Rohatgi (India) e Phil West (Estados Unidos). O *Subject 1* foi presidido por Luc De Broe (Bélgica) com a assistência de Reinout de Boer (Países Baixos). O relator geral foi de Stef van Weeghel (Países Baixos). DE BROE, Luc; GOYETTE, Nathalie; MARTIN, Philippe; ROHATGI, Roy; WEEGHEL, Stef van; WEST, Phil. "Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions". In. *Bulletin for International Taxation.* Volume 65. No. 7. Journals IBFD, 2011. p. 383.

acordos alocam o poder de tributar entre os Estados e não os tributos em si. A aplicação dos acordos pode eventualmente resultar em dupla não tributação e esse resultado não infringiria as disposições, nem o objetivo e o propósito dos acordos. Os acordos podem ser celebrados por outras razões, além das questões fiscais. A Índia, por exemplo, celebra acordos para promover relações econômicas, comércio internacional e investimentos. Nessas hipóteses, a prática do *treaty shopping* pode ser tolerada se essa consiste em um meio para atrair investimentos. Para os países em desenvolvimento como a Índia, as situações específicas em que o *treaty shopping* é indesejado ou ilegítimo devem ser regulamentadas de maneira expressa nos acordos de bitributação.

O Canadá e a França parecem adotar posição intermediária acerca da questão. A Corte Canadense, embora já tenha decidido que a prática do *treaty shopping* não deveria ser encorajada ou promovida, pois seria contrária aos interesses do Canadá, também já expressou entendimento no sentido de que selecionar o melhor acordo com o objetivo de reduzir a carga fiscal não seria impróprio ou abusivo. A França, no mesmo sentido, trata o *treaty shopping* como uma forma de planejamento não ilegal. Uma estrutura de *treaty shopping* pode ser considerada ilegal se as disposições do acordo são violadas ou se o ato praticado pelo contribuinte consiste em um abuso de direito, assim considerados os casos de simulação e de fraude, bem como os atos que, embora atendam a letra da lei, violam o seu propósito e sejam praticados apenas com o objetivo de reduzir a tributação.

As discussões acima demonstram como a questão da legitimidade do *treaty shopping* é controversa, embora a comunidade internacional[94] atribua ao *treaty shopping* uma conotação negativa e liste uma série de razões teóricas para fundamentar o motivo pelo qual a prática seria prejudicial.

Argumenta-se que o *treaty shopping*: (i) é praticado para reduzir a carga fiscal e, nessa medida, está situado no campo da evasão ou da elusão fiscal, sendo, portanto, impróprio; (ii) é um instrumento abusivo e contrário ao propósito dos acordos; (iii) viola a

[94] AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana Hiji. "Rethinking Treaty shopping Lessons for the European Union". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 6. No mesmo sentido: GUFF, David G. "Responses to Treaty shopping: A Comparative Evaluation". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010; WEEGHEL, Stef van. *The Improper Use of Tax Treaties, with Particular Reference to the Netherlands and the United States*. London: Kluwer Law International, 1998; REINHOLD, Richard L. "What is tax treaty abuse? (Is treaty shopping an outdated concept?)". In. *Taw Lawyer*. v. 53. n. 3.Georgetown: Georgetown Law, 2000.

reciprocidade dos acordos e altera o equilíbrio das concessões feitas pelos Estados signatários, o que permite que um terceiro Estado obtenha o poder de tributar determinada renda mesmo sem pertença econômica substancial; (iv) cria um desincentivo para negociação dos acordos de bitributação e (v) causa a perda indesejável de receitas fiscais.[95]

Analisaremos a seguir a validade dos argumentos acima.

1.5.1 INSTRUMENTO DE EVASÃO OU DE ELUSÃO FISCAL

A ideia de que o *treaty shopping* seria um instrumento de evasão ou de elusão fiscal, utilizado para reduzir a carga fiscal e, portanto, impróprio, é baseada em duas premissas. Em primeiro lugar, entende que a evasão ou a elusão fiscal seriam impróprias e indesejadas. Em segundo, entende-se que a prática do *treaty shopping* seria equivalente à evasão ou à elusão fiscal e, consequentemente, seria uma prática imprópria e indesejada. Contudo, as duas premissas apresentam problemas.[96]

Em relação à primeira premissa, é importante diferenciar os institutos da evasão e da elusão da elisão fiscal. A evasão fiscal está ligada ao ato voluntário do contribuinte tendente a reduzir, a eliminar ou a retardar o cumprimento da obrigação tributária por meio de atos ilícitos, fraudulentos ou simulatórios.[97]

A elusão tributária, similarmente à evasão fiscal, frequentemente era identificada pela doutrina como um fenômeno associado à economia legítima de tributos. Todavia, conforme ensina Heleno Tôrres, esse não era o sentido comumente empregado na experiência de outros países, que se utilizam dessa terminologia para qualificar a conduta dos sujeitos que, mediante atos lícitos, buscam reduzir ou evitar a imposição tributária, com uma violação indireta da lei, de forma que os efeitos jurídicos do ato se tornam ilícitos.[98] A elusão tributária se manifesta pelos atos atípicos ou indiretos praticados pelo contribuinte que, embora lícitos, são desprovidos de causa ou organizados como simulação

---

[95] AVI-YONAH, Reuven S., PANAYI, Christiana HJI. "Rethinking Treaty shopping: Lessons for the European Union". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 3-4.
[96] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 74-75.
[97] DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971. p. 9 e 21.
[98] TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 187.

ou fraude à lei, com o objetivo de evitar a incidência da norma fiscal ou obter um tratamento fiscal mais favorável.

A elisão fiscal pode ser definida como o fenômeno pelo qual o agente, visando elidir ou minorar a obrigação fiscal, busca, por meios lícitos, outra forma de exteriorizar aquele resultado, dentro das alternativas que a lei oferece.[99] A elisão seria uma economia legítima de tributos, praticada sem qualquer violação frontal ou indireta à norma tributária.

A figura da elisão se equipara à expressão "planejamento tributário", que se limita a definir a organização preventiva dos negócios, visando a uma economia lícita. A expressão planejamento tributário, portanto, fica reservada às estruturas adotadas pelos contribuintes na organização de seus negócios jurídicos, com o objetivo de reduzir ou de diferir o impacto fiscal, sem o descumprimento direto ou indireto das normas jurídicas.

Christiana Panayi acrescenta que o termo elisão fiscal também pode ser aplicado às estruturas ou às atividades que reduzem a carga fiscal e que decorrem da própria aplicação da legislação ou da intenção do legislador, como no caso do aproveitamento de um crédito. A questão que se coloca é que a intenção do legislador não é sempre clara. Também não é clara a linha divisória entre o planejamento legítimo e a elusão fiscal, pois as fronteiras entre os dois institutos mudam de forma constante e os conceitos que os definem são impregnados de julgamentos de valor. No campo internacional, a questão é ainda mais complexa. Dado que não existe um significado unívoco do que se entende por elusão fiscal, as legislações internas divergem entre si, bem como as posições adotadas pelas autoridades fiscais de cada país.[100]

Outra questão que ainda não está respondida é o motivo pelo qual a evasão e a elusão fiscal são impróprias. Ainda que a Convenção Modelo da OCDE estabeleça, nos Comentários ao artigo 1º, que os acordos têm como objetivo prevenir a evasão e a elusão fiscais, a inclusão desse objetivo é uma questão bastante discutida na doutrina, conforme discutido na Introdução do presente trabalho.

---

[99] DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971. p. 21.

[100] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 74-75.

Também se argumenta que a evasão e a elusão fiscais diminuem as receitas fiscais; aumentam a complexidade dos sistemas fiscais; aumentam os custos com a administração fiscal; provocam ineficiências na alocação dos recursos arrecadados pelos Estados e criam desequilíbrios na equidade horizontal, pois, como regra, a economia fiscal de alguns é suportada por outros.[101]

Esses argumentos não são incontroversos, pois não é possível afirmar que a evasão e a elusão fiscal causam as mesmas distorções econômicas e ineficiências. Por outro lado, uma vez que um sistema fiscal verdadeiramente neutro não existe, questiona-se como seria possível calcular se essas distorções são reais. Finalmente, não se analisam os benefícios causados pelas estruturas que reduzem a tributação, tal como o incremento da atividade econômica decorrente da economia gerada.[102]

Em relação à segunda premissa, é importante discutir se o *treaty shopping* é uma prática situada no campo da evasão ou da elusão fiscal.

Sobre a questão, é válido ressaltar que nem toda estrutura de *treaty shopping* é artificial ou prescinde de substância econômica. O termo *treaty shopping* é usado de forma genérica e compreende diversos modelos de estrutura, como a formação de uma sociedade intermediária sem qualquer substância econômica, detida e controlada por outra sociedade e localizada em jurisdição de tributação favorecida. Nessas estruturas, fica claro que a sociedade é interposta entre o país da fonte e o país de residência da controladora apenas com o objetivo de obter isenção ou redução da tributação. Todavia, nos casos em que a sociedade intermediária tem substância econômica; desenvolve atividades por conta própria, sem influência da controladora e se sujeita à tributação em seu país de residência, a questão não é tão simples.[103]

O fato de um grupo de sociedade estruturar seus negócios de forma a constituir uma sociedade com substância econômica em determinada jurisdição, obtendo redução de tributação não pode implicar a desconsideração da estrutura, sob alegação de que ela seria artificial. Assim, determinadas estruturas podem ser consideradas como práticas de evasão

---

[101] SULAMI, Orly. "Tax Abuse – Lessons from Abroad". In. *Southern Methodist University Law Review.* V. 65. No. 3. Dallas: Southern Methodist University Law Review Association, 2012. p. 557.
[102] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 76-77.
[103] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 77-78.

fiscal e, portanto, impróprias. Entretanto, essa conclusão não é válida para toda e qualquer estrutura de *treaty shopping*.

1.5.2 INSTRUMENTO ABUSIVO E CONTRÁRIO AO PROPÓSITO DOS ACORDOS

O conceito de abuso pressupõe um excesso ou má aplicação de uma faculdade ou regra. Sempre que um indivíduo, no exercício de um direito subjetivo, excede os limites impostos pelas regras jurídicas em relação à regularidade do exercício, causando um dano a terceiro, configura-se o abuso do direito. O abuso implica a obtenção de vantagens injustificáveis, além do que seria possível pelo uso ordinário de um direito subjetivo.[104]

O abuso é identificado como um excesso ou um mau uso de uma faculdade ou regra. Historicamente, o conceito, que surgiu no Direito Romano, se consolidou como desvio de finalidade, como mau uso da coisa ou do direito, que causaria danos a terceiros.[105]

A questão, portanto, é definir qual seria o propósito dos acordos de bitributação, para determinar se a prática do *treaty shopping* seria inadequada à luz dos objetivos dos acordos e se geraria vantagens além daquelas ordinariamente previstas.

Conforme aponta Christiana Panayi, se existisse certeza acerca dos objetivos e dos propósitos dos acordos, não haveria discussão sobre o *uso adequado* de um acordo e, por conseguinte, seria bastante claro o que seria um *uso impróprio* dos acordos de bitributação. Além de evitar ou mitigar a bitributação, os acordos servem para diversos propósitos, os quais variam conforme o período e conforme o Estado signatário. Não se pode assumir que

---

[104] TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 333-335.

[105] Pedro Asseis explica que o conceito de abuso decorre das lições de François Laurent, que apresentou os seguintes casos para exemplificar o que se entende por abuso: No primeiro caso, o proprietário de um terreno construiu uma chaminé falsa, sem utilidade, com o objetivo de prejudicar a janela do vizinho (caso chaminé de Colmar). No outro caso, o proprietário de um terreno ergueu um dispositivo dotado de espigões de ferro, para perfurar os balões dirigíveis construídos pelo vizinho (caso gradeamento de Compiègne). ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de "Abusos": Análise Crítica". In. GOMES, Marcus Lívio, SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento.* Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 39.

todos os propósitos dos acordos são atingidos com a prática do *treaty shopping*, de forma a tratar, em todas as situações, o *treaty shopping* como abusivo.[106]

É necessário analisar cada um dos propósitos comumente atribuídos aos acordos de bitributação, para que se possa determinar se a prática do *treaty shopping* de fato contraria esses objetivos.

Em relação ao objetivo primário dos acordos, de eliminar a dupla tributação, questiona-se o fato de esse propósito pressupor que o rendimento será tributado ao menos por um dos Estados contratantes, tributação que pode ser prejudicada com a prática do *treaty shopping*, o que comprovaria que essa prática viola o objetivo dos acordos.

Nem todas as estruturas de *treaty shopping* resultam em dupla não tributação pelos Estados contratantes. As estruturas que envolvam residentes em Estados de tributação normal (não paraíso fiscal), como regra, implicam tributação em um dos Estados. Ainda que essa tributação seja reduzida se comparada com uma estrutura que não envolvesse a prática do *treaty shopping*, o objetivo inicial do acordo não seria afetado.

Ainda que a estrutura de *treaty shopping* resulte em uma dupla não tributação, esse resultado pode ser visto como uma recompensa pelo alto risco assumido pelos investidores externos.[107]

Parte da doutrina defende que existe um princípio internacionalmente aceito em matéria de Direito Tributário Internacional no sentido de que a renda proveniente das transações internacionais deve ser tributada uma única vez, nem mais, nem menos (*income should be taxed once - not more and not less*) – *single-tax principle*.[108] Nesse contexto, a dupla não tributação de determinada renda em razão da adoção de uma estrutura de *treaty shopping* seria vista como ilícita ou abusiva. O *single tax principle*, contudo, não é incontroverso e é frequentemente rejeitado. Ademais, não é claro que todos os acordos têm como objetivo evitar a dupla não tributação. Em alguns casos, a redação do acordo parece

---

[106] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 80.
[107] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 81.
[108] AVI-YONAH, Reuven. "Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 61. No. 4. Amsterdam: Journals IBFD, 2007. p. 130.

conviver com essa possibilidade e, em outros, a dupla não tributação é até incentivada para evitar a dupla tributação econômica da renda.[109]

Caso o objetivo do acordo seja eliminar as distorções causadas pela bitributação visando à promoção do comércio internacional, a prática do *treaty shopping* não só não contraria esse objetivo, como o promove. Nesse contexto, é possível defender que a prática do *treaty shopping* não seria abusiva, independentemente da existência de substância econômica de uma sociedade residente no país signatário do acordo. Ainda que a intenção dos países seja promover o comércio entre os dois Estados contratantes, não se pode afirmar que uma estrutura que envolve um residente em terceiro Estado, mas que promova esse comércio seja contrária ao objetivo do acordo.[110]

Sobre a questão, Luis Eduardo Schoueri aponta que, nos casos em que uma das partes signatárias do acordo seja um Estado em desenvolvimento, o acordo funciona como um instrumento de atração de investimentos e "*nesse caso, torna-se menos grave o fato de o investidor originariamente não ser proveniente do país signatário do acordo de bitributação, desde que o investimento seja feito no interesse do país de onde provirão os rendimentos*".[111]

Caso o objetivo dos acordos seja obter a convergência das práticas e dos conceitos fiscais e a redução dos conflitos, também não se pode afirmar que a prática do *treaty shopping* afeta esse objetivo. A uniformidade acaba sendo prejudicada pelas regras criadas pelos países signatários para combater o *treaty shopping* que não seguem a Convenção Modelo da OCDE. A prática do *treaty shopping* não afeta a convergência das práticas.

Se o propósito dos acordos é incentivar a cooperação fiscal entre os Estados signatários, o uso de um acordo por um residente de um terceiro Estado também não é capaz de macular essa cooperação. Aponta Christiana Panayi que os Estados contratantes

---

[109] LANG, Michael. "General Report". Double non-taxation. Volume 89a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Vienna Congress. Austria: IFA, 2004. p. 87.
[110] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 80.
[111] SCHOUERI, Luís Eduardo. "Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação". In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 49.

ainda podem cooperar entre si, ainda que terceiros se beneficiem do acordo de bitributação.[112]

Já em relação aos acordos que tenham como propósito permitir a equalização das pretensões fiscais entre os Estados signatários, é cabível afirmar que, de fato, as estruturas de *treaty shopping* podem causar alterações nessa alocação, frustrando o objetivo do acordo. Quando os Estados acordam que a tributação na fonte por ocasião das remessas efetuadas por residentes no Estado aos residentes do outro Estado contratante ficará limitada a determinado percentual, a extensão dessa limitação a residentes localizados em um terceiro Estado desequilibra a alocação efetuada e contraria o objetivo proposto pelo acordo.

Nessa hipótese, o interesse seria do Estado da fonte, que tem seu poder de tributar os rendimentos auferidos em seu Estado limitado em razão do acordo celebrado. Nos casos que envolvem a prática do *treaty shopping*, a redução da tributação na fonte beneficiaria a sociedade interposta por um residente de um terceiro Estado. O que se verifica, entretanto, é que, esses Estados, como regra, não são os maiores críticos da prática do *treaty shopping*, pois, a despeito de proporcionar esse benefício "indevido", as estruturas de *treaty shopping* também podem gerar um maior fluxo de investimentos, os quais não seriam obtidos de outro modo.

Se a sociedade constituída no terceiro Estado for dotada de substância econômica apropriada, a alegação de que a estrutura de *treaty shopping* desequilibra a alocação acordada pelos Estados signatários fica enfraquecida, na medida em que a sociedade em questão teria direito aos benefícios do acordo como qualquer outra sociedade residente nesse Estado. Entende-se que o argumento de que o *treaty shopping* prejudica a alocação do poder de tributar entre os Estados contratantes fica enfraquecido.

Conclui-se que, embora, em algumas situações, determinadas estruturas de *treaty shopping* contrariem os objetivos dos acordos de bitributação, é evidente que o *treaty shopping* não é abusivo em todos os casos. Em determinadas situações, a prática auxilia na promoção dos objetivos previstos nos acordos. A premissa de que esse seria um

[112] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 82-83.

instrumento abusivo e contrário ao propósito dos acordos não é correta. O que é cabível afirmar é que a prática *pode* ser um instrumento de abuso.

1.5.3 A QUESTÃO DA RECIPROCIDADE

No tocante à alegação de que o *treaty shopping* violaria a reciprocidade dos acordos, argumenta-se que, ao negociar um acordo, os países signatários concedem determinados benefícios em troca de benefícios recíprocos. Por exemplo, determinado Estado pode conceder a redução ou a eliminação da tributação incidente na fonte sobre rendimentos pagos aos residentes do outro Estado contratante na perspectiva de obter a mesma concessão desse outro Estado contratante. Quando um residente em um terceiro Estado adquire sua participação num determinado acordo, o acordo é estendido para esse terceiro Estado, que não participou da negociação e, portanto, não acordou nenhuma concessão.

Esse argumento é bastante persuasivo, tanto que é reproduzido no relatório *Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies*[113] da OCDE, mas não é unânime.

A ideia de que o *treaty shopping* viola a reciprocidade parte da premissa de que os acordos são sempre baseados nesse princípio, o que não ocorre em todos os casos. Um exemplo de ausência de reciprocidade são as concessões unilaterais feitas nos acordos de bitributação, uma vez que o tratamento favorável já seja concedido pela legislação interna do Estado. Ainda que existam concessões bilaterais, não há qualquer garantia de que essa reciprocidade é totalmente equilibrada. A quebra da reciprocidade não é necessariamente a quebra de um equilíbrio justo.[114]

De fato, as concessões efetuadas no âmbito de um acordo de bitributação podem pender de maneira expressiva para o país economicamente mais poderoso e essa é a realidade da atual rede de acordos existente, pois se verifica que os países menos

---

[113] OECD. "R (6) Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies*".* In. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version).* Paris: OECD Publishing, 2015. p. Disponível em: < http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-6-double-taxation-conventions-and-the-use-of-conduit-companies_9789264239081-99-en#.WB5HZun2bcs>. Acesso em 25.09.2016. p. 4.

[114] AVI-YONAH, Reuven S., PANAYI, Christiana HJI. "Rethinking Treaty shopping: Lessons for the European Union". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 4-5.

desenvolvidos aceitam celebrar acordos tendenciosos, porque preferem obter algum benefício a obter nenhum.[115]

A existência de reciprocidade não pode ser tomada como uma regra na celebração dos acordos, dada as diferenças existentes entre o poder econômico e de persuasão dos países. Principalmente no caso dos acordos celebrados entre países desenvolvidos com países menos desenvolvidos, tais como o Brasil. Em virtude da diferença entre os investimentos recebidos pelos países menos desenvolvidos e os investimentos efetuados por seus residentes nos países mais desenvolvidos, fica bastante clara a absoluta ausência de reciprocidade nos fluxos financeiros.[116]

Ainda que se possa alegar que a ausência de reciprocidade foi negociada entre os países signatários do acordo, o fato é que combater toda e qualquer estrutura de *treaty shopping* com base na alegação de que esse instrumento violaria a reciprocidade nos parece bastante incorreto. Novamente, o que se verifica é que determinadas estruturas de *treaty shopping* podem efetivamente contrariar a reciprocidade, nos casos em que os acordos sejam celebrados por países em condições de equivalência. Contudo, uma vez que essa não é a regra de todos os acordos, esse argumento não pode ser tomado como absoluto.

No caso de a entidade interposta por um contribuinte residente em um terceiro Estado deter substância econômica suficiente em seu Estado de residência, essa entidade terá um vínculo econômico efetivo com esse Estado e, portanto, terá direito aos benefícios previstos no acordo como qualquer outro residente desse Estado. Nesse caso, o argumento da quebra da reciprocidade perde força.

1.5.4 O ARGUMENTO DA PERTENÇA ECONÔMICA

O argumento da pertença econômica alega que o *treaty shopping* seria abusivo ou indesejável já que permite que um Estado obtenha o poder de tributar a renda sem que a fonte da renda tenha pertença econômica substancial com o Estado em questão. Argumenta-se que a alocação da tributação no âmbito dos acordos de bitributação é

---

[115] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 85.
[116] PIRES, Manuel. *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento.* Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984. p. 505-506.

baseada no princípio da pertença econômica, de forma que cabe ao Estado tributar as rendas que tenham conexão econômica com seu território. As estruturas de *treaty shopping*, ao resultarem na alocação do poder de tributar a um Estado que não detém essa conexão, violariam esse princípio.

A crítica que se coloca é que nem mesmo os economistas da Liga das Nações chegaram a um consenso sobre qual seria o nexo capaz de gerar pertença econômica nas transações internacionais, num momento histórico em que essas transações eram muito mais simples do que as atuais.[117]

De todo modo, nem toda prática de *treaty shopping* viola o princípio da aliança econômica. É evidente que, nas estruturas de *treaty shopping* em que se utilizam sociedades interpostas sem qualquer atividade econômica, esse princípio é violado, pois fica clara a inexistência de qualquer conexão entre a sociedade e o Estado signatário do acordo. Entretanto, nos casos em que a estrutura de *treaty shopping* envolva entidades com substância econômica, existe uma clara conexão econômica entre o Estado e a sociedade ali constituída. O argumento da pertença econômica não pode ser aplicado a todas as hipóteses de *treaty shopping*.

1.5.5 DESINCENTIVO À NEGOCIAÇÃO DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

Segundo esse argumento, a prática do *treaty shopping* criaria um desincentivo para a negociação de acordos de bitributação, pois, se terceiros Estados podem se valer dos benefícios acordados bilateralmente entre dois Estados sem conferir benefícios recíprocos aos residentes desses Estados, não há necessidade de celebração de acordos, ainda mais se existe a preocupação de a reciprocidade não ser equivalente.

De fato, embora outros fatores possam influenciar a celebração de um acordo de bitributação, o argumento de que o *treaty shopping* reduz o incentivo para a negociação dos acordos é válido, ainda mais nos casos em que os acordos são celebrados pela razão correta – manter a cooperação entre os Estados. Ainda que a bitributação possa ser evitada por medidas unilaterais, algumas vantagens só são concedidas por meio dos acordos de

[117] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 85.

bitributação, além das questões envolvendo troca de informações e assistência mútua, que também são reguladas por esses instrumentos.

O *treaty shopping* coloca os países que mantêm a cooperação em relação a seus compromissos fiscais numa posição de desvantagem, ao mesmo tempo em que a ausência de cooperação incentiva a criação de oportunidades para a prática da evasão fiscal. A prática do *treaty shopping*, pelas mesmas razões acima, pode resultar na denúncia de um acordo de bitributação.[118]

A despeito de esse argumento ser válido, no caso de estruturas de *treaty shopping* que envolvem entidades com substância econômica, os Estados não deveriam se sentir prejudicados com eventual desincentivo na celebração dos acordos, pois não existe prejuízo no aproveitamento dos benefícios pela entidade interposta com substância.

1.5.6 PERDA INDESEJÁVEL DE RECEITAS

No tocante ao argumento de que o *treaty shopping* causaria a perda indesejável de receitas fiscais, alega-se que as estruturas de *treaty shopping* expandem as relações bilaterais de um acordo, de forma que um acordo generoso com determinado Estado se transforma em um acordo generoso com diversos outros Estados, gerando um custo razoável para o Estado da fonte. Dado que os acordos são celebrados com base na premissa de que os benefícios concedidos pelo Estado da fonte serão compensados pela tributação no Estado da residência, alega-se, também, que a interferência de um terceiro Estado na relação resultaria na quebra dessa divisão das receitas fiscais.[119]

Entretanto, não é possível calcular com precisão os benefícios e os custos envolvidos na celebração de um acordo de bitributação. Em relação a um mesmo acordo, um determinado Estado pode atuar como Estado da fonte e da residência, de forma que determinar quais os custos e os benefícios obtidos com um acordo é uma tarefa bastante complexa. Alguns benefícios, tais como assistência mútua, não são passíveis de

---

[118] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Kluwer Law International, 2007. p. 86-87.

[119] AVI-YONAH, Reuven S., PANAYI, Christiana HJI. "Rethinking *Treaty shopping*: Lessons for the European Union". In. In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 7.

monetização. E na ausência de um sistema fiscal verdadeiramente neutro, é difícil calcular com precisão as distorções causadas pela prática do *treaty shopping.*[120]

Também, a premissa de que o *treaty shopping* necessariamente gera perda não é verdadeira, pois se o *treaty shopping* promove o incremento das atividades econômicas entre os Estados signatários e, portanto, o fluxo de recursos, o ganho econômico pode superar eventuais perdas incorridas pelo Estado da fonte. Esse não seria o caso das estruturas de *treaty shopping* puramente artificiais, que apenas têm como objetivo realocar a renda para países de tributação favorecida, mas, no caso de estruturas que envolvem real atividade econômica, a perda de receitas não pode ser presumida.[121]

1.6 CONCLUSÕES

A prática do *treaty shopping* não pode ser considerada como abusiva ou ilícita ou como um instrumento de evasão ou de elusão fiscal em todos os casos. Também não é cabível afirmar que todas as estruturas que envolvam a busca ou a escolha do melhor acordo por um residente de um terceiro Estados violam a reciprocidade ou causam a perda indesejável de receitas.

Em todos os casos acima, fica claro que o elemento diferenciador das estruturas de *treaty shopping* não abusivas é a presença da substância econômica, pois se entende que uma entidade embutida de substância teria conexão econômica suficiente com o Estado para promover os objetivos dos acordos e para afastar as objeções ao *treaty shopping* acima mencionadas.

Podemos citar a opinião de Qunfang Jiang, para quem as entidades com substância econômica estão fora do escopo do *treaty shopping*. A autora defende que essas entidades dificilmente praticam a elusão e a evasão fiscal e é comumente aceito que entidades, que possuem substância econômica efetiva, não se destinam ao *treaty shopping* abusivo.[122]

---

[120] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Kluwer Law International, 2007. p. 88.
[121] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Kluwer Law International, 2007. p. 88.
[122] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 140.

Reuven Avi-Yonah e Christiana HJI Panayi também entendem que a ausência de substância econômica é fundamental para caracterizar o *treaty shopping* abusivo. Os autores defendem que não é possível afirmar que toda estrutura de *treaty shopping* consiste em uma prática situada no campo da evasão ou da elusão fiscal. Nos casos em que a entidade interposta não detém nenhuma substância econômica e tem todas as suas atividades determinadas por outra sociedade e está localizada em uma jurisdição de tributação favorecida, fica claro que a estrutura tem características de evasão ou de elusão fiscal. Se a sociedade constituída tem substância econômica; desenvolve atividades por sua conta e risco e se sujeita à tributação em seu país de residência, a estrutura não pode ser ilícita.[123]

Luc de Broe et al., ao mencionarem os contra-argumentos aos argumentos contrários ao *treaty shopping*, defendem que essa prática não pode ser considerada abusiva em todos os casos, pois nem todas as estruturas são artificiais e desprovidas de substância. Conclui-se, assim, que os autores consideram que as estruturas providas de substância econômica não seriam abusivas.[124]

A própria OCDE, nas explicações iniciais sobre o Projeto BEPS conceitua o *treaty shopping* como as estratégias de que se valem os contribuintes para obter os benefícios previstos nos acordos por meio de sociedades que existem no papel, mas que não possuem ou possuem pouca substância.[125]

É necessário, portanto, analisar se é possível definir um conceito de substância econômica e se esse conceito, de fato, tem sido adotado nas regras da Convenção Modelo da OCDE, tanto em relação às regras de definição do escopo pessoal, como nas regras de combate ao *treaty shopping*.

---

[123] AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana Hiji. "Rethinking Treaty shopping Lessons for the European Union". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 4-8.

[124] DE BROE, Luc; GOYETTE, Nathalie; MARTIN, Philippe; ROHATGI, Roy; WEEGHEL, Stef van; WEST, Phil. "*T*ax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions". In. *Bulletin for International Taxation.* Volume 65. No. 7. Journals IBFD, 2011. p. 383.

[125] "*Treaty shopping" generally refers to arrangements through which a person who is not a resident of one of the two States that concluded a tax treaty may attempt to obtain benefits that the treaty grants to residents of these States. These strategies are often implemented by establishing companies in States with desirable tax treaties that are often qualified as "letterboxes" "shell companies" or "conduits" because these companies exist on paper but have no or hardly any substance in reality. It can be addressed through changes to bilateral tax treaties in line with the minimum standard agreed in the context of the BEPS Project*". Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>. Acesso em 05.01.2016.

CAPÍTULO II – O CONCEITO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

2.1 INTRODUÇÃO

Conforme veremos a seguir, no contexto das normas fiscais, o conceito de substância econômica tem um sentido amplo e indefinido. Embora o termo seja frequentemente citado pela doutrina como um elemento essencial no combate à evasão e à elusão fiscal, não encontramos uma definição precisa do que se entende por substância econômica.

Segundo o Dicionário Houaiss da Língua portuguesa, o vocábulo substância, dentre outros significados, exprime "*o que subsiste por si mesmo ou independentemente de todo acidente determinado; o conteúdo de algo; característica verdadeira, realidade; conjunto de ideias, dos conhecimentos, dos sentimentos que se consideram a essência do caráter e do espírito de uma pessoa; ideia principal, sentindo intrínseco de escrito, ato, negócio, etc.; essência* ".[126]

Similarmente ao significado do vocábulo, em matéria fiscal, a substância econômica tem relação com todos os elementos que permitem avaliar se uma transação ou uma sociedade é um negócio ou uma sociedade com existência real do ponto de vista econômico, cuja essência ou sentido econômico corresponde ao ato ou ao negócio escrito.

Pode-se afirmar que o termo substância econômica, no contexto de um instrumento contra o planejamento tributário abusivo, surgiu nos Estados Unidos. No país, o termo é utilizado para expressar a doutrina da substância econômica, doutrina antielusiva desenvolvida pelas cortes judiciais do país conjuntamente com diversas outras teorias – substância sobre a forma, propósito negocial, simulação, transação por etapas, dentre outras. [127] Em 2010, conforme se verá, a doutrina da substância econômica foi codificada pelo Direito positivo daquele país, com o objetivo de promover uma uniformização na aplicação das medidas de combate ao planejamento tributário abusivo.[128] Mesmo nos

[126] HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* p. 2628.
[127] BANKMAN, Joseph. "The Economic Substance Doctrine". In. *Southern California Law Review.* Volume 74. No. 5. Los Angeles: University of Southern California, 2000. p. 5.
[128] FRISKE, Karyn Bybee; COOLEY, M. Karen; PULLIAM, Darlene. "Economic Substance Codification: Clarification or Convolution". In. *Practical Tax Strategies*. Carrollton: Thomson Reuters, 2010. p. 260.

Estados Unidos, encontramos dificuldade de atribuir uma concepção uniforme ao conceito de substância econômica.

Para Andreas Perdelwitz, a definição de substância econômica só se torna possível quando consideramos a expressão como um conceito limite para excluir certas situações, como, por exemplo, as sociedades *letter box*, constituídas com o único objetivo de obter benefícios fiscais. Ela é um instrumento para conter o abuso. As condições necessárias, capazes de validar se uma transação possui substância econômica, ainda não são claras.[129]

Na França, advertem Eric Robert e Driss Tof, substância tem o sentido antônimo do termo "artificial": a ausência de substância consiste em um fator determinante para caracterizar a artificialidade. Uma estrutura não tem substância se ela está baseada em um acordo artificial, que não se justifica por nenhuma razão econômica. Ela é um instrumento para conter o abuso.[130]

Um exemplo dado por corte de apelação do Reino Unido endereça a questão de maneira bastante clara: a transação não tem substância econômica se não passa de um jogo ou de uma encenação, reconhecido por quatro regras. Em primeiro lugar, a atuação é planejada. Em segundo lugar, há troca e circulação de dinheiro e de documentos. Em terceiro lugar, o dinheiro retorna ao fim da transação. Em quarto lugar, a posição financeira dos atores é a mesma do começo do jogo, com exceção das despesas pagas pelos serviços dos atores contratados. O objetivo da *performance* é criar uma ilusão de que algo aconteceu; de que Hamlet foi morto e que Bottom se transformou em um burro. A partir desse jogo, o contribuinte solicita a aplicação de determinado benefício fiscal à transação encenada, como se algo tivesse acontecido.[131]

---

[129] PERDELWITZ, Andreas. "Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures.* Online Books IBFD, 2015. p. 11.

[130] ROBERT, Eric; TOF, Driss. "The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market". In. *European Taxation Journal*. Volume 51. No. 11. Amsterdam: IBFD, 2011. p. 437.

[131] No original: *The game is recognisable by four rules. First, the play is devised and scripted prior to the performance. Secondly, real money and real documents are circulated and exchanged. Thirdly, the money is returned by the end as it was in the beginning save that the taxpayer in the course of the performance pays the hired actor for their services. The object of the performance is to create the illusion that something has happened, that Hamlet has been killed and that Bottom did don an asses head so that tax advantage can be claimed as if something had happened*. Caso Ramsay, UK Court of Appeal. Citado por: BULLEN, Andreas. *Arm's length Transaction Structures - Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing.* Chapter 17. Online Books IBFD, 2011. p. 5.

Jinyan Li adverte que, na maioria dos negócios e das transações, a realidade é definida a partir dos direitos e dos deveres da lei civil. A substância legal e a substância econômica da transação são consistentes. Contudo, nos negócios que envolvem estruturas de planejamento tributário desenhadas para evitar a imposição fiscal, regra geral, existe uma dissociação entre a substância legal e a substância econômica da transação. A análise da substância legal envolve determinar se a estrutura legal adotada pelo contribuinte para uma determinada transação ou de um negócio é consistente com os direitos e as obrigações contidos nos documentos que evidenciam ou suportam a referida transação. Já na análise da substância econômica, investiga-se se os fatos estão de acordo com o contrato, com a posição econômica do contribuinte e se o resultado da transação foi capaz de alterar essa posição, desconsiderada a economia fiscal.[132]

Andreas Bullen, ao examinar o conceito de substância econômica em algumas jurisdições, explica que, embora o significado do termo não seja totalmente claro, um denominador comum pode ser identificado nas mais variadas conceituações, pelo menos na perspectiva de substância econômica como um instrumento antiabuso: se a transação não altera a situação econômica do contribuinte de forma significativa, desconsiderada a vantagem fiscal, então a transação não tem substância econômica.[133]

O conceito de substância econômica é um dos pilares do BEPS, sendo endereçado principalmente na Ação nº 5 e nº 6. A OCDE ressalta que o objetivo das medidas do projeto é realinhar a tributação com a substancia econômica e, sem causa dupla tributação dos rendimentos.[134] A despeito dessa importância, não é possível encontrar nenhuma definição do que se entende por substância econômica no Projeto BEPS. Pode-se inferir que, na perspectiva do Projeto, substância econômica significa primordialmente presença de atividade econômica ou comercial ou a criação de valor. Em relação à aplicação dos acordos de bitributação, objeto do presente estudo, considerando que o BEPS visa limitar ou eliminar os espaços existentes nos acordos de tributação, alinhando a tributação das transações e das pessoas com a substância econômica, infere-se que

---

[132] LI, Jinyan. ""Economic Substance": Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance". In. *Canadian Tax Journal.* Volume 54. No. 1. 2006. p. 43

[133] BULLEN, Andreas. *Arm's length Transaction Structures - Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Chapter 17. Online Books IBFD, 2011. p. 5.

[134] Cf. BEPS - Frequently Asked Questions. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>. Acesso em 05.01.2016.

identificar a substância econômica significa identificar qual seria e onde se daria a real atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.[135]

2.2 ORIGEM DA DOUTRINA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

Conforme acima mencionado, a substância econômica foi primordialmente desenvolvida nos Estados Unidos. Entende-se que a doutrina nasceu a partir do precedente jurisprudencial *Gregory v. Helvering*, de 1935.[136] O caso versa sobre uma reorganização societária que tinha como único objetivo evitar a tributação do imposto de renda da pessoa física.

A Sra. Evelyn F. Gregory detinha a totalidade das ações da United Mortgage Corporation que, por sua vez, detinha a totalidade das ações da Monitor Securities Corporation. A Sra. Gregory desejava alienar as ações da Monitor Securities Corporation com o menor impacto fiscal possível. Para tanto, era necessário transferir a propriedade das ações da Monitor Securities Corporation para a Sra. Gregory sem a incidência do imposto de renda da pessoa física que seria devido caso essas ações fossem transferidas como pagamento de dividendos pela United Mortgage Corporation. Foi constituída uma nova sociedade, a Averill Corporation. Em seguida, a United Mortgage Corporation transferiu as ações da Monitor Securities Corporation para a Averill Corporation em troca das ações da primeira. Após seis dias da constituição da Averill Corporation, essa sociedade foi liquidada e, na apuração de haveres, as ações da Monitor Securities Corporation foram distribuídas para a Sra. Gregory, que as alienou. Uma vez que as ações da Monitor Securities Corporation teriam sido entregues para a Sra. Gregory em razão de uma reorganização societária, a distribuição ficou livre de tributação.

Na análise da operação, o agente fiscal, Sr. Helvering, entendeu que, embora os requisitos legais tivessem sido atendidos, a criação da Averill Corporation não tinha substância econômica, devendo assim ser desconsiderada, de forma que a transferência das

---

[135] STEWART, Miranda. "Abuse and Economic Substance in a Digital BEPS World". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 6/7. Amsterdam: Journals IBFD, 2015. p. 399.

[136] Joseph Bankman adverte que a doutrina da substância econômica tem origem nos casos Frank Lyon Co. v. United States, Knetsch v. United States, Gregory v. Henvering and Goldstein v. Commissioner e mais recentemente foi discutida nos casos Lerman v. Commissioner, Horn v. Commissioner, Kirchman v. Commissioner, Rose v. Commissioner e Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner. BANKMAN, Joseph. "The Economic Substance Doctrine". In. *Southern California Law Review*. Volume 74: 5. Los Angeles: University of Southern California, 2000. p. 7-8.

ações da Monitor Securities Corporation para a Sra. Gregory deveria ser tratada como uma distribuição de dividendos da United Mortgage Corporation, sendo assim tributada.

No julgamento, a Suprema Corte norte-americana reconheceu o direito legítimo dos contribuintes à economia de tributos, uma vez que não haveria um dever constitucional de pagar o maior imposto possível. Contudo, esse direito estaria disponível às operações legítimas, assim consideradas como as operações suportadas por um motivo negocial e não pela mera intenção de reduzir a carga tributária. É o que podemos extrair da seguinte passagem:

> (…) *Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose--a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner*.[137]

Instituiu-se, assim, a regra do *business purpose* no Direito norte-americano para diferenciar as operações que teriam um objetivo comercial válido e as operações construídas artificialmente com o objetivo de elidir a imposição fiscal. Segundo essa decisão, uma operação que resultasse em economia fiscal só seria legítima se suportada por um motivo negocial e não pela mera intenção de reduzir a tributação.

Após a decisão, diversos outros casos discutiram o conceito e o alcance do termo substância econômica, embora a doutrina não tenha sido aplicada de maneira uniforme pelas cortes judiciais. Tendo em vista a existência de doutrinas correlatas à teoria da substância econômica – doutrina da substância sobre a forma, a doutrina das *step transactions*, a doutrina da simulação e a própria doutrina do propósito negocial ou *business purpose* – a questão se tornou ainda mais controversa.

Rachel Anne Tooma argumenta que, mesmo a doutrina da substância econômica tendo como origem histórica o caso *Gregory v. Helvering*, a versão moderna dessa doutrina baseia-se no caso *ACM Partnership v. Commissioner* de 1997.[138] O caso envolve

[137] Disponível em: < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/case.html>. Acesso em 10.01.2016.
[138] TOOMA, Rachel Anne. "*Legislating Against Tax Avoidance*". Chapter 3. Online Books IBFD, 2011. p. 6.

a formação de uma *partnership* por três sociedades, a Colgate-Palmolive Co. (17%), a Merrill Lynch & Co., Inc. (0,3%) e uma sociedade estrangeira (82,6%). A *partnership* adquiriu títulos no valor aproximado de US$205 milhões e, em seguida, os alienou para um terceiro em troca de US$140 milhões em dinheiro à vista e aproximadamente US$35 milhões a prazo, pagos por meio da emissão de notas com vencimento em 6 anos. A compra e venda resultou em um ganho de capital apurado pela *partnership*. Tendo em vista que a sociedade estrangeira detinha 82.6% de participação na *partnership*, a maior parte do ganho auferido pela *partnership* não se sujeitou à tributação nos Estados Unidos.

Após a compra e venda, a sociedade estrangeira resgatou sua participação na *partnership*, de forma que a Colgate-Palmolive Co. passou a deter 99% da participação. A *partnership*, então, vendeu as notas promissórias recebidas pelo pagamento a prazo da venda dos títulos com perda, a qual foi utilizada pela Colgate-Palmolive Co. para compensar o seu imposto devido no ano.

A Receita Federal americana glosou a compensação efetuada pela Colgate-Palmolive Co. com base no argumento de que a transação tinha sido efetuada apenas para reduzir a tributação e não tinha substância econômica. Na análise da questão, a Corte americana decidiu que a chave para determinar se uma transação possui substância econômica é determinar se a operação foi celebrada mediante um propósito extrafiscal condizente com a conduta do contribuinte e útil em função de suas intenções e da operação realizada. A transação seria válida se houvesse uma expectativa razoável de benefícios não fiscais compatíveis com os custos empreendidos para a realização da operação. No caso, o tribunal entendeu que não seria razoável esperar algum lucro, antes dos impostos, proveniente da *partnership*.[139]

No ordenamento jurídico americano, portanto, a substância econômica é analisada a partir de dois critérios: (i) critério subjetivo que visa analisar se o contribuinte possui um propósito negocial para a transação, o chamado *business purposes test* e (ii) critério objetivo, que procura analisar se a substância têm substância econômica.[140]

---

[139] BANKMAN, Joseph. "The Economic Substance Doctrine". In. *Southern California Law Review*. Volume 74. No. 5. Los Angeles: University of Southern California, 2000. p. 8 e seguintes.
[140] LEDERMAN, Leandra. "W(h)ither Economic Substance?". In. *Iowa Law Review*. Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 391.

O primeiro consiste na análise da transação do ponto de vista subjetivo. Busca-se verificar se o contribuinte possui um propósito negocial legítimo para realizar determinado negócio. Segundo o *business purpose test*, o contribuinte deve demonstrar a existência de motivação, principal ou dominante, comercial ou econômica para a realização da transação, além da economia fiscal.[141]

A questão que se coloca é definir em que consiste um propósito negocial válido. A despeito da ausência de uniformidade, a jurisprudência americana gradualmente desenvolveu alguns elementos e padrões que podem ser considerados como indicadores da existência de propósito negocial.

O propósito relacionado à obtenção de lucros (*profit-seeking purpose)* é entendido como o indicador mais significativo da existência de racionalidade econômica. Caso seja demonstrado que uma transação foi celebrada com o objetivo de obter lucros, resta atendido o critério subjetivo exigido para a verificação da existência de substância econômica. Alguns julgados consideram que, caso os lucros, ainda que potenciais, sejam insignificantes perante a redução fiscal pretendida, a alegação de propósito negocial não se sustenta. Existem, todavia, outros indicadores da existência de *business purpose*, tais como benefícios comerciais, obtenção de capital, melhora de indicadores econômicos, atendimento de questões regulatórias, dentre outros.[142]

O segundo critério da análise de substância econômica parte de uma visão objetiva da transação e visa verificar se a transação tem existência econômica efetiva além das consequências fiscais. Regra geral, o critério da substância econômica foca na análise da mudança da posição econômica do contribuinte como resultado da transação efetuada. O seu conteúdo deu origem a quatro correntes divergentes.

De acordo com a primeira corrente, a substância econômica é determinada a partir de uma avaliação objetiva da mudança na posição econômica do contribuinte além da economia fiscal. A transação pode ser validada à medida que a transação altera significativamente a posição econômica do contribuinte, excluído o efeito econômico

---

[141] BANKMAN, Joseph. "The Economic Substance Doctrine". In. *Southern California Law Review.* Volume 74. No. 5. Los Angeles: University of Southern California, 2000. p. 27.

[142] LI, Jinyan. ""Economic Substance": Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance". In. *Canadian Tax Journal.* Volume 54. No. 1. 2006. p. 46.

causado pela redução da tributação. Se o contribuinte obtém perda ou ganho significativos na transação, resta atendido o critério objetivo.[143]

A segunda corrente, por sua vez, defende que não basta a alteração da posição do contribuinte, devendo a mudança resultar em benefício ao contribuinte. Entende-se que o teste da substância econômica exige que o contribuinte aufira um lucro mínimo ou outra espécie de benefício econômico, desconsiderada a redução das despesas com tributos, ainda que o lucro ou o benefício seja reduzido em comparação com a economia fiscal obtida. Transações que resultam em perda ou prejuízo não atenderiam o critério objetivo.[144]

A terceira visão parte do pressuposto de que a transação deve ser celebrada na expectativa de obtenção de lucros e não qualquer benefício econômico. Essa corrente pode ser entendida como mais restritiva em comparação com as anteriores, pois exige a existência de benefício econômico traduzido na forma de lucro, ao menos potencial. Se o contribuinte obtém outros benefícios econômicos, esse fato é desconsiderado.[145]

Finalmente, a quarta corrente defende que o critério da substância econômica exige um comparativo entre os lucros obtidos na transação, desconsiderado o impacto dos impostos, e a economia fiscal propriamente dita. A despeito de essa análise não exigir que o lucro seja superior ao benefício fiscal, pressupõe-se que o lucro não seja imaterial em comparação com a economia obtida.[146]

Ainda acerca do critério objetivo da doutrina da substância econômica, críticas podem ser feitas a esse teste. Em primeiro lugar, argumenta-se que não é razoável exigir lucro substancial para validar uma transação, tendo em vista que muitas transações, ainda que sem qualquer viés fiscal, não geram qualquer lucro. Entretanto, esse teste é facilmente manipulável, pois se pode inserir algum lucro, inclusive expectativa de lucro, em uma determinada transação, sem que isso signifique que a transação tem substância econômica. Argumenta-se assim que o critério da substância econômica, assim como o critério do

[143] LEDERMAN, Leandra. "W(h)ither Economic Substance?". In. *Iowa Law Review.* Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 435.
[144] LEDERMAN, Leandra. "W(h)ither Economic Substance?". In. *Iowa Law Review.* Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 436.
[145] LEDERMAN, Leandra. "W(h)ither Economic Substance?". In. *Iowa Law Review.* Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 436.
[146] LEDERMAN, Leandra. "W(h)ither Economic Substance?". In. *Iowa Law Review.* Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 436.

propósito negocial, é insuficiente para distinguir os casos de abuso das transações legítimas.[147]

Alvin Warren critica a exigência de obtenção de lucros antes dos impostos, pois essa envolve um dilema inerente: ou esse requisito é arbitrário ou é incoerente. Isso porque se se exige qualquer lucro, ainda que mínimo, o requisito é arbitrário, porque a obtenção de um lucro trivial validaria uma transação, ainda que essa tivesse sido celebrada com o único objetivo de obter benefícios fiscais, ao passo que a geração de uma pequena perda invalidaria a mesma transação. Se se exige um lucro não trivial, o contribuinte teria que calcular o montante de lucro obtido no mercado, caso a transação não fosse impactada pelo benefício fiscal. Essa posição é incoerente, pois ignora que o mercado sempre considera o impacto fiscal na determinação dos preços. Uma posição intermediária, que exigisse um lucro razoável, também seria baseada em um critério arbitrário.[148]

A relação existente entre o critério subjetivo e o critério objetivo também é controversa, tendo gerado diversas correntes. A corrente majoritária, que defende o chamado *conjunctive test*, entende que os dois critérios devem ser necessariamente aplicados, de forma que, se a transação não tem propósito negocial ou não atende o aspecto objetivo, então a transação não possui substância econômica e seus efeitos fiscais devem ser desconsiderados. Também não há consenso sobre a ordem de aplicação dos testes, existindo julgados que defendem a aplicação inicial do teste objetivo e outros que consideram o teste subjetivo antes do teste objetivo.[149]

Uma segunda corrente defende a aplicação inicial ou exclusiva do teste objetivo na análise da substância econômica das transações. Segundo seus defensores, as questões subjetivas dos contribuintes não deveriam ser levadas em consideração, mas sim as objetivas, para determinar se o contribuinte tinha ou não a expectativa de obter um lucro econômico na transação em questão.[150] Essa inclusive é a posição do tesouro americano

---

[147] LEDERMAN, Leandra. "W(h)ither Economic Substance?". In. *Iowa Law Review*. Volume 95. No. 2. Iowa City: Iowa Law Review, 2010. p. 437-438.
[148] WARREN, Alvin. "The Requirement of Economic Profit in Tax Motivated Transactions". In. *Taxes – The Tax Magazine*. Volume 59. No. 12. Riverwoods: CCH Incorporated, 1981. p. 985.
[149] KEINAM, Yoram. "The Many Faces of the Economic Substance's Two-Prong Test: Time for Reconciliation?". In. *NYU Journal of Law & Business*. No. 371. New York: New York University School of Law, 2005. p. 400.
[150] KEINAM, Yoram. "The Many Faces of the Economic Substance's Two-Prong Test: Time for Reconciliation?". In. *NYU Journal of Law & Business*. No. 371. New York: New York University School of Law, 2005. p. 403.

que, no Relatório que propõe a definição do conceito de substância econômica, manifesta entendimento de que a aplicação do teste subjetivo seria inadequada. O tesouro alega que as sociedades empresárias existem para gerar lucro e, portanto, presumidamente devem satisfazer o teste que demanda uma expectativa de lucro, ainda que essa expectativa não seja razoável. Permitir que as companhias celebrem transações com expectativa de lucros não razoáveis resulta na permissão de celebração de transações com propósito exclusivamente fiscal.[151]

Uma terceira corrente defende a aplicação do *disjunctive test*, segundo o qual uma transação possui substância econômica se observar um dos dois critérios, o subjetivo ou o objetivo. A existência de substância econômica ou de propósito negocial legítimo já seria suficiente para validar uma transação.[152]

Uma quarta corrente, denominada *unitary analysis*, defende a inexistência de uma real distinção entre os critérios objetivo e subjetivo, uma vez que os dois critérios estabelecem a necessidade de uma análise para além da forma de uma transação. Como regra, a *unitary analysis* resulta na aplicação dos dois critérios de forma conjunta e global. Essa corrente permite que seja sopesada a importância de cada um dos critérios, sendo possível ignorar um deles, se os fatos assim indicarem.[153]

A doutrina da substância econômica foi codificada no ordenamento jurídico americano, com a publicação do artigo 7701(o) do Código Tributário Americano, com o objetivo de solucionar as controvérsias acima, ao estabelecer como deveriam ser aplicados os critérios objetivo e subjetivo e optar pela perspectiva conjuntiva. A norma, contudo, não soluciona todas as controvérsias existentes, pois não estabeleceu uma regra específica sobre o momento em que essa doutrina deve ser aplicada, mas apenas forneceu instrumentos para sua aplicação.[154] A codificação da doutrina da substância econômica

---

[151] Disponível em <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-Corporate-Tax-Shelters-1999.pdf>. Acesso em 29.07.2016.

[152] KEINAM, Yoram. "The Many Faces of the Economic Substance's Two-Prong Test: Time for Reconciliation?". In. *NYU Journal of Law & Business*. No. 371. New York: New York University School of Law, 2005. p. 407.

[153] KEINAM, Yoram. "The Many Faces of the Economic Substance's Two-Prong Test: Time for Reconciliation?". In. *NYU Journal of Law & Business*. No. 371. New York: New York University School of Law, 2005. p. 416.

[154] MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. "Chapter 38: United States". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.1-2.

será descrita de forma pormenorizada no próximo capítulo, ocasião em que analisaremos as cláusulas gerais antielusivas existentes no ordenamento jurídico americano.

2.3 ELEMENTOS INDICATIVOS DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

Conforme apontado no capítulo anterior, no contexto da aplicação dos acordos de bitributação, o tema da substância econômica é bastante relevante. Entende-se que uma pessoa jurídica beneficiária de um acordo de bitributação, ainda que interposta por um residente de um terceiro Estado, mas que seja dotada de substância econômica é beneficiária legítima desse acordo afastando, portanto, a alegação de que sua interposição seria uma estrutura de *treaty shopping* abusivo.

Conforme mencionado acima, o significado e o alcance da substância econômica ainda não são inteiramente claros. O único ordenamento, no qual se encontra uma definição do que entende por substância econômica é o ordenamento jurídico americano. Nos Estados Unidos, entende-se que uma estrutura ou uma transação é dotada de substância econômica se a transação foi celebrada com propósito negocial e se a transação é capaz de provocar uma alteração significativa da posição econômica do contribuinte, descontada a alteração provocada pela redução fiscal. A definição, contudo, não foi capaz de afastar as discussões sobre o alcance dos critérios exigidos, o que demonstra como o tema é controverso.

A dificuldade de conceituação do que se entende por substância econômica é acompanhada da dificuldade de definição de quais seriam os elementos hábeis a identificar que uma pessoa jurídica tem substância econômica. A partir da pesquisa efetuada, verifica-se que esses elementos variam conforme o ordenamento jurídico estudado e conforme o objetivo da legislação em questão.

Para os fins do presente estudo, considerando que o objetivo é analisar o conceito de substância econômica para fins de aplicação dos acordos de bitributação, iremos analisar os elementos indicativos da presença de substância econômica nas regras que determinam a residência de uma sociedade, com base nas regras da Convenção Modelo da OCDE.

A questão da substância econômica também tem sido discutida em regras que visam determinar a residência de sociedades *holding*. Alguns países têm estabelecido critérios específicos para determinar se esse tipo específico de sociedade tem ou não substância econômica. Embora o presente estudo tenha base na Convenção Modelo da OCDE e as regras de residência das sociedades *holding* sejam provenientes da legislação doméstica, a análise é importante, porque essas sociedades são frequentemente utilizadas em estruturas de planejamento tributário internacional.

Ainda no contexto dos acordos de bitributação, a questão da substância econômica aparece nas regras de *transfer pricing*. A despeito de a substância econômica das transações não ser o objeto específico desse trabalho, as regras do *OECD Guidelines* listam elementos indicativos de substância econômica que também podem ser adotados para análise das pessoas jurídicas.

2.3.1 Elementos indicativos da presença de substância econômica nas regras de determinação de residência

Conforme estudado no capítulo I, o artigo 4, parágrafo 1º da Convenção Modelo da OCDE dispõe que a expressão "*residente em um Estado contratante*" se refere à pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado, segundo a legislação local, em virtude do domicílio, residência, local de administração ou outro critério de natureza similar.

O domicílio é comumente utilizado como um elemento de conexão das pessoas físicas e corresponde ao local onde a pessoa resida em caráter permanente com o ânimo definitivo de ali permanecer (*animus manendi*). O conceito de residência, por sua vez, corresponde ao local onde a pessoa resida ou permaneça em caráter habitual. Os sistemas que se limitam a exigir a permanência física no local, fixando certa duração para que a estadia se converta em residência, adotam uma concepção objetivista da residência. Determinados sistemas vão além, exigindo a intenção do sujeito se tornar residente (*animus*), característica da concepção subjetivista.[155]

Regra geral, a residência das pessoas físicas é determinada com base nos fatos e nas circunstâncias; a partir da presença física no território por um período determinado, mas

[155] XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 252-254.

também pode ser definida por critérios subjetivos, capazes de demonstrar o *animus* de ali permanecer; os interesses pessoais e econômicos da pessoa física com o Estado.[156]

Em relação à residência das pessoas jurídicas, objeto do presente estudo, a questão é mais complexa uma vez que a residência não pode ser determinada do elemento subjetivo da entidade. Torna-se, assim, necessário basear a residência em outros fatores, que sejam capazes de indicar a conexão existente entre a pessoa jurídica e o Estado.

Andreas Perdelwitz aponta que a maioria dos países adota os critérios referentes ao local de constituição e ao local da administração para determinar a residência, ao passo que alguns países aceitam qualquer um dos dois critérios para que uma empresa seja considerada residente. O local da constituição é o critério adotado pela maioria dos países e consiste em um nexo bastante formal, que nada tem a ver com o conceito de substância econômica.[157]

A vantagem do critério formal é que sua aplicação é simples. Tal critério não leva em conta o princípio da pertença econômica e permite o uso dos acordos por terceiros, ainda que esse não seja o desejo dos Estados contratantes.[158]

Sobre a questão, o *International Transfer Pricing Journal* publicou uma série de artigos para analisar o alcance e as dificuldades na aplicação do conceito de substância em matéria de tributação internacional. O jornal ressaltou que, ainda que a exigência de substância não seja um tema novo, o foco sobre o conceito tem aumentado bastante, ainda mais com a publicação do Projeto BEPS, o qual pretende alterar esse conceito tanto nas normas domésticas, quanto nos acordos de bitributação. Nessa pesquisa, a análise do conceito de substância foi efetuada em relação aos países Austrália,[159] Bélgica,[160-161]

---

[156] As discussões acerca da definição e do alcance do domicílio das pessoas físicas fogem do escopo do presente trabalho. Para mais informações sobre essas questões, vide: SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 169 e seguintes.

[157] PERDELWITZ, Andreas. "Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures.* Online Books IBFD, 2015. p. 14.

[158] 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. 42.

[159] TORYANIK, Tom. "The Concept of Substance in International Taxation". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 6. Journals IBFD, 2014. p. 439.

[160] VERLIDEN, Isabel. ABELSHAUSEN, Karl. GEBOERS, Tamara. "The Concept of Substance in International Taxation". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 5. Journals IBFD, 2014. p. 357-359.

Canadá[162] e Reino Unido.[163] A partir dos relatos publicados, é possível concluir que, embora esses países também adotem critérios de substância, tais como o desenvolvimento de negócios na Austrália ou a administração central no Reino Unido, o fato é que o local de constituição é tido como suficiente para determinar a residência das sociedades nesses países.

Ricardo Silveira, em sua obra, também apresenta os critérios de definição de residência em outras jurisdições e, a partir da pesquisa efetuada, conclui que o critério formal do local de constituição ainda é adotado por diversos países.[164]

A questão da substância econômica tem sido discutida em diversas jurisdições e, embora, nos últimos anos, os esforços para combater arranjos artificiais baseados na ausência de substância econômica tenham se intensificado, o que se verifica é que a

---

[161] No relatório da Bélgica, os autores mencionam que autoridades fiscais do país têm listado diversos fatores para determinar a substância econômica das sociedades. Nesse caso, é possível verificar que não se tratam de critérios para determinar a residência da sociedade, mas critérios gerais de substância econômica. Considera-se que uma sociedade tem substância econômica na Bélgica se presentes os seguintes critérios: (i) decisões tomadas por profissionais seniores localizados na Bélgica, como, por exemplo, o Conselho de administração (de preferência composto por diretores residentes na Bélgica) que realizem reuniões regulares, com presença física, na Bélgica. A regularidade deve ser analisada de acordo com as necessidades operacionais da companhia; (ii) decisões estratégicas de longo prazo acerca dos negócios da companhia tomadas pelo Conselho de administração, tais como decisões de investimentos, de gerenciamento dos dividendos, dentre outros. Eventuais comunicações da matriz localizada em outra jurisdição devem consistir em questões gerais e não em instruções específicas; (iii) para o processo de tomada de decisão, os diretores devem possuir conhecimento suficiente para o exercício da função. Os processos de avaliação e de decisão devem efetivamente ser desenvolvidos e concluídos na Bélgica e os membros do Conselho belga devem ter o mesmo nível de autoridade dos diretores estrangeiros; (iv) as questões operacionais (decisões administrativas, negociação e assinatura de contratos, gerenciamento do risco da atividade, decisões sobre investimentos e financiamentos) devem ser administradas por pessoal qualificado. O *staff* deve possuir *expertise* e autoridade para gerenciar o negócio; (v) o número e a expertise dos empregados devem ser compatíveis com as atividades desenvolvidas pela empresa belga. A expertise tem relação com a qualificação e com a experiência do staff; (vi) a empresa deve ter endereço na Bélgica e deve ser registrada nos órgãos necessários; (vii) existência de contas bancárias principais na Bélgica. Administração, registros contábeis, livros e registros devem ser arquivados na Bélgica. A empresa também deve entregar todas as obrigações acessórias exigidas; e (viii) todas as correspondências referentes às atividades da companhia devem ser endereçadas à empresa residente na Bélgica. Analisa-se ainda se a correspondência eletrônica é feita a partir dos e-mails da empresa. VERLIDEN, Isabel. ABELSHAUSEN, Karl. GEBOERS, Tamara. "The Concept of Substance in International Taxation". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 5. Journals IBFD, 2014. p. 357-358.

[162] WILKIE, J. Scott. "The Concept of Substance in International Taxation". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 5. Journals IBFD, 2014. p. 363-364.

[163] HAWKES, Jonathan. "The Concept of Substance in International Taxation". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 5. Journals IBFD, 2014. p. 368-369.

[164] SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 142.

maioria dos países continua a adotar critérios formais para determinar a residência das sociedades e impor sua pretensão impositiva.[165]

Parte da doutrina alega que a questão da substância econômica aparece na aplicação das regras de desempate, as chamadas *tie-breaker rules*, do artigo 4, parágrafo 3º da Convenção Modelo, que tem como objetivo definir, numa situação de dupla residência, qual das residências deverá prevalecer para efeitos tributários.[166]

Os conflitos de dupla residência envolvendo pessoas que não sejam indivíduos - sociedades e grupos de pessoas podem surgir, por exemplo, no caso de uma sociedade ser constituída segundo as leis de um determinado Estado, mas que tenha o local de sua administração em outro Estado. Se o primeiro Estado adotar o local de constituição como fator determinante para a residência e o segundo Estado adotar o local da administração, a sociedade em questão será considerada residente em ambos os Estados. Os Comentários à Convenção Modelo da OCDE estabelecem que regras especiais devem regulamentar a questão.[167]

Dispõe o artigo 4, parágrafo 3º da Convenção Modelo que, se uma sociedade é considerada residente nos dois Estados contratantes, a questão deve ser resolvida em favor do Estado no qual se dá sua administração efetiva.[168] As autoridades fiscais podem questionar a residência de uma determinada sociedade e, consequentemente, negar os benefícios de um acordo com base no argumento de que, se a sociedade é efetivamente administrada por residentes de outro Estado contratante, então essa sociedade não pode ser considerada como residente no Estado em questão.

O critério da administração efetiva parece ser bastante conexo com a ideia de substância econômica, pois é o local onde são tomadas as decisões chaves necessárias para o exercício das atividades da sociedade. O objetivo da análise é identificar o local onde a

---

[165] PERDELWITZ, Andreas. "Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures.* Online Books IBFD, 2015. p. 15.

[166] PERDELWITZ, Andreas. "Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures.* Online Books IBFD, 2015. p. 16.

[167] Cf. Comentários ao artigo 4º da Convenção Modelo da OCDE, parágrafo 21.

[168] No original: "*3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated*."

sociedade é administrada, pois se entende que esse é o local onde são gerados os lucros. Entretanto, não basta que as reuniões da administração sejam tomadas em determinado local físico para que se alegue que esse é o local da administração efetiva, se outros elementos que indiquem o exercício do objeto social da sociedade não suportam a conclusão de que naquele local são desenvolvidas as atividades da sociedade.

A Convenção Modelo da OCDE não oferece grandes considerações sobre o alcance da expressão a despeito de ter incluído, a partir de 2000, uma referência ao conceito nos Comentários ao artigo 4º.[169] A redação atual do parágrafo 24 do artigo 4º dispõe que o local da administração efetiva é o lugar onde as decisões-chave gerenciais e comerciais, necessárias para a condução dos negócios da entidade como um todo, são tomadas em substância. Segundo os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, todos os fatos e as circunstâncias devem ser examinados para determinar o lugar da administração efetiva e, ainda que a entidade possa ter mais de um lugar de administração efetiva, a entidade só pode ter um lugar de administração de cada vez.[170]

A versão anterior a 2008 dos Comentários à Convenção Modelo dispunha que local da administração efetiva será normalmente o lugar onde as pessoas ou o grupo de pessoas mais seniores (por exemplo, o Conselho de administração) se reúnem para tomar decisões, o local onde as ações em relação à entidade são tomadas como um todo. Contudo, por se tratar de uma questão de fato, outros fatores deveriam ser considerados. Nos Comentários à Convenção Modelo de 2008, no entanto, o trecho acima foi excluído, pois se entendeu que o comentário dava prioridade de forma indevida ao lugar onde ocorriam as reuniões da diretoria ou do Conselho de administração, fator que poderia ser facilmente manipulável.

---

[169] Alguns Estados adotam o critério de administração efetiva para determinar a residência e, por essa razão, parte da doutrina entende que o conceito adotado pela legislação interna desses países poderia ser utilizado na interpretação da Convenção Modelo da OCDE. Ainda que esse entendimento possa ser suportado com base na regra do artigo 3º, parágrafo 2º da Convenção Modelo da OCDE, existe um consenso no sentido de que as regras de desempate devem ser interpretadas de forma autônoma, justamente para solucionar os conflitos que surgem na aplicação da legislação interna. SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares.* São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 180-181.

[170] Confira-se a redação original do parágrafo 24 do artigo 4º: "*As a result of these considerations, the "place of effective management" has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made. All relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time*".

Foi inclusa, em novo parágrafo, a possibilidade de os países resolverem as questões de dupla residência em uma análise caso a caso (*case-by-case approach*) e foi sugerida a adoção de uma cláusula substituta da regra de desempate. O parágrafo 24.1, na redação atual, ainda dispõe que, na análise caso a caso, as autoridades competentes devem levar em conta os seguintes fatores: (i) lugar da reunião do conselho de diretores ou grupo equivalente; (ii) lugar onde o diretor executivo ou outros executivos seniores normalmente executam suas atividades; (iii) lugar onde a pessoa sênior responsável pela administração da sociedade no dia a dia executa suas atividades; (iv) lugar onde estão localizados os sócios; (v) país cuja lei rege a constituição da sociedade e (vi) lugar onde são arquivados os registros contábeis da sociedade.

Importante mencionar que Relatório Final da Ação nº 6 do Projeto BEPS sugere a alteração do artigo 4º, parágrafo 3º da Convenção Modelo da OCDE, substituindo o critério atual para a regra do acordo mútuo.[171]

A Convenção Modelo dos EUA, em seu artigo 22, estabelece um conceito próximo ao conceito de local de administração efetiva para fins de qualificar as companhias abertas como pessoas qualificadas. Dispõe esse artigo que, dentre outras hipóteses, uma pessoa jurídica ou uma entidade será considerada pessoa qualificada se a classe principal de suas ações for regularmente negociada em uma ou mais bolsa de valores reconhecida e o local principal da administração e controle situa-se em um dos Estados contratantes.

As Explicações Técnicas à Convenção Modelo dos EUA esclarecem que o conceito de "local principal da administração e controle" difere do conceito de "administração efetiva" utilizado na Convenção Modelo da OCDE.

O local principal da administração e controle consiste no lugar onde os diretores e os funcionários da alta administração exercem as atividades diárias, relacionadas com as questões estratégias, financeiras e operacionais da sociedade (e de suas subsidiárias) e onde se localizam os funcionários cujas atividades suportam as decisões tomadas pela

[171] A redação sugerida é a seguinte: *3. Quando, em virtude das disposições do parágrafo 1º, uma pessoa, que não seja uma pessoa física, for residente de ambos os Estados contratantes, as autoridades competentes dos Estados contratantes envidarão esforços para determinar por acordo mútuo o Estado contratante do qual tal pessoa deverá ser considerada residente para fins da Convenção, considerando-se sua sede de direção efetiva, o local onde foi formada ou de outra forma constituída e quaisquer outros fatores relevantes. Na ausência de tal acordo, tal pessoa não terá direito a quaisquer reduções ou isenções fiscais estabelecidas nesta Convenção exceto na medida e na forma a ser acordada pelas autoridades competentes dos Estados contratantes.*

administração em relação às questões acima. Esse critério leva em conta o local onde as atividades relevantes da pessoa jurídica são conduzidas. Na maioria dos casos, será necessário, embora não seja suficiente, que a sede da entidade (o local onde normalmente estão baseados o CEO e outros executivos da alta administração) seja localizada no Estado contratante em relação ao qual a empresa alega residência.

A partir do relato acima, verifica-se que os seguintes elementos são considerados como indicativos de substância econômica nas regras de determinação de residência da Convenção Modelo da OCDE:

(i) local onde o Conselho de administração se reúne para tomar decisões;
(ii) lugar da reunião do Conselho de diretores ou grupo equivalente;
(iii) lugar onde o diretor executivo ou outros executivos seniores normalmente executam suas atividades;
(iv) lugar onde a pessoa sênior responsável pela administração da sociedade no dia a dia executa suas atividades;
(v) lugar onde estão localizados os sócios;
(vi) país cuja lei rege a constituição da sociedade e
(vii) lugar onde são arquivados os registros contábeis da sociedade.

É nosso entendimento, entretanto, que o local principal da administração e do controle da Convenção Modelo dos EUA contém elementos que indicam, com mais propriedade, o efetivo local onde a sociedade desenvolve suas atividades e seria mais próximo do conceito de substância econômica. São eles:

(i) lugar onde os diretores e os funcionários da alta administração exercem as atividades diárias, relacionadas com as questões estratégias, financeiras e operacionais da sociedade e
(ii) lugar onde se localizam os funcionários cujas atividades suportam as decisões tomadas pela administração em relação às questões acima.

2.3.1.1 A questão das sociedades holdings

Os elementos indicativos da presença de substância econômica também aparecem nas regras que visam determinar a residência de sociedades *holding*. Dado que essas

sociedades são frequentemente utilizadas em estruturas de planejamento tributário internacional, têm se estabelecido critérios específicos para determinar se esse tipo específico de sociedade tem ou não substância econômica.

As sociedades *holdings* são geralmente criadas com o objetivo principal de deter ativos, participações societárias, financiamentos e direitos de propriedade intelectual. Muitas vezes, as sociedades *holdings* são utilizadas para centralizar os ativos em uma sociedade, de forma a garantir: (i) melhores resultados; (ii) sinergia, devido ao maior poder de oferta e demanda; (iii) acesso a novas fontes de capital; (iv) maior transparência da estrutura da empresa; (v) aumento da flexibilidade; (vi) redução de custos e (vii) limitação de responsabilidade e a separação dos riscos.[172]

Não se nega, contudo, que as questões fiscais têm um grande impacto na utilização das sociedades *holdings*. Essas podem ser constituídas em países com tributação favorecida, com o objetivo de funcionar como um anteparo para a tributação da renda obtida pelo grupo pela controladora de um grupo. Podem ainda ser utilizadas para usufruir de isenções ou de reduções na tributação aplicável aos dividendos distribuídos, ao ganho de capital auferido na venda de participações societárias ou de ativos ou aos juros e aos *royalties* por elas recebidos. Nos últimos anos, as autoridades fiscais têm intensificado a fiscalização para determinar se essas sociedades *holdings* têm substância econômica compatível com as atividades econômicas por elas desempenhadas.[173]

A Holanda, em resposta à pressão exercida pela comunidade internacional que alega que o sistema tributário do país incentiva a prática de planejamentos tributários agressivos, publicou, em agosto de 2014, o Decreto 2014[174] que estabelece determinados requisitos para a obtenção de um *advance tax ruling* no país por sociedades *holding*. Nos termos do parágrafo 8º do Decreto 2014, *holdings* intermediárias ou *holdings* que ocupam o último nível das cadeiras societárias de uma estrutura internacional podem solicitar um *advance tax ruling* no país, se: (i) a sociedade *holding* atender os requisitos de substância, que visam determinar se a sociedade tem presença física genuína na Holanda ou (ii) o

[172] PERDELWITZ, Andreas. "Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures.* Online Books IBFD, 2015. p. 1-2.
[173] PERDELWITZ, Andreas. "Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures.* Online Books IBFD, 2015. p. 2.
[174] Decree of 3 June 2014, DGB 2014/3099.

grupo do qual a *holding* faz parte realiza atividades operacionais na Holanda ou tem pretensão de realizar.[175]

Dentre os requisitos de substância estabelecidos, o Decreto 2014 exige que: (i) ao menos metade dos executivos estatutários e que tomam as decisões sobre a empresa morem ou residam nos Países Baixos; (ii) os membros do conselho residentes ou domiciliados nos Países Baixos tenham qualificação e competência necessária para desenvolver suas funções, que devem incluir, necessariamente: (a) decisões acerca das transações desenvolvidas pela empresa, levando em conta a responsabilidade da pessoa jurídica e os limites dessa responsabilidade perante o grupo econômico no qual a pessoa jurídica está inserida e (b) a conclusão apropriada das atividades desenvolvidas pela empresa. As decisões da diretoria devem necessariamente ser tomadas nos Países Baixos e não se admite situações nas quais as decisões de administração sejam, na essência, tomadas fora, seguidas de uma mera retificação formal no país; (iii) funcionários qualificados sejam mantidos à disposição (de sua própria equipe ou obtidos de terceiros) que possam realizar e registrar as transações a serem conduzidas adequadamente; (iv) as contas bancárias mais relevantes da pessoa jurídica estejam localizadas na Holanda, sendo necessário que a conta bancária pertença à companhia holandesa e essa tenha poder para decidir a respeito de tal conta; (v) os livros e os registros das operações da entidade sejam mantidos fisicamente nos Países Baixos; (vi) o comprimento de todas as obrigações fiscais acessórias, ao menos no momento da decisão sobre eventual *Advance Tax Ruling*; (vii) a entidade tenha um endereço no país e que não seja residente fiscal em outra jurisdição; (viii) a entidade incorra em riscos reais em relação a empréstimos ou leasing e (ix) o patrimônio líquido da pessoa jurídica seja adequado às funções realizadas (considerando-se os ativos, os passivos e os riscos assumidos).

Outro exemplo de jurisdição que instituiu regras de substância econômica é as Ilhas Maurício. Em setembro de 2013, a *Mauritian Financial Services Commission* publicou um comunicado sobre as alterações nos requisitos que devem ser observados pelas sociedades *holdings* da categoria GBL1 constituídas no país. Os requisitos, que visam reforçar a necessidade de substância econômica dessas sociedades, são os seguintes: (i) instalações físicas nas Ilhas Maurício; (ii) pessoal de nível administrativo ou técnico residente na Ilha

[175] VIS, Norbert. "Introduction of Substance Requirements for Netherlands Holding Companies". In. *European Taxation.* Volume 54. No. 12. Amsterdam: Journals IBFD, 2014. p. 584.

Maurício deve ser contratado por período integral; (iii) o ato de constituição da sociedade deve conter cláusula no sentido de que todos os litígios relativos à constituição da sociedade serão resolvidos por meio de arbitragem nas Ilhas Maurício; (iv) a sociedade deve manter ativos nas Ilhas no valor de pelo menos US$ 100.000; (v) a sociedade deve ter ações listadas em bolsa de valores licenciada pela *Financial Services Commission* e (vi) despesa anual da sociedade deve ser equivalente à despesa incorrida por uma sociedade similar controlada e gerida por outra sociedade localizada nas Ilhas Maurício.[176]

No Brasil, recentemente, a questão das sociedades *holdings* também entrou em pauta com a publicação da Instrução Normativa nº 1.658, de 13 de setembro de 2016 que visa estabelecer uma definição do termo "atividade econômica substantiva" que deve ser exercida pelas sociedades *holdings*, para fins de exclusão dessas sociedades do regime aplicável aos regimes fiscais privilegiados.

Na Exposição de Motivos da Consulta Pública nº 07 que deu origem à instrução normativa, a Receita Federal explica que estabelecer o conceito de substância econômica é importante para distinguir os investimentos produtivos dos meramente especulativos, que geram ganhos sem nenhuma contrapartida socioeconômica. O conceito de substância econômica estabelece assim critérios objetivos de *recursos humanos e materiais compatíveis com as atividades realizadas*, para estender os benefícios fiscais a atividades gerenciais, que não representam atividades de compra e venda de bens ou de prestação de serviços.

A Receita Federal menciona que, no contexto da Ação nº 5 do Projeto BEPS, condicionou-se a comprovação de atividade econômica substancial para que um regime preferencial não seja declarado prejudicial. Também comenta que a OCDE, no Fórum de Práticas Danosas, concluiu que a atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte pode ser considerada como substantiva quando o contribuinte desenvolve atividades relacionadas à sua atividade principal (*core business*); é proprietário legal dos ativos que dão origem a um determinado benefício fiscal e suporta os riscos econômicos relacionados às atividades desenvolvidas.

---

[176] Mauritian Financial Services Commission introduces additional conditions to enhance economic substance of GBL1 companies. In. *Global Tax Alert*. Disponível em: < http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--mauritian-financial-services-commission-introduces-additional-conditions-to-enhance-economic-substance-of-gbl1-companies>. Acesso em 15.09.2016.

A Instrução Normativa nº 1.658 dispõe que, para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados, entende-se que a pessoa jurídica, a qual exerce a atividade de *holding*, desempenha atividade econômica substantiva quando possui, no seu país de domicílio, capacidade operacional apropriada para os seus fins; evidenciada, entre outros fatores, pela existência de empregados próprios qualificados em número suficiente e de instalações físicas adequadas para o exercício da gestão e da efetiva tomada de decisões relativas: (i) ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe ou (ii) à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.

Os requisitos estabelecidos pela legislação brasileira são menos rigorosos do que aqueles exigidos por outras jurisdições. Na essência, exige-se que a sociedade *holding* tenha pessoal capacitado e competente para tomar as decisões relativas à administração dos bens por ela detidos e instalações físicas adequadas.

Entretanto, dado que esse tipo de sociedade, como regra, exerce apenas atividades de administração de ativos ou de participação societária e essas atividades não exigem instalações físicas relevantes, esse requisito parece inadequado. Já a exigência de a *holding* possuir empregados próprios e qualificados para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas aos ativos e participações societárias por ela detidos nos parece bastante pertinente e em linha com o conceito de substância econômica. Segundo entendemos, seria cabível também a exigência de patrimônio compatível com as atividades desenvolvidas pela *holding*, inclusive para assumir os riscos inerentes às atividades, o que demonstraria que a sociedade efetivamente desenvolve as atividades econômicas que alega.

A partir do relato acima, verifica-se que os seguintes elementos têm sido considerados como indicativos de substância econômica nas regras de determinação de residência de uma sociedade *holding*:

(i) profissionais qualificados para desenvolver as atividades da sociedade;
(ii) profissionais competentes para tomar decisões relativas às atividades desenvolvidas pela sociedade, incluindo diretores e membros de conselho de administração;
(iii) instalações físicas adequadas;
(iv) patrimônio adequado às atividades desenvolvidas pela sociedade;

(v) contas bancárias no país de residência e documentação cabível (livros e registros contábeis).

2.3.2 Elementos indicativos da presença de substância econômica nas regras de preços de transferência

As transações entre partes relacionadas como regra diferem das transações entre partes independentes. Enquanto as transações entre partes independentes seguem as condições e o preço de mercado, os preços cobrados por partes relacionadas são passíveis de manipulação, inclusive para garantir um tratamento fiscal mais favorável. As regras de preços de transferência têm como objetivo garantir que o preço cobrado por partes relacionadas em operações de compra e venda de mercadorias, de serviços e de ativos intangíveis seja equivalente ao preço de mercado.

O conceito de substância econômica tem como objetivo indicar se uma determinada transação foi capaz de agregar valor ao produto, ao serviço ou foi intangível, de forma a justificar o valor cobrado na transação. O preço cobrado por uma transação, como regra, reflete as funções desempenhadas, os ativos utilizados e os riscos assumidos. O que se verifica, portanto, é que partes relacionadas procuraram alocar funções, ativos e riscos para que a sociedade seja tributada mais favoravelmente. As regras de preços de transferência visam garantir que as partes envolvidas numa determinada cadeia de produção efetivamente desempenham as funções; empregam os ativos e assumem os riscos alegados, capazes de justificar a remuneração estabelecida.[177]

Para os fins da presente análise, iremos adotar os conceitos do *OECD Guidelines*, relatório da OCDE que consiste em um modelo para o desenvolvimento de regras de preços de transferência para diversos países.

Dispõe o parágrafo 1.64 do *OECD Guidelines* que as autoridades fiscais devem validar as transações entre partes independentes e os preços por elas praticados, exceto se verificada alguma situação excepcional. O parágrafo 1.65 estabelece que as autoridades fiscais ficam autorizadas a desconsiderar a estrutura criada pelos contribuintes em dois cenários: (i) o primeiro cenário refere-se à situação na qual a substância econômica de uma

[177] BAKKER, Anuschka J. "Chapter 3: Transfer Pricing from the Perspective of Substance and Transparency: Is the OECD on the Right Track?". In. COTRUT, Madalina (ed.). *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures.* Online Books. IBFD, 2016. p. 1-2.

transação difere da forma adotada. Nesses casos, as autoridades fiscais podem desconsiderar a transação adotada pelas partes, para caracterizá-la segundo a substância da operação; (ii) o segundo cenário envolve as transações cuja forma e substância são equivalentes, mas que diferem das transações que seriam celebradas por partes independentes, de forma que a estrutura adotada impede que as autoridades fiscais apliquem as regras de *transfer pricing*.

Andreas Bullen explica que, para a OCDE, uma transação prescinde de substância econômica se a conduta das partes não corresponde ao que teria sido acordado por meio dos contratos. Numa segunda acepção, um acordo ou uma transação não teria substância econômica se ficar comprovado que o acordo não seria celebrado por partes independentes em situações equivalentes. O autor afirma que o conceito de substância na perspectiva das regras de preços de transferência não tem objetivo *anti-avoidance*, mas está relacionado apenas e tão somente à aplicação do princípio *arm's length*.[178]

A despeito de o *OECD Guidelines* não conter objetivos antielusivos, as diretrizes estabelecidas esclarecem, de maneira bem significativa, quais elementos são capazes de determinar se uma transação detém substância econômica. Esses elementos também podem ser adotados para a análise da substância econômica das pessoas jurídicas.

De acordo com o *OECD Guidelines*, os seguintes critérios devem ser avaliados para determinar se uma transação tem substância econômica suficiente para que a remuneração acordada seja considerada como *at arm's length*: (i) funções desenvolvidas; (ii) riscos incorridos; (iii) ativos empregados; (iv) existência de pessoal e de instalações físicas.

2.3.2.1 Análise das funções desenvolvidas

O parágrafo 1.42 do *OECD Guidelines* indica que a análise das funções desenvolvidas pelas partes de uma transação é essencial na aplicação do princípio *arm's length*, tendo em vista que a remuneração auferida em uma transação depende primordialmente das funções desenvolvidas. Dois critérios particulares devem ser levados em conta para determinar se as partes efetivamente desempenham as funções alegadas: a

[178] BULLEN, Andreas. *Arm's length Transaction Structures - Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Chapter 17. Online Books IBFD, 2011. p. 6.

competência dos profissionais que desenvolvem as funções e a autoridade de um profissional para tomar certas decisões.

Em relação à competência, a OCDE discute a questão em duas ocasiões. No parágrafo 9.26, discute-se que um profissional competente no caso de um contrato que envolve pesquisa e desenvolvimento, e, portanto, habilitado a desempenhar a função alegada, seria aquele capaz de analisar o resultado das atividades de pesquisa. Ainda que outros profissionais técnicos possam ter conduzido as atividades de pesquisa durante o processo, uma determinada sociedade só poderá ser remunerada pelos serviços de pesquisa se dispuser de um profissional que seja capaz de fornecer uma análise sobre o resultado da pesquisa.

Sobre a questão, Jérôme Monsenego adverte que as diretrizes da OCDE não dispõem de qualquer indicação de como determinar se as funções exercidas por um profissional refletem a existência de competência suficiente para atender o requisito da substância econômica. No exemplo citado, o "resultado das atividades de pesquisa" poderia ser interpretado de diferentes formas, não havendo clareza sobre a necessidade de o profissional fornecer uma análise sobre o resultado técnico da pesquisa ou se o resultado seria o lucro potencial que se poderia esperar da pesquisa.[179]

O tema da competência também é discutido no parágrafo 9.27, que trata de um contrato de industrialização por encomenda. Nesse caso, afirma-se que, embora as atividades de industrialização possam ser desenvolvidas por diversos profissionais, o profissional competente seria aquele responsável pela análise das atividades de produção, o que incluiria o controle de qualidade da mercadoria, conforme as especificações técnicas exigidas pelo contratante. Também nesse caso, a competência é vista como um critério importante para determinar se as funções suportam adequadamente uma determinada transação.

A competência, portanto, é um elemento importante na análise das funções desenvolvidas, sendo necessário que uma parte que alega desenvolver determinada função, sendo remunerada para tanto, tenha profissionais com competência suficiente para

[179] MONSENEGO, Jérôme. "The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 1. Amsterdam: IBFD, 2014. p.12.

desempenhar a função alegada; profissionais que tenham conhecimento técnico acerca do produto ou do serviço desenvolvido; que possam analisar o resultado do trabalho e que exerçam as funções chaves da atividade empresarial, incluindo funções de gestão.

O outro critério que deve ser analisado para determinar se as partes efetivamente desempenham as funções pelas quais são remuneradas é a autoridade dos profissionais para tomar decisões. Os OCDE *Guidelines* exploram pouco o conteúdo desse requisito. Contudo, no parágrafo 9.23, que trata da noção de controle de risco, afirma-se que decisões que envolvem a assunção ou o gerenciamento de riscos exigem que a empresa tenha funcionários ou diretores com autoridade para efetivamente assumir essas funções de controle. Ao enfatizar a autoridade e o efetivo exercício, a OCDE deixa claro que a autoridade para o exercício da decisão é exigida, ao menos para determinar qual parte efetivamente toma o risco.

2.3.2.2 Análise dos riscos incorridos

Similarmente à questão das funções, a análise dos riscos visa determinar se a transação entre partes independentes possui substância suficiente para que o preço cobrado seja validado como *at arm's length*: se uma parte de uma determinada transação não incorre em nenhum risco no exercício de suas funções, a remuneração auferida pode não se justificar. Quanto maior o risco assumido, maior o preço cobrado por uma transação.

O conceito de risco é interpretado de maneira bem ampla pelo *OECD Guidelines*. Numa primeira análise, o termo é utilizado para se referir a custos, tendo em vista a ênfase conferida à relação entre riscos e custo pelo parágrafo 9.39. Já no parágrafo 1.46, risco inclui flutuações de preços na produção ou nas perdas associadas ao investimento e ao uso da propriedade e os itens 9.15 e 9.16 sugerem que a verificação de qual parte assume os riscos depende da análise de determinados itens das demonstrações financeiras, tais como baixas de ativos. Ao enfatizar a necessidade de se arcar com os custos que possam surgir a partir da materialização de um risco, o parágrafo 9.39 (b) determina que o valor pode incluir os efeitos previstos na avaliação de ativos e a contabilização de provisões.[180]

[180] MONSENEGO, Jérôme. "The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 1. Amsterdam: IBFD, 2014. p. 13.

Para determinar se uma sociedade efetivamente assume o risco, no contexto da análise da substância econômica de uma transação, a primeira análise consiste em verificar os custos assumidos. O relatório *OECD Guidelines* esclarece que a mera assunção de custos não é suficiente para determinar se a transação tem substância econômica, sendo necessário verificar ainda se a sociedade tem controle sobre o risco e capacidade financeira para suportar eventual materialização do risco.

Em relação ao controle, o *OECD Guidelines* dispõe que "*geralmente faz sentido para as partes atribuir uma maior parcela dos riscos para quem tem relativamente mais controle sobre esses riscos*". Se os riscos são alocados para uma parte que, na prática, não pode controlar esses riscos, então essa alocação não tem substância econômica.

A definição de controle está contida no parágrafo 9.23, o qual determina que controle deve ser entendido como a capacidade de tomar decisões sobre a tomada do risco (decisão que envolve colocar recursos financeiros em posição de risco) e sobre as decisões relativas ao gerenciamento do risco. O parágrafo 9.23 dispõe ainda que essa capacidade envolve a necessidade de pessoal – empregados e diretores – que tenham autoridade e efetivamente desempenhem, na prática, as atividades de controle. A contratação de um terceiro para administrar e para gerenciar o risco no dia a dia não é suficiente para que se considere que o risco teria sido transferido para o terceiro.

O parágrafo 9.24 dispõe que, mesmo não sendo necessário exercer pessoalmente as atividades diárias de monitoramento e de administração de controle do risco, pois essas atividades podem ser terceirizadas, para que uma parte tenha o controle do risco, é necessário que essa parte seja capaz de analisar o resultado das atividades desenvolvidas pelos terceiros, conforme exemplificado no parágrafo 9.25: um determinado investidor contrata um administrador de um fundo para que esse administre e invista seus recursos financeiros. A depender do acordo entre o investidor e o administrador, esse último pode ter autoridade para tomar decisões acerca dos investimentos a serem feitos em bases diárias, a despeito de o risco de perda dos recursos ser do investidor.

Nesse exemplo, o investidor controla os riscos por meio de três decisões relevantes: a decisão de contratar (ou demitir) o administrador; a decisão sobre a extensão da autonomia do administrador e a decisão sobre o montante de recursos que será gerido pelo administrador. Como regra, o administrador de recursos seria responsável por enviar

relatórios em bases regulares, de forma que o investidor possa analisar o resultado das atividades de gerenciamento dos recursos. No exemplo, o administrador está exercendo as atividades de gerenciamento e de administração dos riscos, embora o risco decorrente dos investimentos em si permaneça sob o controle do investidor. Fica demonstrado que a terceirização das atividades de administração e de gerenciamento, ainda que envolva a terceirização de certas decisões, não é capaz de transferir o controle do risco.

O relatório *OECD Guidelines* determina que a noção de controle de risco requer tanto a autoridade para tomar determinadas decisões, quanto a competência, no sentido de capacidade intelectual, para analisar os riscos e tomar as decisões cabíveis. O risco é controlado por quem detém autoridade e competência para exercer esse controle.

Jérôme Monsenego adverte que, ainda que as diretrizes da OCDE sejam úteis, a noção de risco não fica livre de críticas. Isso porque a necessidade de conjugar a autoridade formal e a competência (capacidade intelectual) para tomar uma decisão parece limitar o conceito a poucas pessoas. Em determinados casos, o processo de decisão envolve uma união de esforços de várias pessoas, com graus diversos de responsabilidade e que agem em diferentes níveis. Nessas situações, as diretrizes parecem enfocar mais na forma – autoridade – do que na substância da tomada de decisão em si. O autor ainda entende que as regras da OCDE parecem incentivar a alocação de determinados profissionais competentes para a tomada de decisão em jurisdições fiscais favoráveis, com o objetivo de atrair a base tributável para essas jurisdições, ainda que as decisões dependam do trabalho de profissionais localizados em outras jurisdições. A noção de controle do risco também pode ser controversa nos casos em que a autoridade (formal) e a competência (intelectual) estejam distribuídas entre diferentes membros de um grupo de empresas, localizados em jurisdições diversas. A OCDE não esclarece se um dos critérios prevalece sobre o outro, dado que os dois elementos são relevantes nos termos do parágrafo 9.23.[181]

Outro fator considerado pela OCDE como relevante para determinar a alocação do risco em uma transação entre partes interdependentes refere-se à capacidade financeira para assumir o risco, definida no parágrafo 9.30 do *OECD Guidelines* como a capacidade de suportar as consequências de um determinado risco, no caso de esse se materializar. A

[181] MONSENEGO, Jérôme. "The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 1. Amsterdam: IBFD, 2014. p. 14-15.

OCDE esclarece que essa exigência não deve ser interpretada como a capacidade financeira para assumir integralmente todas as consequências decorrentes da materialização do risco, sendo suficiente que a parte tenha capacidade de se proteger contra as consequências dessa materialização (contratando um seguro, por exemplo). Também fica esclarecido que o fato de a sociedade ser altamente capitalizada não é suficiente para determinar que essa sociedade é capaz de assumir riscos.

A OCDE ressalta ainda que a transferência de um determinado risco para outra parte não significa que a transferência é efetiva, nos casos em que ficar comprovado que a sociedade que assumiu o risco não teria capacidade financeira para suportar as consequências da materialização ou não teria outro meio para se proteger dessa materialização. O *OECD Guidelines* ilustra a questão com o seguinte exemplo: uma sociedade A assume o risco da produção de determinado produto e acorda com a sociedade B que essa última irá reembolsar A por qualquer contingência decorrente da materialização desse risco. Contudo, no momento em que o acordo foi celebrado, era sabido que a sociedade B não tinha capacidade financeira para assumir o risco e não tinha acesso a nenhum mecanismo para se proteger desse risco, de forma que essa sociedade não seria capaz de reembolsar a sociedade A por qualquer contingência decorrente. Nesse caso, a sociedade A pode ser obrigada a arcar com os custos da materialização do risco, comprovando que a transferência desse não foi efetiva. Alternativamente, a controladora ou qualquer outra parte ligada à sociedade B pode vir a ser demandada a arcar com a contingência; hipótese em que a transferência do risco teria sido efetiva.

Jérôme Monsenego comenta que a OCDE não detalhou as estratégias que uma empresa pode utilizar para suportar o risco, deixando a questão em aberto para cobrir todas as formas possíveis. Embora a escolha seja válida, o autor pondera que o contribuinte pode encontrar dificuldade para determinar se possui capacidade financeira suficiente para assumir o risco e, assim, verificar se a alocação de risco possui substância suficiente. Também sustenta que duas empresas interdependentes com capacidades financeiras similares podem adotar estratégias diferentes em relação à assunção de riscos, dado que uma empresa pode estar disposta a assumir mais riscos, enquanto outra adota uma postura mais conservadora. A relação entre capacidade financeira e substância pode não ser tão

óbvia, pois depende não somente dos fatores objetivos, mas também de fatores subjetivos.[182]

2.3.2.3 Análise dos ativos empregados

A análise dos ativos necessários para determinar a presença de substância econômica varia conforme a atividade desenvolvida pela sociedade. No caso de uma sociedade industrial, é cabível exigir a propriedade ou a posse de instalações, de ativos, de máquinas e de ferramentas para desenvolver as atividades de industrialização.

A questão que se coloca é determinar o nível de substância necessário para suportar a propriedade de ativos intangíveis. Sobre o assunto, o *OECD Revised Discussion Draft on Intangibles* deixa claro que a propriedade de intangíveis é determinada conforme as funções desenvolvidas, a assunção de riscos e a assunção de custos relativos ao desenvolvimento, ao melhoramento, à manutenção e à proteção dos intangíveis.

Em relação às funções, o *OECD Revised Discussion Draft on Intangibles* dispõe que, nas transações entre partes independentes, uma sociedade pode terceirizar determinadas funções, mas, como regra, as funções estratégicas do negócio são desenvolvidas internamente. As funções que devem ser desenvolvidas internamente, *i.e.*, por funcionários da própria empresa são descritas como "*funções mais importantes relacionadas ao desenvolvimento, melhoramento, manutenção ou proteção de um intangível*". Nota-se, portanto, que a substância é analisada a partir de diferentes fases do ciclo de vida de um intangível.

O relatório acima contém exemplos das funções mais importantes que são esperadas para cumprir o critério de substância. Nesse sentido, o parágrafo 79 dispõe que:

> *(...) Dependendo dos fatos e circunstâncias, as funções mais importantes como regra, incluem, dentre outras, design e controle da pesquisa e programas de marketing, gerenciamento e controle de orçamentos, controle de decisões estratégias referentes aos programas de desenvolvimento dos intangíveis, decisões*

[182] MONSENEGO, Jérôme. "The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 1. Amsterdam: IBFD, 2014. p. 15-16.

> *importantes referentes à defesa e proteção dos intangíveis, controle de qualidade sobre as funções desenvolvidas por empresas independentes ou associadas que gerem efeito material sobre o valor do intangível*.[183]

Em relação aos riscos, o *OECD Revised Discussion Draft on Intangibles* versa, a exemplo do capítulo 9 do *OECD Guidelines*, sobre a noção de controle dos riscos, que exige a autoridade para tomar decisões e a competência para analisar os resultados da decisão pela assunção de um risco.

2.3.2.4 Análise da exigência de empregados e de instalações físicas

De acordo com a OCDE, o número de empregados é uma questão prática que deve ser levada em consideração ao determinar a substância necessária de uma transação entre empresas interdependentes. Os *OECD Guidelines* não fornecem indicadores sobre o número de empregados necessários, tendo em vista que essa questão depende essencialmente dos fatos e das circunstâncias. Uma maneira lógica de analisar a questão passa por investigar quantos empregados seriam necessários se a transação fosse celebrada entre sociedades independentes.

Nos parágrafos 9.190 a 9.192 do *OECD Guidelines*, encontramos o seguinte exemplo acerca da relação entre substância e o número de empregados: uma determinada empresa industrializa e distribui produtos, cujo valor é determinado não pelas técnicas de produção, mas pela marca do produto. Essa empresa tem como objetivo se diferenciar dos seus competidores por meio da criação de marcas com grande valor agregado, implementando uma cuidadosa e cara estratégia de marketing. O desenvolvimento dessa estratégia é efetuado por 125 empregados na matriz Companhia A, domiciliada no país A. A matriz da Companhia A também presta serviços de *back-office* para as afiliadas do grupo. Os produtos são industrializados pelas afiliadas com base em um contrato de industrialização celebrado entre as afiliadas e a Companhia A. Os produtos são distribuídos por afiliadas, que os adquirem da Companhia A. O lucro da Companhia A, baseado nas

---

[183] No original: "*(...)Depending on the facts and circumstances, these more important functions would generally include, among others, design and control of research and marketing programmes, management and control of budgets, control over strategic decisions regarding intangible development programmes, important decisions regarding defence and protection of intangibles, and ongoing quality control over functions performed by independent or associated enterprises that may have a material effect on the value of the intangible*".

regras *arm's length*, é composto pela remuneração auferida pelos intangíveis por ela detidos, pelas atividades de marketing e pelos serviços de *back-office* prestados.

Após uma restruturação, as marcas são transferidas da Companhia A para uma afiliada recém-constituída, Companhia Z, domiciliada no país Z, em troca de um pagamento único. A Companhia A passa a ser remunerada pelos serviços prestados à Companhia Z e às demais filiadas a um preço equivalente ao custo de produção mais lucro. O excesso dos lucros auferidos pela Companhia A são pagos à Companhia Z. Dentre as características da Companhia Z citadas pelos *OECD Guidelines*, destacam-se (i) a administração por um *trust* local; (ii) a ausência de funcionários (empregados ou diretores) com autoridade e com o exercício efetivo das atividades relacionadas à administração e ao desenvolvimento das marcas; (iii) a ausência de assunção de riscos decorrentes das marcas e a ausência de capacidade financeira para arcar com esses riscos; (iv) os diretores da Companhia A se dirigem à Companhia Z uma vez ao ano para formalizar as decisões estratégicas necessárias para a operação da Companhia Z. Essas decisões são analisadas e preparadas na Companhia A, antes das reuniões ocorridas no país Z; (v) o desenvolvimento e a execução das estratégias de marketing são realizados pelos mesmos empregados da Companhia A e remunerados por preço equivalente ao custo de produção mais lucro.

A partir dos fatos e das premissas acima, a OCDE conclui que a substância econômica dos contratos difere da forma adotada. Os fatos indicam que a Companhia Z não tem real capacidade de assumir os riscos a ela alocados pelos acordos celebrados. As autoridades fiscais poderiam desconsiderar a estrutura adotada pelas partes, pela ausência de substância.

No segundo exemplo, descrito nos parágrafos 9.193 e 9.194, a OCDE parte da mesma situação-base acima descrita. A Companhia A demite 30 dos seus 125 empregados; transfere 30 empregados para a Companhia Z e essa última contrata 15 funcionários que assumem as funções desenvolvidas por aqueles demitidos. Os funcionários da Companhia Z detêm competência e habilidades para desenvolver as marcas e para desenvolver e executar as estratégias de marketing. A Companhia Z passa a ter capacidade financeira para assumir riscos decorrentes da estratégia de desenvolvimento das marcas e detém funcionários que têm competência e autoridade para assumir os riscos associados. Os

serviços de *back-office* desenvolvidos pela Companhia A são monitorados e orientados pelos funcionários da Companhia Z.

As mudanças adotadas nesse segundo exemplo, de acordo com a OCDE, foram suficientes para agregar substância à reestruturação feita pelas partes. Ao contrário da transação anterior, as autoridades fiscais não estariam autorizadas a desconsiderar a estrutura adotada. A ausência, no primeiro caso, e a presença e o número, no segundo, de funcionários foi um elemento determinante na questão da substância, razão pela qual esse elemento deve ser analisado para avaliar uma determinada transação e a remuneração correspondente.

Jérôme Monsenego pontua que o número de empregados nem sempre será um parâmetro seguro, uma vez que determinadas funções podem ser desenvolvidas por números diversos de funcionários, a depender da competência, do número de horas dispendidas ou até mesmo da qualidade do trabalho. Os mesmos empregados podem desempenhar diferentes funções, tornando difícil a comparação das transações entre empresas interdependentes e empresas independentes, como recomenda a OCDE. Embora o autor reconheça que a OCDE não atribui suprema importância ao critério número de empregados para determinar a substância, o *OECD Guidelines* não o despreza, pois esse pode ser relevante nos casos em que a criação de valor está relacionada com o número de empregados.[184]

Os exemplos dos parágrafos 9.190 a 9.194 ainda permitem concluir que a localização física dos funcionários-chave é um parâmetro importante na análise da substância de uma transação entre empresas interdependentes, ao dispor que os fatos do primeiro exemplo acima indicavam que a Companhia Z não tinha real capacidade de assumir os riscos a ela alocados, dado que os diretores não estavam localizados no país Z e os trabalhos preparatórios dessas decisões também não eram ali desenvolvidos.

Esse critério verifica não somente o local onde os empregados estão fisicamente localizados ao tomarem decisões estratégicas, mas também o local onde estão alocados os empregados que realizam os trabalhos preparatórios para a tomada de uma decisão, uma

[184] MONSENEGO, Jérôme. "The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?". In. *International Transfer Pricing Journal*. Volume 21. No. 1. Amsterdam: IBFD, 2014. p. 19.

vez que a mera formalização de decisões anuais não é capaz de conferir substância efetiva a uma determinada transação.

A partir do relato acima, verifica-se que os seguintes elementos são considerados como indicativos de substância econômica nas regras de preços de transferência:

> (i) em relação à análise das funções, exige-se profissionais competentes para desenvolver as funções alegadas, que tenham conhecimento do produto ou do serviço desenvolvido; que possam analisar o resultado do trabalho e que exerçam funções relevantes. Também se exige que os profissionais tenham autoridade suficiente para tomar decisões
> (ii) em relação ao risco, exige-se que a sociedade a qual alega que assume os riscos de certa transação assuma os custos decorrentes; tenha profissionais competentes e com autoridade para tomar decisões e capacidade financeira para suportar as consequências advindas do risco assumido
> (iii) em relação aos ativos, exige-se a propriedade ou a posse de instalações, de ativos, de máquinas e de ferramentas para desenvolver as atividades objeto da transação e
> (iv) em relação à exigência de empregados e de instalações físicas, exige-se número de empregados e instalações compatíveis com as atividades desenvolvidas pela sociedade.

2.4 CONCLUSÕES

A despeito de o conceito de substância econômica ser importante na análise das estruturas de *treaty shopping* e de ser um elemento exigido pela doutrina, pelas autoridades fiscais e até mesmo por algumas Cortes de julgamento para validar as estruturas de planejamento tributário envolvendo os acordos de bitributação, ele ainda não está totalmente definido.

Na perspectiva antielusiva, a substância econômica significa realidade ou antônimo de artificial. Entende-se assim que uma transação ou uma pessoa jurídica tem substância econômica se a transação ou a pessoa jurídica corresponde a uma atividade econômica efetiva, pois essa é a atividade que gera a renda sujeita à tributação. A substância

econômica como sinônimo de atividade econômica permite assim alinhar a tributação da renda com a criação de valor.

Na acepção da legislação americana, substância econômica é a doutrina segundo a qual uma transação ou uma atividade pode usufruir de incentivos fiscais uma vez que sejam observados dois critérios. O primeiro refere-se ao critério subjetivo, que exige que a transação seja celebrada mediante propósito negocial além da economia fiscal. Conforme mencionado acima, a obtenção de lucros, ainda que potencial, é entendida como o indicador mais significativo da existência de propósito negocial de uma transação. O segundo - critério objetivo - exige que a transação seja capaz de uma mudança da posição econômica do contribuinte em razão da celebração da transação, excluído o efeito econômico causado pela economia fiscal.

A partir de toda a análise feita, pudemos constatar que também não existe um consenso acerca dos elementos que indicam a existência de substância econômica. Partindo das acepções acima, verificamos que alguns dos elementos indicativos de substância econômica contidos nas regras de determinação de residência e nas regras de *transfer pricing* não estão relacionados com essas acepções de substância econômica. Alguns dos requisitos exigidos, a despeito de serem pretensamente substanciais, são, na verdade, requisitos formais.

Esse é o caso dos elementos citados pela OCDE como auxiliares na determinação do conceito de local da administração efetiva: lugar onde as decisões chave de natureza administrativa e comercial, necessárias para o desenvolvimento dos negócios da sociedade, são tomadas; local onde o Conselho de administração se reúne para tomar decisões; lugar da reunião do Conselho de diretores ou de grupo equivalente; lugar onde o diretor executivo ou outros executivos seniores normalmente executam suas atividades; lugar onde a pessoa sênior responsável pela administração da sociedade no dia a dia executa suas atividades e lugar onde estão localizados os sócios.

Esses critérios podem ser atendidos com o deslocamento dos diretores ou dos membros dos Conselhos de administração para os locais onde se alega a residência da sociedade. Em outros casos, o critério é atendido mediante a contratação de diretores locais, que apenas formalizam decisões tomadas em outras localidades. Portanto, a despeito de parte da doutrina afirmar que esses indicadores seriam conexos com a ideia de

substância econômica, segundo entendemos, esses elementos não são capazes de indicar que uma sociedade desenvolve atividade econômica no Estado de sua residência ou de comprovar que a constituição de uma determinada sociedade tem propósito negocial ou altera a posição econômica do contribuinte.

Já as regras americanas, ao levarem em conta o local onde as atividades relevantes da pessoa jurídica são conduzidas, se aproximam do conceito de substância econômica, ao menos nas acepções acima descritas. Para determinar se a atividade relevante da pessoa jurídica está efetivamente sendo conduzida no local que alega, exige-se a presença dos diretores e de funcionários da alta administração, os quais exerçam as atividades diárias, relacionadas com as questões estratégias, financeiras e operacionais da sociedade (e de suas subsidiárias) e de funcionários cujas atividades suportam as decisões tomadas pela administração em relação às questões acima.

As regras listadas no relatório *OECD Guidelines* também adotam elementos que indicam de forma efetiva a presença de substância econômica nas transações. De acordo com o que pensamos, os elementos em questão poderiam ser estendidos para auxiliar nas regras de determinação da residência das sociedades, sem prejuízo de uma revisão para solucionar as controvérsias e as lacunas apontadas.

Para determinar se a entidade efetivamente desenvolve as funções que alega, o critério funcional do *OECD Guidelines* exige a presença de profissionais que tenham conhecimento técnico acerca do produto ou serviço desenvolvido; que possam analisar o resultado do trabalho e que exerçam as funções chaves da atividade empresarial, incluindo funções de gestão. O objetivo é verificar se existe correlação entre a qualificação dos funcionários e as funções assumidas pela entidade e em que medida os funcionários são capazes de desenvolver as atividades econômicas atribuídas à entidade. O critério funcional também analisa se a entidade é capaz de gerenciar os ativos a ela alocados. Para tanto, exige-se, por exemplo, que os funcionários tenham autorização para agir em nome da entidade de forma permanente.

Outro elemento que entendemos ser totalmente pertinente com a análise da substância econômica é o risco, pois não é possível desenvolver atividades econômicas sem a assunção de riscos. As regras de preços de transferência, conforme analisado, para determinar se a sociedade efetivamente incorre em riscos e desenvolve as atividades que

alega verificam, em primeiro lugar, se os custos decorrentes da atividade foram assumidos. A assunção dos custos, contudo, não é suficiente para demonstrar que os riscos foram assumidos, sendo necessário que a sociedade tenha controle sobre o risco e capacidade financeira para suportar eventual materialização do risco. O controle exige profissionais competentes e com autoridade para tomar decisões acerca do risco. A capacidade financeira indica se a sociedade consegue suportar as consequências de um determinado risco, no caso de esse se materializar.

Em relação aos ativos e às instalações físicas, a entidade deve possuir os instrumentos necessários para desenvolver as atividades que alega. Determinadas atividades exigem certos ativos e não seria razoável uma entidade desenvolver as atividades sem os ativos e as instalações necessárias. Outras atividades, tais como as de administração de ativos em geral ou de participações societárias, como regras desenvolvidas por sociedades *holdings*, não exigem grandes instalações.

No tocante aos elementos exigidos para determinar se a entidade tem vida objetiva e real, tais como contas bancárias, domínios de e-mails, demonstrações e registros financeiros, somos do entendimento de que esses elementos, por si só, não são capazes de comprovar a existência de substância econômica de uma entidade. A exigência desses critérios acaba auxiliando as estruturas de planejamento abusivas, pois, uma vez atendidos, a estrutura é considerada como tendo substância econômica, a despeito de a entidade não desenvolver qualquer atividade econômica efetiva; de ter propósito negocial além da economia fiscal ou de alterar a posição econômica do contribuinte. Nota-se que são justamente as jurisdições tradicionalmente consideradas como locais de constituição de sociedades-canal, tais como Holanda e Ilhas Maurício, que costumam exigir esses requisitos “substanciais”.

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

3.1 INTRODUÇÃO

Para contenção das estruturas de *treaty shopping*, os Estados podem se utilizar de medidas de caráter: (i) unilateral, introduzidas pela legislação interna dos Estados; (ii) político, tais como a prática de evitar a celebração dos acordos e a introdução de medidas de harmonização fiscal, dentre outras e (iii) bilaterais, implementadas em cláusulas ou em dispositivos dos acordos de bitributação.[185-186]

Neste capítulo, analisaremos as medidas de caráter unilateral, introduzidas pela legislação interna e as medidas bilaterais, adotadas nas cláusulas ou nos dispositivos dos acordos de bitributação. Nosso objetivo é verificar se as medidas de contenção ao *treaty shopping* têm adotado critérios de substância econômica para combater estruturas abusivas estudados no capítulo anterior ou se partem de critérios formais.

As medidas unilaterais são compostas por dois grandes grupos de regras: o primeiro grupo, pelas cláusulas gerais antielusivas, normas gerais de combate à elusão fiscal; o segundo grupo, pelas cláusulas específicas de combate ao uso indevido dos acordos. As medidas bilaterais serão estudadas no próximo capítulo.

Dado que não seria possível analisar a legislação de todos os países, o estudo será efetuado a partir das medidas unilaterais adotadas pelos seguintes países: (i) Países Baixos, (ii) Estados Unidos, (iii) Espanha, (iv) Luxemburgo e (v) França. A escolha foi efetuada com base nos países que detêm maior participação no estoque de investimento direto no

---

[185] SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *O Escopo Pessoal dos Acordos Internacionais contra a Bitributação: Regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 117.

[186] Luís Eduardo Schoueri, em sua obra, cita ainda as medidas de tratamento global de contenção ao *treaty shopping* representadas pela teoria dos princípios gerais do Direito reconhecida pelas nações civis e desenvolvida por Klaus Vogel, a qual seria uma espécie de cláusula não escrita destinada ao combate da evasão fiscal internacional, pertinente a todos os acordos para evitar a bitributação: como regra, todos os Estados admitem a aplicação do *substance versus form*, de maneira que a interpretação das leis deve buscar a substância das transações, sempre que a adoção da forma contrariar a busca pela justiça. Se esse princípio é adotado pelos Estados em suas ordens jurídicas internas, então, os Estados não podem deixar de reconhecer a prevalência da substância sobre a forma na aplicação dos acordos de bitributação. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: *treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 113-115.

país[187], conforme censo de capitais estrangeiros divulgado pelo Banco Central do Brasil, ano base 2012.[188]

Antes de analisarmos cada uma das normas, é importante verificarmos a questão da compatibilidade das regras domésticas de combate ao *treaty shopping* e as disposições dos acordos de bitributação.

Até 2003, a prevenção da evasão e da elusão fiscal não era mencionada como um objetivo específico dos acordos celebrados com base na Convenção Modelo da OCDE. O parágrafo 7º dos Comentários à Convenção Modelo ao artigo 1º apenas mencionava que os acordos não deveriam auxiliar a elusão ou a evasão fiscal.

Os Comentários na versão de 1977 dispunham que os Estados preocupados com a evasão fiscal deveriam adotar medidas antielusivas em suas legislações internas e, nessa hipótese, poderiam preservar o direito de aplicar essas disposições nos acordos por eles celebrados.[189] Os Comentários à Convenção Modelo anteriores a 2003 reconheciam, de forma implícita, que a aplicação das normas domésticas antielusivas poderia ser conflitante com o disposto nos acordos de bitributação e o Estado contratante estaria obrigado a aplicar as disposições e os benefícios previstos no acordo, tendo em vista o princípio do *pacta sunt servanda* contido nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena, ainda que o resultado fosse considerado impróprio.[190]

Na revisão de 2003, entretanto, os Comentários ao artigo 1º foram alterados, passando a dispor que, além de os acordos terem como principal objetivo a promoção, por meio da eliminação da bitributação internacional, das trocas de bens e serviços e do

---

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

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

[189] Confira a redação original do parágrafo 7º dos Comentários ao artigo 1º: "7. *The purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons; they should not, however, help tax avoidance or evasion. True, taxpayers have the possibility, double taxation conventions being left aside, to exploit differences in tax levels between States and the tax advantages provided by various countries' taxation laws, but it is for the States concerned to adopt provisions in their domestic laws to counter such manoeuvres. Such States will then wish, in their bilateral double taxation conventions, to preserve the application of provisions of this kind contained in their domestic laws*."

[190] DE BROE, Luc; LUTS, Joris. "BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse". In. *Intertax*. Volume 43. No. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 123.

movimento de capitais e de pessoas, os acordos também serviriam para prevenir a evasão e a elusão fiscal.

Além da questão que versa sobre a prevenção da evasão e da elusão fiscal ser efetivamente um objetivo dos acordos de bitributação, conforme discutido na Introdução ao presente trabalho, a revisão dos Comentários de 2003 também provocou uma alteração do posicionamento da OCDE acerca da relação entre as regras domésticas antielusivas e os acordos de bitributação.

Os Comentários à Convenção Modelo, que indicavam que os Estados que assim o quisessem poderiam preservar expressamente a aplicação do direito interno nos acordos de bitributação, foram excluídos. A OCDE justificou a alteração de sua posição com base no argumento de que os Estados que já editaram normas internas dificilmente concordariam com a não aplicação dessas regras em face dos acordos de bitributação.[191]

Especificamente sobre a relação entre a aplicação das normas internas em face de eventuais abusos dos acordos de bitributação, a OCDE fez uma distinção entre os Estados que consideram o abuso dos acordos como abuso do acordo em si e os Estados que consideram que o abuso dos acordos seria uma hipótese de abuso da legislação doméstica.

No primeiro caso, a OCDE menciona que eventual negativa dos benefícios convencionais às transações abusivas decorre da própria interpretação dos acordos de bitributação, pois esses não têm como objetivo facilitar a evasão e a elusão fiscal e devem ser interpretados de boa-fé. Os Estados do primeiro grupo não encontram problemas para negar os benefícios dos acordos no caso de abusos.[192] Já no segundo caso, entende-se que os tributos são impostos, em última instância, pela legislação interna, sendo apenas restringidos pelos acordos de bitributação. Qualquer abuso do acordo também se caracteriza como abuso da legislação interna, pois é essa legislação que determina a cobrança dos tributos. Na medida em que as normas antielusivas integram a legislação interna que trata da imposição fiscal, a aplicação dessas não seria afetada pelos acordos de bitributação, de forma que não haveria conflito entre a aplicação das normas antielusivas e os acordos.[193] Em qualquer dos casos, a OCDE se posiciona no sentido de que os Estados

[191] Conforme parágrafo 7.1 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE ao artigo 1º.
[192] Conforme parágrafo 9.3 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE ao artigo 1º.
[193] Conforme parágrafo 9.2 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE ao artigo 1º.

não devem conceder os benefícios convencionais às transações que configurem em um uso abusivo dos acordos.[194]

Os Comentários indicam que as regras gerais antielusivas ou as doutrinas similares (*substance-over-form* e *economic substance*) integram o conjunto de regras básicas, que determinam a incidência fiscal e, portanto, não são afetadas pela aplicação dos acordos de bitributação. Conclui-se que, segundo a versão atual dos Comentários à Convenção Modelo, não existe conflito entre as cláusulas domésticas antielusivas e as disposições dos acordos de bitributação.[195]

Esse entendimento não é inteiramente aceito pela doutrina. Embora a versão anterior dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE também fosse questionável, uma vez que tratava da questão de maneira implícita, a posição atual generalizada de que em nenhuma hipótese existe conflito entre a legislação interna e os acordos de bitributação também não parece ser acertada. Se o resultado da aplicação das normas internas não se enquadrar no disposto no acordo, é inequívoca a existência de um conflito.[196]

A posição da OCDE de que as disposições antielusivas integram as regras de imposição fiscal também pode ser questionada pelo fato de em algumas jurisdições, essas regras não se qualificam como regras fiscais, mas sim como regras probatórias ou interpretativas. Os Comentários, ao tentarem classificar todos os tipos de disposições e de doutrinas antielusivas em uma única espécie, são imprecisos.[197]

A posição da OCDE pode dar origem a uma aplicação assimétrica dos acordos. Os Comentários parecem sugerir que existe um entendimento tácito entre os Estados contratantes de que cada um deles tem direito de aplicar suas regras domésticas antielusivas nas questões envolvendo os acordos, a despeito das diferenças que podem existir nessas regras. Os Comentários permitem que um Estado aplique sua legislação interna para desconsiderar transações que sejam consideradas abusivas segundo a legislação local, ainda que essa transação não seja considerada abusiva pela legislação do

---

[194] Conforme parágrafo 9.4 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE ao artigo 1º.
[195] Conforme parágrafo 22.1 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE ao artigo 1º.
[196] DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse.* Chapter 4. Online Books IBFD, 2008. p. 6.
[197] DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse.* Chapter 4. Online Books IBFD, 2008. p. 7.

outro Estado. Essa posição desconsidera o princípio da reciprocidade; afasta a aplicação uniforme dos acordos e impacta a segurança jurídica dos contribuintes.[198]

O entendimento expresso nos Comentários também pode ser criticado por criar uma distinção entre os Estados. Os países que se enquadram no primeiro grupo, que consideram o abuso dos acordos como abuso do acordo em si, devem, para fins de desconsiderar uma determinada transação, considerar os objetivos e as finalidades do acordo e a boa-fé. Para esses países, a desconsideração de uma transação só será possível se esse ponto de vista for partilhado pelo outro Estado contratante. Já no caso do segundo grupo, que considera o abuso do acordo como um abuso da legislação doméstica, a opinião do outro Estado contratante não é necessariamente levada em conta, pois o primeiro Estado irá aplicar sua legislação interna para resolver a questão. Essa distinção é bastante questionável, pois, em nenhuma hipótese, a boa-fé e a intenção comum dos Estados contratantes deveriam ser desconsideradas na interpretação dos acordos.[199]

Em razão dos fatos acima, parte da doutrina, corrente com a qual concordamos, entende que o combate ao abuso dos acordos deve ser efetuado por meio da inclusão de normas específicas antielusivas no próprio texto dos acordos e não por meio das normas internas. A principal vantagem de tais disposições específicas de tratados é que elas fornecem segurança jurídica aos contribuintes; resultam em uma aplicação e em uma interpretação uniforme dos acordos e permitem solucionar eventuais casos de bitributação, que venham a surgir em razão da aplicação dessas normas.[200]

No Brasil, apesar do intenso debate doutrinário acerca do assunto, conforme se verá, existe certo consenso de que os acordos em matéria tributária prevalecem sobre a legislação interna, seja a legislação anterior ou posterior ao acordo,[201] nos termos do artigo 98 do Código Tributário Nacional.[202]

---

[198] DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse.* Chapter 4. Online Books IBFD, 2008. p. 9.

[199] ARNOLD, Brian J. WEEGHEL, Stef van. "Chapter 5. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures". In. MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law.* Online Books IBFD, 2006. p. 7-8.

[200] 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. 260. No mesmo sentido: DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse.* Chapter 4. Online Books IBFD, 2008. p.11.

[201] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 114.

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

3.2 MEDIDAS UNILATERAIS DE CONTENÇÃO AO *TREATY SHOPPING* - CLÁUSULAS GERAIS ANTIELUSIVAS

Conforme se verá, em alguns países, o combate ao planejamento internacional, incluindo o *treaty shopping*, é feito por meio das cláusulas gerais antielusivas. Esse expediente pode ser utilizado tanto pelo Estado da residência, mediante a desconsideração da personalidade jurídica da entidade, quanto pelo Estado da fonte dos rendimentos, o qual, ao identificar a prática das operações abusivas, afasta as reduções das alíquotas nos pagamentos efetuados por fontes de pagadores residentes em seu território.

O objetivo das cláusulas gerais antielusivas é conferir maior poder às autoridades fiscais, pois permitem o questionamento de operações abusivas não tipificadas, desconsiderando os efeitos fiscais subjacentes.

3.2.1 PAÍSES BAIXOS

A evasão fiscal nos Países Baixos é combatida pela doutrina da fraude à lei (*fraus legis)*, cláusula geral antielusiva desenvolvida pelas cortes judiciais do país.[203]

De acordo com a Suprema Corte do País, aplica-se a doutrina da fraude à lei: (i) se o motivo decisivo (único ou o mais importante) para celebrar uma transação ou para praticar uma série de atos é frustrar a imposição fiscal (condição subjetiva) e (ii) se os efeitos fiscais da situação criada pelo contribuinte são contrários aos objetivos e à intenção da lei fiscal (condição objetiva).[204] Como resultado da aplicação da doutrina da fraude à lei, a transação pode ser desconsiderada ou pode ser reclassificada, e a tributação

[203] A cláusula geral antielusiva foi introduzida nos Países Baixos e desenvolvida nos precedentes judiciais na década de 1920. A primeira cláusula instituída no país denominava-se *righful* e visava combater os atos praticados pelo contribuinte que não resultavam em mudança na situação fática desse contribuinte ou que indicassem que outros atos eram praticados e omitidos para evitar a imposição fiscal. Essa cláusula não era muito utilizada. Em meados de 1980, sugeriu-se que a cláusula geral *righful* fosse integrada à doutrina *fraus legis.* Contudo, o Ministro das Finanças optou por promover o desenvolvimento da *fraus legis* e, a partir de então, apenas essa última é aplicada nos Países Baixos. HEMELS, Sigrid. "Chapter 21: Netherlands". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 1-2.

[204] PETERS, Faustina G. F.; ROELOFSEN, Aart. "Netherlands". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010, p. 554.

correspondente será aplicada conforme as alterações propostas, para refletir a correta interpretação da legislação.[205]

A doutrina da fraude à lei não se aplica se o contribuinte demonstrar a presença de uma razão negocial substancial (não fiscal) para celebrar a transação. Se a transação resulta em um resultado econômico negativo, uma vez desconsiderado o efeito fiscal, ou em um resultado positivo insignificante, entende-se que a transação teria sido celebrada com o único objetivo de frustrar a tributação. Outro indicativo seriam as transações celebradas repetidas vezes, de forma a gerar a redução da base fiscal.[206]

Em relação à imposição da doutrina da fraude à lei às transações internacionais que envolvem a aplicação dos acordos de bitributação, entende-se que, regra geral, os acordos de bitributação prevalecem sobre a legislação interna nos Países Baixos. Nos termos do artigo 94 da Constituição do país, as disposições domésticas não devem ser aplicadas caso essas sejam incompatíveis com as disposições dos acordos, pois esses são de observância obrigatória e devem prevalecer sobre a legislação interna. Não haveria muito espaço para a aplicação da teoria da fraude à lei às situações envolvendo os acordos de bitributação.[207]

Conclui-se, portanto, que os Países Baixos não adotam cláusulas gerais antielusivas de combate ao *treaty shopping* abusivo em sua legislação interna, pois, embora a legislação local adote cláusula geral antielusiva – inclusive com critério de substância econômica, tal como a existência de propósito negocial relevante para a realização de uma operação – essa cláusula não é aplicável às questões envolvendo os acordos de bitributação.

3.2.2 ESTADOS UNIDOS

A legislação americana, como é tradicional nos países de *common law*, não tem tradição na edição de cláusulas gerais antielusivas, mas possui uma série de doutrinas criadas pelos Tribunais judiciais do país que podem ser utilizadas pela Receita Federal americana na análise de estruturas de planejamento tributário, as quais podem ser aplicadas

[205] HEMELS, Sigrid. "Chapter 21: Netherlands". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.6.
[206] HEMELS, Sigrid. "Chapter 21: Netherlands". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 3.
[207] PETERS, Faustina G. F.; ROELOFSEN, Aart. "Netherlands". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 561.

no contexto de transações internacionais, incluindo as transações cobertas pelos acordos de bitributação.[208]

A despeito desse fato, a edição da seção 7701(o) do Código Tributário Americano codificou a doutrina da substância econômica no país. Embora essa doutrina seja claramente antielusiva, não fica clara a vocação da norma para funcionar como uma tradicional cláusula geral antielusiva, pois a seção 7701(o) não codificou propriamente a doutrina da substância econômica, já que não estabelece uma regra específica sobre o momento em que essa doutrina seria aplicável, mas apenas fornece instrumentos para sua aplicação.[209]

De acordo com a seção 7701(o), no caso de uma transação na qual a análise da substância econômica seja relevante, a transação será considerada como tendo substância econômica se: (i) a transação alterar de maneira significativa (desconsiderado o efeito do imposto de renda federal) a posição econômica do contribuinte e (ii) o contribuinte tiver propósito substancial (desconsiderado o efeito do imposto de renda federal) para celebrar a transação.[210]

Na Exposição de Motivos[211], o Comitê Fiscal Americano explica que a introdução dessa norma geral se justificaria pelo cenário nebuloso gerado pela aplicação dos métodos de reação aos planejamentos tributários abusivos pela jurisprudência americana.

A partir da leitura de tais motivos, fica claro que o Comitê Fiscal estava ciente da ausência de uniformidade quanto à aplicação da doutrina da substância econômica, tendo em vista a existência de diversas correntes – conjuntiva, disjuntiva e análise unitária – sobre a aplicação dos critérios subjetivo e objetivo, mencionadas no capítulo anterior, bem

---

[208] VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. "United States". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010, p. 311-332.

[209] MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. "Chapter 38: United States". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.1-2.

[210] *§ 7701 (o) Clarification of economic substance doctrine*
(1) Application of doctrine. In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if (A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position, and (B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.

[211] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Joint Committee On Taxation. *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the "Reconciliation Act of 2010," as Amended, in Combination with the "Patient Protection and Affordable Care Act*. Disponível em: <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3673>. Acesso em 13.08.2016. p. 142-156.

como sobre a existência das controvérsias sobre o tipo de benefício econômico exigido para atender ao critério objetivo.

Em relação à existência de diversas correntes relativas à aplicação da doutrina da substância econômica, foi adotada a perspectiva conjuntiva. Uma transação será considerada como tendo substância econômica se a transação tiver sido celebrada em razão de propósito negocial e se a transação for capaz de promover alteração significativa na posição econômica do contribuinte, sem considerar a economia fiscal.

O Comitê Fiscal também esclarece que o propósito não fiscal ou negocial a ser demonstrado pelo contribuinte deve ser substancial, embora não defina o que se entende por “substancial”. Foi rejeitada a possibilidade de a melhora de demonstrações financeiras ser alegada como propósito negocial legítimo, se essa melhora decorrer da redução de impostos. A economia de tributos do âmbito estadual ou local pode ser considerada como legítima, desde que não se verifiquem reflexos na legislação do Imposto de renda federal.

No tocante à mudança da posição econômica do contribuinte, ficou determinado que o contribuinte pode se basear em outros fatores além do potencial de lucros para demonstrar a existência de uma mudança em sua posição econômica. Ainda que a norma não estabeleça um retorno mínimo para satisfazer o teste de lucro potencial, caso o contribuinte alegue a existência desse lucro potencial, o valor desse, antes de apurados os impostos, deverá ser substancial em relação à redução fiscal obtida com a transação. As despesas da transação podem ser consideradas para fins de determinar o lucro antes de apurados os impostos.

O Comitê Fiscal esclarece que a reforma não tem como objetivo alterar a flexibilidade dos Tribunais. Não se pode negar, contudo, que a reforma acaba por alterar ao menos a aplicação da teoria da substância econômica, tendo em vista que a nova legislação optou de forma clara pela perspectiva conjuntiva, obrigando que as demais interpretações sejam abandonadas.

O Comitê esclarece ainda que o legislador não tentou alterar o tratamento fiscal de certas transações básicas, tradicionalmente validadas pelas autoridades fiscais e pelos tribunais. Essas hipóteses são enumeradas de forma taxativa na Exposição de Motivos e,

como regra, versam sobre a adoção de uma estrutura, que, comparada a outra similar, é mais favorável do ponto de vista fiscal.[212]

Embora a alteração da seção 7701(o) do Código Tributário Americano represente um avanço na aplicação da doutrina da substância econômica no ordenamento jurídico do país, a codificação não está livre de críticas. Alega-se que a legislação não esclarece o que se entende por "transação" sujeita à apreciação da consideração da substância econômica. Os termos "mudança significativa" e "propósito negocial" são termos abertos e vagos, sujeitos à interpretação.[213] Não há clareza sobre a necessidade de aplicação da doutrina da substância econômica em toda e em qualquer transação ou sobre como serão interpretadas as hipóteses de exclusão mencionadas no parágrafo anterior. Essas incertezas em parte decorrem do fato de que as novas regras aplicam-se apenas às transações celebradas a partir de 30 de março de 2010 e, portanto, não foram testadas perante os Tribunais.[214]

A codificação também não exclui completamente a aplicação de outras doutrinas antielusivas ou antiabusivas no ordenamento jurídico americano, tais como a doutrina do propósito negocial (*business purpose doctrine*), a doutrina da substância sobre a forma (*substance over form*), a doutrina da simulação da entidade (*sham entity*) e a doutrina das transações em etapas (*step transaction doctrine*).

A doutrina do propósito negocial, criada a partir do precedente *Gregory v. Helvering* citado no capítulo anterior, como regra, requer que o contribuinte tenha um propósito negocial, além da economia de tributos, para celebrar uma determinada transação. Esse requisito é tratado como uma doutrina independente, embora seja comumente incorporado a outras, tais como a doutrina da substância econômica.[215]

---

[212] Dentre as transações existentes, são citadas as seguintes: *(1) the choice between capitalizing a business enterprise with debt or equity; (2) a U.S. person's choice between utilizing a foreign corporation or a domestic corporation to make a foreign investment; (3) the choice to enter a transaction or series of transactions that constitute a corporate organization or reorganization under subchapter C; and (4) the choice to utilize a related-party entity in a transaction, provided that the arm's length standard of section 482 and other applicable concepts are satisfied. Leasing transactions, like all other types of transactions, will continue to be analyzed in light of all the facts and circumstances.*

[213] FRISKE, Karyn Bybee; COOLEY, M. Karen; PULLIAM, Darlene. "Economic Substance Codification: Clarification or Convolution". In. *Practical Tax Strategies*. Carrollton: Thomson Reuters, 2010. p. 260-261.

[214] MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. "Chapter 38: United States". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.1-2.

[215] VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. "United States". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 828-829.

A doutrina da substância sobre a forma determina que, regra geral, a tributação depende da substância e não da forma da transação. Essa doutrina é tipicamente utilizada para glosar benefícios fiscais concedidos às transações cuja forma difere da substância.[216] No contexto dos acordos de bitributação, essa doutrina tem sido utilizada para desconsiderar entidades intermediárias que sejam empresas-canais ou que envolvam simulação, criadas apenas para obter os benefícios dos acordos[217].

A doutrina da simulação da entidade decorre da doutrina da substância sobre a forma. De acordo com seus fundamentos, considera-se que a personalidade jurídica de uma entidade deve ser respeitada como distinta da personalidade jurídica de outras pessoas, incluindo os sócios, desde que haja uma justificativa econômica para sua constituição e que a entidade realize as atividades para a quais foi constituída.[218]

A teoria da transação por etapas, que também pode ser vista como uma variação da doutrina da substância sobre a forma, trata os passos de uma determinada transação formalmente separados, como uma única transação para fins fiscais. Para determinar os passos que devem ser colapsados em uma transação única, as cortes e a Receita Federal americanas costumam aplicar três testes alternativos. No teste mais estrito, denominado *binding commitment test*, uma série de transações são tratadas como uma única se existe um compromisso vinculante para a adoção do próximo passo. No segundo teste, denominado *mutual interdependence test*, uma série de transações é colapsada em uma única se os passos forem tão interdependentes que o resultado de uma transação seria inútil sem os outros passos. No terceiro teste, o *end result test*, uma série de transações é colapsada em uma se a intenção das partes no início das transações era atingir um resultado particular e todos os passos levam a esse resultado. A teoria das transações por etapas tem sido usada pelos tribunais para evitar que os contribuintes estruturem transações para obter os benefícios dos acordos de bitributação.[219]

---

[216] VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. "United States". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 829.
[217] MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. "Chapter 38: United States". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.2.
[218] VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. "United States". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 830.
[219] MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. "Chapter 38: United States". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.7.

No tocante à relação entre as regras internas norte-americanas e os acordos de bitributação, segundo a Constituição Americana, a legislação federal e os acordos de bitributação são hierarquicamente equiparados. Na hipótese de esses instrumentos regularem o mesmo assunto e de existir um claro conflito entre eles, prevalecerá aquele que for mais recente.[220]

As discussões mais relevantes sobre essa relação aparecem na aplicação das cláusulas antielusivas específicas, abaixo mencionadas, dado que os Estados Unidos não têm tradição na adoção de cláusulas gerais antielusivas.

3.2.3 ESPANHA

A legislação espanhola contém uma série de regras destinadas ao combate da elusão fiscal, contidas primordialmente na *Ley General Tributaria* – LGT. Como regra, esses dispositivos permitem que as autoridades fiscais neguem a concessão de benefícios fiscais aos atos e às transações cuja forma legal adotada não corresponde ou não é típica do resultado econômico obtido.[221]

O Artigo 15(1) da *Ley General Tributaria*, denominado Regra de conflito na aplicação das leis tributárias, codifica a cláusula geral antielusiva atualmente em vigor na Espanha. Referido artigo contém a seguinte redação: (i) um conflito na aplicação das regras fiscais pode surgir quando o contribuinte evita, total ou parcialmente, o fato gerador do tributo ou obtém uma redução na base tributável por meio de atos ou de transações que atendem às seguintes características: (a) os atos, individual ou conjuntamente considerados, são claramente artificiais ou impróprios para obter o seu objetivo (*artificially test*) e (b) da forma legal adotada para os atos ou para as transações não resultam outras consequências legais ou econômicas além da economia fiscal, como ocorreria se a forma legal própria tivesse sido adotada (*effects test*); (ii) a declaração da existência de um conflito na aplicação das regras fiscais deve ser feita pelas autoridades fiscais por meio de um relatório especial regulamentado na lei; (iii) os autos de infração decorrentes da aplicação desse artigo serão emitidos para cobrar o imposto devido sobre os atos ou sobre

[220] VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. "United States". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 838-839.

[221] ARRAIZ, Javier Pérez. "Spain". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 733.

as transações como se a forma legal própria tivesse sido adotada ou para cobrar o imposto decorrente da glosa dos benefícios fiscais usufruídos, bem como a multa de mora. Não devem ser cobradas, no entanto, multas de ofício.[222]

Juan Zornoza Pérez e Andrés Báez Moreno entendem que não está claro se a legislação espanhola atribui significados distintos aos termos "artificial" e "impróprio". Os autores explicam que o termo "artificial" como regra tem sido utilizado para combater transações isoladas praticadas pelo contribuinte apenas para obter benefícios fiscais. O acordo é considerado artificial se for utilizado com uma finalidade diferente da finalidade típica estabelecida pelo Direito Privado.[223]

Os autores ainda mencionam que a maior mudança causada pela introdução da Cláusula geral antielusiva na Espanha foi a exigência de uma razão econômica válida (*motivos económicos válidos*) para as transações. Inicialmente, esse requisito era aplicável apenas ao regime de diferimento previsto na legislação do imposto de renda. Todavia, na prática, esse requisito passou a ser tratado como uma regra antielusiva pelas autoridades fiscais e pelas Cortes do país para negar benefícios fiscais em geral, principalmente nos casos envolvendo situações internacionais, como se o requisito decorresse da cláusula geral antielusiva do Artigo 15(1) da *Ley General Tributaria*.[224]

Em relação à aplicação dessas regras domésticas às situações internacionais envolvendo acordos de bitributação, a Espanha tem inserido, em seus acordos de bitributação, cláusula que autoriza a aplicação das regras domésticas antielusivas.[225] Ainda que a doutrina tenha criticado essas cláusulas, tendo em vista uma possível quebra do *pacta sunt servanda*, a prática administrativa e as Cortes do país não têm considerado problemática a relação entre a aplicação da cláusula geral antielusiva nos casos envolvendo acordos de bitributação.[226]

---

[222] PÉREZ, Juan Zornoza. MORENO, Andrés Báez. "Chapter 33: Spain". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.1.
[223] PÉREZ, Juan Zornoza. MORENO, Andrés Báez. "Chapter 33: Spain". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.5.
[224] PÉREZ, Juan Zornoza. MORENO, Andrés Báez. "Chapter 33: Spain". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.2-3.
[225] ARRAIZ, Javier Pérez. "Spain". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 732.
[226] PÉREZ, Juan Zornoza. MORENO, Andrés Báez. "Chapter 33: Spain". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.10.

3.2.4 LUXEMBURGO

Luxemburgo lida com a elusão fiscal no contexto internacional por meio de cláusulas gerais, pois o país não tem cláusulas específicas para lidar com estruturas de *treaty shopping* abusivas e não tem intenção de introduzir normas que restrinjam a aplicação dos acordos, tendo em vista que lá os acordos prevalecem sobre a legislação interna.[227]

A primeira cláusula geral antielusiva refere-se a uma provisão geral antiabuso, segundo a qual os tributos não podem ser suprimidos ou mitigados por abuso de formas conforme a legislação civil. No caso de abuso, os tributos devem ser recolhidos de acordo com a construção legal apropriada à operação econômica, aos fatos e às circunstâncias. A questão que se coloca é a que a legislação não contém qualquer diretiva sobre o que se entende por abuso. A jurisprudência se manifestou no sentido de que o contribuinte pode optar, dentre as estruturas existentes, por aquela que seja mais eficiente do ponto de vista fiscal. Se a estrutura escolhida não puder ser justificada por razões econômicas ou por razões não fiscais e for inadequada para atingir o objetivo negocial inicial, a estrutura deve ser qualificada como abusiva.

Luxemburgo também dispõe de uma norma antissimulação, a qual determina que uma transação pode ser desconsiderada para fins fiscais se as autoridades fiscais entenderem que as partes não tinham como intenção realizar determinada transação e que a praticaram apenas para esconder a "real" transação.

A legislação luxemburguesa também determina que as transações devem ser analisadas com base em sua substância econômica e não com base na forma legal adotada. Uma determinada operação de dívida pode ser requalificada, para fins fiscais, como uma operação de capital, se a substância econômica da operação assim o indicar.

No mesmo sentido, a propriedade dos ativos pode ser alocada a quem detém o benefício ou a propriedade econômica (*economic ownership*), em detrimento da propriedade legal. O proprietário econômico (*economic owner*) de um ativo é definido

[227] A descrição da legislação de Luxemburgo foi totalmente baseada no artigo a seguir: BIEWER, Sandra; HöFER, Birgit. "Luxembourg". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 487-507.

como alguém que exerce a efetiva autoridade sobre um ativo de modo que exclui a influência do proprietário legal. São exemplos de propriedade econômica de acordo com a legislação luxemburguesa: (i) ativos que são transferidos a título de garantia e, para fins fiscais, a propriedade é alocada para o cedente; (ii) ativos que são transferidos para o *trustee* e, para fins fiscais, a propriedade é alocada para o *trustor*; (iii) ativos que são adquiridos pelo *trustee* por conta e por ordem do *trustor* são, para fins fiscais, atribuídos para o *trustor*.

No tocante à relação entre as regras domésticas e os acordos de bitributação, o ordenamento jurídico de Luxemburgo considera que os acordos devem prevalecer sobre a legislação doméstica, ainda que as regras internas tenham sido introduzidas após a assinatura do acordo. As cortes do país ainda entendem que os acordos devem ser interpretados de forma literal, presumindo-se que o texto reflete a intenção das partes. A aplicação de uma regra antiabuso interna requer uma previsão específica a respeito no texto do acordo ou a existência de uma regra antiabuso no próprio acordo de bitributação. As cortes luxemburguesas também admitem a aplicação de regras internas se os Comentários à Convenção Modelo da OCDE recomendarem essa aplicação e o país não tiver nenhuma objeção acerca da recomendação.

Especificamente em relação à aplicação das regras que determinam que uma transação deve ser avaliada com base na substância econômica da transação, diversos dispositivos da Convenção Modelo da OCDE referem-se à aplicação dessas regras domésticas para determinar certos termos dos acordos (por exemplo, na determinação do que se entende por residente contida no artigo 4, parágrafo 1). As autoridades fiscais luxemburguesas estão autorizadas a utilizar o princípio da substância econômica sob a forma aos casos em que esse princípio é aplicado para dar sentido a um termo utilizado no acordo.

A questão só é diferente em relação à aplicação das regras de propriedade econômica para determinar o beneficiário efetivo no âmbito da aplicação de um acordo de bitributação. A interpretação dos termos beneficiário efetivo e propriedade econômica pode levar a resultados distintos e a aplicação do conceito de propriedade econômica aos casos que envolvem acordos de bitributação não estaria de acordo com a abordagem adotada pela legislação luxemburguesa de interpretar de forma literal o texto dos acordos

de bitributação. Em relação ao conceito de beneficiário efetivo, prevalece a redação do acordo de bitributação, não sendo aplicável o conceito econômico previsto na legislação interna.

3.2.5 FRANÇA

A legislação francesa contém três cláusulas gerais antielusivas, aplicáveis tanto às questões domésticas, quanto às transações internacionais: (i) cláusula do abuso do direito, a qual permite que as autoridades fiscais francesas desconsiderem um acordo ou uma transação quando certas condições são atendidas; (ii) cláusula, a qual permite que as autoridades fiscais requalifiquem uma transação a partir da intenção real das partes. A disposição pode ser aplicável ainda que a intenção do contribuinte não envolva qualquer economia fiscal; (iii) cláusula do ato anormal de gestão, a qual permite que as autoridades fiscais questionem a dedutibilidade de uma despesa que não tenha sido incorrida no interesse da sociedade ou do contribuinte; que não corresponda a uma decisão negocial. Embora essa norma possa ser aplicável tanto às transações domésticas quanto às internacionais, nas questões internacionais, a cláusula do ato anormal de gestão é utilizada para justificar a aplicação das regras de *transfer pricing*.[228-229]

Em relação à cláusula do abuso do direito (*abus des droit*), as autoridades fiscais francesas, para restabelecer a real natureza de uma transação, podem desconsiderar as operações que constituam em abuso de direito, seja porque as transações são fictícias ou porque as transações são praticadas com o único objetivo de reduzir a tributação que normalmente seria devida, aproveitando-se da aplicação literal da legislação ou de decisões de forma contrária aos objetivos pretendidos pelos autores dessas.[230]

---

[228] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 313.

[229] Thomas Dubut explica que embora as três regras acima existam no ordenamento jurídico francês, a única cláusula geral antielusiva é a regra do abuso do direito. DUBUT, Thomas. "Chapter 13: France". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 2.

[230] Thomas Dubut explica que embora as três regras acima existam no ordenamento jurídico francês, a única cláusula geral antielusiva é a regra do abuso do direito. DUBUT, Thomas. "Chapter 13: France". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 1.

Mesmo a teoria tendo sido atualizada pelo *Amending Finance Act* em 2008, o abuso do direito foi desenvolvido pela jurisprudência e introduzido pela primeira vez no ordenamento jurídico francês em 1941.[231]

Em sua formulação inicial, a regra não continha definição específica sobre o que era considerado "abuso do direito", mas autorizava as autoridades fiscais a desconsiderar operações praticadas com o objetivo de dissimular o real objeto do contrato ou da transação. Progressivamente, as cortes francesas especificaram as condições para aplicação do instituto, o qual deveria ser aplicado às transações fictícias ou, se genuínas, fossem celebradas com o único objetivo de evitar ou de reduzir a tributação que normalmente seria devida. Em 2006, o Tribunal francês *Council of State* determinou que, ainda que a transação respeitasse os critérios acima, uma transação não fictícia poderia ser desconsiderada se praticada para se aproveitar do texto literal da lei ou das decisões, de forma a evitar ou a reduzir a tributação, contrariamente ao objetivo pretendido pelo legislador ou pelo julgador. Essa decisão influenciou a reforma do instituto do abuso do direito em 2008, que passou a exigir este segundo critério – transações não devem ser praticadas com o objetivo de reduzir a tributação que normalmente seria devida, aproveitando-se da aplicação literal da legislação ou de decisões de forma contrária aos objetivos pretendidos pelo legislador ou pelo julgador – que é conhecido como fraude à lei (*fraus legis* ou *fraude à la loi*).[232]

Stéphane Austry e Michel Collet ressalvam que, embora o ordenamento jurídico francês tenha regras antiabuso codificadas, as autoridades fiscais e as cortes francesas têm focado cada vez mais na análise da substância econômica das transações.[233] Segundo os autores, as cortes francesas têm se movido para uma abordagem de substância sobre a forma (*substance over form*), afastando-se da visão civilista mais tradicional e passando a

[231] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 314.
[232] DUBUT, Thomas. "Chapter 13: France". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 1.
[233] Podem ser citados os casos *Bank of Scotland (2006)* e *Banque Populaire Centre Atlantique (2006).*

exigir que as estruturas de planejamento tributário sejam justificadas mediante a existência de propósito negocial e de substância econômica.[234]

Especificamente em relação à aplicação das cláusulas gerais aos casos envolvendo os acordos de bitributação, as situações internacionais, incluindo o uso impróprio dos acordos de bitributação, como regra, são punidas a partir das regras internas e não por regras antielusivas estabelecidas nos acordos. A legislação determina que a regra do abuso do direito aplica-se tanto às questões domésticas, quanto às internacionais.[235] Na aplicação do critério da fraude à lei, é importante determinar não apenas a intenção do contribuinte de evitar ou de reduzir a tributação, mas também a intenção do legislador ou do julgador na edição da lei ou da decisão. Embora seja tecnicamente possível aplicar esse critério aos casos envolvendo abuso de acordos, é bastante difícil determinar a intenção dos "autores" dos acordos de bitributação.[236]

A despeito dessa dificuldade, na prática, ainda que o caso envolva acordo de bitributação, as cortes tendem a analisar, em primeiro lugar, a compatibilidade da questão com a legislação doméstica, para, em seguida, verificar as disposições do acordo de bitributação.

O caso *Bank of Scotland* ilustra essa questão.[237] O caso versa sobre o usufruto dos dividendos anuais predeterminados de uma subsidiária francesa, cedido temporariamente por uma sociedade norte-americana em favor do *Bank of Scotland*, localizado no Reino Unido. Após o recebimento dos dividendos, o banco solicitou o reembolso de um crédito fiscal, correspondente à diferença entre o imposto retido pela sociedade francesa à alíquota de 25% e a retenção de 15% que deveria ter sido efetuada em razão do acordo EUA-França.

---

[234] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 317.

[235] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 321.

[236] DUBUT, Thomas. "Chapter 13: France". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 2.

[237] Julgado pelo *Conseil d'État* em 29.12.2006. Disponíveis em < https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000018004870&fastReqId=108794529&fastPos=1>. Acesso em 02.04.2016.

O *Conseil d'État* negou o reembolso e, com base na doutrina do abuso do direito, requalificou a transação como um empréstimo efetuado do banco para o grupo norte-americano. Segundo o Tribunal, a operação de cessão do usufruto dos dividendos deveria ser tratada como um empréstimo, uma vez que o *Bank of Scotland* teria transferido recursos para a sociedade norte-americana em pagamento do usufruto, recebendo em troca os dividendos anuais predeterminados, os quais seriam equivalentes ao pagamento do principal do empréstimo e dos juros, correspondentes ao valor do reembolso do imposto retido. Verificou-se que o banco não estava exposto a nenhum risco comumente assumido por um acionista e, portanto, a transação seria puramente financeira. Finalmente, o *Conseil d'État* entendeu que o banco não era o beneficiário efetivo dos dividendos pagos pela sociedade francesa, mas sim a sociedade norte-americana, dado que a transferência dos direitos dos dividendos não era efetiva, mas mera operação financeira.[238]

O *Council of State* formulou uma opinião no sentido de que, na interpretação do artigo 1 (pessoas visadas) de um acordo de bitributação, as autoridades francesas podem recusar a aplicação do acordo de bitributação com base na teoria do abuso do direito se a residência da pessoa em questão tiver sido obtida com o objetivo de favorecer terceiros, os quais, em princípio, não teriam acesso ao acordo de bitributação. Essa opinião confirma que o *Council of State* entende que os acordos de bitributação não excluem a aplicação da cláusula geral antielusiva interna. Entretanto, essa opinião do Tribunal não tem força normativa.[239]

3.2.6 BRASIL

No Brasil, por muito tempo, o combate ao planejamento tributário era feito com base em uma postura formalista, o que levou a um abuso por parte dos contribuintes. Até meados dos anos 2000, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais adotava o entendimento de que se os atos praticados pelos contribuintes, que resultassem em redução da tributação, estivessem de acordo com a forma legal, a operação seria válida a despeito

[238] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 316-317.
[239] DUBUT, Thomas. "Chapter 13: France". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 5.

da inexistência de razões não fiscais para a sua realização. Alegava-se que, se a estrutura de planejamento não era proibida pela legislação, ela deveria ser considerada ilegítima.[240]

Em 2001, foi publicada a Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que inseriu parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional para supostamente incluir uma cláusula geral antielusiva no ordenamento jurídico brasileiro. Dispõe o parágrafo único do artigo 116 que a autoridade fiscal poderá desconsiderar atos e negócios jurídicos praticados visando dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, desde que observados os procedimentos estabelecidos em lei ordinária.

Muitos autores questionam a adequação do termo "dissimular" para o objetivo de instituir uma cláusula geral antielusiva, pois a redução adotada indica que o legislador apenas optou por um conceito que se refere à simulação, em vez de estabelecer uma norma geral. A única interpretação possível para esse artigo seria que a disposição permite que as autoridades fiscais desconsiderem transações simuladas para fins fiscais. Nas palavras de Luís Eduardo Schoueri e de Matheus Calicchio Barbosa, se o objetivo da Lei Complementar 104 foi instituir uma cláusula geral antielusiva, não seria exagero dizer que a redação adotada resultou em um erro monumental.[241]

Em 2002, foi publicada a Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, que, em seus artigos 13 a 19, visava introduzir a regulamentação da norma geral antielusão exigida pela Lei Complementar 104. O artigo 14 da referida Medida Provisória dispunha que seriam passíveis de desconsideração pela autoridade fiscal os atos ou os negócios jurídicos que visassem reduzir o valor do tributo; evitar ou postergar seu pagamento ou ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. A desconsideração deveria levar em conta, dentre outras, a ocorrência de (i) falta de propósito negocial, definido como a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato ou (ii) abuso de forma, definido como a prática de ato ou de negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou do negócio jurídico dissimulado.

---

[240] SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 1-2.

[241] SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 2.

Os artigos 13 a 19 da Medida Provisória 66 não foram convertidos em lei, possivelmente em virtude do intenso debate doutrinário acerca do alcance do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional e mesmo de sua constitucionalidade. Exceto por uma parcela minoritária, existe relativo consenso na doutrina brasileira de que a aplicabilidade do parágrafo único do artigo 116 condiciona-se à regulamentação ainda a ser criada, de modo que não seria aplicável às operações atualmente realizadas.

Cabe destacar ainda a posição de Ricardo Mariz de Oliveira, para quem o artigo 116 não seria mais do que uma norma antievasão. Para o autor, se o legislador teve a intenção de criar uma norma geral antielisão, ele claramente não logrou o seu intento, pois a norma tem clara natureza de combate à evasão fiscal e porque, se o dispositivo fosse uma norma antielisão, ele seria inconstitucional. O autor ainda pontua que seria incorreto afirmar que o referido artigo seria inútil ou supérfluo, pois, embora o ordenamento jurídico brasileiro já permitisse o combate à evasão por meio da simulação, a Lei Complementar 104 transformou em norma expressa o que era uma construção doutrinária; instituiu a regra em nível de lei complementar como exige a Constituição Federal e passou a exigir que a declaração da simulação se desse mediante procedimento a ser desenvolvido por meio de lei ordinária, o que antes não era exigido. O parágrafo único do artigo 116 seria perfeito, completo e inatacável do ponto de vista jurídico, porque não violaria qualquer limite ao poder de tributar, ou ao direito individual do contribuinte, bem como se inseriria de maneira consistente no ordenamento jurídico brasileiro.[242]

A despeito da inexistência de uma cláusula geral antielusiva no ordenamento jurídico brasileiro, é possível notar uma tendência bastante proeminente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de adotar uma abordagem de substância sobre a forma, ao mesmo tempo em que as decisões exigem a demonstração de propósito negocial válido ou a ausência de abuso de direito para validar as estruturas de planejamento tributário em geral.[243] Como é frequente nos países que não adotam cláusulas antielusivas, no Brasil, se

[242] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "Reinterpretando a norma antievasão do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional". In. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 76.* São Paulo: Dialética, 2002. p. 81-101.

[243] Luís Eduardo Schoueri e Mateus Calicchio Barbosa mencionam que a Medida Provisória 685, de 21 de julho de 2015, que criou a obrigação de informar à Administração tributária federal as operações e os atos ou os negócios jurídicos os quais acarretem supressão, redução ou diferimento, foi mais uma tentativa do Governo Federal de criar a ilusão de que existe uma cláusula geral antielusiva no Brasil. Essa norma exigia que o contribuinte informasse os atos ou os negócios jurídicos praticados sem razões extratributárias relevantes ou cuja forma adotada não era usual, os negócios jurídicos indiretos ou que contivessem cláusula

verifica uma grande distorção na aplicação do conceito de simulação, pois esse instituto acaba sendo utilizado para suprir a ausência das regras antielusivas, estendendo o conceito de simulação previsto na lei civil. Em alguns casos, verifica-se que a ausência de propósito negocial, cuja exigência não tem base legal no ordenamento jurídico brasileiro, é a principal causa para a rejeição da estrutura de planejamento tributário pelo CARF. O julgador acaba fundamentando sua rejeição com base no conceito de simulação. Em outros casos, o CARF confirma que a ausência de propósito negocial não é hipótese de simulação, mas entende que a falta de propósito negocial torna a transação inválida e artificial.[244]

Em relação à aplicação das normas internas às situações internacionais envolvendo acordos de bitributação, no Brasil, dispõe o artigo 98 do Código Tributário Nacional que *os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*.

A despeito da redação do Código, não é correto afirmar que os acordos revogam a legislação interna. O artigo 98 do Código Tributário Nacional deve ser entendido no sentido de que as disposições dos acordos internacionais em matéria tributária devem ser observadas em detrimento da legislação interna, como forma de garantir que compromissos assumidos pelo Estado brasileiro perante os outros Estados signatários da Convenção serão cumpridos.

Isso significa que os acordos não revogam a lei interna, mas apenas prevalecem momentaneamente sobre ela, em relação às hipóteses tratadas no acordo e nas relações entre os Estados contratantes. A legislação interna permanece válida, tendo apenas sua aplicação contida pelo acordo. Se, por exemplo, o acordo for denunciado, a lei interna volta a ser integralmente aplicável.[245]

---

que desnaturasse os efeitos de um contrato típico. Esses institutos, contudo, não estão positivados na legislação fiscal ou no Código Tributário Nacional e a Medida Provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional. SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 4-5.

[244] SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 5.7.

[245] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação.* In. Revista Direito Tributário Atual nº 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 35.

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de cláusula geral antielusiva, de forma que os Tribunais ainda não discutiram a relação entre essa norma e os acordos de bitributação. Também não há indicação de que a orientação da OCDE, no sentido de que a aplicação de regras internas não seria vedada pelos acordos de bitributação, será adotada no país.[246]

3.3 MEDIDAS UNILATERAIS DE CONTENÇÃO AO *TREATY SHOPPING* - CLÁUSULAS ESPECÍFICAS ANTIELUSIVAS

3.3.1 PAÍSES BAIXOS

O ordenamento jurídico holandês contém uma série de cláusulas antielusivas específicas na legislação doméstica.[247] Parte dessas regras endereça apenas questões internas e outras se destinam a prevenir a evasão ou a elusão fiscal em situações *cross-border*. Não identificamos a existência de regras específicas que enderecem as questões envolvendo estruturas de *treaty shopping* abusivas.

Dentre as cláusulas antielusivas específicas, cabe destacar a regra da residência fictícia (*residence fiction)*, contida no artigo 2(4) do *Corporate Income Tax Act*, que determina que uma sociedade constituída nos termos da lei holandesa é considerada residente nos Países Baixos para fins fiscais, e, nesse sentido, fica sujeita à tributação em relação à renda auferida interna e externamente. Faustina Peters e Aart Roelofsen explicam que a natureza dessa regra como sendo uma cláusula antielusiva não é clara na legislação, tendo em vista que não residentes usam essa disposição para se qualificar como um residente; para obter os benefícios do regime da *participation exemption* ou do *fiscal unity* holandeses. Em todo caso, as regras que determinam as exceções à aplicação desses regimes são claramente cláusulas específicas antiabuso.

O *Corporate Income Tax Act* também contém regras de determinam que as transações entre partes relacionadas devem observar o princípio *at arm's length*, regras que

---

[246] SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 16.

[247] A descrição das cláusulas específicas dos Países Baixos foi baseada no relatório elaborado por Faustina Peters e Aart Roelofsen no âmbito do Congresso da *International Fiscal Association*. PETERS, Faustina G. F.; ROELOFSEN, Aart. "Netherlands". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 554.570.

impõem tributação na mudança de residência das sociedades (*exit taxes*); regras que determinam a tributação de não residentes se a participação na sociedade holandesa não fizer parte de suas atividades e regras que determinam que o crédito do imposto retido em relação aos dividendos pagos só deve ser concedido ao beneficiário efetivo dos dividendos.

Em relação às situações de abuso em outras jurisdições, o *Corporate Income Tax Act* contém as seguintes cláusulas específicas antielusivas: (i) regra que determina que, no caso de transações entre partes relacionadas, os juros e os *royalties* recebidos ou pagos são excluídos do lucro tributável se o contribuinte não incorre em risco nos contratos relacionados a esses pagamentos. Como resultado, o contribuinte será tributado com base em uma remuneração determinada *at arm's length* e não pode compensar eventuais tributos retidos; (ii) regra que nega a dedutibilidade de despesas incorridas no pagamento de juros caso os empréstimos relacionados sejam obtidos a partir de uma parte relacionada; se os juros pagos são consideravelmente inferiores àqueles determinados com base na regra *at arm's length* e o contrato não tenha prazo ou tenha prazo superior a 10 anos e (iii) regra que desconsidera a existência de uma *fiscal unity* que se utiliza de um estabelecimento permanente para reduzir a tributação no país.

A legislação dos Países Baixos não contém dispositivos que versam especificamente sobre o abuso de acordos, embora estabeleça, em certas ocasiões, o requisito de a transação envolver o "beneficiário efetivo", dispositivo que pode afetar a aplicação dos acordos de bitributação. Deve ser mencionado o artigo 36(4) do *Unilateral Decree for the Avoidance of Double Taxation 2001*, que trata da questão envolvendo *tax sparings*. Para evitar situações de abuso, o beneficiário do *tax sparing* deve ter base tributável no país suficiente para compensar o crédito.

Em relação à aplicação dessas regras aos casos envolvendo acordos de bitributação, conforme mencionado acima, a Constituição do país dispõe que os acordos de bitributação prevalecem sobre a legislação interna. A legislação interna não deve prevalecer caso o resultado de sua aplicação seja incompatível com os acordos. As regras específicas antielusivas contidas no *Corporate Income Tax Act* não são incompatíveis com os acordos de bitributação. A limitação de dedução dos juros não tem relação com a atribuição da competência para a tributação, mas referem-se apenas à dedutibilidade dos valores no âmbito interno, o que não afeta a aplicação dos acordos. A aplicação da *participation*

exemption não é uma obrigação prevista nos acordos de bitributação, de forma que a exclusão desse benefício aos casos abusivos também não é matéria que afeta os acordos. As regras antiabuso que determinam a tributação do lucro são compatíveis com os acordos apenas quando o direito de tributar está de acordo com o disposto no acordo de bitributação. Em relação às regras *anti-dividend stripping*, a questão é mais controversa, pois a Suprema Corte holandesa tem decidido que o requisito do beneficiário efetivo deve ser analisado sob a perspectiva formal. Fica a dúvida, portanto, se a Corte será influenciada pelo aspecto econômico introduzido na definição de beneficiário efetivo pela legislação dos Países Baixos.

3.3.2 ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos possuem uma série de cláusulas específicas que se destinam a combater a elusão fiscal ou o abuso em situações internacionais: (i) regras que tratam das *Controlled Foreign Corporation* ou regras CFC; (ii) regras de subcapitalização; (iii) regras que limitam a dedutibilidade de perdas, de despesas e dos juros em transações entre partes relacionadas; (iv) *stapled stock*, regra que determina o reconhecimento de ganho em transações que não gerariam ganho; (v) regras de preços de transferência; (vi) regra de alocação de despesas de juros; (vii) *expatriation rules*, regras para companhias que alteram o domicílio fiscal; (viii) *hybrid entity rules*, regras que limitam os benefícios em relação às entidades híbridas; (ix) *disposition on investment in US immovable property*; (x) disposições relativas aos investimentos em propriedades imobiliárias; (xi) *foreign tax credit rules*, regras que limitam a concessão de créditos fiscais para estrangeiros; (xii) *gain from sales or exchanges in certain foreign corporations*, regra que recaracteriza os ganhos auferidos por sociedades na venda de ações de sociedades não residentes nos EUA; (xiii) *passive foreign investment companies*, regra sobre investimentos passivos em sociedades não residentes nos Estados Unidos; (xiv) *dual consolidated losses*, regra de consolidação de perdas duplas e (xv) *multi-party financing transaction*, regras que recaracterizam financiamentos múltiplos.[248]

A cláusula específica antielusiva que visa limitar a atuação das sociedades-canais (*anti-conduit rules*) tem como objetivo identificar o real beneficiário dos rendimentos

[248] VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. "United States". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 833-837.

pagos por uma fonte pagadora americana, com o objetivo de prevenir estruturas de *treaty shopping* e de situações similares, mediante a interposição de entidades intermediárias e sociedades-canais.[249] De acordo com a legislação, uma entidade será tratada como uma sociedade-canal se uma determinada entidade ou grupo de entidades forem parte de uma ou de mais transações de financiamento, que pode envolver dívida ou determinados instrumentos de capital, de modo que a participação da entidade reduz a tributação nos Estados Unidos. Caso seja identificado o uso de uma sociedade-canal, limita-se a possibilidade de os contribuintes se beneficiarem da isenção ou da redução da tributação na fonte aos pagamentos efetuados a essas entidades.[250]

Também cabe destacar a regra de tributação das filiais estrangeiras (*branch profit taxes)* estabelecida na seção 884 do *Internal Revenue Code.* O dispositivo tem como objetivo criar uma situação de paridade entre as operações conduzidas por uma subsidiária e aquelas conduzidas por uma filial. A regra é composta por três elementos: (i) imposição da tributação sobre determinados lucros auferidos pela entidade estrangeira em relação aos negócios operados nos Estados Unidos; (ii) imposição de tributação sobre os juros pagos ou presumidamente pagos pela entidade estrangeira e (iii) uma regra *anti-treaty shopping*. Como regra, a entidade deve ser "pessoa qualificada" residente em um Estado signatário de um acordo para que se beneficie da isenção ou da redução da tributação das filiais estrangeiras, da tributação sobre os juros e sobre os dividendos pagos pela entidade estrangeira. A entidade estrangeira será tratada como pessoa qualificada no âmbito de um acordo de bitributação apenas se essa entidade atender a determinados requisitos (ter suas ações negociadas em bolsa; desenvolver atividades comerciais ou negociais ou obter um *ruling* das autoridades fiscais).

No tocante à relação entre as normas internas e os acordos de bitributação, conforme explicitado acima, a Constituição Federal americana estabelece que os acordos estão no mesmo nível hierárquico das regras internas, de forma que, no caso de eventual conflito, prevalece a norma mais recente.

---

[249] MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. "Chapter 38: United States". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.10.

[250] VARMA, Amanda P.; WEST, Philip R. "United States". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 835.

Sobre a questão, Shay Menuchin e Yariv Brauner mencionam que deve ser feita uma distinção entre os casos envolvendo investimentos externos e internos. Em relação aos casos que versam sobre investimentos externos, a situação é mais simples, porque os acordos de bitributação assinados pelos Estados Unidos dispõem que o acordo não limita a possibilidade de os Estados Unidos tributarem seus cidadãos e residentes no caso de um eventual conflito entre a legislação interna e as disposições do acordo. Os Estados Unidos se reservam o direito de tributar seus cidadãos e residentes como se o acordo não existisse. Em relação aos investimentos internos, contudo, dado que não há disposição semelhante, é possível que haja conflito entre a legislação interna e os acordos de bitributação.[251]

De fato, diversas cláusulas antiabuso específicas com foco em questões internacionais limitam a aplicação dos acordos de bitributação assinados pelos Estados Unidos, as quais são um claro exemplo de *treaty override*, tais como as regras que visam limitar as sociedades-canais; regras que limitam os benefícios em relação às entidades híbridas, a regra de tributação das filiais estrangeiras, dentre outras. Entretanto, regra geral, as cortes americanas têm entendido que as regras antiabuso domésticas não são inconsistentes com a aplicação dos acordos.

Em diversos casos, os acordos americanos têm sido modificados para compatibilizar seu texto com a legislação interna, de forma que o *treaty override* fica afastado, mas a questão não está resolvida de forma definitiva, pois novas regras domésticas podem ser emitidas. Nesses casos, argumenta-se que o *treaty override* seria consistente com o objetivo dos acordos de eliminar a dupla tributação e a dupla não tributação.[252]

A Convenção Modelo dos EUA contém disposição no sentido de que as regras domésticas antiabuso americanas são complementares aos objetivos dos acordos de tributação e não são superadas pelas disposições ali contidas. Entende-se que as regras de limitação de benefícios ou cláusulas LoB, analisadas no próximo capítulo, têm como objetivo determinar se uma entidade tem nexo suficiente com o Estado contratante para ser tratada como residente no âmbito do acordo de bitributação, enquanto as regras domésticas

[251] MENUCHIN, Shay. BRAUNER, Yariv. "Chapter 38: United States". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.11.
[252] Vide AVI-YOHAN, Reuven S. "Tax Treaty Overrides: a Qualified Defence of U.S Practice". In. MAISTO, Guglielmo. *Tax Treaties and Domestic Law*. IBFD, 2006.

antiabuso determinam se uma transação deve ser requalificada de acordo com sua substância econômica. As regras domésticas podem, por exemplo, ser aplicadas para identificar o beneficiário de determinado rendimento, ao passo que as regras de limitação de benefícios irão determinar se o beneficiário efetivo previamente identificado tem direito aos benefícios do acordo de bitributação em relação àquele rendimento.[253]

É possível concluir que os Estados Unidos adotam duas regras específicas internas de combate ao *treaty shopping* abusivo - a regra que trata da atuação das sociedades-canais e a regra de tributação das filiais estrangeiras. Em relação à aplicação dos critérios de substância econômica, a regra que trata das sociedades-canais não adota propriamente nenhum elemento de substância econômica, pois apenas considera a redução da tributação para fins de aplicação do regime das sociedades-canal. Já a regra de tributação das filiais de sociedades estrangeiras leva em conta a qualificação da entidade como uma "pessoa qualificada" e, nessa hipótese, podem ser adotados critérios de substância econômica ao se exigir, por exemplo, que a entidade desenvolva atividade comercial ou negocial para ser tratada como uma filial e assim obter o regime de tributação mais favorável.

3.3.3 ESPANHA

A Espanha, como a maioria dos sistemas modernos, possui diversas cláusulas específicas antielusivas, tais como as regras CFC, as regras de subcapitalização[254] e as regras de *transfer pricing*.[255]

A legislação espanhola possui determinadas cláusulas antielusivas específicas que tratam de questões internacionais.

Dado que uma das questões mais importantes no combate à elusão fiscal é estabelecer os critérios para determinar a residência de determinado contribuinte, a

---

[253] Redação dos Comentários ao parágrafo 1º do Artigo 22 da Convenção Modelo dos EUA: "*Article 22 and the anti-abuse provisions of domestic law complement each other, as Article 22 effectively determines whether an entity has a sufficient nexus to the Contracting State to be treated as a resident for treaty purposes, while domestic anti-abuse provisions (e.g., business purpose, substance-over-form, step transaction or conduit principles) determine whether a particular transaction should be recast in accordance with its substance. Thus, internal law principles of the source Contracting State may be applied to identify the beneficial owner of an item of income, and Article 22 then will be applied to the beneficial owner to determine if that person is entitled to the benefits of the Convention with respect to such income".*

[254] A tradicional regra de subcapitalização foi revogada no ano de 2012 e uma nova regra de limitação de dedução de juros pagos foi introduzida.

[255] PÉREZ, Juan Zornoza; MORENO, Andrés Báez. "Chapter 33: Spain". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p.1.

legislação espanhola dispõe de uma série de provisões para evitar que o contribuinte altere sua residência para países de baixa ou de nula tributação com o único objetivo de obter um tratamento fiscal mais favorável.

Nos casos em que se verifica que a residência de determinada entidade é atribuída de forma artificial à outra jurisdição, as autoridades fiscais espanholas podem determinar a residência a partir do local da sede, conforme artigo 48 (2b) da *Ley General Tributaria*. O artigo 8 do Decreto legislativo 4/2004 estabelece que as entidades cujas sedes estejam localizadas na Espanha serão consideradas residentes no território espanhol, desde que essa sede tenha endereço na Espanha e desenvolva atividades no local.

As autoridades fiscais podem presumir que uma entidade localizada em outra jurisdição, incluindo locais de baixa tributação, é residente na Espanha se: (i) os principais ativos estão localizados na Espanha ou os direitos são efetivados ou exercidos no país; (ii) a atividade principal da entidade é desenvolvida em território espanhol. Essa presunção pode ser afastada se a entidade demonstrar que possui motivos econômicos válidos e lógica empresarial substancial para justificar sua localização fora do país.[256]

Outra cláusula específica antielusiva que merece menção é a regra que visa evitar a utilização de sociedades intermediárias, por meio de um regime de transparência fiscal (*look-through approach*). A Lei 35/2006 e o Decreto 4/2004 estabelecem que os contribuintes devem sujeitar os rendimentos passivos obtidos por entidades localizadas no exterior à tributação na Espanha se as seguintes condições forem observadas: (i) se os contribuintes individualmente ou em conjunto com pessoas ligadas, inclusive por meio de relações de parentesco, têm participação igual ou superior a 50% no capital, no patrimônio, nos rendimentos ou no direito de voto da entidade que não é residente na Espanha, ao fim do ano-calendário; (ii) se o montante pago pela entidade não residente na Espanha é inferior a 75% do que poderia ser pago.[257]

Ainda acerca das disposições acerca da utilização de sociedades intermediárias, a legislação determina que as sociedades imobiliárias ficarão sujeitas ao imposto de renda

[256] ARRAIZ, Javier Pérez. "Spain". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 734-735.
[257] ARRAIZ, Javier Pérez. "Spain". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 737.

em relação aos lucros auferidos por entidades detidas no exterior cujo ativo seja composto por imóveis localizados na Espanha; os ganhos imobiliários auferidos de forma indireta por entidades residentes em jurisdições que não realizam troca de informações são tributados, assim como o são as entidades não residentes que detenham a propriedade ou os direitos reais sobre imóveis localizados na Espanha. Essas últimas podem invocar a aplicação da isenção prevista nos acordos de bitributação se os acordos em questão contiverem cláusulas que preveem a troca de informações e desde que as entidades comprovem a residência no Estado em que alegam ser residentes.[258]

Em relação à aplicação das cláusulas específicas antielusivas a residentes em países que tenham acordo de bitributação, conforme mencionado no item 3.2.3, regra geral, as autoridades administrativas e as cortes judiciais espanholas entendem que as regras internas podem ser aplicadas nos casos envolvendo acordos de bitributação.

3.3.4 LUXEMBURGO

A legislação de Luxemburgo dispõe de algumas cláusulas específicas antielusivas que tratam de situações internacionais.[259] Dentre as regras existentes, podemos citar: (i) regras de *transfer pricing*, as quais determinam que a autoridade fiscal pode estimar a base tributável do imposto devido no país, no caso de ser verificar transferências de lucros pelo fato de a sociedade ter relação direta ou indireta com uma pessoa que não é residente fiscal em Luxemburgo; (ii) regras que determinam uma tributação mínima (*subject to tax provisions*), que visam evitar que sociedades isentas ou sujeitas à baixa tributação se beneficiem de vantagens fiscais. Podem ser citados os artigos que regulamentam o regime do *participation exemption*, que tratam das incorporações e das cisões e que tratam do *fiscal unity regime*. Nos casos, exige-se que o imposto de renda seja pago à alíquota mínima de 10.5% sobre uma base fiscal determinada; (iii) regras que tratam da alteração de domicílio (*exit taxes*), de acordo com as quais um indivíduo, ainda que não residente em Luxemburgo, pode ficar sujeito à tributação sobre o ganho de capital auferido na venda de participações de sociedades luxemburguesas no caso de o indivíduo ter sido residente fiscal

[258] ARRAIZ, Javier Pérez. "Spain". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 737-738.

[259] A descrição da legislação de Luxemburgo foi totalmente baseada no artigo a seguir: BIEWER, Sandra; HöFER, Birgit. "Luxembourg". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 487-507.

em Luxemburgo por mais de 15 anos e ter se tornado não residente nos últimos 5 anos antes da venda. Também se sujeitam à tributação as sociedades que transferem ativos ao exterior ou que alteram sua residência fiscal.

No tocante à relação entre as normas domésticas e os acordos de bitributação, conforme mencionado acima, como regra, os acordos de bitributação prevalecem sobre as regras internas e o *treaty override* não é permitido em Luxemburgo. A aplicação das regras antiabuso só é permitida no caso de haver autorização expressa no acordo.

Em relação à aplicação das regras de *transfer pricing*, considerando que a Convenção Modelo da OCDE autoriza de forma expressa a correção de preços não baseados na regra *arm's length*, é esperado que as autoridades fiscais apliquem as regras aos casos envolvendo acordos de bitributação com base nessa autorização. Já em relação à regra *subject to tax provision,* a aplicação do percentual mínimo não é autorizada pela Convenção Modelo da OCDE, de forma que a regra não é aplicável em casos envolvendo acordos baseados na Convenção. A regra *exit taxes* que trata dos indivíduos não se aplica aos casos envolvendo acordos de bitributação, contudo, em relação às regras que determinam a tributação das sociedades, entende-se que as sociedades são residentes em Luxemburgo e, portanto, a tributação não implica violação das disposições dos acordos de bitributação.

3.3.5 FRANÇA

A legislação francesa dispõe das seguintes cláusulas antielusivas específicas que visam prevenir as situações de abuso na esfera internacional: (i) regras de subcapitalização, que determinam limitação na dedução de pagamentos de juros; (ii) regras de *transfer pricing*, que determinam ajustes a serem efetuados pelas autoridades fiscais nas transações celebradas entre residentes e não residentes interdependentes; (iii) regra que determina que uma empresa que transfere ativos para o exterior deve incluir os lucros decorrentes desses ativos em sua base tributável; (iv) regra de erosão da base fiscal, que permite que as autoridades fiscais neguem a dedutibilidade dos pagamentos efetuados a um residente no exterior, sujeito a um regime preferencial ou residente em uma jurisdição não cooperativa,

a menos que esse contribuinte demonstre que a transação é real e o valor não é excessivo; (v) uma regra específica CFC para indivíduos; dentre outras.[260]

Há, também, a cláusula antielusiva que prevê requisitos para a concessão da isenção do imposto de renda na fonte prevista para os residentes da União Europeia. No caso de dividendos, a isenção é negada se o beneficiário é controlado por entidades não residentes, exceto se o beneficiário conseguir justificar que um dos principais benefícios da estrutura adotada não é se beneficiar da isenção. Em relação aos juros e aos *royalties*, a isenção é negada se o beneficiário é controlado por uma entidade não residente na União Europeia, exceto se o beneficiário conseguir justificar que um dos principais benefícios da estrutura adotada não é se beneficiar da isenção.[261]

A legislação francesa também estabelece regras antiabuso que visam evitar a transferência de lucros ao exterior ou evitar a repatriação de recursos para jurisdições de tributação favorecida. Tratam-se das regras CFC (artigo 209B da Lei de 1980) que atribuem à sociedade francesa controladora os lucros auferidos por *controlled foreign entities* constituídas em jurisdições de baixa tributação. Nesse caso, os dividendos são considerados como presumidamente distribuídos pela entidade localizada no exterior. São excluídas das regras CFC as entidades localizadas em jurisdições membros da União Europeia, assim como aquelas que, embora sejam constituídas fora da União Europeia, desenvolvam atividade negocial que não corresponda à prestação de serviços intragrupo. Também podem ser afastadas as regras se o contribuinte comprovar que o objetivo da constituição da sociedade não está relacionado com a alocação de lucros em jurisdição de tributação favorecida.[262]

A aplicação do artigo 209B em questões que envolvem acordos de bitributação se deu no caso *Schneider*[263], que inclusive resultou na reforma do artigo. *Schneider* era uma companhia residente na França, que detinha 100% das ações da *Paramer*, uma sociedade

[260] DUBUT, Thomas. "Chapter 13: France". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 3-4.
[261] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 318.
[262] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 319.
[263] Julgado pelo *Conseil d'État* em 29.12.2006. Disponíveis em < https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008092462>. Acesso em 02.04.2016.

residente na Suíça e sujeita a uma tributação favorecida, a qual tinha, como objeto social, a administração de ativos financeiros. As autoridades fiscais francesas qualificaram a *Paramer* como uma *controlled foreign entity* sujeita ao artigo 209B. No julgamento, o *Conseil d'État*, aplicando o princípio da subsidiariedade, entendeu que os lucros da *Paramer* se sujeitariam às regras CFC, pois a lei francesa deveria ser aplicada antes do acordo França-Suíça. Contudo, tendo em vista que a *Parameter* não detinha um estabelecimento permanente na França, o lucro auferido pela empresa não poderia ser tributado nesse país.

Após a decisão, o artigo 209B foi alterado para definir que os lucros sujeitos à aplicação das regras CFC seriam tributados como distribuição ficta de dividendos, de forma a afastar os questionamentos acerca da tributação dos lucros de empresa e acerca da necessidade de existência de estabelecimento permanente. A aplicação do artigo 209B depende apenas da definição de dividendos no âmbito do acordo de bitributação. Se o acordo inclui os dividendos fictamente distribuídos, então, o artigo 209B é aplicável.[264]

No tocante à relação entre as normas domésticas e os acordos de bitributação, conforme mencionado no item 3.2.5, acima, na França, entende-se que os acordos de bitributação não excluem a aplicação das regras antielusivas domésticas. Em relação às cláusulas antielusivas específicas, diversos acordos assinados pela França incluem disposições que autorizam a aplicação dessas regras domésticas.[265]

3.3.6 BRASIL

A despeito da ausência de cláusula geral antielusiva, a legislação brasileira de longa data contempla cláusulas específicas antielusivas.

Podemos citar as regras de preços de transferência, introduzidas pela Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Conforme se depreende da exposição de motivos, a legislação de preços de transferência tem um claro propósito antielusivo de evitar a prática de transferência de recursos ao exterior, mediante a *manipulação dos preços pactuados nas*

---

[264] AUSTRY, Stéphane; COLLET, Michel. "France". Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions. Volume 95a. *Cahiers de Droit Fiscal International.* International Fiscal Association. Rome Congress. Rotterdam: IFA, 2010. p. 323.

[265] DUBUT, Thomas. "Chapter 13: France". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 5.

importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no exterior.

A legislação brasileira, embora tenha sido inspirada nos modelos da OCDE, tem diversas peculiaridades, tais como a ausência de possibilidade de combinação de métodos; a possibilidade de adoção do método que exige o menor ajuste pelo contribuinte; a falta de análise funcional; a existência de relevantes *safe harbours* para as transações de exportação, dentre outras. A característica mais relevante é a existência de margens predeterminadas nos métodos do preço de revenda e do custo de produção mais lucro. A adoção das margens tem como objetivo atender à praticabilidade, uma vez que o cálculo das margens é tarefa extremamente complicada; envolve extensas pesquisas e informações a um custo bastante elevado. Porém, essas margens não são obrigatórias e podem ser revistas mediante procedimento especial. Embora a adoção das margens predeterminadas seja justificável, não se nega que essa escolha se distancia do princípio *arm's length* e da lógica econômica que norteia esse princípio.[266]

Outra norma com clara natureza antielusiva é a que trata das regras de subcapitalização, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Medida Provisória 472, de 15 de dezembro de 2009 e convertida na Lei 12.249, de 11 de junho de 2010 com o objetivo de evitar a erosão da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido mediante o endividamento abusivo de uma sociedade subsidiária brasileira. De acordo com a exposição de motivos, a erosão decorre da substituição do capital social necessário à constituição e à atuação de uma subsidiária brasileira por operações de empréstimo efetuadas por sua controladora localizada no exterior, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.

Em linhas gerais, o artigo 24 da Lei nº 12.249/10 prescreve que os juros pagos ou creditados a pessoas vinculadas residentes ou domiciliadas no exterior são dedutíveis desde que os seguintes requisitos sejam observados: (i) caso o endividamento envolva pessoa vinculada no exterior que detenha participação societária na pessoa jurídica brasileira, o limite é de duas vezes o valor da participação da pessoa vinculada no patrimônio líquido da

[266] SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 12-13.

pessoa jurídica brasileira; (ii) caso a mutuante não tenha participação direta na pessoa jurídica brasileira, o limite é de duas vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira; (iii) em ambos os casos, o valor do somatório dos endividamentos com pessoas vinculadas no exterior não poderá ser superior a duas vezes o valor do somatório das participações de todas as pessoas vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira.

No caso de operações com pessoas físicas ou jurídicas residentes em jurisdição com tributação favorecida ou com regime fiscal privilegiado, o artigo 25 da Lei nº 12.249/10 estabelece que os juros somente sejam dedutíveis até o limite de 30% do valor do patrimônio líquido da empresa brasileira, independentemente de vinculação societária.

Parte da doutrina entende que a adoção da regra de subcapitalização no ordenamento jurídico brasileiro seria desnecessária, por entender que, ao contrário dos demais ordenamentos, o brasileiro não dispõe de grandes atrativos para adoção de estruturas de dívida, dadas a isenção aplicável à distribuição de dividendos e a dedução aplicável aos pagamentos de juros sobre o capital próprio.[267]

As regras CFC ou normas de transparência fiscal introduzidas pela primeira vez em 1996, atualmente, estão previstas no artigo 76 e seguintes da Lei 12.973, de 13 de maio de 2014. Nos termos da legislação brasileira, os lucros auferidos por controladas e por coligadas localizadas no exterior devem ser computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido em 31 de dezembro de cada ano.

Como regra, as regras CFC permitem que a sociedade controlada ou coligada seja considerada como transparente, de forma que o lucro por ela auferido seja imputado à controladora ou à coligada como se os valores tivessem sido efetivamente distribuídos e sujeitos ao imposto sobre a renda. Essas normas têm por objetivo evitar o ato de elusão fiscal de concentrar o lucro auferido pela controlada ou pela coligada em jurisdições que impõem tributação reduzida ou não impõem tributação sobre os rendimentos ali auferidos.

---

[267] SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. “Chapter 6: Brazil”. In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 13.

A questão que se coloca é se a legislação brasileira seria uma autêntica regra CFC, uma vez que não se restringe a aplicação dessa lei a determinadas jurisdições ou a determinados tipos de rendimentos auferidos pela subsidiária localizada no exterior. A despeito da exposição de motivos da Lei 9.249, as "regras CFC" brasileiras não foram instituídas para conter comportamentos abusivos, sendo aplicadas a todo e qualquer lucro auferido por controladas e por coligadas localizadas no exterior. A constitucionalidade dessa regra foi amplamente discutida e a antiga regra CFC chegou a ser objeto de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Após 12 anos de julgamento, o tribunal proferiu uma decisão inconclusiva sobre a questão. As novas regras, embora tenham excluído do âmbito de aplicação as coligadas não situadas em paraísos fiscais, não restringiu a aplicação da lei apenas aos casos abusivos, diferenciando as atividades econômicas efetivamente realizadas no exterior.[268]

Em relação à aplicação das cláusulas específicas antielusivas às situações internacionais envolvendo acordos de bitributação, conforme mencionado acima, as disposições dos acordos internacionais em matéria tributária prevalecem sobre a legislação interna em relação às hipóteses tratadas no acordo e nas relações entre os Estados contratantes.

Entretanto, o Brasil não dispõe de cláusulas específicas antielusivas que tratem especificamente do abuso dos acordos de bitributação e ainda ocorrem discussões relevantes sobre a relação entre esse tipo de norma e os acordos de bitributação.[269]

3.4 CONCLUSÕES

Embora a adoção de normas internas antielusivas para combater as situações de abuso dos acordos de bitributação seja bastante questionável, verificamos que os Estados têm adotado normas gerais e específicas que podem ser utilizadas para tratar casos envolvendo os acordos de bitributação. Não partilhamos da posição atual da OCDE no sentido de que não existe conflito entre a aplicação dessas normas e os acordos de bitributação. Segundo entendemos, o combate ao abuso dos acordos deve ser efetuado por

[268] SCHOUERI, Luís Eduardo. BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 14-15.

[269] SCHOUERI, Luís Eduardo. BARBOSA, Mateus Calicchio. "Chapter 6: Brazil". In. LANG, Michael et al. (eds.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World*. Online Books IBFD, 2016. p. 16.

meio da inclusão de normas específicas antielusivas no próprio texto dos acordos e não por meio das normas internas.

Entretanto, a partir da pesquisa efetuada, verificamos que apenas o Brasil ainda não dispõe de uma cláusula geral antielusiva como medida de contenção às estruturas de planejamento tributário em geral.

A maioria dos países entendem ser aplicáveis as cláusulas gerais internas para os casos envolvendo acordos de bitributação, sendo exceção a esses casos os Países Baixos e Luxemburgo.

Em relação à aplicação do conceito de substância econômica à edição de normas gerais antielusivas, a legislação interna dos Países Baixos, da Espanha e de Luxemburgo indica que o conceito de substância econômica é importante para a validade das transações. A legislação holandesa exige a presença de propósito negocial; a legislação espanhola exige uma razão econômica válida e a legislação luxemburguesa determina que as transações devem ser analisadas com base em sua substância econômica e não com base na forma legal adotada e também adota um conceito de propriedade econômica. A despeito disso, em todos esses países, o conceito de substância econômica não é bem delimitado pela legislação interna, assim como não se indica quais elementos devem ser considerados para determinar se uma transação será considerada como tendo substância econômica.

Na França, por outro lado, embora o ordenamento jurídico francês tenha regras antiabuso codificadas que não adotam o conceito, as autoridades fiscais e as cortes francesas têm exigido, cada vez mais, que as estruturas de planejamento tributário sejam justificadas mediante a existência de propósito negocial e a substância econômica, se afastando da visão civilista mais tradicional. Esse também é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, cuja corte administrativa, mesmo diante da ausência de base legal, tem adotado uma abordagem de substância sobre a forma, bem como tem exigido demonstração de propósito negocial válido ou de ausência de abuso de direito para validar as estruturas de planejamento tributário em geral. E a exemplo dos ordenamentos descritos acima, não é possível encontrar uma definição clara e objetiva sobre o conceito de substância econômica na França ou no Brasil.

Apenas o direito norte-americano dispõe de uma norma que efetivamente define o que se entende por substância econômica. Contudo, não está clara a natureza de cláusula geral antielusiva dessa norma ou sobre a aplicação dessa norma às questões envolvendo acordos de bitributação.

Em relação às normas específicas antielusivas, apenas o direito norte-americano dispõe de normas específicas contra o *treaty shopping*. Mesmo nesse caso, as normas em questão não dispõem sobre a aplicação do conceito de substância econômica ou sobre os critérios que indicariam a substância econômica de uma sociedade ou de uma transação. Apenas a regra de tributação das filiais de sociedades estrangeiras leva em conta a qualificação da entidade como uma "pessoa qualificada" e, nessa hipótese, podem ser adotados critérios de substância econômica ao se exigir, por exemplo, que a entidade desenvolva atividade comercial ou negocial nos Estados Unidos.

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

4.1 INTRODUÇÃO

Conforme já mostrado, os Estados podem adotar medidas unilaterais e bilaterais de contenção ao *treaty shopping* abusivas. As medidas unilaterais e as questões que envolvem essas medidas foram analisadas no capítulo III. O objetivo do presente capítulo é apresentar as medidas bilaterais de contenção ao *treaty shopping* abusivo implementadas em cláusulas ou em dispositivos dos acordos de bitributação, para que possamos determinar se essas medidas têm adotado os critérios de substância econômica analisados no capítulo II.

Veremos a seguir que a Convenção Modelo da OCDE indica como medidas de contenção ao *treaty shopping* a cláusula do beneficiário efetivo e as cláusulas de limitação de benefícios.

A primeira tem por objetivo esclarecer o significado da expressão "pagos a" um residente e combater as estruturas, que envolvem sociedades-canal e as cláusulas de limitação de benefícios, que visam identificar a existência de conexão entre a pessoa que deseja obter os benefícios de um acordo de bitributação e o Estado de residência.

Em relação às cláusulas de limitação de benefícios, analisaremos tanto as cláusulas gerais sugeridas pela OCDE, quanto a cláusula de limitação de benefícios contida na Convenção Modelo dos EUA, inicialmente adotadas pelos Estados Unidos e posteriormente sugeridas pela OCDE como um dos mecanismos de uso impróprio dos acordos de bitributação. Em cada um dos itens do presente capítulo, analisaremos o tema em face dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. Não pretendemos apresentar uma análise aprofundada de cada acordo, mas apenas indicar aqueles que tenham relação com o tema em análise.

4.2 CLÁUSULA DO BENEFICIÁRIO EFETIVO

O termo "beneficiário efetivo" decorre da expressão *beneficial owner* e tem origem na legislação inglesa, ocasião em que era utilizado para diferenciar a propriedade legal (*legal ownership*) dos bens atribuídos ao *trust* detida pelo *trustee*, do conceito de *beneficial ownership* detido pelos beneficiários do *trust*.[270]

A inserção do termo nos acordos de bitributação ocorreu pela primeira vez no protocolo de 1966 do acordo Reino Unido-Estados Unidos, a pedido dos ingleses, para garantir que os benefícios dos acordos fossem aplicados apenas à relação jurídica que se forma entre a fonte dos rendimentos e o beneficiário do rendimento, sem incluir eventuais intermediários. Também ocorreu em 1967, no acordo Reino Unido-Países Baixos.

O objetivo era endereçar a preocupação de determinadas disposições da legislação interna favorecerem a utilização dos acordos por intermediários beneficiários de isenções fiscais. A legislação doméstica do Reino Unido previa que caso um *trustee* residente no país recebesse rendimentos de fonte estrangeira, os quais deveriam ser repassados para um não residente, o *trustee* não seria tributado. Os rendimentos auferidos por residente no Reino Unido que agisse como fiduciário e fossem repassados ao terceiro seriam tributados como se fossem auferidos localmente. Temia-se que o *trustee* ou o agente fiduciário aplicassem os benefícios dos acordos de bitributação previstos para os residentes no Reino Unido aos rendimentos recebidos por esses entes como intermediários.[271]

Após a alteração dos acordos Reino Unido-Estados Unidos e Reino Unido-Países Baixos, o tema do beneficiário do rendimento pago no âmbito de um acordo de bitributação passou a receber atenção da OCDE que, nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE de 1977, incluiu o termo "beneficiário efetivo" nos artigos 10, 11 e 12 para esclarecer o significado da expressão "pagos a um residente", afastando a possibilidade de os intermediários serem reconhecidos como beneficiários do regime especial previsto no acordo de bitributação. Nesse primeiro momento, o conceito de

---

[270] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. "Beneficiário Efetivo no Direito Tributário Brasileiro: Escopo e Limites do Artigo 26, Parágrafo 1º, da Lei nº 12.249/2010 nas Operações Internacionais". In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 205. São Paulo: Dialética, 2012. p. 85.

[271] TERSI, Vinicius Feliciano. "A Eficácia do Conceito de "Beneficiário Efetivo" como Instrumento de prevenção da Evasão Fiscal nas Convenções Internacionais para evitar a Bitributação". In. *Direito Tributário Atual*. n. 32. São Paulo: Dialética, 2014. p. 384-385.

beneficiário efetivo não visava esclarecer quem seria o beneficiário, mas dizer quem não o seria.[272]

Atualmente, os Comentários ao artigo 10, 11 e 12 da Convenção Modelo da OCDE de 2014 esclarecem que o conceito de beneficiário efetivo serve para endereçar potenciais dificuldades na aplicação da expressão "*pagos a um residente*" e não deve ser utilizado em uma acepção técnica eventualmente contida na legislação doméstica de um dos Estados contratantes, mas sim no contexto dos objetivos e nos propósitos dos acordos de bitributação, notadamente o objetivo de evitar a dupla tributação, a evasão e a elusão fiscais.[273]

Os Comentários à Convenção Modelo dispõem que a concessão dos benefícios pelo Estado da fonte a um residente do outro Estado contratante que age como agente ou mandatário seria inconsistente com os objetivos e com os propósitos dos acordos. Embora o beneficiário imediato seja residente em um dos Estados contraentes, não existe o risco de dupla tributação da renda, dado que esse beneficiário não se sujeita à tributação no Estado de residência.[274]

Seria igualmente inconsistente com o objetivo e com o propósito dos acordos que o Estado da fonte concedesse isenção ou redução de impostos a um residente de um Estado contratante que atuasse por meio de uma relação de agência ou mandato ou como uma sociedade canal, em nome de terceiro, que se beneficiaria, de fato, do rendimento em questão. Nessas hipóteses, o relatório do comitê fiscal da OCDE denominado *"Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*" conclui que uma entidade canal, beneficiária imediata do rendimento, não pode ser considerada como beneficiário efetivo se, mesmo sendo o proprietário formal, a entidade dispõe de poderes limitados sobre o rendimento auferido.[275]

---

[272] COLLIER, Richard. "Clarity, opacity and beneficial ownership". In. *Bristish Tax Review.* V. 6. Londres: Sweet & Maxweel, 2011. p. 687. Disponível em: < http://uscib.org/docs/BTR_Issue_Beneficial%20Ownership_Collier.pdf>. Acesso em 14.10.2016.

[273] Item 12.1 dos comentários ao Artigo 10; item 9.1 dos comentários ao artigo 11 e item 4 dos comentários ao artigo 12.

[274] Item 12.2 dos comentários ao Artigo 10; item 10 dos comentários ao artigo 11 e item 4.1 dos comentários ao artigo 12.

[275] Item 12.3 dos comentários ao Artigo 10; item 10.1 dos comentários ao artigo 11 e item 4.2 dos comentários ao artigo 12.

Na revisão dos Comentários à Convenção Modelo de 2014, foram inclusos os esclarecimentos de que, nos casos citados acima (agente, mandatário, empresa canal, agente fiduciário ou administrador), o beneficiário imediato da renda não pode ser considerado beneficiário efetivo, pois o direito desse beneficiário usar ou usufruir do rendimento é limitado por uma obrigação legal ou contratual que determina o repasse do rendimento auferido a terceiro. Essa obrigação normalmente decorre de acordos formais e pode ser constatada com base nos fatos e nas circunstâncias. Não devem ser consideradas para esse fim as obrigações contratuais ou legais assumidas pelos beneficiários imediatos e que sejam totalmente desvinculadas do recebimento dos rendimentos, tais como obrigações assumidas no âmbito de empréstimos, de transações financeiras, dentre outras.[276]

A revisão dos Comentários à Convenção Modelo de 2014 também esclarece que o fato de determinado beneficiário ser considerado beneficiário efetivo não resulta na aplicação automática dos benefícios convencionais, sendo necessária a análise de eventual abuso dos acordos por meio de outras disposições, tais como as disposições específicas antiabuso, as regras gerais antielusivas e as abordagens de substância sobre a forma e substância econômica. Isso porque, embora o conceito de beneficiário efetivo seja útil para endereçar alguns casos de evasão fiscal, ele não lida com todas as formas de *treaty shopping* e, nesse sentido, não restringe a aplicação de outras ferramentas que tratem dessa questão.[277]

---

[276] Vide item 12.4 dos comentários ao Artigo 10: "*In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the dividend is not the "beneficial owner" because that recipient's right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation would not include contractual or legal obligations that are not dependent on the receipt of the payment by the direct recipient such as an obligation that is not dependent on the receipt of the payment and which the direct recipient has as a debtor or as a party to financial transactions, or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 6.8 to 6.34 of the Commentary on Article 1. Where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the "beneficial owner" of that dividend. It should also be noted that Article 10 refers to the beneficial owner of a dividend as opposed to the owner of the shares, which may be different in some cases*". No mesmo sentido, vide item 10.2 dos comentários ao artigo 11 e item 4.3 dos comentários ao artigo 12.

[277] Vide item 12.5 dos comentários ao artigo 10: "*The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraphs 17 and 22 below). As explained in the section on "Improper use of the Convention" in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and,*

Os Comentários à Convenção Modelo de 2014 dispõem que não deve ser atribuído ao termo beneficiário efetivo, no contexto dos artigos 10, 11 e 12, o significado dado a esses termos em outros instrumentos[278] que entendem que beneficiário efetivo significa a pessoa (indivíduo) que exerce o controle final dos bens ou das entidades. Na perspectiva da Convenção Modelo, o termo beneficiário efetivo destina-se a resolver as dificuldades decorrentes da aplicação da expressão "pagos a" e não tem relação com determinar quem seria o proprietário ou o detentor das ações, da dívida, dos ativos ou dos direitos. Não seria apropriado considerar que o beneficiário seria o indivíduo que exerce o controle final sobre uma entidade, um ativo ou um acordo.[279]

A partir do exposto acima nota-se que, embora a Convenção Modelo da OCDE ou os seus Comentários não adotem uma definição para o conceito de beneficiário efetivo, é possível extrair um significado mínimo do termo, notadamente um significado negativo, do que *não* se considera beneficiário efetivo.

Em nenhuma hipótese, serão considerados beneficiários efetivos os agentes, os mandatários e as sociedades canal que, mesmo titulares dos rendimentos, tenham poderes limitados sobre esses, sendo assim meros agentes fiduciários ou administradores atuando por conta de terceiros. Também ficam excluídas do conceito, as entidades acima cujo direito de usar ou de usufruir do rendimento está limitado por uma obrigação legal ou contratual que determina o repasse do rendimento auferido a terceiro. Essas pessoas não

---

more generally, treaty shopping situations. These include specific anti-abuse provisions in treaties, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of "beneficial owner" deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases." No mesmo sentido, vide item 10.3 dos comentários ao artigo 11 e item 4.4 dos comentários ao artigo 12.

[278] Os comentários citam, como exemplo, o significado dado pelo *Financial Action Task Force* e pelo relatório de 2001 da OCDE denominado "*Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*".

[279] Vide item 2.6 dos comentários ao artigo 10: "*The above explanations concerning the meaning of beneficial owner" make it clear that the meaning given to this term in the context of the Article must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments1 that concern the determination of the persons (typically the individuals) that exercise ultimate control over entities or assets. That different meaning of "beneficial owner" cannot be applied in the context of the Article. Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a), which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. In the context of Article 10, the term "beneficial owner" is intended to address difficulties arising from the use of the words "paid to" in relation to dividends rather than difficulties related to the ownership of the shares of the company paying these dividends. For that reason, it would be inappropriate, in the context of that Article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise "ultimate effective control over a legal person or arrangement*"." No mesmo sentido, vide item 10.4 dos comentários ao artigo 11 e item 4.5 dos comentários ao artigo 12.

têm direito de invocar a aplicação dos benefícios previstos nos acordos, uma vez que estão fora do escopo subjetivo desses.

A definição negativa do conceito de beneficiário efetivo permite concluir que o real objetivo da inclusão dessa cláusula nos acordos de bitributação é evitar a aplicação não intencional dos benefícios de um acordo a intermediários que atuam no interesse de terceiros.[280] A ausência de definição do termo na Convenção Modelo da OCDE também indica que a utilização do conceito de beneficiário efetivo fica restrita às regras para as quais o termo foi inserido: a alocação da renda para fins de aplicação dos acordos e o combate mínimo ao *treaty shopping* básico.[281]

A cláusula do beneficiário efetivo é, então, dirigida ao Estado da fonte, que deverá restringir sua competência tributária, conferindo a redução de alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre os pagamentos de dividendos, de juros ou de *royalties* nos termos do acordo de bitributação, apenas se os rendimentos forem pagos ao beneficiário efetivo desse rendimento.

O tema do beneficiário efetivo é bastante amplo e fomenta diversas discussões que fogem do escopo do presente trabalho.[282] Dentre as discussões existentes sobre o conceito e a aplicação do termo beneficiário efetivo, trataremos apenas da questão que envolve os critérios que permeiam a definição do termo, pois versa sobre a aplicação do conceito de substância econômica à definição do beneficiário efetivo.

Existem basicamente duas interpretações possíveis que podem ser identificadas. A primeira, denominada de análise econômica ou *economic approach*, entende que o beneficiário efetivo deve ser identificado como a pessoa que colhe os benefícios econômicos da renda, ainda que a renda tenha sido auferida por meio de intermediários ou de sociedades-canal. Uma entidade interposta que recebe os rendimentos em seu próprio nome, mas que tenha obrigação de repassar os respectivos valores a outro beneficiário não pode ser considerada como beneficiário efetivo.

---

[280] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. "Beneficiário Efetivo no Direito Tributário Brasileiro: Escopo e Limites do Artigo 26, Parágrafo 1º, da Lei nº 12.249/2010 nas Operações Internacionais". In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 205. São Paulo: Dialética, 2012. p. 88.

[281] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 238.

[282] Para um estudo bastante aprofundado sobre o tema do beneficiário efetivo, vide: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Richard Collier explica que essa abordagem econômica pode assumir duas perspectivas. Numa primeira, questiona-se a existência de substância física do investidor (instalações, número de empregados, dentre outros) para determinar se essa estrutura física é compatível com as atividades do beneficiário efetivo. Numa segunda abordagem, visa-se identificar a posição econômica do investidor, para determinar se o rendimento é transferido para um terceiro. Essa transferência ocorre se o investidor tem o direito ao rendimento, mas também tem a obrigação de entregar o valor a um terceiro.[283]

Em relação à segunda interpretação denominada análise jurídica ou *legal approach*, o termo deve ser avaliado a partir de uma perspectiva legal, que verifique se a entidade interposta está agindo como agente ou como mandatário, por causa dos direitos e dos deveres jurídicos que decorrem da relação entre a fonte pagadora do rendimento e o beneficiário imediato.

A análise dos casos *Indofood* e *Prévost* ilustra a importância dessas interpretações controversas.

A Indofood, companhia residente na Indonésia, pretendia emitir títulos de dívida. A emissão pela própria companhia, contudo, seria custosa para fins fiscais, tendo em vista que a Indonésia exigiria o imposto de renda na fonte sobre o valor dos juros à alíquota de 20%. Para reduzir essa tributação, a dívida foi emitida por uma subsidiária da Indofood constituída nas Ilhas Maurício e foi celebrado um contrato de empréstimo entre a subsidiária e a Indofood, que permitiu o repasse do valor obtido com a emissão para a Indofood, ao mesmo tempo em que permitiu que essa última pagasse juros para que a subsidiária pudesse arcar com suas obrigações relativas aos títulos emitidos. A estrutura permitia a utilização do benefício previsto no acordo Indonésia-Ilhas Maurício, que reduzia a alíquota do imposto retido de 20% para 10%; enquanto os juros pagos pela subsidiária não eram tributados nas Ilhas Maurício. Três anos depois da emissão, o acordo Indonésia-Ilhas Maurício foi denunciado, o que ocasionaria o aumento na tributação dos juros. Para evitar que a denúncia do acordo resultasse no exercício do direito de a subsidiária liquidar sua obrigação com os credores dos títulos de forma antecipada, os credores (*noteholders*) propuseram a constituição de uma entidade entre a Indofood e sua subsidiária localizada

[283] COLLIER, Richard. "Clarity, opacity and beneficial ownership". In. *Bristish Tax Review.* V. 6. Londres, Sweet & Maxweel, 2011. p. 694. Disponível em: < http://uscib.org/docs/BTR_Issue_Beneficial%20Ownership_Collier.pdf>. Acesso em 14.10.2016.

nos Países Baixos, o que afastaria a incidência do imposto de renda pago sobre os juros pagos.

A Indofood questionou as autoridades fiscais da Indonésia se a estrutura proposta seria aceitável e essas se manifestaram no sentido de que a isenção prevista no acordo Países Baixos-Indonésia não seria aplicável, tendo em vista que a sociedade holandesa não seria a beneficiária efetiva dos juros. A subsidiária da Indofood, então, se recusou a implementar a estrutura proposta pelos credores e o caso foi levado às cortes judiciais.

Na análise da questão, a corte de apelação, decidiu que a subsidiária holandesa não seria qualificada como beneficiária efetiva dos juros. Segundo a corte, o conceito de beneficiário efetivo é incompatível com o conceito de proprietário formal, que não tem o privilégio total (*full privilege*) de se beneficiar do rendimento. A entidade holandesa ou a subsidiária residente nas Ilhas Maurício não seriam beneficiárias efetivas, pois tinham o dever contratual de repassar os rendimentos recebidos da Indofood. Na prática, é como se o rendimento fosse pago diretamente pela Indofood para os credores dos títulos da dívida, sendo impossível conceder benefícios convencionais aos juros pagos à entidade holandesa ou à subsidiária das Ilhas Maurício.

A corte de apelação entendeu que não bastava uma análise formal do conceito de beneficiário efetivo, mas a substância da operação. Do ponto de vista comercial e prático, a entidade holandesa ou a subsidiária residente nas Ilhas Maurício estavam obrigadas a repassar os rendimentos auferidos. Adotou-se uma abordagem econômica para determinar se o rendimento seria transferido para um terceiro.

Já no caso Prévost, outra abordagem foi adotada. As ações da Prévost, sociedade residente no Canadá, eram detidas por uma sociedade residente nos Países Baixos. E a sociedade holandesa era detida pela Volvo, sociedade residente na Suíça e pela Henlys, sociedade residente no Reino Unido. Ao efetuar o pagamento de dividendos para sua controladora holandesa, a Prévost reteu o imposto canadense à alíquota de 5%, reduzida em vista da aplicação do acordo Canadá-Países Baixos.

Volvo e Henlys eram parte de um acordo de acionistas por meio do qual se acordou que 80% dos lucros da Prévost, da sociedade holandesa e das subsidiárias deveriam ser distribuídos aos acionistas, na forma de dividendos, de retorno de capital ou de

empréstimo. O corpo de diretores da sociedade holandesa tinha por função garantir o pagamento de dividendos, a devolução de capital ou o pagamento dos empréstimos. Os diretores da Prévost também eram diretores da sociedade holandesa. Essa última sociedade não tinha instalação física ou empregados nos Países Baixos e o endereço da sede era o mesmo endereço de residência de uma empresa que administra outras sociedades. A administração da sociedade estava autorizada a realizar negócios em uma escala limitada e a efetuar o pagamento de dividendos para seus acionistas.

De acordo com as autoridades fiscais canadenses, a sociedade holandesa não era o beneficiário efetivo dos dividendos recebidos com benefício da redução de alíquota prevista no acordo Canadá-Países Baixos. Alegou-se que a sociedade holandesa agia como uma mera sociedade-canal, recebendo dividendos da Prévost e distribuindo-os para Volvo e Henlys.

Na análise da questão, a corte fiscal negou a apelação das autoridades fiscais. Entendeu que o beneficiário efetivo dos dividendos era a pessoa que recebia os dividendos para seu próprio uso e usufruto e assumia o risco e o controle desses dividendos. O beneficiário efetivo seria a pessoa que assumiu todos os atributos do *ownership*. Além disso, em relação às sociedades, não se pode desconsiderar sua personalidade jurídica exceto se a entidade é uma sociedade canal utilizada por outra pessoa e não tem nenhuma discricionariedade quanto ao uso dos recursos ou acordou em agir por conta e por ordem de outrem ou conforme as instruções dessa outra pessoa, sem direito de agir de forma diferente.

A corte fiscal entendeu que não era essa a relação existente entre a sociedade holandesa e seus controladores. Ainda que a sociedade não tivesse estrutura física ou empregados nos Países Baixos e tivesse mandato para administrar seus negócios e para pagar dividendos para a Volvo e Henlys, não havia evidência de que os dividendos recebidos da Prévost eram destinados, desde o início, à Volvo e à Henlys, como se a sociedade holandesa fosse um canal. A sociedade holandesa não era parte do acordo de acionistas, de forma que a Volvo ou a Henlys não poderiam exigir juridicamente que a sociedade holandesa seguisse a política de dividendos descrita naquele acordo - a sociedade holandesa não tinha nenhuma obrigação contratual de transferir os dividendos para Volvo e Henlys. A sociedade holandesa era a acionista da Prévost e teria adquirido

por ela mesma as ações dessa última sociedade. Quando a Prévost efetuava o pagamento de dividendos, esses, de fato, pertenciam à sociedade holandesa; eram parte de seu ativo e, portanto, disponíveis para seus credores.

Ao contrário do entendimento adotado no caso *Indofood*, a decisão da corte fiscal, confirmada pela corte de apelação, no caso *Prévost* adotou uma interpretação jurídica do conceito de beneficiário efetivo, rejeitando a interpretação econômica do termo e evitando sua utilização como medida unilateral antiabusiva.

O fato de a sociedade holandesa não possuir outros ativos além da participação na *Prévost* não foi considerado como importante para o desfecho do caso, tendo sido privilegiado o aspecto jurídico. O fato de a sociedade holandesa ser a real titular da participação na sociedade canadense e deter o poder de deliberar sobre o uso e a distribuição dos dividendos foi determinante para seu enquadramento como beneficiário efetivo dos dividendos distribuídos pela *Prévost*.[284]

Nota-se, a partir desses julgados, que a aplicação do conceito de substância econômica na determinação de quem é o beneficiário efetivo é questão controversa. Caso se entenda que o beneficiário efetivo deve ser interpretado a partir de uma perspectiva econômica, o conceito de substância econômica será necessário para se investigar em que medida o suposto beneficiário tem existência efetiva ou em que medida os contratos celebrados pelas partes permitem concluir que, do ponto de vista econômico, o beneficiário dos rendimentos é o beneficiário efetivo.

Os defensores dessa análise econômica alegam que, além do domínio e do controle sobre a propriedade, o que interessa na definição de beneficiário efetivo é o interesse econômico que o beneficiário efetivo tem sobre a propriedade, sendo necessário que o beneficiário participe dos benefícios e dos riscos relativos à renda auferida. Trata-se de uma análise baseada na substância econômica da transação efetuada, a qual visa determinar se economicamente a renda pertence ao beneficiário que a recebe.

A questão que se coloca é que o papel e a importância do critério econômico não são claros, tornando a análise do beneficiário efetivo tarefa bastante complexa. O conceito

[284] BIANCO, João Francisco e NEWTON, Raquel. "Beneficiário Efetivo". In. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 26. São Paulo: Dialética, 2011. p. 262.

de beneficiário efetivo serve para evitar o *treaty shopping* abusivo mais rudimentar e específico que envolve o uso de intermediários e se aplicada apenas às cláusulas que tratam da distribuição de dividendos, juros e *royalties*. A análise econômica desse termo ampliaria em demasiado o significado do termo. Defende-se, assim, que beneficiário efetivo deve ser interpretado sob uma perspectiva legal.

Niels Bammens e Luc De Broe entendem que beneficiário efetivo deve ser definido como um termo legal, que exclui a aplicação dos benefícios convencionais aos rendimentos pagos a determinadas pessoas, tais como agentes ou mandatários ou quaisquer outras pessoas que recebem os rendimentos em nome de terceiros. Apenas os casos mais óbvios de *treaty shopping* abusivos são endereçados pelo conceito de beneficiário efetivo. Se os Estados contratantes desejam evitar outras estruturas, eles são livres para incluir cláusulas LOB e outras medidas antiabuso nos acordos de bitributação por eles celebrados.[285]

No mesmo sentido é a posição de Leonardo Freitas de Moraes e Castro, para quem beneficiário efetivo é um conceito jurídico, o qual deve ser interpretado sob a perspectiva legal e não econômica. O autor pontua que não seria fundamental uma análise econômica para determinar a propriedade da renda, pois o exame dos fatos e das circunstâncias de um caso concreto é plenamente capaz de identificar quando um terceiro tenta se passar pelo proprietário de uma renda que pertence juridicamente a outrem, hipótese de simulação ou de fraude à lei. A interpretação econômica seria muito ampla e se aproximaria das teorias do abuso do direito ou da substância sobre a forma. O conceito de beneficiário efetivo é estritamente legal [286]

A OCDE, na revisão dos Comentários à Convenção Modelo de 2014, parece ter adotado a posição dos autores acima, ao indicar que o termo beneficiário efetivo não exclui a análise de eventual abuso dos acordos por meio de outras disposições, dentre as quais se inclui a abordagem da substância econômica. A organização explica que o conceito de beneficiário efetivo não endereça todas as formas de *treaty shopping*, o que indica que para a OCDE a cláusula do beneficiário efetivo tem aplicação mais restrita.

---

[285] BAMMENS, Niels; BROE, Luc De. "Treaty Shopping and Avoidance of Abuse". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 11.
[286] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 171-172.

4.2.1 CLÁUSULAS DO BENEFICIÁRIO EFETIVO NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL

A cláusula do beneficiário efetivo está presente em 23 dos 31 acordos de bitributação em vigor celebrados pelo Brasil.[287] O termo só não existe nos acordos celebrados com Argentina, Áustria, Dinamarca, Espanha, França, Japão, Luxemburgo e Suécia.

Em relação à legislação interna, o termo apareceu pela primeira vez em 2008, ano em que foi editada a Lei 11.727, de 23 de junho de 2008. Referida Lei incluiu o parágrafo 4º ao artigo 24, o qual dispõe que seria considerado país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária das pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do *beneficiário efetivo* de rendimentos atribuídos a não residentes. A Lei, contudo, não conceituou o que deve ser entendido por beneficiário efetivo para esse fim.

Embora a Lei 11.727 não tenha definido o que deve ser entendido por beneficiário efetivo para esse fim, o conceito indica que o termo é utilizado no significado atribuído pela lei de lavagem de dinheiro - beneficiário final do rendimento. Nesse caso, não se discute a aplicação dos acordos, mas o enquadramento de uma jurisdição como país de tributação favorecida e, consequentemente, a aplicação das regras de preços de transferência.[288]

Posteriormente, a Lei 12.249, de 11 de junho de 2010, que introduziu as regras de subcapitalização no ordenamento jurídico brasileiro, em seu artigo 26, condicionou a dedutibilidade de remessas efetuadas ao exterior a países ou dependências com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado à observância de determinados requisitos. Dentre os requisitos, menciona-se a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário das referidas importâncias. O parágrafo 1º do artigo dispõe que se considera efetivo beneficiário, *a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou*

[287] O Brasil, atualmente, possui acordos em vigor com os seguintes países: África do Sul, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coréia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia e República Tcheca, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Peru, Portugal, Suécia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela). Ainda, existem 2 acordos pendentes de ratificação com Paraguai e Rússia.

[288] TERSI, Vinicius Feliciano. "A Eficácia do Conceito de "Beneficiário Efetivo" como Instrumento de Prevenção da Evasão Fiscal nas Convenções Internacionais para evitar a Bitributação. In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 32 São Paulo: Dialética, 2014. p. 410.

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.

Segundo a legislação brasileira, determinado beneficiário será considerado beneficiário efetivo se: (i) for uma pessoa física ou uma pessoa jurídica não constituída com o único propósito de economia tributária e (ii) a pessoa física ou jurídica auferir renda por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por meio de terceiro.

O conceito adotado pela legislação brasileira se aproxima daquele adotado pela Convenção Modelo da OCDE de 2014, ao negar a aplicação do termo aos agentes, aos administradores fiduciários ou aos mandatários por meio de terceiro.

A questão que se coloca é definir o que o artigo 26 da Lei 12.249 entende por *economia tributária*. João Francisco Bianco e Raquel Newton explicam que, embora a legislação não indique quais mecanismos poderão aferir essa economia ou esclareça se a economia leva em conta os tributos brasileiros ou a tributação global da operação, o conceito deve ser construído a partir da experiência de outros países, de certa forma consolidada pela OCDE. Economia fiscal deve ser entendida dentro do contexto de artificialismo, evitando a atribuição de efeitos a estruturas irreais, fabricadas, meramente de papel e sem qualquer substância. Se o beneficiário aufere a renda por conta própria e não como intermediário, esse fato deve ser suficiente para afastar a suposição de economia tributária.[289]

Partilhamos da posição de Leonardo de Freitas Moraes e Castro, que defende que esse termo se refere a uma situação específica, pois se aplica apenas para restringir a dedutibilidade de pagamentos efetuados a beneficiários residentes em jurisdições de tributação favorecida ou de regime fiscal privilegiado. Não se vislumbra a utilização dessa definição para limitar a aplicação dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil, seja pela ausência de qualquer menção na Lei 12.249/2010, seja porque essa norma não possui

[289] BIANCO, João Francisco e NEWTON, Raquel. "Beneficiário Efetivo". In. Revista de Direito Tributário Atual. n. 26. São Paulo, Dialética, 2011. p. 269.

o caráter de norma geral aplicável a todas as situações relativas a pagamentos ao exterior.[290]

4.3 CLÁUSULAS DE LIMITAÇÕES DE BENEFÍCIOS

4.3.1 CLÁUSULAS GERAIS DE LIMITAÇÕES DE BENEFÍCIOS SUGERIDAS PELA OCDE

Embora a OCDE ainda não tenha adotado uma cláusula de limitação de benefícios em sua Convenção Modelo, desde a década de 1980, a organização tem se preocupado com a questão do *treaty shopping* abusivo.[291] Em 27 de novembro de 1986, foi publicado o relatório intitulado *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*[292], posteriormente incorporado nos Comentários ao artigo 1º da Convenção Modelo de 1992, na seção *Uso Impróprio da Convenção.*

Atualmente, as medidas sugeridas pela OCDE, descritas nos parágrafos 13 a 19 do artigo 1 dos Comentários à Convenção Modelo de 2014, pretendem limitar a aplicação dos benefícios convencionais em determinadas situações, por meio das seguintes cláusulas: (i) *look-through approach*; (ii) *subject-to-tax approach*; (iii) *channel approach*; (iv) *exclusion approach* e (v) outras medidas especiais.

A cláusula *look-through approach* ou critério da transparência ou critério de consideração da qualidade dos sócios tem por objetivo limitar os benefícios dos acordos apenas àquelas empresas que sejam controladas por um residente de um dos Estados contratantes, afastando, portanto, a aplicação do acordo às sociedades detidas por não residentes.

A cláusula tem a seguinte redação: uma sociedade residente em um Estado contratante não deve ter direito às reduções, em relação a qualquer tipo de rendimento, de ganho ou de lucro, previstas nesse acordo, se essa sociedade é detida ou controlada por

---

[290] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. "Beneficiário Efetivo no Direito Tributário Brasileiro: Escopo e Limites do Artigo 26, Parágrafo 1º, da Lei nº 12.249/2010 nas Operações Internacionais". In. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 205. São Paulo: Dialética, 2012. p. 92-93.

[291] O Relatório Final da Ação nº 6 do Projeto BEPS recomenda a inclusão de cláusulas de limitação de benefícios baseadas nas cláusulas inclusas nos acordos internacionais contratados pelos Estados Unidos e por outros países.

[292] OECD (2015). "R(6). Double taxation conventions and the use of conduit companies". In. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version).* Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-99-en>. Acesso em 25.09.2016.

pessoas que não sejam residentes em um dos Estados contratantes, diretamente ou por meio de uma ou mais sociedades.[293]

A OCDE pontua que critério de consideração da qualidade dos sócios é um modelo direto e simples para atacar as questões envolvendo empresas-canais, ainda que apresente algumas desvantagens.

Em primeiro lugar, essa provisão é incompatível com o princípio da independência das pessoas jurídicas, reconhecido pelos sistemas jurídicos de todos os países membros da OCDE e, exceto em casos de abuso, pela própria Convenção Modelo da OCDE. Essa cláusula exige extensa regulamentação sobre as cláusulas de boa-fé, o que pode tornar a aplicação do teste de difícil administração. Alega-se também que esse critério não previne a utilização das estruturas trampolim e sua aplicação pode exigir uma complicada máquina administrativa para análise dos fatos ou a inversão do ônus da prova por parte do contribuinte beneficiário do acordo. A implementação do teste pode ser de difícil aplicação pelos países que se utilizam das ações ao portador, uma vez que não se consegue determinar a quem pertence o controle acionário da empresa.[294]

O teste também pode ser muito abrangente, afastando a aplicação dos acordos em situações não abusivas e as cláusulas de consideração da qualidade dos sócios devem necessariamente ser acompanhadas de cláusulas de salvaguarda.[295]

A despeito das desvantagens, a OCDE recomenda a adoção da cláusula para os acordos celebrados com países que possuem mínima ou nenhuma tributação e onde normalmente pouca atividade econômica é desenvolvida. Mesmo nesses casos, entende-se que seria necessária uma cláusula para excepcionar os casos de boa-fé.[296]

Em relação à questão da substância econômica, a cláusula *look-through approach* não leva em conta nenhum critério de substância econômica, já que a cláusula elege como

---

[293] A redação original é a seguinte: *A company that is a resident of a Contracting States 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.* Parágrafo 13 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE de 2014.

[294] OECD (2015). "R(6). Double taxation conventions and the use of conduit companies". In. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version).* Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-99-en >. Acesso em 25.09.2016. p.12.

[295] PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 50.

[296] Parágrafo 14 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE de 2014.

único critério a residência do controlador da sociedade. Segundo entendemos, se a sociedade que pleiteia a aplicação do acordo demonstrar a existência de substância econômica, tal como o desenvolvimento de atividade econômica por conta própria, a cláusula *look-through approach* deve ser afastada.

A *subject-to-tax approach* ou critério da sujeição tributária efetiva ou mínimo de tributação dispõe que os benefícios previstos nos acordos só sejam concedidos pelo Estado da fonte se o rendimento estiver sujeito à tributação efetiva no Estado da residência. Esse critério corresponde, basicamente, ao objetivo primordial dos acordos - evitar a bitributação.

A cláusula tem a seguinte redação: Quando um rendimento oriundo de um Estado contratante for recebido por uma sociedade residente do outro Estado contratante e uma ou mais pessoas que não residam nesse outro Estado contratante: (i) tiverem, direta ou indiretamente ou por meio de uma ou mais sociedades, ainda que residentes, um interesse substancial naquela sociedade, na forma de participação ou por outra forma e (ii) exercerem, direta ou indiretamente, isolada ou conjuntamente, a administração ou o controle daquela sociedade; qualquer provisão do acordo, a qual confira isenção ou redução da tributação somente será aplicável aos rendimentos que estão sujeitos à tributação no Estado mencionado em último lugar, nos termos da legislação ordinária desse Estado.[297]

Embora a OCDE reconheça que uma cláusula geral de sujeição tributária efetiva atende aos objetivos dos acordos de evitar a dupla tributação, não se recomenda a adoção de uma provisão genérica, sem cláusulas de salvaguarda.

Segundo a OCDE, a adoção da cláusula nos moldes propostos é capaz de evitar não apenas os casos de *treaty shopping*, mas também os casos de sociedades-base e outros casos de planejamento internacional, ainda que a própria organização reconheça que a

[297] A redação original é a seguinte: *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 apply only to income that is subject to tax in the last-mentioned State under the ordinary rules of its tax law*.

cláusula não é suficiente para combater as estruturas avançadas de planejamento, tais como as que envolvem as empresas-trampolim.

Sobre a cláusula, Luís Eduardo Schoueri comenta que alguns doutrinadores criticam a ausência de identificação do que seja "mínimo de tributação". O autor, no entanto, entende que a fixação desse mínimo não é matéria para a OCDE, devendo ser objeto de negociação entre os Estados signatários.[298]

Similarmente à cláusula *look-through approach*, a *subject-to-tax approach* não adota critérios de substância econômica para limitar a aplicação dos benefícios previstos nos acordos de bitributação. O que se exige é tributação efetiva do rendimento no Estado da residência, fato que não tem qualquer relação com a substância econômica.

A OCDE aponta que algumas situações envolvendo empresas-canais são criadas apenas pela existência de regimes fiscais favoráveis ou de isenções. O uso impróprio dos acordos pode ser evitado se essas sociedades forem excluídas do escopo dos acordos de bitributação por meio do *exclusion approach* ou critério da exclusão de benefícios. Esse teste, portanto, tem como objetivo impedir a concessão dos benefícios dos acordos para as pessoas de um Estado contratante que já gozem de regime fiscal privilegiado ou que estejam em um local de baixa tributação.

A redação da cláusula é a seguinte: Nenhuma cláusula do acordo que confira isenção ou redução de tributos será aplicável aos rendimentos auferidos ou pagos por empresa definida na seção [•] do artigo [•] ou segundo disposição similar emitida por [•] após a assinatura do acordo.[299]

A OCDE aponta que a aplicação das regras é simples e consiste em um meio importante para evitar que os benefícios concedidos pelos Estados em sua legislação interna sejam utilizados com a finalidade de obter indevidamente as vantagens oferecidas nos acordos de bitributação assinados pelo mesmo Estado, embora a cláusula tenha um escopo limitado, já que não evita técnicas mais avançadas de uso impróprio dos acordos.

---

[298] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: *treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 146-147.

[299] A redação original 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 …. Act, or under any similar provision enacted by… after the signature of the Convention.*

A grande vantagem dessa cláusula é a limitação de sua aplicação para entidades previamente definidas, sem estender para as demais. A exclusão dos benefícios do acordo também pode ser limitada a certos tipos de rendimentos como dividendos, juros, ganhos de capital, dentre outros.

A OCDE ressalva que a exclusão de certas sociedades dos benefícios previstos no acordo não exclui a aplicação das regras do artigo 24 (não discriminação), do artigo 25 (entendimento mútuo) e a sujeição às regras do artigo 26 (troca de informações).

A cláusula *exclusion approach* não adota nenhum critério de substância econômica, pois, como regra, são excluídas sociedades que gozem de regime fiscal privilegiado ou que estejam em um local de baixa tributação. Nota-se que o critério de exclusão leva em conta apenas o regime de tributação da entidade, sem verificar se essa possui substância econômica suficiente para ser beneficiária do acordo de bitributação.

Para a introdução da cláusula *channel approach* ou critério de canalização de recursos, a OCDE aponta que os critérios anteriores são insatisfatórios, pois eles se referem às questões da legislação fiscal e não às estruturas que dão causa ao uso impróprio dos acordos. Sugere-se a adoção de uma cláusula mais direta que não permite a concessão dos benefícios dos acordos se o residente de um Estado contratante, beneficiário de um rendimento pago por um residente do outro Estado contratante (i) for controlado, direta ou indiretamente, por uma pessoa não residente e (ii) mais de 50% do rendimento for utilizado para liquidar obrigações do controlador.

A redação da cláusula é a seguinte: Quando um rendimento proveniente de um Estado contratante for recebido por uma sociedade residente no outro Estado Contratante, e uma ou mais pessoas não residentes nesse outro Estado contratante: a) tiverem, direta ou indiretamente, ou por meio de uma ou mais sociedades, ainda que residentes, um interesse substancial naquela sociedade, na forma de participação ou por outra forma e b) exercerem, direta ou indiretamente, isolada ou conjuntamente, a administração ou o controle daquela sociedade; qualquer dispositivo desse acordo, que conferir isenção ou redução da tributação não será aplicável se mais de 50% do rendimento for utilizado para o pagamento de créditos daquelas pessoas (incluindo juros, *royalties*, despesas de

desenvolvimento, propaganda iniciais ou de viagens, depreciação de ativos, incluindo intangíveis etc.).[300]

A OCDE aponta que a inclusão cobre, de forma ampla, os seguintes casos envolvendo o uso impróprio dos acordos: (i) casos de mera administração de ativos; (ii) casos envolvendo as estruturas trampolim (*stepping-stone strategies)*; (iii) outros casos nos quais a renda é transferida por meio das empresas-canal (*conduit companies)* com o objetivo de diminuir a imposição fiscal.

Ressalta-se que estruturas legítimas, nas quais se verificam atividades econômicas genuínas, também podem ser atingidas pelo critério de canalização de recursos e esse critério deve ser complementado por cláusulas de boa-fé. A OCDE também salienta que a administração e a aplicação da regra podem apresentar dificuldades de controle e determinação do que se deve entender por pagamentos efetuados, inclusive na determinação do período e dos valores que podem ser pagos ao investidor e especialmente nos casos de atividades desenvolvidas por instituições financeiras (bancos e seguradoras), que, como regra, efetuam pagamentos em montantes relevantes, sem que se configure o uso impróprio dos acordos.

Luís Eduardo Schoueri, ao analisar a cláusula, comenta que a adoção de termos tão amplos não evita por completo o *treaty shopping*, pois o critério de exclusão dos benefícios baseou-se tão somente no fato de a residência do investidor ser localizada em outro Estado, desconsiderando, assim, as hipóteses de colocação de filiais e as estruturas bilaterais – que envolvem a utilização dos benefícios dos acordos por pessoas que, embora residentes no Estado signatário do acordo, não se incluem no âmbito das pessoas visadas pelo acordo. A redação da cláusula também não esclarece se a limitação dos benefícios se aplica quando o

[300] A redação original é a seguinte: *Where income arising in a Contracting State is received by a company that is resident of the other Contracting State and one or more persons who are not residents of 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 an immaterial goods and process).*

Estado do terceiro interposto impõe alta tributação aos pagamentos efetuados para residentes no exterior, já que, nesse caso, não haveria razão para negar o benefício.[301]

Similarmente às demais cláusulas de limitações de benefícios previstas pela OCDE, a *channel approach* não adota critério de substância econômica para limitar a aplicação dos acordos. Os próprios Comentários à Convenção Modelo apontam que a aplicação da cláusula deve ser acompanhada de cláusulas de boa-fé, para excluir as sociedades que desenvolvem atividades econômicas genuínas.

A OCDE sugere ainda que as cláusulas de limitação de benefícios acima sejam adotadas em conjunto com as cláusulas de boa-fé, também denominadas de cláusula de salvaguarda ou *bona fide provisions*, que têm como objetivo afastar a aplicação das cláusulas de limitação de benefícios às situações nas quais não se verifica o abuso dos acordos de bitributação ou aos casos em que se verifica real existência de atividades comerciais e industriais.

As cláusulas de boa-fé são as seguintes:

(i) *general bona fide provision* ou cláusula geral de boa-fé, que excepciona as transações que não tenham relação com os benefícios previstos nos acordos.

A cláusula tem a seguinte redação: As disposições anteriores não devem ser aplicadas nos casos em que o principal objetivo da sociedade, a condução dos seus negócios, ou a aquisição e a manutenção de suas ações, das quais derivem os rendimentos em questão, tenha relação com fundamentos empresariais (*business reasons*) e não tenha como objetivo primordial a obtenção de benefícios previstos nesse acordo.[302]

(ii) *activity provision ou* cláusula relativa à atividade, que demanda a existência de operações econômicas substanciais para assegurar o direito de invocar os benefícios do acordo.

---

[301] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: *treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 149.

[302] A redação original é a seguinte: "The foregoing provisions shall not apply where the company establishes that the principal purpose of the company, the conduct of its business and the acquisition or maintenance by it of the shareholding or other property from which the income in question is derived, are motivated by sound business reasons and do not have as primary purpose the obtaining of any benefits under this Convention."

A cláusula tem a seguinte redação: As disposições anteriores não se aplicam quando a sociedade exerce atividades industriais ou comerciais substanciais no Estado contratante de que é residente e o rendimento em relação ao qual é solicitada a redução da tributação no outro Estado contratante decorre da referida atividade.[303]

(ii) *amount of tax provision clause* ou cláusula relativa ao montante do imposto, que dispõe que a limitação dos benefícios não se aplica nos casos em que a redução do tributo não é maior do que o tributo efetivamente pago no Estado contratante de residência da companhia.[304]

A cláusula contém a seguinte redação: As disposições anteriores não se aplicam quando a redução de imposto requerida não for superior ao montante de imposto efetivamente cobrado pelo Estado contratante de que a sociedade é residente.

(iii) a *stock exchange provision* ou cláusula da cotação em bolsa de valores, que tem como objetivo afastar a aplicação das cláusulas de LOB às companhias que tenham ações negociadas em bolsa.

A cláusula tem a seguinte redação: As disposições anteriores não se aplicam à sociedade residente em um Esteado Contratante, se a classe principal de ações dessa sociedade estiver cotada em bolsa de valores reconhecida ou se essa sociedade for detida, diretamente ou indiretamente, por meio de uma ou mais sociedades, sendo cada uma delas residente no primeiro Estado contratante, por uma sociedade residente do primeiro Estado Contratante e cuja classe principal de ações é cotada em bolsa de valores reconhecida.[305]

---

[303] A redação original é a seguinte: "The foregoing provisions shall not apply where the company is engaged in substantive business operations in the Contracting State of which it is a resident and the relief from taxation claimed from the other Contracting State is with respect to income that is connected with such operations." *c) Amount of tax provision* "The foregoing provisions shall not apply where the reduction of tax claimed is not greater than the tax actually imposed by the Contracting State of which the company is a resident." *d) Stock exchange provision* "The foregoing provisions shall not apply to a company that is a resident of a Contracting State if the principal class of its shares is registered on an approved stock exchange in a Contracting State or if such company is wholly owned — directly or through one or more companies each of which is a resident of the first-mentioned State —**(**by a company which is a resident of the first-mentioned State and the principal class of whose shares is so registered."

[304] A redação original é a seguinte: "The foregoing provisions shall not apply where the reduction of tax claimed is not greater than the tax actually imposed by the Contracting State of which the company is a resident."

[305] A redação original é a seguinte: "The foregoing provisions shall not apply to a company that is a resident of a Contracting State if the principal class of its shares is registered on an approved stock exchange in a Contracting State or if such company is wholly owned — directly or through one or more companies each of

(iv) a *alternative tax relief* ou cláusula de desoneração alternativa, que dispõe que as cláusulas de LOB não se aplicam se o recebedor final obtiver os mesmos benefícios no Estado de sua residência.

A cláusula tem a seguinte redação: Nos casos em que uma cláusula destinada a evitar o uso abusivo dos acordos se refira aos não residentes de um Estado contratante, pode-se prever que o termo "não será considerado para incluir residentes de terceiros Estados que tenham acordos de bitributação em vigor com o Estado contratante em relação ao qual o benefício é solicitado, caso esses acordos prevejam redução de tributação não inferior àquela requerida no âmbito desse acordo". [306]

Similarmente às próprias cláusulas de limitação de benefícios, a maior parte das cláusulas de boa-fé, que visam excepcionar a aplicação das cláusulas de limitação de benefícios, não adota critérios de substância econômica.

A questão da substância econômica pode ser encontrada apenas na *activity provision*, cláusula que, conforme visto acima, dispõe que as cláusulas de limitação de benefícios não seriam aplicáveis no caso de a sociedade que pleiteia os benefícios do acordo desenvolver atividades industriais ou comerciais substanciais no Estado contratante de que é residente.

4.3.2 CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS DA CONVENÇÃO MODELO DOS EUA

O objetivo das cláusulas LoB norte-americanas é combater o uso abusivo dos acordos de bitributação, determinando as condições mínimas para que uma pessoa seja considerada como apta a usufruir os benefícios de um acordo, tais como reduções ou isenções de tributos incidentes na fonte e na obtenção de créditos. Como regra, as

---

which is a resident of the first-mentioned State —**(**by a company which is a resident of the first-mentioned State and the principal class of whose shares is so registered."

[306] A redação original é a seguinte: "In cases where an anti-abuse clause refers to non-residents of a Contracting State, it could be provided that the term "shall not be deemed to include residents of third States that have income tax conventions in force with the Contracting State from which relief from taxation is claimed and such conventions provide relief from taxation not less than the relief from taxation claimed under this Convention."

condições mínimas não se restringem ao requisito da residência, mas ao atendimento de testes objetivos, que comprovem a efetiva e real conexão entre a pessoa e o Estado.[307]

Historicamente, os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar um mecanismo objetivo no combate do *treaty shopping* abusivo, por meio da inclusão das cláusulas LoB na Convenção Modelo dos EUA de 1981.

Contudo, desde meados da década de 1940, o país já ensaiava a adoção de medidas de combate ao *treaty shopping*.[308] Citem-se as medidas adotadas no acordo Estados Unidos-Reino Unido de 1945, no acordo Estados Unidos-Países Baixos de 1948, no acordo Estados Unidos-Dinamarca de 1948, no acordo Estados Unidos-Irlanda de 1949, no acordo Estados Unidos-Suíça de 1951 e no acordo Estados Unidos-Áustria de 1956.

Entretanto, apenas a partir das décadas de 1960 e 1970, quando os Estados Unidos deixaram de ser majoritariamente um Estado de residência para se tornar um importante Estado da fonte, que a questão do *treaty shopping* adquiriu maior relevância.

Atualmente, os testes estão previstos no artigo 22 do Modelo EUA de 2006. Nos termos das Explicações Técnicas, uma vez que um residente de um Estado Contratante atenda aos requisitos previstos nos testes, fará jus aos benefícios veiculados pelo acordo de bitributação, independentemente dos motivos que influenciaram a escolha de sua estrutura negocial. A estrutura geral das regras é resumida em cinco parágrafos:

O parágrafo 1º estabelece a regra geral da cláusula de que um residente de um Estado Contratante não fará jus aos benefícios do acordo listados nas regras distributivas de competência, nas regras de eliminação da bitributação e nas regras de proteção aos residentes dos Estados contratantes, a menos que esse residente seja uma "pessoa qualificada" (*qualified person*) nos termos do artigo 22.

O parágrafo 2º contém os testes objetivos, que determinam quais pessoas serão consideradas como pessoas qualificadas e sujeitas aos benefícios previstos no acordo:

---

[307] AVI-YONAH, Reuven S.; HALABI, Oz. "US Treaty Anti-Avoidance Rules: An Overview and Assessment*".* In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 66. No. 4/5. Amsterdam: IBFD, 2012. p. 238.
[308] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 161.

(i) primeiro teste: pessoas físicas residentes em um dos Estados contratantes, exceto se estiverem agindo em nome de terceiros não residentes;

(ii) segundo teste: entidades governamentais e suas subdivisões;

(iii) terceiro teste: pessoas jurídicas com ações negociadas em bolsas de valores e similares desde que a classe principal de ações seja negociada em bolsas de valores sediadas em um dos Estados contratantes ou se a sede efetiva do controle e da administração (*primary place of management control*) for em um dos Estados. As subsidiárias também podem se beneficiar dos acordos, desde que 50% ou mais dos direitos de voto e do valor das ações da companhia sejam diretamente detidos, direta ou indiretamente, por cinco ou menos companhias que também façam jus aos benefícios do acordo, desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente em um dos Estados contratantes;

(iv) quarto teste: organizações isentas no Estado de residência, que tenham por finalidade a promoção de atividades religiosas, educacionais, científicas ou filantrópicas e fundos de pensão, nesse último caso, apenas se mais de 50% de seus beneficiários, membros ou participantes sejam residentes em um dos Estados contratantes;

(iv) quinto teste: tratam-se de dois testes cumulativos aplicáveis à entidade que não seja pessoa física, o *ownership test* e o *base erosion test*. O primeiro dispõe que, durante pelo menos metade do ano-calendário, as ações ou os interesses da entidade representando pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações sejam detidos, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados contratantes e beneficiários do acordo de bitributação nos termos dos parágrafos “a”, “b”, “c (i)” ou “d” do artigo 22; desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente de um dos Estados contratantes. O segundo teste, por sua vez, exige que menos de 50% do lucro bruto da entidade, apurado no ano-calendário, seja pago ou acumulado, direta ou indiretamente, para pessoas não residentes em nenhum dos Estados contratantes, sob a forma de pagamentos dedutíveis na determinação da base tributável no Estado de residência (com exceção dos pagamentos efetuados *at arm’s lenght*, em razão do curso ordinário dos negócios, pela prestação de serviços ou em pagamento de propriedades tangíveis).

O parágrafo 3º traz um teste alternativo que tem relação com a realização de atividades comercial ou negocial (*active conduct of a trade or business*) no Estado contratante. Uma vez atendido esse teste, a qualificação da pessoa jurídica independe dos resultados do parágrafo 2º. Uma pessoa jurídica residente em um dos Estados contratantes poderá fazer jus aos benefícios do acordo em relação aos rendimentos auferidos no outro Estado que decorram ou tenham conexão com a atividade comercial ou negocial exercida em seu Estado de residência (desde que não se refira a atividades de gestão de investimentos para o próprio residente, excetuadas as atividades bancárias, securitárias e envolvendo valores mobiliários, se praticadas por bancos, por seguradoras ou por distribuidoras de valores mobiliários). O item (b) do parágrafo 3º complementa o teste e dispõe que, se o residente de um Estado contratante aufere renda decorrente das atividades comerciais ou negociais conduzidas no outro Estado contratante, ou aufere renda no outro Estado contratante de uma pessoa relacionada, as condições do item (a) devem ser consideradas como atendidas se as atividades comerciais ou negociais desenvolvidas pelo residente em seu Estado de residência forem substanciais em relação às atividades desenvolvidas pelo residente ou pela parte relacionada no outro Estado contratante. A definição de atividade comercial ou negocial substancial deve ser determinada com base nos fatos e nas circunstâncias envolvidas.

O parágrafo 4º determina que, ainda que o residente não atenda os testes previstos nos parágrafos anteriores, as autoridades fiscais competentes do Estado contratante podem conceder os benefícios do acordo, se for verificado que a criação, a aquisição ou a manutenção da entidade ou a condução de suas operações não tem como objetivo principal fazer jus aos benefícios do acordo de bitributação.

O parágrafo 5º esclarece os conceitos previstos nos demais parágrafos como bolsa de valores, classe de ações, dentre outros.

4.3.2.1 Análise dos testes previstos nas cláusulas de limitação de benefícios da Convenção Modelo dos EUA

Analisaremos a seguir os testes previstos no artigo 22 da Convenção Modelo dos EUA que visam determinar quais pessoas serão consideradas como pessoas qualificadas para fins de aplicação das regras convencionais.

O primeiro e o segundo teste, os quais determinam que são consideradas pessoas qualificadas as pessoas físicas residentes em um dos Estados contratantes - exceto se estiverem agindo em nome de terceiros não residentes - e as entidades governamentais e suas subdivisões, não exigem maiores esclarecimentos. As pessoas físicas e as entidades governamentais possuem uma conexão mais evidente com o Estado de residência, o que justifica sua inclusão como pessoas qualificadas para fins dos acordos.

Os demais testes, contudo, exigem uma análise mais detalhada acerca de seus objetivos e as razões de sua inclusão. Analisaremos a seguir as controvérsias que existem quanto ao conteúdo desses testes e pretendemos confirmar se as cláusulas LoB têm adotado critérios de substância econômica para conter as estruturas de *treaty shopping* abusivas.

(i) Public trade test ou teste das pessoas jurídicas com ações negociadas em bolsas de valores

De acordo com o *public trade test*, uma pessoa jurídica ou entidade é considerada como pessoa qualificada se: (i) a classe principal de suas ações (e qualquer classe desproporcional de ações) é regularmente negociada em uma ou mais bolsa de valores reconhecida e (a) sua classe principal de ações é negociada em uma ou mais bolsa de valores reconhecida e localizada no Estado contratante do qual a entidade é residente ou (b) o local principal da administração e do controle situa-se em um dos Estados contratantes; ou (ii) pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações (e pelo menos 50% de qualquer classe desproporcional das ações) sejam detidos, direta ou indiretamente, por pelo menos cinco ou menos entidades que tenham direito aos benefícios em razão do atendimento ao item (i) acima, desde que, no caso de participação indireta, cada proprietário indireto seja residente em um dos Estados contratantes.

Em relação ao requisito do local principal da administração e do controle, as Explicações técnicas dispõem que esse teste se difere do teste do local da "*administração efetiva*" utilizado na Convenção Modelo da OCDE e por diversos países para estabelecer a residência de uma sociedade. Como regra, o local da administração efetiva é interpretado como o local onde se reúnem o Conselho de administração ou de diretores. Já o local principal da administração e do controle se refere ao local onde as decisões do dia a dia necessárias para a gestão da sociedade são exercidas. O local principal da administração e

do controle situa-se no lugar onde os diretores e funcionários da alta administração exercem as atividades diárias, relacionadas com as questões estratégias, financeiras e operacionais da sociedade (e de suas subsidiárias) e onde se localizam os funcionários cujas atividades suportam as decisões tomadas pela administração em relação às questões acima. O teste visa todas as atividades relevantes da pessoa jurídica, para determinar onde essas atividades são conduzidas. Na maioria dos casos, será necessário, embora não seja suficiente, que a sede da entidade (o local onde normalmente estão baseados o CEO e outros executivos da alta administração) seja localizada no Estado contratante em relação ao qual a empresa alega residência.

Em linhas gerais, o *public trade test* dispõe que uma entidade é considerada como uma pessoa qualificada quando suas ações são negociadas publicamente em uma bolsa de valores reconhecida pelos Estados contratantes ou quando seus acionistas têm suas ações negociadas publicamente, de acordo com certas condições.

As Explicações Técnicas não contêm qualquer indicação quanto ao motivo da adoção do teste, de modo que coube à doutrina apontar os fundamentos que explicam o racional do *public trade test.*

O *American Law Institute* explica que o teste em questão pode ter sido inicialmente pensado como um teste que exigiria a propriedade local, como um teste que garantiria que as ações da sociedade beneficiária do acordo seriam detidas por residentes no Estado de residência. O que o Instituto observa, no entanto, é que cada vez mais a ligação entre a negociação em bolsa e a propriedade detida por residentes está enfraquecida.[309]

No mesmo sentido, Peter Blessing aponta que o fundamento que poderia explicar a adoção do teste reside no fato de que a negociação das ações em bolsa localizada em um dos Estados contratantes historicamente é vista como um indicativo de que uma parte significativa das ações seria detida pelos residentes desse Estado. Contudo, o próprio autor explica que, na prática, inúmeras regras LoB previstas nos acordos de bitributação já negociados entre os Estados permitem que a ação seja negociada em qualquer bolsa de valores (que atendam a determinados requisitos) e não apenas em bolsas localizadas no

[309] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 157-158.

Estado de residência da sociedade, de forma que esse racional não é determinante para adoção do teste.[310]

Qunfang Jiang também argumenta que o fundamento de que *public trade test* funcionaria como um anteparo para a aquisição das ações das sociedades beneficiárias dos acordos por não residentes não se justifica, uma vez que, no mundo globalizado, é comum que uma empresa esteja localizada em uma jurisdição e tenha suas ações listadas em bolsa de valores localizada em outra jurisdição para obter investimentos provenientes de diversas localidades, como exemplo, as empresas chinesas, cujas ações são listadas publicamente na bolsa de Nova York, atraindo investidores do mundo todo, sendo pouco provável que as ações dessas empresas sejam detidas principalmente por acionistas norte-americanos.[311]

Outro racional apresentado pelo *American Law Institute*, que poderia explicar a adoção desse, seria o fato de que as companhias abertas ou listadas, como regra, estão sujeitas a um alto grau de controle e não seriam candidatas razoáveis a atuarem como uma empresa canal em relação aos pagamentos a serem efetuados a não residentes. Ainda que a listagem em bolsa não garanta a ausência de manipulação, as restrições impostas à gestão dessas companhias e a visibilidade de suas ações perante as autoridades fiscais garantem algum conforto no sentido de que a maioria dos pagamentos feitos por essas entidades são genuínos.[312]

Embora seja menos provável, investidores mais sofisticados residentes em outro Estado que desejam se beneficiar de um acordo de bitributação podem fazer um esforço para ter as ações de uma sociedade residente em um dos Estados contratantes negociadas em bolsa, mantendo a maioria das ações sob seu controle. Basta obter um número

---

[310] BLESSING, Peter H. "Limitation on benefits as applicable to commercial entities under the Canada-US income tax treaty". In. MAISTO, Guglielmo et. al. (editors). *Essays on Tax Treaties – a tribute to David A. Ward.* Amsterdam: IBFD, 2012. p. 265-266.

[311] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 144.

[312] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 158.

suficiente de acionistas minoritários, o que é possível, ao menos do ponto de vista teórico.[313]

Nesse contexto, cabe importante mencionar a preocupação das autoridades fiscais americanas com a facilidade que certas companhias abertas encontram para expatriar recursos dos Estados Unidos para jurisdições de tributação favorecida, ao mesmo tempo em que essas companhias obtêm os benefícios dos acordos de bitributação. Como reação, um teste mais restrito foi adotado em diversos acordos recentes celebrados pelos EUA, que passou a exigir: (i) que a classe principal das ações seja negociada primordialmente em bolsa de valores localizada no Estado de residência ou (ii) que o local principal da administração e do controle seja exercido no Estado de residência. Esses critérios resultam na adoção de um nexo mais forte da companhia ao Estado contratante.[314]

Segundo o *American Law Institute*¸ outro racional que parece explicar a adoção do *public trade test* é o fato de que a propriedade das ações de uma companhia aberta é dispersa, não havendo identidade de interesse econômico entre a sociedade e os seus acionistas. Se não há identidade entre a sociedade e seus acionistas, a companhia pode ser considerada como a "real beneficiária" do ponto de vista econômico.[315]

Embora esse argumento seja persuasivo, não é impossível utilizar-se de uma empresa listada em bolsa como uma empresa-canal se essa companhia é controlada por alguns acionistas com participação substancial.[316] No caso de testes que exijam a mera negociação em bolsa de valores da classe principal de ações, uma vez que a participação mínima exigida no teste seja atendida, seria possível a utilização da sociedade com a finalidade de aproveitar os benefícios do acordo de forma indevida. Ainda que a estrutura não seja usualmente utilizada, já que demanda um custo alto se comparado com outras

---

[313] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 140.

[314] BLESSING, Peter H. "Limitation on benefits as applicable to commercial entities under the Canada-US income tax treaty". In. MAISTO, Guglielmo et. al. (editors). *Essays on Tax Treaties – a tribute to David A. Ward.* Amsterdam: IBFD, 2012. p. 266.

[315] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 158.

[316] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 145.

estruturas de *treaty shopping*, o uso de companhias abertas como uma empresa-canal é plenamente possível e não haveria uma total distinção entre a companhia e os acionistas.

O último racional apontado pelo *American Law Institute* explica que o *public trade test* serve como uma regra de conveniência necessária, pois automaticamente exclui as empresas listadas em bolsas de valores do escopo das regras anti-*treaty shopping* e funciona como uma espécie de *safe harbor* para essas sociedades. Na ausência dessa regra, seria praticamente impossível que as companhias abertas se qualificassem no âmbito das regras LoB, pois essas sociedades não seriam capazes de identificar seus acionistas ou a residência da maioria dos beneficiários de seus pagamentos.[317]

Acrescenta ainda Qunfang Jiang que a administração desse teste é conveniente para as autoridades fiscais, porque a fiscalização dessas sociedades é mais fácil. A crítica que se coloca é que, embora em termos de obrigações acessórias e de administração fiscal o teste seja razoável, a maioria das empresas são empresas fechadas, de forma que o teste só é conveniente para uma minoria de sociedades de capital aberto.[318]

A conveniência na administração do teste não é absoluta. Se comparado com outros testes previstos na cláusula LoB, o *public trade test* pode, de fato, ser mais administrável. Isso não significa que o teste não é complicado e difícil de ser aplicado na prática. O teste engloba diversos conceitos que não existem em todas as jurisdições, tais como "principal classe de ações", "classe desproporcional de ações", "negociados principalmente", "bolsa de valores reconhecida". A conveniência de aplicar o teste está restrita a uma minoria de empresas e acaba propiciando oportunidades de *treaty shopping* apenas para as empresas que compõem grupos multinacionais, capazes de investir em estruturas mais sofisticadas.[319]

A última crítica que pode ser feita ao *public trade test* consiste no fato de que, a despeito das justificativas acima, o teste não tem qualquer conexão com a substância

---

[317] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 158.

[318] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 145.

[319] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 145.

econômica. As empresas de capital aberto não possuem necessariamente substância econômica, pois esse não é um requisito para que uma empresa tenha suas ações listadas em bolsas de valores.[320] Ainda que o teste seja utilizado por conveniência, o fato é que o *public trade test* não garante nenhuma conexão econômica suficiente entre a entidade e o Estado contratante.

Nesse sentido, o *American Law Institute* aponta que uma companhia aberta é considerada pessoa qualificada para fins de aplicação dos acordos de bitributação independentemente do fato de a companhia desenvolver atividades econômicas em seu Estado de residência. Por exemplo, uma companhia aberta que apenas invista em outras companhias poderia ser considerada como pessoa qualificada, ainda que seja controlada por residentes em terceiros Estados.[321]

(ii) Ownership and base erosion test ou teste da titularidade e da erosão da base fiscal

Em termos gerais, o *ownership and base erosion test* exige que as ações da sociedade sejam detidas por residentes em um dos Estados contratantes e limita a dedução de despesas na determinação da base tributável no Estado de residência. Entende-se que o teste atinge o cerne do problema do *treaty shopping* abusivo, pois endereça a questão exigindo tanto participação suficiente por residentes, quanto a ausência de erosão significativa da base fiscal. Conforme acima mencionado, o teste é dividido em duas partes e os dois critérios do teste devem ser satisfeitos para que o residente tenha direito aos benefícios do acordo.

O primeiro critério exige que pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações da entidade sejam detidos, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados contratantes e beneficiários do acordo de bitributação (*ownership test*). O segundo teste exige que menos de 50% do lucro bruto da entidade, apurado no ano-calendário, seja pago ou acumulado, direta ou indiretamente, em favor de pessoas não residentes em nenhum dos Estados contratantes, na forma de pagamentos dedutíveis na determinação da base tributável no Estado de residência (*base erosion test*).

---

[320] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 145.

[321] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 159.

O *ownership test* é o critério que exige que os beneficiários da entidade sejam residentes em um dos Estados contratantes, de forma a evitar que os benefícios de um acordo de bitributação sejam usufruídos por residentes em terceiros Estados por meio da interposição de sociedades.

O teste é baseado na ideia de que a pessoa jurídica é uma extensão da personalidade dos seus sócios. Ainda que as sociedades tenham personalidade separada dos seus sócios, as autoridades fiscais têm atentado para a criação de sociedades com a única finalidade de obter benefícios fiscais, que é a questão primária analisada pelas regras LoB. Leva-se em consideração os sócios da entidade para fins de concessão dos benefícios previstos nos acordos de bitributação.[322]

O *American Law Institute* explica que o teste procura garantir que os lucros auferidos pela sociedade, em algum momento, se sujeitarão à tributação, seja no nível da própria sociedade, seja no nível dos acionistas da sociedade. O que importa é que a maior parte dos lucros auferidos pela sociedade sejam tributados.[323]

A mera aplicação do *ownership test* não seria capaz de conter todas as estruturas do *treaty shopping*, pois se pode constituir uma entidade que seja detida por residentes de um dos Estados contratantes, mas que, ao mesmo tempo, faça pagamentos substanciais a residentes em terceiros Estados, erodindo a tributação no Estado de residência. Por essa razão, o *ownership test* é acompanhado do *base erosion test*.[324]

O critério evita que a base tributável no Estado de residência seja erodida por meio de pagamentos dedutíveis aos beneficiários localizados em terceiros Estados. Caso essa situação se verifique, o Estado da fonte fica desobrigado de conceder as reduções de alíquotas previstas no acordo de bitributação.

---

[322] BLESSING, Peter H. "Limitation on benefits as applicable to commercial entities under the Canada-US income tax treaty". In. MAISTO, Guglielmo *et. al.* (editors). *Essays on Tax Treaties – a tribute to David A. Ward.* Amsterdam: IBFD, 2012. p. 267.

[323] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 155.

[324] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 146.

Explica o *American Law Institute* que o *base erosion test e* o *ownership test* visam garantir que o Estado de residência seja capaz de impor a tributação sobre os rendimentos pagos no âmbito do acordo de bitributação. Uma entidade não seria desqualificada caso os pagamentos dedutíveis fossem direcionados a beneficiários residentes no próprio Estado de residência da sociedade, pois se presume que os lucros seriam tributados integralmente nesse Estado.

O Instituto pontua que a lógica do *base erosion test* também sugere que os pagamentos, ainda que dedutíveis, efetuados a beneficiários residentes em terceiros Estados e que se sujeitem à tributação na fonte não deveriam ser considerados para desqualificar a entidade como pessoa qualificada. Dado que o objetivo do *ownership test* e do base *erosion test* seria assegurar a imposição da tributação, em qualquer nível, no Estado da residência, a imposição da tributação na fonte sobre os pagamentos efetuados deveria garantir a concessão dos benefícios previstos nos acordos de bitributação. Na teoria, seria possível dispensar o *base erosion test* se os Estados acordassem a imposição da tributação na fonte sobre os pagamentos efetuados a residentes em terceiros Estados. A questão que se coloca é que as isenções concedidas pelos Estados tanto na legislação doméstica, quanto nos próprios acordos pode tornar essa abordagem impraticável.[325]

A escolha de um percentual (50%) gera certeza e facilita a administração, embora a escolha de um parâmetro fixo seja sempre arbitrária.[326]

Ademais, considerando que o *ownership and base erosion test* analisa apenas os critérios formais da operação – a estrutura societária e os pagamentos efetuados – é possível que os contribuintes mais criativos encontrem formas de planejamentos mais sofisticados que poderiam contornar esses critérios. Por exemplo, pode ser celebrado um acordo entre os acionistas controladores para que seja observado o *ownership test* ao mesmo tempo em que é acordado que um valor fixo de dividendos será pago, de tempos em tempos, a uma entidade localizada em um terceiro Estado. Dado que o pagamento de

---

[325] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 156-157.

[326] BLESSING, Peter H. "Limitation on benefits as applicable to commercial entities under the Canada-US income tax treaty". In: MAISTO, Guglielmo *et. al.* (ed.). *Essays on Tax Treaties – a tribute to David A. Ward.* Amsterdam: IBFD, 2012. p. 267.

dividendos não é dedutível, a estrutura em questão atenderia ao *ownership* e ao *base erosion test*.[327]

Especificamente em relação ao *base erosion test*, questiona-se ainda o fato de que, mesmo o teste parecendo decorrer do entendimento de que a ausência de tributação no Estado da fonte não seria desejável, o Tesouro americano rejeitou a sugestão do *American Law Institute* segundo a qual nenhuma estrutura de *treaty shopping* deveria ser considerada abusiva se a entidade relacionada se sujeitasse à tributação significativa em seu Estado de residência. Não fica claro por que os Estados Unidos deveriam se preocupar com a erosão da base tributável no outro Estado contratante. Ainda que se diga que essa preocupação possa estar relacionada com o fato de os Estados Unidos não terem interesse em negociar acordos de bitributação com Estados que facilitam a geração de renda não tributável nos Estados Unidos ou no próprio Estado em benefício de não residentes, se essa preocupação fosse válida, não haveria razão para esse critério não ser adotado em todas as cláusulas LoB.[328]

Outra questão está ligada à extensão da base dedutível. Alguns autores alegam que a dedução correspondente a 50% do lucro da entidade pode, em certos casos, atingir um valor relevante. Essencialmente, toda a renda auferida pela entidade em determinado período é considerada para o limite de 50%. O *base erosion test* acaba validando estruturas de *treaty shopping* abusivas, desde que os pagamentos dedutíveis sejam inferiores a 50% do lucro bruto da entidade.[329-330] Alega-se que o teste não seria completamente efetivo contra as estruturas *stepping-stone.*[331]

Pondera-se que, se a cláusula LoB consistir apenas na aplicação do *ownership and base erosion tests*, as entidades que desenvolvam atividade comercial ou negocial e, portanto, que tenham um nexo legítimo com o Estado de residência podem não atender ou

---

[327] WARDZYNSKI, Adrian. "The Limitation on Benefits Article in the OECD Model: Closing Abusive (Undesired) Conduit Gateways". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 68. No. 9. Amsterdam: IBFD, 2014. p. 475.
[328] FLEMING, J. Clifton. "Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury's Anti-treaty Shopping Policy". *Intertax*. Volume 40. Issue 4. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012. p. 251.
[329] YOSHIMURA, Koichiro. "Clarifying the Meaning of 'Beneficial Owner' in Tax Treaties". In. *Tax Notes International*. No. 761, 2013. p. 770.
[330] WARDZYNSKI, Adrian. "The Limitation on Benefits Article in the OECD Model: Closing Abusive (Undesired) Conduit Gateways". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 68. No. 9. Amsterdam: IBFD, 2014. p. 476.
[331] YOSHIMURA, Koichiro. "Clarifying the Meaning of 'Beneficial Owner' in Tax Treaties". *Tax Notes International*. No. 761, 2013. p. 770.

podem ter dificuldades de comprovar que atendem aos requisitos exigidos pelos testes. Esse é o caso das companhias abertas, para as quais seria difícil, para não dizer impossível, identificar a residência de todos os seus acionistas. Uma sociedade americana que desenvolva atividades de industrialização pode não satisfazer o *ownership test* em relação aos rendimentos recebidos de uma subsidiária se mais de 51% de suas ações forem detidos por não residentes. Pagamentos efetuados para beneficiários residentes em terceiros Estados, mesmo que sejam vinculados a necessidades de capital, poderiam resultar na desqualificação da entidade, ainda que a transação que originou os pagamentos não tenha qualquer relação com a redução da tributação. Uma instituição financeira que tenha uma base relevante e majoritária de investidores não residentes pode não satisfazer o *base erosion test*, ou pode não ser capaz de comprovar a natureza dos pagamentos efetuados ao exterior. Tendo em vista a limitação apresentada, o *American Law Institute* recomenda que os *ownership and base erosion tests* sejam adotados em conjunto com os demais testes.[332]

Similarmente à crítica que pode ser feita ao *public trade test*, acima, os *ownership and base erosion tests* não levam em conta critérios de substância econômica. O fato de os rendimentos pagos no âmbito de um acordo de bitributação serem tributados pelo Estado de residência não significa necessariamente que os beneficiários possuem substância econômica. Inclusive, como o próprio *American Law Institute* ressalva acima, as sociedades que desenvolvam atividades econômicas no Estado de residência, atendendo aos requisitos de substância econômica podem não atender aos critérios previstos nos *ownership and base erosion tests.* O critério da substância econômica deveria ser levado em conta para excepcionar a aplicação desse teste.

(iii)Active business test ou teste da atividade comercial ou negocial

O parágrafo 3º do artigo 22 da Convenção Modelo dos EUA dispõe que, na hipótese de não serem atendidos os testes previstos no parágrafo 1, o residente de um Estado contratante pode ter direito aos benefícios de um acordo em relação a determinados rendimentos na medida em que esse residente esteja envolvido na condução de *active trade or business* (atividade comercial ou negocial) em seu Estado de residência e os rendimentos obtidos decorram da condução dessas atividades.

---

[332] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 155.

As Explicações Técnicas apontam que o termo "*trade or business*" não está definido na Convenção Modelo dos EUA. Sob a perspectiva dos Estados Unidos, o termo "*active trade or business*" é definido na legislação doméstica, na seção 367 (a) do *Tax Code*.

Dispõe a seção 367 (a) que "*active trade or business*" ou "atividade comercial ou negocial" se refere ao grupo específico de atividades que constituem ou poderiam constituir uma empresa independente, desenvolvida para obtenção de lucro. O grupo de atividades inclui todas as operações que colaboram para a obtenção do lucro e, normalmente, inclui a obtenção de receitas e o pagamento de despesas. Como regra, uma sociedade realiza uma "atividade comercial ou negocial" apenas se os diretores e os funcionários da sociedade realizam atividades gerenciais e operacionais substanciais.[333]

As Explicações Técnicas esclarecem ainda que as atividades de gestão dos próprios investimentos não são consideradas como "atividade comercial e negocial" exceto quando desenvolvidas por bancos, por seguradoras ou por corretora de valores mobiliários. Exceto também se essas instituições desenvolverem as atividades de gestão fora do âmbito de suas atividades. Uma sociedade que funcione como mera administradora de outras sociedades não será considerada como desenvolvendo "atividade comercial ou industrial".

O item b do parágrafo terceiro estabelece uma condição adicional para os casos em que a atividade comercial ou negocial também é desenvolvida pelo residente no outro Estado contratante ou por empresas associadas. O teste exige que o desenvolvimento das atividades comerciais ou industriais praticadas pela entidade no Estado de residência seja substancial em relação às atividades desenvolvidas no outro Estado. O requisito tem como objetivo evitar estruturas de *treaty shopping* nas quais a sociedade tenta atender ao *active business test* desenvolvendo atividades mínimas no Estado contratante (atividades que tenham custo ou efeito mínimo em relação ao negócio como um todo). A determinação do

---

[333] US Tax Code. § 1.367(a)-2T. "(2) *Trade or business.* Whether the activities of a foreign corporation constitute a trade or business must be determined under all the facts and circumstances. In general, a trade or business is a specific unified group of activities that constitute (or could constitute) an independent economic enterprise carried on for profit. (…) To constitute a trade or business, a group of activities must ordinarily include every operation which forms a part of, or a step in, a process by which an enterprise may earn income or profit. (…) The group of activities must ordinarily include the collection of income and the payment of expenses. (…)
(3) *Active conduct.* Whether a trade or business is actively conducted must be determined under all the facts and circumstances. In general, a corporation actively conducts a trade or business only if the officers and employees of the corporation carry out substantial managerial and operational activities. (…)".

que seja substancial é feita com base em todos os fatos e as circunstâncias e leva em consideração a comparação entre os negócios desenvolvidos em cada Estado e a natureza das atividades desenvolvidas além da contribuição das atividades em relação ao negócio.

O item c determina que as atividades conduzidas por pessoa ligada devem ser consideradas como conduzidas pelo residente que pleiteia a aplicação da cláusula. Para esse fim, entende-se que as pessoas são ligadas se uma delas detém pelo menos 50% do interesse econômico da outra (no caso de uma sociedade, pelo menos 50% dos direitos de voto e valor das ações), ou se os fatos e as circunstâncias indicarem que uma pessoa tem o controle da outra ou que ambas estão sob controle de uma mesma pessoa.

Em breve síntese, o *active business test* visa examinar a relação econômica entre o residente e o Estado da residência, por meio de três critérios principais: (i) exercício de atividade comercial ou negocial no Estado da residência; (ii) conexão entre o rendimento auferido e a atividade desenvolvida; (iii) atividade substancial no Estado de residência em comparação com a atividade que gera a renda desenvolvida no Estado da fonte.

Esse teste permite verificar a existência de conexão econômica entre o contribuinte e o alegado país de residência, o que, em última análise, é o coração da questão envolvendo estruturas de *treaty shopping*.[334]

Observa o *American Law Institute* que a intenção do *active business test* é permitir que uma entidade que desenvolva atividades econômicas substanciais (comércio ou indústria) tenha assegurados os benefícios dos acordos, independentemente do fato de seus proprietários serem residentes em terceiros Estados ou de a companhia ser fechada. Tendo em vista que a entidade desenvolve negócios ou atividades em seu Estado de residência, presume-se que essa será tributada nesse Estado. A relação existente entre os negócios conduzidos no Estado de residência e a renda obtida no âmbito do acordo de bitributação é uma evidência de que a entidade não serve apenas como uma sociedade-canal, que poderia auferir renda em qualquer local.[335]

---

[334] BAMMENS, Niels; DE BROE, Luc. "Treaty Shopping and Avoidance of Abuse". In. LANG, Michael et al. (eds.). *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Online Books IBFD, 2010. p. 6.
[335] AMERICAN LAW INSTITUTE. *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*. Philadelphia: American Law Institute, 1992. p. 159-160.

J. Fleming discorda da premissa de que estruturas de *treaty shopping* não convivem com atividades econômicas efetivas. O autor pontua que as razões que fundamentam o combate ao *treaty shopping* pelos Estados Unidos – ausência de reciprocidade e desincentivo à celebração de acordos com os Estados Unidos – podem estar presentes em estruturas de *treaty shopping* que atendam ao *active business test*, razão pela qual a adoção desse teste não se justifica.[336]

Essa crítica não seria aplicável aos países em desenvolvimento, tal como o Brasil, que, em princípio, celebram os acordos de bitributação com o objetivo de obter investimentos. Para esses países, o combate das estruturas de *treaty shopping* que envolvam atividades econômicas efetivas e ingresso de investimentos não faz qualquer sentido.

Alguns autores alegam que o *active business test* permitiria a adoção de estruturas abusivas, já que não exige a aplicação conjunta do *base erosion test.* Alega-se que a ausência do teste da erosão da base tributável confirma que o que importa na análise do *active business test* é a existência de atividades negociais substanciais no Estado de residência em relação do Estado de origem. A experiência revela que essa condição, até mesmo nos Estados Unidos, não é uma questão intransponível. No Canadá, embora se exija que o negócio no Estado de residência não represente uma percentagem muito pequena dos negócios no outro Estado, esse requisito é relativizado conforme os fatos e as circunstâncias.[337]

Peter Blessing explica que diversos problemas práticos decorrem do *active business test*, em parte porque é muito difícil estabelecer linhas precisas para a aplicação do teste, o qual não é baseado em parâmetros fixos. No caso da administração de imóveis, por exemplo, muitas empresas do setor, incluindo grandes conglomerados, terceirizam as atividades operacionais. A ausência de empregados exercendo as atividades operacionais pode resultar na desqualificação da entidade, ainda que o negócio seja significativo e claramente ligado ao Estado contratante. Outro exemplo é o setor da aviação, que mantém seus ativos – aeronaves – em diversos lugares e aufere receitas de forma pulverizada e não

[336] FLEMING, J. Clifton. "Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury's Anti-treaty Shopping Policy". *Intertax*. Volume 40. Issue 4. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012. p. 252.
[337] WARDZYNSKI, Adrian. "The Limitation on Benefits Article in the OECD Model: Closing Abusive (Undesired) Conduit Gateways". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 68. No. 9. Amesterdam: IBFD, 2014. p. 476.

por meio de uma entidade singular, causando incerteza quanto à qualificação de suas atividades como atividade comercial ou negocial.[338]

Qunfang Jiang aponta que esse teste é a aplicação da doutrina da substância econômica em matéria de *treaty shopping*. Contudo, a crítica que se coloca é que esse teste é bastante complexo. Cite-se o termo "substancial", que deve ser determinado com base nos fatos e nas circunstâncias. Outra exigência é a separação que se exige de cada rendimento recebido do Estado da fonte. Ao contrário do *publicly traded company test* e do *ownership and base erosion tests*, no caso do *active business test*, cada rendimento deve ser verificado individualmente. Uma pessoa pode ter direito aos benefícios em relação a um rendimento, mas não em relação a outro. Questiona-se se o custo envolvido na administração do teste, tanto pelas autoridades fiscais, quanto pelos contribuintes seria proporcional aos resultados que podem ser obtidos.[339]

Mas, segundo entendemos, *o active business test* é o único dos testes das cláusulas LoB que adota critérios de substância econômica, ao permitir que uma entidade que desenvolva atividade comercial e negocial tenha assegurados os benefícios previstos nos acordos de bitributação. Ainda que a definição de atividade comercial e negocial seja delegada à legislação interna, ao menos na legislação doméstica americana, a definição de atividade comercial e negocial é ampla, pois inclui todas as atividades desenvolvidas para gerar lucros. Também se exige a presença dos profissionais que desenvolvam funções operacionais e gerenciais para que se considere que uma sociedade realiza atividade comercial ou negocial. Esses critérios, conforme visto no capítulo anterior, são os elementos comumente adotados como indicadores de substância econômica.

Portanto, a despeito das críticas levantadas acerca do *active business test*, a adoção do teste é válida, uma vez que uma entidade que tenha substância econômica é suficiente para afastar a prática do *treaty shopping* abusivo, independentemente do fato de a entidade ter sido constituída com o fim de obter os benefícios do acordo de bitributação. Se a entidade desenvolve atividade econômica genuína em seu Estado de residência ou no

---

[338] BLESSING, Peter H. "Limitation on benefits as applicable to commercial entities under the Canada-US income tax treaty". In. MAISTO, Guglielmo et. al. (editors). *Essays on Tax Treaties – a tribute to David A. Ward.* Amsterdam: IBFD, 2012. p. 268-287.

[339] JIANG, Qunfang. "Treaty shopping and Limitation on Benefits Articles in the context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project". In. *Bulletin for International Taxation*. Volume 69. No. 3. Journals IBFD, 2015. p. 146-147.

Estado da fonte e aufere renda decorrente dessa atividade, o objetivo de estimular negócios e atividades de forma recíproca entre os Estados contratantes visado por quase todos os acordos de bitributação seria plenamente atingido, e justificada a concessão dos benefícios previstos no acordo.

(iv) Residual test ou teste residual

A cláusulas LoB, como regra, inclui um teste residual, segundo o qual as entidades ou as transações que não atenderem aos testes objetivos das seções anteriores podem ter direito aos benefícios dos acordos por decisão discricionária das autoridades fiscais.

As Explicações Técnicas do artigo 22 no Modelo EUA de 1996 dispõem que a inclusão do teste residual reconhece que, com o desenvolvimento da diversidade e com a abrangência do escopo das relações econômicas internacionais, podem existir casos em que a participação de residentes em terceiros Estados por meio de uma entidade em um dos Estados contratantes se justifica pela prática de negócios e não necessariamente envolve motivos de obter os benefícios dos acordos indevidamente.

Na concessão dos benefícios dos acordos, as autoridades fiscais podem levar em conta todos os fatos que esclareçam se a constituição ou a manutenção da entidade ou a condução dos negócios visam apenas obter os benefícios dos acordos. O fato de a entidade ter sido constituída antes da vigência dos acordos não é suficiente para garantir a concessão dos benefícios, pois, ainda nessa hipótese, a entidade deverá comprovar que existem claras razões não fiscais para sua formação.

A discricionariedade da autoridade fiscal competente na análise desse teste é bastante ampla, que pode conceder todos os benefícios previstos nos acordos ou pode garantir apenas o acesso a certos incentivos, como, por exemplo, o benefício em relação a determinado rendimento, como na hipótese do parágrafo 3. A autoridade fiscal também pode estabelecer condições ou o período pelo qual o benefício será usufruído.

Trata-se do único teste subjetivo previsto nas regras LoB e sua adoção se justifica, pois os critérios objetivos acima descritos podem causar resultados arbitrários, negando benefícios a entidades que tenham fundamento econômico substancial.

O teste, entretanto, não fica livre de críticas, pois a aplicação de testes subjetivos é sempre acompanhada de dificuldades práticas como, por exemplo, a dificuldade de demonstrar que a transação ou a constituição da entidade não teriam o único objetivo de obter as vantagens de determinado acordo. Questiona-se se a inclusão de um teste subjetivo na cláusula LoB seria recomendável ou se os benefícios deveriam ser concedidos apenas se verificada conexão econômica suficiente entre o contribuinte e o Estado de residência.

É nosso entendimento que, embora o teste subjetivo seja importante para proteger os contribuintes, o critério da substância econômica seria mais eficaz para endereçar as estruturas legítimas. Isso porque, se a conexão econômica da entidade com o Estado de residência for forte o suficiente, o contribuinte claramente teria direito aos benefícios do acordo.

Cabe comentar que o *residual test* demonstra, ainda, que as estruturas de *treaty shopping* não são necessariamente abusivas, pois determina a concessão dos benefícios convencionais a contribuintes que, mesmo não atendendo aos demais testes, sejam capazes de demonstrar que existem razões negociais suficientes para a adoção da estrutura. Nesses casos, as autoridades, ao reconhecerem o direito aos benefícios convencionais, também reconhecem que a estrutura de *treaty shopping* adotada pelo contribuinte com estrutura negocial real não é abusiva.[340]

4.3.2.2 Cláusulas de limitação de benefícios nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil

Atualmente, o Brasil possui acordos de bitributação em vigor com 31 países[341] e 2 acordos pendentes de ratificação.[342] É possível verificar a presença de cláusulas de limitações de benefícios em 12 desses acordos assinados pelo país.[343]

---

[340] BARRETO, Paulo Ayres. TAKATO, Caio Augusto. "The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective". In. *Intertax.* Volume 43. No. 12. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 834.

[341] Acordos celebrados com os seguintes países: África do Sul, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coréia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia e República Tcheca, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Peru, Portugal, Suécia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela.

[342] Acordos celebrados com os seguintes países: Paraguai e Rússia.

[343] Acordos celebrados com os seguintes países: África do Sul, Chile, Israel, Luxemburgo, México, Paraguai, Portugal, Peru, Rússia, Trinidad e Tobago, Turquia e Venezuela.

Na análise abaixo, adotaremos a classificação proposta por Pedro Asseis, que divide os acordos que contêm as cláusulas em três grupos: (i) grupo 1: acordos que apresentam regras de limitações de benefícios objetivas; composto pelos acordos celebrados com Luxemburgo, Portugal, Paraguai, África do Sul, Peru e Trinidad e Tobago; (ii) grupo 2: acordos que apresentam regras de limitações de benefícios subjetivas; composto pelos acordos celebrados com Chile, México e Turquia; (iii) grupo 3: acordos que apresentam regras de limitações de benefícios objetivas e subjetivas; composto pelos acordos celebrados com Israel, Rússia e Venezuela.[344]

(i) Grupo 1

O primeiro grupo, formado por cláusulas de limitações de benefícios objetivas, como regra, exclui a aplicação dos benefícios dos acordos para determinadas pessoas jurídicas que gozem de tratamento fiscal favorável ou de benefícios fiscais.

O acordo Brasil-Luxemburgo, de 1978, é tido como o primeiro acordo brasileiro que possui uma regra similar a uma cláusula de limitação de benefícios.[345] Em seu artigo 1º, o acordo dispõe que "*a Convenção não se aplicará nem à renda nem ao capital das sociedades "holdings" residentes do Luxemburgo que gozem de tratamento fiscal especial em virtude da legislação luxemburguesa vigente, ou de qualquer outra lei similar que entre em vigor no Luxemburgo após a assinatura da Convenção, nem aos rendimentos que um residente do Brasil receba daquelas sociedades, nem às participações deste residente nas mencionadas sociedades*".

O acordo Brasil-Portugal dispõe que os benefícios ali previstos não se aplicam às pessoas que tenham direito a benefícios fiscais relativos ao imposto sobre rendimento de acordo com os dispositivos da legislação ou de outras medidas relacionadas às Zonas Francas da Ilha da Madeira, da Ilha de Santa Maria, de Manaus, SUDAM e SUDENE, ou a benefícios similares.

---

[344] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "As cláusulas de L.O.B e o combate ao treaty shopping". In. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 33. São Paulo: Dialética, 2015. p. 250 e seguintes.

[345] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*: *treaty shopping.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 144.

Esse também é o caso do acordo Brasil-Paraguai[346], que, no Protocolo, excepciona a aplicação dos benefícios estabelecidos no artigo 10, parágrafos 2 e 6; artigo 11, parágrafo 2 e artigo 12, parágrafo 2, aos residentes de um Estado contratante titulares de rendimentos não sujeitos à tributação ou sujeitos à alíquota inferior a 20%, nos termos da legislação interna.

O acordo Brasil-África do Sul já segue padrão diferente dos anteriores, ao adotar regra semelhante ao *ownership test*, descrito acima.[347] O parágrafo 2 do artigo 28 do acordo estabelece que uma entidade residente em um Estado contratante e que obtenha rendimentos de fontes situadas no outro Estado contratante não terá direito aos benefícios do acordo se mais de 50% de sua participação efetiva (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% do valor agregado das ações com direito a voto e das ações em geral) for de propriedade, direta ou indireta, de qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não sejam residentes no primeiro Estado contratante. Essa restrição, contudo, não se aplica no caso de a entidade desenvolver, em seu Estado de residência, atividade empresarial de substância que não seja a mera detenção de títulos ou de quaisquer outros ativos, ou a mera prestação de atividades auxiliares, preparatórias ou quaisquer outras atividades similares com respeito a outras entidades associadas.

O parágrafo 1º do referido acordo dispõe ainda que, se, após a assinatura do acordo, um Estado Contratante estabelecer em sua legislação que os rendimentos do exterior obtidos por uma sociedade que desenvolve certas atividades são isentos de tributação ou que se sujeitam à tributação inferior àquela aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares exercidas em seu próprio território, o outro Estado não estará obrigado a aplicar as limitações impostas no acordo à tributação dos rendimentos obtidos pela sociedade das atividades no exterior, incluindo a tributação sobre os dividendos pagos por essa sociedade.

As atividades a que se refere esse artigo são as atividades de navegação, bancária, financeira, de seguro, de investimento ou similares. E também vale para a sociedade que exerça a função de sede, de centro de coordenação ou que preste serviços administrativos ou outro tipo de apoio a um grupo de sociedades que exerce atividades empresariais primordialmente em outros Estados.

---

[346] O acordo Brasil- Paraguai está pendente de ratificação.

[347] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "As cláusulas de L.O.B e o combate ao treaty shopping". In. *Revista Direito Tributário Atual.* n. 33. São Paulo: Dialética, 2015. p. 251.

Cláusula no mesmo sentido do acordo Brasil-África do Sul pode ser encontrada no acordo Brasil-Peru.

O acordo Brasil-Trinidad e Tobago, no artigo 28, dispõe que o acordo não se aplica a nenhuma companhia, *trust* ou sociedade de pessoas residente de um Estado Contratante que seja de propriedade ou que tenha seu controle, direto ou indireto, detido por uma ou por mais pessoas não residentes desse Estado, nos casos em que o montante do imposto exigido pelo Estado de residência dos proprietários/controladores, sobre os rendimentos decorrentes da companhia, *trust* ou sociedade, seja substancialmente inferior ao imposto exigido dos proprietários/controladores residentes em um dos Estados contratantes.

(ii) Grupo 2

O segundo grupo é composto pelos acordos que contêm cláusulas de limitações de benefícios subjetivas que, como regra, se referem a uma disposição genérica antiabuso.

Nesse sentido é a redação do acordo Brasil-Chile, a qual, no artigo 8 do Protocolo, dispõe que, considerando que o objetivo do acordo é evitar a dupla tributação internacional e prevenir a evasão fiscal, os Estados contratantes acordam que, no caso de as disposições serem utilizadas para conceder benefícios não contemplados ou pretendidos, as autoridades competentes do Estado contratante devem, por meio de procedimento amigável, recomendar modificações específicas; as recomendações serão consideradas e discutidas com o objetivo de modificar o acordo à medida que isso seja necessário.

O acordo Brasil-México estabelece que as autoridades competentes dos Estados contratantes podem negar os benefícios dos acordos, por meio de procedimento amigável, quando acordarem que a outorga do benefício constitui um abuso do acordo, considerando seu objeto e sua finalidade.

O parágrafo 5 do artigo 28, contudo, dispõe que a pessoa que pleiteia os benefícios poderá demonstrar que tem direito a esses. Nesse caso, as autoridades competentes deverão analisar a situação levando em consideração o fato de a constituição, a aquisição e a manutenção da referida pessoa e a realização de suas atividades não ter como principal propósito a obtenção dos benefícios do acordo.

O acordo Brasil-Turquia contém, também no artigo 28, disposição no sentido de que as autoridades competentes podem negar os benefícios do acordo a qualquer pessoa ou transação se, em sua opinião, a obtenção dos benefícios constituir um abuso do acordo em relação aos seus fins.

Esse acordo é criticado uma vez que rompe com as características dos acordos anteriores, pois prevê a hipótese de as autoridades competentes negarem os benefícios do acordo de maneira absolutamente unilateral, sem qualquer previsão de procedimento de defesa ao contribuinte. Essa ausência de defesa, juntamente com a previsão genérica da cláusula, pode levar a abusos e traz insegurança jurídica na aplicação do acordo de bitributação.[348]

(iii) Grupo 3

O terceiro grupo é formado pelos acordos que contêm cláusulas mistas – objetivas e subjetivas.

Esse é o caso do acordo Brasil-Israel, o qual, em seu artigo 25, parágrafo 1, dispõe que uma entidade residente em um dos Estados contratantes que obtenha rendimentos de fontes situadas no outro Estado contratante não terá direito, nesse outro Estado, aos benefícios do acordo se mais de 50% do seu capital ou do controle acionário for detido, direta ou indiretamente, por não residentes em um dos Estados contratantes (regra objetiva). Essa limitação não se aplica no caso de a entidade desenvolver, no Estado contratante de que seja residente, atividade empresarial substancial que não seja mera detenção de ações, de títulos ou de outros ativos.

O parágrafo 2 estabelece que a autoridade competente dos Estados contratantes pode negar os benefícios do acordo a qualquer pessoa ou transação se, na opinião da autoridade, a concessão dos benefícios constituir um abuso do acordo em conformidade com os seus fins. A autoridade comunicará a aplicação da disposição à autoridade competente do outro Estado contratante (regra subjetiva).

A disposição do parágrafo 1 segue o modelo adotado na cláusula de limitação de benefícios norte-americana (artigo 2, item c, (ii)). A exceção proposta às atividades

[348] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "As cláusulas de L.O.B e o combate ao treaty shopping". In. *Revista Direito Tributário Atual.* n. 33. São Paulo: Dialética, 2015. p. 253.

empresariais substanciais segue o raciocínio do *active business test*, embora, na regra norte-americana, esse teste seja autônomo e alternativo e tenha por objetivo conceder os benefícios quando existir o exercício de uma atividade comercial ou negocial no outro Estado contratante.

Contudo, a regra subjetiva estabelecida pelo acordo Brasil-Israel, ao prever a discricionariedade da autoridade competente para negar os benefícios do acordo, sem necessidade de procedimento prévio amigável, diverge do modelo americano, pois a cláusula LoB norte-americana se utiliza do teste subjetivo para conceder os benefícios acordados na hipótese de o contribuinte não fazer jus aos benefícios pela aplicação dos testes subjetivos. O acordo brasileiro prevê justamente a situação oposta, já que a discricionariedade é utilizada para negar os benefícios previstos nos acordos. A crítica que se coloca é que o dispositivo brasileiro fere os princípios do *pacta sunt servanda*, da boa-fé e até mesmo o princípio da segurança jurídica.[349]

O modelo do acordo Brasil-Israel também foi adotado pelos acordos Brasil-Rússia[350] e Brasil-Venezuela. As críticas acima, portanto, também são aplicáveis a esses acordos.

Os acordos Brasil-Rússia e Brasil-Venezuela estabelecem ainda que, se, após a assinatura do acordo, um Estado Contratante estabelecer em sua legislação que os rendimentos de procedência *offshore* obtidos por uma sociedade estão isentos de tributação ou sujeitos à tributação inferior àquela aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares exercidas em seu próprio território, o outro Estado não estará obrigado a aplicar as limitações impostas no acordo à tributação dos rendimentos obtidos pela sociedade das atividades *offshore*, incluindo a tributação sobre os dividendos pagos por essa sociedade.

As atividades a que se refere esse artigo são as atividades de navegação, bancária, financeira, de seguro, de investimento ou similares. E também vale para a sociedade que exerça a função de sede, de centro de coordenação ou que preste serviços administrativos

[349] CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. "Cláusulas de limitações de benefícios (LOB clauses): exame comparativo entre o Modelo Norte-Americano de Tratados, Convenção Modelo OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil". *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. N. 61. Ano 11. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 10.
[350] O acordo Brasil-Rússia ainda está pendente de ratificação.

ou outro tipo de apoio a um grupo de sociedades que exerce atividades empresariais primordialmente em outros Estados.

4.4 CONCLUSÕES

A cláusula do beneficiário efetivo tem por objetivo endereçar os casos mais óbvios de *treaty shopping*, excluindo a possibilidade de determinadas pessoas, tais como agentes ou mandatários, que recebem os rendimentos em favor de terceiros, usufruírem dos benefícios convencionais.

Parte da doutrina entende que o conceito deve ser analisado sob uma perspectiva econômica, de forma que o beneficiário efetivo seja aquele que detém a propriedade econômica do rendimento. Já outra parcela da doutrina entende que o termo deve ser avaliado a partir de uma perspectiva legal e o beneficiário efetivo será determinado com base nos direitos e nos deveres jurídicos da relação entre a fonte pagadora do rendimento e o beneficiário direto.

O critério da substância econômica só tem relevância caso seja adotada a perspectiva econômica. Essa posição não parece ser a mais adequada, pois o conceito de beneficiário efetivo é um conceito jurídico limitado e a aplicação da interpretação econômica poderia ampliar em demasia esse conceito. Conclui-se que o conceito de substância econômica não é relevante para fins da aplicação da cláusula do beneficiário efetivo.

Em relação às cláusulas de limitação de beneficiários sugerida pela OCDE, verifica-se que as cláusulas *look-through approach, subject-to-tax approach, channel approach* e *exclusion approach*, como regra, não adotam critérios de substância econômica. A questão da substância econômica só aparece na cláusula de boa-fé *activity provision,* a qual exclui a aplicação das cláusulas de limitação de benefícios no caso de a sociedade que pleiteia os benefícios do acordo desenvolver atividades industriais ou comerciais substanciais no Estado contratante de que é residente.

Similarmente, a questão da substância econômica não aparece em todos os testes exigidos pela cláusula LoB americana.

Em relação ao *public trade test,* embora existam razões de conveniência para sua adoção, esse teste não adota critérios de substância econômica, pois o fato de a companhia ser aberta e ter suas ações listadas em bolsa não é capaz de garantir qualquer nexo econômico entre a sociedade objeto do teste e o Estado de residência. O teste pode ser justificado em razão da conveniência de sua adoção e administração por parte das autoridades fiscais e até mesmo pelo fato de as companhias abertas não serem comumente utilizadas nas estruturas de *treaty shopping*, mas não se justifica como um teste que adota a substância econômica.

No que se refere ao *ownership and base erosion test,* o fato de ser exigida a detenção de ações por residentes do Estado contratante e de ser impedida a dedução fiscal dos pagamentos também não garante a conexão econômica entre a sociedade e o Estado. O que esse teste visa garantir é a tributação dos lucros auferidos pela sociedade pelo Estado de sua residência, seja no nível da própria sociedade (tributação garantida inclusive pela ausência de deduções fiscais relevantes), seja no nível dos seus acionistas. Contudo, a sujeição à tributação não significa que a sociedade possui substância econômica.

A questão da substância econômica aparece apenas no *active business test*, que efetivamente procura assegurar uma conexão econômica entre a entidade e seu Estado de residência por meio da exigência de exercício de atividade comercial ou negocial no Estado da residência e de conexão entre o rendimento auferido e a atividade desenvolvida. O *active business test* é a aplicação dos critérios de substância econômica em matéria de *treaty shopping*.

O *active business test* é questionado, pois a exigência de substância econômica torna a aplicação do teste demasiadamente complexa, já que não está baseado em parâmetros fixos ou conceitos já determinados. O teste exige a separação que se exige de cada rendimento recebido do Estado da fonte, de forma que uma pessoa pode ter direito aos benefícios em relação a um rendimento, mas não em relação a outro. Questiona-se se o custo envolvido na administração do teste, tanto pelas autoridades fiscais, quanto pelos contribuintes seria proporcional aos resultados que podem ser obtidos.

Em relação ao *residual test,* a crítica que se faz é que a aplicação de testes subjetivos é sempre acompanhada de dificuldades práticas, tais como a dificuldade de

demonstrar que a transação ou a constituição da entidade não teriam o único objetivo de obter as vantagens de determinado acordo.

Nota-se, portanto, que embora as cláusulas LoB tenham a pretensão de ser objetivas, o que se verifica é que a aplicação dessas cláusulas é bastante complexa e gera inúmeras controvérsias. Ademais, o racional das cláusulas LoB não necessariamente adota critérios capazes de comprovar o nexo econômico entre a entidade que pleiteia os benefícios convencionais e o seu Estado de residência.

CAPÍTULO V – A AÇÃO Nº 6 DO PROJETO BEPS E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

5.1 O PROJETO BEPS

Em 2013, a pedido dos ministros das finanças do G20, a OCDE lançou o Projeto *Base Erosin and Profit Shifting Action Plan* (Projeto BEPS), que tem por objetivo combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros das empresas multinacionais para jurisdições de tributação mais favorecida, por meio do ataque às formas de planejamento tributário agressivo.

Esclarece o relatório[351] que, embora a globalização não seja um fenômeno recente, a integração das economias e dos mercados tem aumentado num ritmo bastante acelerado nos últimos anos. Essa integração associada à livre circulação de capitais e de pessoas; às mudanças das bases de produção de locais de custos elevados para locais de baixo custo; à remoção das barreiras comerciais e tecnológicas e ao intenso desenvolvimento da econômica digital, que permite que os negócios se distanciem dos clientes, teriam contribuído para que os planejamentos fiscais adotados pelas multinacionais ficassem cada vez mais agressivos e sofisticados.

A OCDE destaca que esses planejamentos fiscais agressivos prejudicam: (i) os governos, que têm que lidar com menor arrecadação e com maiores custos. Nos países em desenvolvimento, o problema se agrava, pois a falta de recursos prejudica os investimentos públicos, que poderiam levar ao crescimento econômico; (ii) os contribuintes pessoas naturais, pois à medida que as empresas conseguem se desviar da tributação transferindo lucros para outras jurisdições, os contribuintes pessoas naturais têm que compensar a perda de arrecadação, sendo mais onerados com a carga fiscal; (iii) os negócios, uma vez que as multinacionais podem enfrentar danos em sua reputação, se suas alíquotas efetivas forem consideradas muito baixas e as empresas com atuação local, incluindo empresas familiares, podem enfrentar dificuldades de competir com multinacionais, as quais podem deslocar seus lucros para locais de tributação favorecida.

---

[351] OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.* OECD Publishing, 2013. Disponível em <*http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en*>. Acesso em 28.06.2015.

No relatório, destaca-se que as medidas empregadas pelos países até então não foram suficientes para eliminar ou para reduzir a erosão da base tributável, principalmente em razão das lacunas existentes nas normas vigentes, que criam oportunidades para que os rendimentos não sejam tributados em nenhuma jurisdição ou sejam tributados indevidamente às alíquotas bem reduzidas. As medidas unilaterais atualmente adotadas pelos Estados muitas vezes são no sentido de gerar uma corrida para exigir a tributação, ocasionando a volta massiva da dupla tributação, das incompatibilidades, dos conflitos e do aumento da incerteza nos negócios.

O relatório destaca que a ausência ou a baixa tributação não são em si um problema ou motivo de preocupação, mas, quando essas se associam a práticas que artificialmente segregam os lucros tributáveis das atividades que o geram, a questão se torna um problema que deve ser combatido. O objetivo do Projeto BEPS é garantir a adoção de medidas multilaterais, que garantam eficácia aos propósitos antielusivos e que proporcionem, ao mesmo tempo, um ambiente previsível para os negócios, garantindo que as empresas nacionais não sejam desfavorecidas no campo tributário *vis a vis* as empresas multinacionais.

Uma vez definido o seu objeto, o Projeto BEPS anunciou o *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*[352], relatório que tem como propósitos (i) identificar as ações necessárias para endereçar o BEPS; (ii) estabelecer prazos para implementar essas ações e (iii) identificar os recursos necessários e a metodologia para implementar essas ações.

Foram listadas 15 ações para enfrentar a questão da erosão da base tributável e a transferência de lucros:

(i) *Ação nº 1 – Identificar os desafios fiscais da economia digital* – ação que tem como objetivo endereçar as maiores dificuldades que a economia digital tem colocado para a aplicação das regras de tributação existentes e desenvolver opções detalhadas para contornar essas dificuldades, por meio de uma abordagem holística e considerando a tributação direta e indireta;

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

(ii) *Ação nº 2 – Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos* – ação que visa desenvolver um modelo de cláusulas para os acordos e de recomendações para a elaboração de normas internas que neutralizem os efeitos dos instrumentos e de entidades híbridos - a dupla não tributação, a dupla dedução ou o diferimento da tributação por um prazo extenso;

(iii) *Ação nº 3 – Reforçar as regras CFC* – ação que procura desenvolver recomendações para a elaboração de regras CFC;

(iv) *Ação nº 4 – Limitar a erosão da base tributável por meio de dedução de juros e outros pagamentos* – ação que visa desenvolver recomendações para a elaboração de regras que previnam a erosão da base tributável efetuada por meio de dedução de juros ou de pagamentos equivalentes, como ocorre no caso de operações com partes relacionadas que resultam em dedução excessiva de despesas, de isenção ou de diferimento. O trabalho irá avaliar a efetividade das regras de limitações e também compreende a elaboração de regras de *transfer pricing* que regulem as transações entre partes relacionadas, incluindo a concessão de garantias e instrumentos assemelhados. Essa ação é feita em conjunto com a ação 2 (híbridos) e a ação 3 (regras de CFC);

(v) *Ação nº 5 – Combater as práticas tributárias prejudiciais de modo mais eficaz, levando em conta a transparência e a substância* – ação que tem como objetivo renovar os trabalhos que versam sobre as práticas tributárias prejudiciais, priorizando o aumento da transparência; incluindo a troca compulsória de informações sobre as normas que versam sobre regimes preferenciais e a obrigatoriedade de uma atividade substancial para a concessão de regimes preferenciais;

(vi) *Ação nº 6 – Prevenir a utilização abusiva dos acordos* – ação objeto do presente trabalho, que visa desenvolver um modelo de cláusulas para os acordos e recomendações sobre a elaboração de normas internas que previnam a concessão de benefícios dos acordos em circunstâncias não apropriadas. A Ação 6 também procura esclarecer que os acordos não têm como objetivo gerar a dupla não tributação e identificar as questões que devem ser consideradas pelos países ao celebrarem acordos de bitributação;

(vii) *Ação nº 7 – Prevenir que o status de estabelecimento permanente seja evitado de forma artificial* – a ação procura desenvolver mudanças na definição de estabelecimento permanente para prevenir que esse status seja evitado artificialmente quanto à erosão da base tributável e à transferência de lucros.

(viii) *Ações nº 8, 9 e 10 – Assegurar que os resultados da aplicação das regras de transfer pricing estejam de acordo com a criação de valor* – a ação 8 (intangíveis), ação 9 (riscos e capital) e ação 10 (outras transações de elevado risco) têm como objetivo desenvolver regras para prevenir as ações de erosão da base tributável e a transferência de lucros segundo o conceito de criação de valor (*creation value*).

A Ação nº 8 tem como objeto o desenvolvimento de normas que impossibilitariam a erosão da base e a transferência de lucros por meio de transferência de intangíveis entre empresas do mesmo grupo. Propõe: (i) a adoção de uma definição clara, ampla e bem delineada de intangíveis; (ii) a segurança de que os lucros associados à transferência e ao uso dos intangíveis sejam apropriados de acordo (e não divorciados) da criação de valor; (iii) o desenvolvimento das regras de preços de transferência ou de regras especiais para valorar a transferência de intangíveis de difícil valoração; (iv) a atualização das orientações sobre as regras de divisão de custos.

A Ação nº 9 visa elaborar regras para evitar a erosão da base tributável e a transferência de lucros por meio da transferência de riscos entre entidades do mesmo grupo ou alocação de capital excessivo a empresas de um mesmo grupo. Esse objetivo será obtido por meio da adoção de regras de preços de transferência ou de regras especiais, as quais evitem que resultados considerados como inapropriados sejam concentrados em uma entidade unicamente pelo fato de ela ter assumido contratualmente riscos ou ter fornecido capital. Essas regras também devem ser desenvolvidas segundo o critério de criação de valor e serão desenvolvidas em conjunto com as regras de dedução de despesas financeiras e correlatas.

A Ação nº 10 tem como objetivo desenvolver regras para prevenir a erosão da base tributável e a transferência de lucros relacionadas a transações, que nunca ou muito raramente seriam feitas entre partes independentes. Essa ação envolve a adoção de regras de preços de transferência ou regras especiais para (i) esclarecer as circunstâncias em que as transações poderiam ser requalificadas; (ii) esclarecer a aplicação das regras de preços

de transferência, em particular a divisão de lucros, no contexto das cadeias mundiais de valor; e (iii) providenciar proteção contra os tipos comuns que causam a erosão da base tributável, tal como pagamento de comissões e despesas administrativas.

(ix) *Ação nº 11 – Estabelecer metodologias para coletar e analisar informações acerca dos fenômenos que geram a erosão da base tributável e transferência de lucros e as ações para endereçá-las* – a ação visa endereça as recomendações acerca dos indicadores da escala e do impacto econômico da erosão da base tributável e da transferência de lucros e garantir ferramentas para monitorar e para avaliar a efetividade e o impacto econômico das ações propostas para lidar com a erosão fiscal e com a transferência de lucros. A ação, portanto, lida com o próprio monitoramento da implementação do Projeto BEPS, revisando os conjuntos de fontes de dados existentes e identificando novos dados que precisam ser coletados para o desenvolvimento de novas metodologias, considerando o respeito à confidencialidade dos contribuintes e os custos administrativos para as administrações fiscais e para o setor privado;

(x) *Ação nº 12 – Exigir que contribuintes revelem planejamentos fiscais agressivos* – a ação tem como objeto o desenvolvimento de recomendações para a elaboração de regras que exijam declarações sobre transações, sobre acordos e sobre estruturas abusivas ou agressivas, considerando os custos administrativos para as administrações tributárias e para o setor privado, a partir da experiência de países que já possuem essas regras. Essa ação irá se utilizar de um modelo com a máxima consistência possível, mas que permita endereçar as necessidades e os riscos específicos de cada país;

(xi) *Ação nº 13 – Reexaminar os documentos relacionados às regras de preços de transferência* – a ação visa desenvolver regras acerca da documentação de preços de transferência com o intuito de garantir transparência para a administração tributária, considerando os custos administrativos associados. As regras a serem elaboradas incluem exigências de informações fornecidas pelas multinacionais segundo um *template* comum, acerca de alocação de renda, de atividade econômica e de impostos pagos.

(xii) *Ação nº 14 – Garantir mais eficácia aos mecanismos de resolução de disputas* – a ação tem como objetivo desenvolver soluções para endereçar obstáculos que

impeçam os países de desenvolver soluções relacionadas aos acordos no âmbito do procedimento amigável.

(xiii) *Ação nº 15 – Desenvolver um instrumento multilateral* – a última ação visa analisar as normas fiscais internacionais relacionadas ao desenvolvimento de um instrumento multilateral que permita que as jurisdições, se assim desejarem, implementem regras relacionadas ao Projeto BEPS e emendem seus acordos bilaterais. Segundo essa ação, os Estados interessados poderão desenvolver um instrumento multilateral que proporcione uma abordagem inovadora em questões fiscais internacionais, refletindo a evolução rápida da econômica global e a necessidade de adaptação a essa evolução.

No presente estudo, trataremos apenas da Ação nº 6, a qual tem como objetivo prevenir o "abuso" dos acordos de bitributação ou, em particular, *treaty shopping*, prática tratada pela OCDE como espécie de planejamento, que envolve o acesso dos benefícios de um acordo por residentes de terceiros Estados de forma indevida. A OCDE reconhece que a Ação nº 6 endereça uma das questões mais importantes do Projeto BEPS. Por essa razão e dado que ainda existem poucas obras que tratam dessa Ação na doutrina brasileira, descreveremos a Ação nº 6 pormenorizadamente, para então propormos uma análise crítica sobre as medidas propostas.

5.2 A AÇÃO Nº 6

5.2.1 INTRODUÇÃO

O combate às estratégias do *treaty shopping* não é uma questão nova e já foi analisada pela própria OCDE em diferentes contextos antes do BEPS.[353]

A primeira iniciativa se deu com a introdução do conceito de "beneficiário efetivo" na Convenção Modelo de 1997, que visava endereçar as estratégias mais simples de *treaty shopping*, relacionadas com o pagamento da renda para um residente em um país signatário de um acordo de bitributação qualificado como um intermediário, que não poderia ser tratado como o detentor da renda para fins fiscais, tal como na hipótese de um agente ou de um mandatário. Ao mesmo tempo, uma seção denominada "Uso Impróprio da Convenção",

[353] OCDE. *BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Innapropriate Circunstances – Public Discussion Draft*. OECD Publishing, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf>. Acesso em: 20.09.2015.

que incluía dois exemplos de *treaty shopping*, foi adicionada aos Comentários ao Artigo 1 e o Comitê indicou que tinha a intenção de fazer uma análise detalhada acerca dos problemas e das formas de lidar com o *treaty shopping*.

Essa análise detalhada resultou no relatório publicado em 27.11.1986 denominado *Double Taxation and the Use of Conduit Companies*, que tratava dos problemas na aplicação dos acordos com o uso de sociedades veículos.

Na edição de 1992 dos Comentários à Convenção Modelo, como resultado do relatório *Double Taxation and the Use of Conduit Companies*, foram apontadas formas de coibir diferentes aspectos das práticas de *treaty shopping* na seção *Improper Use of the Convention* dos Comentários ao Artigo 1, tal como o "*look-through approach*", o "*subject to tax approach*", o "*channel approach*" e as "*bona fide clauses*".

Em 2003, como resultado do relatório *Restricting the Entitlement to Treaty Benefits* – preparado como uma resposta ao relatório *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue* de 1998 – novos parágrafos foram introduzidos com o objetivo de esclarecer o significado do vocábulo "beneficiário efetivo" e determinadas estratégias envolvendo empresas veículo foram adicionadas aos Comentários dos Artigos 10, 11 e 12 e a Seção "*Improper Use of the Convention*" foi estendida para incluir exemplos de regras antiabuso, incluindo as regras LOB baseadas no Modelo dos EUA de 1996, assim como regras antiabuso baseadas na prática inglesa e aplicáveis aos Artigos 10, 11, 12 e 21.

Um novo trabalho relativo ao esclarecimento do significado do termo "beneficiário efetivo", que resultou em mudanças nos Comentários aos Artigos 10, 11 e 12 inclusas na atualização à Convenção Modelo em 2014, tem permitido à OCDE o exame dos limites do uso desse conceito como uma ferramenta para resolver diversas questões que envolvem o *treaty shopping*. Conforme indicado no parágrafo 12.5 do Comentário ao Artigo 10, apesar de o conceito de beneficiário efetivo ser importante para combater algumas modalidades de evasão fiscal, tal como a situação que envolve a interposição de uma pessoa que é obrigada a repassar os dividendos recebidos para uma terceira pessoa, a modalidade não lida com todas as situações de *treaty shopping*. Portanto, esse conceito não pode ser utilizado para limitar a aplicação de outras regras.

A OCDE aponta que as medidas acima não teriam surtido o efeito esperado, razão pela qual a questão foi retomada na Ação nº 6 do Projeto BEPS. O objetivo da Ação é desenvolver um modelo de cláusulas para os acordos e recomendações sobre a elaboração de normas internas que previnam a concessão de benefícios dos acordos em circunstâncias não apropriadas, em particular em estratégias de *treaty shopping*, prática tratada pela OCDE como espécie de planejamento que envolve o acesso dos benefícios de um acordo por residentes de terceiros Estados de forma indevida.

O tema foi inicialmente abordado no *Public Discussion Draft*, em março de 2014. Tendo em vista os comentários recebidos, a OCDE publicou, em setembro de 2014, o *Interim Report*, minuta do relatório, que, além de endereçar as recomendações da organização para lidar com a questão do abuso dos acordos, listou os principais pontos pendentes que seriam objetos de discussões posteriores.

Em novembro de 2014, a OCDE submeteu à consulta pública o relatório *Follow Up Work On BEPS Action 6*. Os comentários recebidos foram publicados em 12.01.2015 e discutidos em reuniões públicas. Nova minuta foi publicada em 22.05.2015, a qual refletia as conclusões e as propostas que foram resultados das consultas públicas de janeiro e das reuniões de março de 2015. Após nova rodada de comentários, em 05.10.2015, foi expedida a versão final do relatório para a ação 6 do BEPS.[354] O Relatório Final substituiu o *Interim Report* e indicava que novas análises devem ser efetuadas em relação à Ação nº 6, principalmente com relação às regras LOB e as regras de *treaty entitlement* dos fundos que não sejam veículos de investimento coletivo (non-CIVS funds) e fundos de pensão.

5.2.2 Relatório Final da Ação nº 6

No Relatório Final da Ação nº 6, a OCDE fica claro que ele é o resultado do trabalho desenvolvido em três seções:

Seção A – elaboração de cláusulas ou de disposições para a Convenção Modelo da OCDE e recomendações acerca da elaboração de regras internas para impedir a concessão de benefícios previstos nos acordos de bitributação em circunstâncias inadequadas;

---

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

Seção B – esclarecimentos de que os acordos de bitributação não têm como objetivo resultar na dupla não tributação;

Seção C – identificação dos aspectos gerais de política fiscal que devem ser considerados pelos Estados ao assinarem um acordo de bitributação com outro Estado.

As conclusões do relatório pretendem ser convalidadas em alterações no texto da Convenção Modelo da OCDE e na adoção de medidas internas. A OCDE recomenda flexibilidade na adoção das regras, tendo em vista as especificidades da legislação interna e a capacidade de administração das regras de cada país.

Analisaremos a seguir as propostas da Ação nº 6 em relação a cada uma das seções acima.

Seção A. Cláusulas ou disposições para a Convenção Modelo e recomendações acerca da elaboração de regras internas para impedir a concessão de benefícios dos acordos em circunstâncias inadequadas

No desenvolvimento dessa primeira seção, a OCDE entendeu ser útil distinguir dois tipos de situações: (i) casos em que o contribuinte tenta contornar as limitações do próprio acordo de bitributação; (ii) casos em que o contribuinte tenta contornar as regras da legislação interna utilizando-se dos acordos de bitributação.

Em relação aos casos em que o contribuinte tenta contornar as limitações do próprio acordo de bitributação, a OCDE pontua que é pouco provável que as regras internas enderecem os abusos cometidos pelos contribuintes, de forma que recomenda a adoção de certas medidas pelos acordos de bitributação para combater essas situações. Já no tocante às situações de contorno das regras da legislação interna por meio dos acordos de bitributação, a OCDE entende que as disposições dos acordos não são suficientes, sendo necessárias regras internas antiabuso.

(i) Contorno das limitações do próprio acordo de bitributação

A OCDE explica que existem dois tipos diferentes de estruturas, as quais envolvem o contorno das limitações dos acordos de bitributação e para as quais a organização recomenda diferentes abordagens. O primeiro tipo refere-se às estratégias de *treaty*

shopping, por meio das quais uma pessoa não residente de um Estado contratante obtém os benefícios de um acordo de bitributação que somente seriam concedidos ao residente de um Estado contratante. O segundo tipo envolve todas as outras estratégias utilizadas pelos contribuintes com o objetivo de obter os benefícios de um acordo de maneira inapropriada.

Recomendações relativas ao *treaty shopping*

A revisão das práticas adotadas por países membros e não membros da OCDE demonstrou que diversas estratégias têm sido utilizadas para endereçar os casos de *treaty shopping* que ainda não haviam sido incluídas na Convenção Modelo da OCDE. Após recapitular os estudos anteriores acerca do assunto, a OCDE propõe a adoção de três ações para coibir a utilização indevida dos acordos de bitributação.

Primeira ação: recomenda-se a inclusão no título e no preâmbulo dos acordos de uma declaração clara de que os Estados contratantes, ao celebrarem um acordo, têm a intenção de evitar a criação de oportunidades de não tributação ou redução da tributação por meio de evasão ou de elisão fiscal, inclusive por meio de estratégias de *treaty shopping*.

Segunda ação: recomenda-se a inclusão de uma regra antiabuso específica baseada nas cláusulas de LOB inclusas nos acordos internacionais contratados pelos Estados Unidos e por outros países. Essa regra específica tem como objetivo endereçar um grande número de estratégias de *treaty shopping* a partir de sua natureza jurídica, de controle societário e de outras atividades de um não residente em um dos Estados contratantes. Em breve síntese, a cláusula sugerida pela OCDE segue a estrutura abaixo.

> No parágrafo 1º, a cláusula dispõe que um residente de um Estado Contratante não terá direito aos benefícios do acordo de bitributação, a menos que seja uma "pessoa qualificada", nos termos do parágrafo 2º ou que atenda aos requisitos previstos nos parágrafos 3º, 4º ou 5º.
>
> O parágrafo 2º traz os seguintes testes objetivos para que uma pessoa seja qualificada: (i) um indivíduo; (ii) um Estado Contratante, subdivisão política ou autoridade local ou (iii) uma companhia que (a) tenha sua principal classe de ações negociada em bolsa de valores (publicly-traded companies and entities) ou (b) que

pelo menos 50% dos direitos de voto ou do valor das ações da companhia sejam detidos, direta ou indiretamente, por cinco ou menos companhias que também façam jus aos benefícios do acordo de bitributação, desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente de um dos Estados Contratantes ou (iv) residente de um ou de ambos os Estados Contratantes, na forma do parágrafo 2º do artigo 4, desde que mais de 50% dos seus beneficiários, membros ou participantes também sejam indivíduos residentes em um dos Estados Contratantes ou (v) qualquer entidade (que não seja pessoa física) (a) cujas ações ou outros interesses representem, na metade dos dias do ano calendário, pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações detidos, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados Contratantes e por beneficiários do acordo de bitributação, desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente de um dos Estados indiretamente e (b) se pelo menos 50% do lucro bruto da entidade apurado no ano-calendário seja pago ou acumulado, direta ou indiretamente, para pessoas que não são residentes de nenhum dos Estados Contratantes, sob a forma de pagamentos, que são dedutíveis na determinação da base tributável no Estado da residência (ownership/base erosion).

O parágrafo 3º aduz que, mesmo na ausência de "pessoa qualificada", os benefícios do acordo de bitributação poderão ser concedidos aos rendimentos derivados de atividade comercial ou negocial exercida pelo residente de um Estado Contratante no outro Estado Contratante (*active conduct of a business*).

O parágrafo 4º prevê que o residente de um Estado Contratante fará jus aos benefícios do acordo de bitributação na hipótese em que atender a dois requisitos cumulativos: (i) pelo menos 95% dos direitos de voto e do valor das ações sejam detidos, direta ou indiretamente, por sete pessoas, ou menos, que sejam beneficiárias do acordo de bitributação e (ii) menos de 50% da renda bruta da sociedade seja paga ou acumulada, direta ou indiretamente, por pessoas que não sejam beneficiárias do acordo de bitributação, sob a forma de pagamentos, que são dedutíveis para fins de determinação da base tributável dos impostos abrangidos pelo acordo (*derivative benefits*). Esse parágrafo permite que certas entidades detidas por residentes de outro Estado obtenham benefícios que esses residentes obteriam se tivessem investido diretamente.

O parágrafo 5º trata da cláusula *bona fide* (cláusula de boa-fé), segundo a qual a autoridade competente do outro Estado Contratante pode entender que o estabelecimento, a aquisição ou a manutenção das atividades pelo contribuinte não tinham por objetivo principal o uso dos benefícios veiculados pelo acordo de bitributação e conceder os benefícios, ainda que o contribuinte não tenha cumprido nenhum dos requisitos para ser "pessoa qualificada" (*discretion relief*).

O parágrafo 6º traz as definições que são essenciais para a aplicação da cláusula de LOB (*definitions*). Essas definições propostas pela OCDE são importantes, porque diversos termos utilizados na redação da cláusula LOB não estão definidos no acordo de bitributação, tampouco nas leis domésticas dos países membros da OCDE, o que poderia gerar dificuldades na sua interpretação e na sua aplicação concreta. Na prática americana, que serviu de influência para a OCDE, diversos conceitos da cláusula LOB estão expressamente definidos na legislação interna.

Terceira ação: a fim de endereçar outras estratégias de *treaty abuse*, incluindo estratégias de *treaty shopping* que não estariam cobertas pelas regras de LOB, recomenda-se a inclusão, nos acordos de bitributação, de uma cláusula geral antiabuso baseada no propósito principal das transações ou das operações (*principal purpose test* ou *PPT rule*). Essa cláusula é mais ampla se comparada com a cláusula LOB, pois inclui os casos gerais de *treaty abuse*, podendo incluir estratégias de *treaty shopping* não cobertas pela cláusula LOB. A redação proposta para cláusula PPT seria a seguinte:

Artigo X

Direito aos benefícios

7. Não obstante as demais disposições dessa Convenção, um benefício no âmbito desta Convenção não será concedido em relação a um item do rendimento ou capital, se for razoável concluir, tendo em vista todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção do benefício foi um dos principais objetivos do acordo ou da transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, salvo se

demonstrado que a concessão de benefício nestas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e a finalidade das disposições relevantes da presente Convenção.[355]

A OCDE explica, no item 1 dos Comentários ao parágrafo 7, que a regra PPT espelha a orientação dos parágrafos 9.5[356], 22[357], 22.1[358] e 22.2[359] do Comentário ao Artigo 1. Segundo essas disposições, os benefícios de um acordo de bitributação não devem estar disponíveis para as transações cujo principal objetivo seja assegurar os benefícios do acordo de bitributação, nos casos em que a obtenção desse benefício seja contrária ao objeto e à finalidade do acordo de bitributação.

O item 2 dos Comentários ao parágrafo 7 dispõe que as disposições do parágrafo 7 têm o efeito de negar os benefícios no âmbito de um acordo de bitributação nos casos em que a obtenção desse benefício seja o principal objetivo da transação ou do negócio. A parte final do parágrafo 7, contudo, permite que a pessoa comprove que a obtenção desse benefício no caso específico estaria de acordo com o propósito e a finalidade das disposições do acordo de bitributação.

O item 3 dispõe que a regra PPT não restringe a aplicação dos parágrafos 1 a 6 do artigo (que trata das cláusulas LoB), pois, se o benefício é negado no âmbito desses

---

[355] No original: "*7. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention*".

[356] O parágrafo 9.5 contém a seguinte redação: "*9.5 It is important to note, however, that it should not be lightly assumed that a taxpayer is entering into the type of abusive transactions referred to above. A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favorable tax position and obtaining that more favorable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions*".

[357] O parágrafo 22 contém a seguinte redação: "*22. Other forms of abuse of tax treaties (e.g. the use of a base company) and possible ways to deal with them, including "substance-over-form", "economic substance" and general anti-abuse rules have also been analyzed, particularly as concerns the question of whether these rules conflict with tax treaties, which is the second question mentioned in paragraph 9.1 above*".

[358] O parágrafo 22.1 contém a seguinte redação: "*22.1 Such rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to a tax liability; these rules are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them. Thus, as a general rule and having regard to paragraph 9.5, there will be no conflict. For example, to the extent that the application of the rules referred to in paragraph 22 results in a recharacterisation of income or in a redetermination of the taxpayer who is considered to derive such income, the provisions of the Convention will be applied taking into account these changes*".

[359] O parágrafo 22.2 contém a seguinte redação: "*22.2 Whilst these rules do not conflict with tax conventions, there is agreement that member countries should carefully observe the specific obligations enshrined in tax treaties to relieve double taxation as long as there is no clear evidence that the treaties are being abused*".

parágrafos, ele não seria um "*um benefício no âmbito desta Convenção*" sujeito ao parágrafo 7.

O item 4 estabelece que o fato de uma pessoa ter direito aos benefícios em vista da aplicação dos parágrafos 1 a 6 não significa que os benefícios não podem ser negados pela aplicação do parágrafo 7.

O item 5 esclarece que o parágrafo 7 deve ser lido no contexto dos parágrafos 1 a 6 e do resto da Convenção, incluindo o preâmbulo. Essa questão é particularmente importante para fins de determinar o objetivo e o propósito das provisões da Convenção. O parágrafo 7 destina-se a garantir que os acordos de bitributação sejam aplicados de acordo com a finalidade para a qual os acordos foram celebrados - para garantir benefícios às trocas de bens de serviços de boa-fé e movimento de capitais e pessoas e não às transações celebradas com o objetivo principal de obter um tratamento fiscal mais favorável.

O comentário 7 ao parágrafo 7 dispõe que o termo "benefício" inclui todas as limitações (redução de tributos, isenção, diferimento ou reembolso) na tributação imposta no Estado da fonte nos termos dos artigos 6 a 22 da Convenção; os métodos para evitar a dupla tributação previstos no artigo 23 e a proteção concedida a residentes e nacionais de um Estado contratante no âmbito do artigo 24 ou qualquer outra limitação similar. Estão inclusas as limitações ao direito de tributar impostas a um Estado contratante em relação a dividendos, a juros ou a *royalties* auferidos nesse Estado e pagos a um residente do outro Estado (beneficiário efetivo) nos termos dos artigos 10, 11 e 12 e as limitações impostas ao direito de tributar dos Estados contratantes em relação ao ganho de capital auferido na alienação de bens móveis situados em um Estado contratante por um residente do outro Estado contratante, conforme o artigo 13. Se o acordo incluir outras limitações (tal como cláusula de *tax sparing*), as disposições desse artigo também são aplicáveis àquele benefício.

O item 10 dos comentários ao parágrafo 7 dispõe que, para determinar se um dos principais objetivos de uma pessoa, ao celebrar um acordo ou transação, é obter os benefícios do acordo de bitributação, é importante realizar uma análise objetiva das intenções e dos objetivos de todas as pessoas envolvidas no acordo ou na transação. O objetivo do acordo ou da transação é uma questão que só pode ser respondida se consideradas todas as circunstâncias, que cercam o acordo, numa análise caso a caso.

Ainda que não seja necessário encontrar uma prova conclusiva da intenção da pessoa em questão, é necessário que seja razoável concluir, após a análise objetiva dos fatos e das circunstâncias relevantes, que um dos principais objetivos do acordo ou da transação era obter os benefícios do acordo de bitributação. Não se deve assumir que a obtenção do benefício previsto no acordo de bitributação foi o principal objetivo de um acordo ou de uma transação e a mera revisão dos efeitos de uma transação não costuma permitir uma conclusão sobre os seus propósitos. Entretanto, se um acordo ou uma transação só podem ser razoavelmente explicados por um benefício que surge no âmbito de um acordo de bitributação, é possível concluir que um dos principais objetivos da transação era obter esse benefício.

O item 11 adverte que uma pessoa não evita a aplicação da regra PPT apenas mediante a afirmação no sentido de que o acordo ou a transação não teriam sido realizados para obter os benefícios de um acordo de bitributação, devendo as evidências serem pesadas para determinar se é razoável concluir nesse sentido. Essa determinação requer razoabilidade e a possiblidade de diferentes interpretações do evento deve ser objetivamente considerada.

O item 12 explica que a referência "um dos principais propósitos" significa que não é necessário que a obtenção do benefício previsto no acordo de bitributação seja o único ou o propósito dominante de uma transação ou de um acordo. É suficiente que pelo menos um dos principais propósitos seja obter o benefício. Um exemplo é a venda de uma propriedade, que pode ser realizada por diversos motivos. Contudo, se a pessoa que efetua a venda se torna residente de um Estado contratante e um dos principais propósitos para a mudança de residência é obter o benefício previsto no acordo, a regra PPT poderia obstar a concessão do benefício, ainda que existam outros motivos para a mudança, tais como facilitar a venda da propriedade ou o reinvestimento do produto da alienação.

O item 13 dos Comentários ao parágrafo 7º adverte que o propósito não será considerado "principal propósito" se for razoável concluir, considerando todos os fatos e as circunstâncias, que obter o benefício não era a principal consideração e não justificaria celebrar o acordo ou a transação em questão. Se o acordo ou a transação são inexoravelmente ligados a uma atividade comercial e sua forma não foi guiada para obter o benefício, é improvável que o principal propósito seja considerado como a obtenção

daquele benefício. Se o acordo ou a transação foram celebrados com o objetivo de obter benefícios similares de diversos acordos, esse fato não impedirá que a obtenção do benefício de um acordo de bitributação específico suscite a aplicação da regra PPT.

Por exemplo, um contribuinte residente no Estado A celebra um acordo com uma instituição financeira residente no Estado B, para que a instituição financeira invista, em benefício desse contribuinte, em títulos emitidos em diversos Estados com os quais o Estado B tenha acordo de bitributação (não celebrados pelo Estado A). Se os fatos e as circunstâncias revelarem que o acordo teria como principal objetivo obter os benefícios desses acordos de bitributação, não se deve considerar que a obtenção de um benefício previsto em um acordo de bitributação específico não foi um dos seus principais propósitos. Da mesma forma, o propósito de evadir a tributação doméstica não deve ser usado para argumentar que a obtenção de um benefício previsto no acordo de bitributação foi meramente acessória para tais propósitos.

Recomendações sobre outras estratégias utilizadas pelos contribuintes com o objetivo de obter os benefícios de um acordo de maneira inapropriada

O Relatório Final da Ação nº 6 inclui recomendações adicionais acerca de disposições especiais, as quais têm como objetivo endereçar outras estratégias, além das estratégias de *treaty shopping*, que visam obter os benefícios das cláusulas convencionais de forma inapropriada. Essas recomendações tratam dos seguintes casos:

(i) *Splitting-up contracts*: operação na qual o contribuinte divide os contratos de construção em diversos períodos inferiores a 12 meses, com o objetivo de evitar a caracterização como estabelecimento permanente e a tributação pelo Estado da Fonte. A OCDE sugere que a adição da regra PPT irá auxiliar na prevenção dessas estruturas. O Relatório da Ação nº 7 recomenda alterações nos Comentários ao artigo 5, que também irão endereçar esse ponto;

(ii) *Hiring-out of labour cases*: situação na qual o contribuinte tenta evitar a tributação do rendimento pelo Estado da Fonte por meio da terceirização de mão de obra. A OCDE entende que os parágrafos 8.1 a 8.28 dos Comentários ao artigo 15 da Convenção Modelo da OCDE e, em particular, a cláusula alternativa sugerida no parágrafo 8 (3) dos Comentários a esse artigo seriam suficientes para evitar essa forma de abuso dos acordos;

(iii) *Transactions intended to avoid dividend characterisation*: transações acordadas com o objetivo de evitar a aplicação das regras domésticas que tratam determinados rendimentos como dividendos e para se beneficiar de uma reclassificação da renda prevista nos acordos de bitributação (por exemplo, tratar dividendos como ganho de capital) com a intenção de evitar a tributação na fonte. A OCDE recomenda que uma análise futura será efetuada para determinar a necessidade de mudanças em relação a esse ponto;

(iv) *Dividend transfer transactions*: transações nas quais o contribuinte, que inicialmente se sujeitaria à tributação dos dividendos com base na alíquota de 15%, procura ampliar sua participação societária, visando à alíquota reduzida de 5%. A OCDE sugere então a inclusão no item a do Artigo 10(2)[360] que conteria regras acerca de um período mínimo de manutenção do investimento na participação societária, além do capital mínimo de 25%. O período mínimo exigido pela redação da OCDE é de 365 dias. Também foi sugerida a inclusão de regras antiabuso específicas no artigo 10 da Convenção Modelo da OCDE;

(v) *Transactions that circumvent the application of Article 13 (4)*: transações nas quais os contribuintes se utilizam de *partnerships* ou *trusts* para evitar a aplicação do artigo 13 (4) da Convenção Modelo, o qual determina que o Estado Contratante, no qual o bem imóvel está localizado, tem competência para tributar o ganho de capital auferido pelo residente do outro Estado Contratante, na hipótese em que mais de 50% do valor das ações vendidas da sociedade decorram do respectivo imóvel. A OCDE sugere a alteração do parágrafo 4 do artigo 13[361] da Convenção Modelo da OCDE para incluir a menção a *partnerships* e *trusts,* bem como o estabelecimento de um prazo mínimo de 365 dias para evitar que o contribuinte dilua o percentual que o imóvel representa no valor das ações;

---

[360] A cláusula sugerida pela OCDE tem a seguinte redação: "*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 per cent of the capital of the company paying the dividends throughout a 365 day period that includes the day of the payment of the dividend (for the purpose of computing that period, no account shall be taken of changes of ownership that would directly result from a corporate reorganisation, such as a merger or divisive reorganisation, of the company that holds the shares or that pays the dividend)*".

[361] A cláusula sugerida pela OCDE tem a seguinte redação: "4. *Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares or comparable interests, such as interests in a partnership or trust, may be taxed in the other Contracting State if, at any time during the 365 days preceding the alienation, these shares or comparable interests derived deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property, as defined in Article 6, situated in that ~~the~~ other State ~~may be taxed in that other State~~*".

(vi) *Tie-breaker rule for determining the treaty residence of dual-resident persons other than individuals*: regras para as situações nas quais a entidade é residente em ambos os Estados Contratantes. A OCDE sugere que o parágrafo 3 do artigo 4[362] seja modificado para incluir a previsão de que os Estados Contratantes deverão determinar, por meio de procedimento amigável, em qual Estado Contratante a entidade deverá ser considerada residente para fins do acordo de bitributação, tendo em vista sua sede, local em que foi construída ou outros fatores relevantes. Na ausência de acordo, a entidade não terá direito aos benefícios do acordo de bitributação exceto se os Estados acordarem de outra forma. Também foram sugeridas alterações nos parágrafos 21 a 24 dos Comentários ao artigo 4 para explicar as alterações do parágrafo 3;

(vii) *Anti-abuse rule for permanent establishments situated in third States*: regras para as situações nas quais o contribuinte transfere ações, direitos de crédito, direitos de qualquer natureza ou direitos de propriedade para estabelecimentos permanentes constituídos em terceiros Estados com o objetivo exclusivo de obter um tratamento tributário favorecido para os rendimentos decorrentes dos ativos acima mencionados. A OCDE sugere a inclusão de disposição antiabuso nos acordos para os casos em que a renda atribuída ao estabelecimento permanente recebe isenção no Estado de residência e está sujeita à baixa tributação no terceiro Estado, hipótese em que o Estado da Fonte não deve ser obrigado a garantir os benefícios previstos nos acordos de bitributação para o respectivo rendimento. Embora o Relatório Final da Ação nº 6 contenha uma sugestão da disposição antiabuso[363], a própria OCDE ressalta que serão necessárias

---

[362] A cláusula sugerida pela OCDE tem a seguinte redação: "3. *Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, ~~then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated.~~* ***the*** *competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States*".

[363] A redação atual da minuta sugerida pela OCDE é a seguinte: "[*Where a) an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and such income is attributable to a permanent establishment of the enterprise situated in a third jurisdiction, and b) the profits attributable to that permanent establishment are exempt from tax in the first-mentioned State the tax benefits that would otherwise apply under the other provisions of the Convention will not apply to any item of income on which the tax in the third jurisdiction is less than 60 per cent of the tax that would be imposed in the first-mentioned State if the income were earned or received in that State by the enterprise and were not attributable to the permanent establishment in the third jurisdiction. In such a case c) any dividends, interest, or royalties to*

mudanças na redação, inclusive em razão da minuta de revisão da cláusula similar contida na Convenção Modelo dos EUA, submetida à consulta pública em setembro de 2015.

(ii) Contorno das limitações das regras domésticas mediante a utilização dos acordos de bitributação

Ainda no desenvolvimento da Seção A do Relatório Final da Ação nº 6, que trata da elaboração de disposições para a Convenção Modelo da OCDE e de recomendações para elaboração de regras internas para impedir a concessão dos benefícios convencionais em circunstâncias inadequadas, a OCDE explica que diversas estratégias de planejamentos não decorrem dos acordos de bitributação, mas são facilitadas por eles. Entende-se que mudanças nos acordos de bitributação não são suficientes; são necessárias alterações na legislação doméstica que enderecem as seguintes estratégias abusivas comumente adotadas:

(i) estruturas que envolvem subcapitalização e outras transações financeiras utilizadas para deduzir despesas de juros e de outros custos de captação;

(ii) *dual residence strategies*, nas quais uma companhia é residente para fins fiscais segundo a legislação doméstica, mas não é residente para fins de aplicação do acordo de bitributação;

(iii) *transfer mispricing*;

(iv) *arbitrage transactions* em um dos Estados, nas quais o contribuinte se aproveita das incoerências encontradas na legislação interna de um dos Estados e que podem ser relativas: (a) à caracterização da renda (como, por exemplo, no caso da transformação de lucros em ganhos de capital) ou dos rendimentos (como, por

---

which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State but the tax charged in that State shall not exceed [rate to be determined] percent of the gross amount thereof, and d) any other income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State, notwithstanding any other provision of the Convention. The preceding provisions of this paragraph shall not apply if the income derived from the other State is e) derived in connection with or is incidental to the active conduct of a business carried on through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank, insurance enterprise or registered securities dealer, respectively), or f) royalties that are received as compensation for the use of, or the right to use, intangible property produced or developed by the enterprise through the permanent establishment.] ".

exemplo, no caso de transformação de dividendos em juros) ou (b) ao tratamento dos contribuintes (como, por exemplo, na hipótese de transferência de renda para entidades isentas ou que possuam prejuízos fiscais acumulados, ou transferência de rendas de não residentes para residentes) ou a diferenças temporais no tratamento da renda (como na situação de diferir a tributação ou de antecipar deduções fiscais).

(v) *arbitrage transactions* em ambos os Estados, nas quais o contribuinte se aproveita das incoerências nas legislações domésticas dos dois Estados e que podem também ser relativas à caracterização da renda ou dos rendimentos, ao tratamento dos contribuintes ou a diferenças temporais no tratamento da renda.

(vi) transações que abusam dos mecanismos de alívio à bitributação, como ocorre nos casos de produção de renda que não é tributada pelo Estado da fonte e que deve ser isenta no Estado de residência ou de abuso dos mecanismos de crédito fiscal.

A despeito de a maior parte dessas estratégias serem endereçadas em outras Ações, em especial na Ação nº 2 (*Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*), na Ação nº 3 (*Strengthen CFC rules*), na Ação nº 4 (*Limit base erosion via interest deductions and other financial payments*) e nas Ações nº 8, 9 e 10 (*dealing with Transfer Pricing*), a OCDE sugere a aplicação de leis domésticas especificas para endereçar essas transações.

A OCDE propõe uma reformulação completa dos Comentários ao Artigo 1º da Convenção Modelo, no trecho denominado "Uso Impróprio da Convenção". De maneira geral, as novas disposições reforçam que os acordos não devem ser utilizados para afastar a aplicação das regras domésticas antiabuso. A redação proposta pela OCDE deixa claro que, como regra, não há conflito entre as disposições dos acordos de bitributação e as regras domésticas antiabuso (cláusulas gerais, cláusulas específicas ou teorias desenvolvidas pelos tribunais).

A Seção A também propõe a inclusão do parágrafo 3º ao artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE, que conteria disposição similar às *saving clauses* previstas na Convenção Modelo dos EUA, que tem como objetivo confirmar a possibilidade de os Estados contratantes exercerem sua competência tributária plena em relação aos residentes, conforme dispõe a legislação interna, ainda que o acordo sugira o contrário.

A Seção A do Relatório Final da Ação nº 6 contém disposições para a solução de acordo mútuo para os casos de dupla tributação decorrente da cobrança de *exit* ou *departure taxes.*

Seção B. Esclarecimentos de que os acordos de bitributação não devem ser usados para gerar a dupla não tributação

A segunda parte do Relatório Final da Ação nº 6 trata dos esclarecimentos de que os acordos não têm como objetivo gerar a dupla não tributação.

A OCDE afirma que os acordos de bitributação foram criados com o objetivo de prevenir a dupla tributação. Esse fato está refletido no título tanto do Modelo de 1963 denominado *1963 Draft Double Taxation Convention on Income and Capital* quanto no Modelo de 1977 denominado *1977 Model Double Taxation Convention on Income and Capital*:

> *Acordo entre (Estado A) e (Estado B) para evitar a dupla tributação com relação aos tributos sobre a renda e sobre o capital*.[364]

Em 1977, os Comentários ao artigo 1º foram modificados para incluir a disposição de que os acordos não tinham como objetivo incentivar a evasão ou a elisão fiscal. O parágrafo 7º dos Comentários ao artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE de 1977 tem a seguinte redação:

> *O objetivo dos acordos de bitributação é promover, por meio da eliminação da dupla tributação internacional, a troca de mercadorias e de serviços e o movimento de capitais e de pessoas; os acordos, contudo, não se prestam a promover a evasão ou a elusão fiscal*.[365]

---

[364] No original: "*Convention between (State A) and (State B) for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital*".

[365] No original: "*The purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons; they should not, however, help tax avoidance or evasion*".

Em 2003, o parágrafo foi alterado para esclarecer que a prevenção da evasão fiscal também era um dos objetivos dos acordos de bitributação. O parágrafo 7º dos Comentários ao artigo 1º foi alterado para contemplar a seguinte redação:

> *O objetivo dos acordos de bitributação é promover, por meio da eliminação da dupla tributação internacional, a troca de mercadorias e de serviços e o movimento de capitais e de pessoas. Os acordos também têm por objetivo a prevenção da evasão e da elusão fiscal*.[366]

No Relatório Final da Ação nº 6, para possibilitar os esclarecimentos desejados, a OCDE recomenda que seja inclusa, no título e no preâmbulo dos acordos de bitributação, a previsão de que o propósito dos acordos também envolve a prevenção da evasão e da elisão fiscal. Também foi decidido que a Convenção Modelo da OCDE deveria recomendar um preâmbulo que disponha expressamente que a intenção dos Estados, quando assinarem um acordo de bitributação, envolve apenas eliminar a dupla tributação, sem criar oportunidades para evasão ou para elisão fiscal. Tendo em vista a particular preocupação com o *treaty shopping*, a OCDE aponta que será necessário fazer expressa referência a essa estratégia como um exemplo de elusão fiscal que não deve resultar dos acordos de bitributação. As alterações propostas à Convenção Modelo da OCDE como resultado da Ação 6 são as seguintes:

Alteração do título da Convenção Modelo, incluindo o subtítulo para:

> *Acordo entre (Estado A) e (Estado B) para eliminar a dupla tributação com relação aos tributos sobre a renda e sobre o capital e para prevenção da evasão e da elusão fiscal.*[367]

Alteração do título do Preâmbulo da Convenção Modelo, incluindo o subtítulo para:

---

[366] No original: "*The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion*".

[367] No original: "*Convention between (State A) and (State B) for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion and avoidance*".

Preâmbulo da Convenção

(Estado A) e (Estado B)

Com o objetivo de desenvolver a relação econômica e melhorar a cooperação em questões fiscais;

Com a intenção de celebrar a Convenção para eliminar a dupla tributação com relação aos tributos incidentes sobre a renda e sobre o capital, sem criar oportunidades para a não tributação ou para a redução da tributação por meio da evasão ou da elisão fiscal (incluindo oportunidades de estruturas de treaty shopping que têm como objetivo obter indiretamente os benefícios dessa Convenção para residentes em terceiros Estados).

Acordaram o seguinte:[368]

Nos termos das regras básicas de interpretação dos acordos de bitributação contida no artigo 31, parágrafo 1º da Convenção de Viena, um acordo de bitributação deve ser interpretado de boa-fé, com base no sentido ordinário atribuído aos termos do acordo em seu contexto e à luz de seu objetivo ou de sua finalidade.[369] O artigo 31, parágrafo 2 confirma que o contexto de um acordo inclui o seu preâmbulo. A OCDE aponta que as alterações acima são relevantes, pois a intenção dos Estados em relação à celebração dos acordos de bitributação auxilia na interpretação e na aplicação dos acordos de bitributação.

A OCDE sugere ainda as seguintes alterações aos parágrafos 2º, 3º e 16 da Introdução da Convenção Modelo da OCDE:

2º Há muito tempo, os países membros da OCDE têm reconhecido que é conveniente esclarecer, padronizar e confirmar a situação fiscal dos contribuintes que praticam atividades comerciais, industriais, financeiras e outras atividades nos

[368] No original: "*PREAMBLE TO THE CONVENTION. (State A) and (State B), Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their co-operation in tax matters, Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States). Have agreed as follows:*".

[369] A redação do artigo 31(1) da Convenção de Viena é a seguinte: "[*a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*".

países, por meio da aplicação de soluções comuns por todos os países para identificar casos de dupla tributação. Esses países também têm reconhecido a necessidade de melhorar a cooperação administrativa em assuntos fiscais, notadamente por meio da troca de informações e de assistência na cobrança de impostos, com o objetivo de evitar a evasão e elisão fiscal.

3º Estes são os principais objetivos da Convenção Modelo, que proporciona um meio de uniformizar as bases dos problemas mais comuns que surgem no campo da dupla tributação jurídica internacional. Conforme recomendado pelo Conselho da OCDE, os países membros, ao celebrarem ou ao revisarem um acordo de bitributação, devem adaptá-lo à Convenção Modelo, na interpretação dada pelos Comentários e levar em conta as reservas neles contidas e as autoridades fiscais desses países também devem observar os Comentários à Convenção Modelo, conforme alterados, ao aplicar e ao interpretar os acordos de bitributação que são baseados na Convenção Modelo.

16º Tanto no Projeto da Convenção Modelo de 1963 quanto na Convenção Modelo de 1977, o título da Convenção Modelo incluía uma referência à eliminação da dupla tributação. Em reconhecimento ao fato de que a Convenção Modelo não trata apenas da eliminação da dupla tributação, mas também aborda outras questões, tais como a prevenção da evasão e da elisão fiscal, bem como a não discriminação, foi decidido em 1992 que seria usado um título mais curto, sem essa referência. Essa mudança foi feita tanto na página de capa quanto na Convenção em si. Entendia-se que muitos países membros ainda mantinham no título essa referência à eliminação da dupla tributação ou à eliminação da dupla tributação e da prevenção da evasão fiscal, considerando que as duas abordagens ressaltam a importância desses objetivos da Convenção Modelo.

16.1 Como resultado do trabalho BEPS, o Comitê decidiu alterar o título da Convenção e incluir um preâmbulo [no ano de]. Essas mudanças expressamente reconhecem que o objetivo da Convenção não está limitado à eliminação da dupla tributação e que os Estados contratantes não têm como objetivo permitir que as disposições dos acordos criem oportunidades de não tributação ou de redução da tributação por meio de estratégias de evasão ou de elisão fiscal. Considerando a

preocupação com a erosão da base fiscal e com a transferência de lucros que surgem a partir das estruturas de *treaty shopping*, foi decidido que se faria referência expressa a essas estruturas como um exemplo de elusão fiscal que não deveria resultar dos acordos, sendo entendido que esse é apenas um exemplo de elusão que os Estados desejam prevenir.

16.2 Considerando que o título e o preâmbulo pertencem ao contexto da Convenção e que consistem em afirmações gerais acerca do objetivo e da finalidade dos acordos de bitributação, esses devem exercer um papel importante na interpretação das provisões dos acordos. De acordo com a regra geral de interpretação contida no artigo 31(1) da Convenção de Viena, um acordo de bitributação deve ser interpretado de boa-fé, com base no sentido ordinário atribuído aos termos do acordo em seu contexto e à luz de seu objetivo ou de sua finalidade.

Seção C. Políticas fiscais que os países devem levar em consideração antes de assinarem um acordo de bitributação com outros países

A terceira e última parte do Relatório Final da Ação nº 6 consiste em identificar as políticas fiscais que devem ser levadas em consideração pelos Estados antes de assinarem acordos de bitributação. A OCDE entende que essa identificação pode auxiliar os países na justificativa de suas decisões de não assinarem acordos de bitributação com determinadas jurisdições de baixa tributação e podem auxiliar os países que desejam modificar ou denunciar os acordos de bitributação em vista das mudanças de circunstâncias, tais como mudanças na legislação interna do Estado contratante que aumentem a possibilidade de erosão da base tributável ou de transferência de lucros.

A OCDE propõe a inserção do seguinte trecho após o parágrafo 15 da Introdução à Convenção Modelo:

C. Políticas fiscais que os países devem levar em consideração antes de assinarem um acordo de bitributação ou alterarem um acordo existente

15.1 Em 1997, o Conselho da OCDE adotou a recomendação de que os Governos dos países membros deviam envidar esforços para concluir acordos de

bitributação bilaterais com países membros e, se necessário, com países não membros. Embora a decisão de assinar ou não um acordo de bitributação com outros países deva ser tomada por cada Estado com base em diferentes fatores, que incluem questões fiscais e não fiscais, as considerações de política fiscal geralmente desempenham um papel fundamental nessa decisão. Os parágrafos seguintes descrevem algumas dessas considerações de política fiscal, as quais são relevantes não apenas para resolver a questão de saber se um acordo deve ou não ser assinado com determinado Estado, mas também para resolver se um Estado deve procurar modificar ou substituir um acordo existente ou mesmo, como último recurso, se deve denunciar um acordo (levando em consideração que a denúncia tem um impacto negativo sobre diversos contribuintes que não estão interessados nas questões que resultaram nessa denúncia).

15.2 Considerando que um dos principais objetivos dos acordos de bitributação é evitar a dupla tributação, como forma de reduzir os obstáculos fiscais para os investimentos, para o comércio e para os serviços transnacionais, a existência de potencial dupla tributação resultante da interação de dois sistemas será a primeira consideração de política fiscal. O risco de dupla tributação é comumente mais relevante nos casos em que há significativo nível de comércio (ainda que projetado) ou de investimento entre os dois países. A maior parte das disposições dos acordos de bitributação pretende aliviar a dupla tributação por meio da alocação do direito à tributação entre os dois Estados e presume-se que, quando um Estado aceita as disposições que restringem o seu direito de tributar a renda, geralmente o faz no pressuposto de que a renda será tributada pelo outro Estado. Quando um Estado não tributa a renda ou a tributa a alíquotas reduzidas, os outros Estados devem considerar se existe o risco de dupla tributação que justificaria, por si só, a celebração do acordo de bitributação. Os Estados também devem considerar se existem outras características do sistema tributário do outro Estado que poderiam aumentar o risco de não tributação da renda, o que pode incluir incentivos fiscais que não sejam ligados à economia local (*ring-fenced from the domestic economy*).

15.3 Dois Estados, ao considerarem a celebração de um acordo de bitributação, devem avaliar em que medida o risco de dupla tributação nas situações transacionais existe efetivamente. Grande parte dos casos de dupla tributação

jurídica residência-fonte podem ser eliminados por meio de provisões domésticas (normalmente sob a forma do método da isenção ou do crédito fiscal) que operam sem necessidade de acordos de bitributação. Embora essas disposições possam endereçar a maioria dos casos de dupla tributação jurídica residência-fonte, elas não cobrem todos os casos de dupla tributação, especialmente se existirem diferenças significativas na legislação que tratam da tributação na fonte nos dois Estados ou se a legislação interna dos Estados não dispuser de mecanismos unilaterais que aliviem a dupla tributação da renda (como, por exemplo, no caso de um ajuste de preços de transferência).

15.4 Outra consideração de política fiscal relevante para a celebração dos acordos de bitributação consiste no risco de tributação excessiva resultante da alta tributação no Estado da fonte. A despeito de os mecanismos para eliminar a dupla tributação normalmente assegurarem que essa alta tributação não resulte em dupla tributação, à medida que os impostos cobrados pelo Estado da fonte excedam o valor do imposto que seria devido no Estado da residência, a alta tributação pode causar um efeito negativo em transações e em investimentos transnacionais.

15.5 Outras análises de política fiscal que devem ser levadas em consideração por um Estado ao celebrar um acordo de bitributação incluem os elementos dos acordos que incentivam e os laços econômicos entre os países, tais como a proteção contra o tratamento fiscal discriminatório que é oferecido pelas regras de não discriminação do artigo 24; a certeza quanto à aplicação dos benefícios fiscais para os contribuintes que tenham direito a esses benefícios e os mecanismos de resolução de conflitos de disputas fiscais transacionais, por meio de um procedimento de acordo mútuo, juntamente com a possibilidade de utilização da arbitragem.

15.6 Considerando que um objetivo importante dos acordos de bitributação é evitar a evasão e a elisão fiscal, os Estados devem considerar se os parceiros potenciais estão dispostos a implementar, de forma eficaz, as questões de assistência administrativas dos acordos, tal como a troca de informações, elemento essencial que deve ser levado em consideração na decisão de celebrar ou não um acordo de bitributação. A habilidade e a vontade de um Estado para providenciar

assistência na cobrança de impostos é outro fator que deve ser considerado. Na ausência de um risco efetivo de dupla tributação, as questões administrativas não deveriam, por si só, ser suficientes para basear a existência de um acordo de bitributação, pois essa assistência administrativa pode ser assegurada por meio de acordos alternativos específicos, tais como um acordo para troca de informação ou a participação em uma Convenção Multilateral de Assistência Administrativa em Assuntos Fiscais.

5.3 ANÁLISE CRÍTICA DA AÇÃO Nº 6

5.3.1 A QUESTÃO DO ABUSO DOS ACORDOS

É importante combater a premissa da Ação nº 6 de que o *treaty shopping* seria necessariamente uma prática abusiva. Conforme visto acima, o Projeto BEPS trata as estruturas de *treaty shopping* e outras situações nas quais os contribuintes tentam se aproveitar das disposições convencionais como contrárias aos propósitos e aos objetivos dos acordos de bitributação.

Como exposto no capítulo I do presente trabalho, discutir o uso impróprio ou abusivo dos acordos de bitributação implica necessidade de se definir qual seria o uso correto ou próprio dos acordos de bitributação. Se existisse certeza sobre objetivos e propósitos dos acordos, não haveria discussão sobre o *uso adequado* ou *inadequado* dos acordos de bitributação. Os acordos servem para diversos propósitos, que variam conforme o período analisado e conforme o Estado signatário.[370] A própria Ação nº 6 reconhece a existência de estruturas de *treaty shopping* não abusivas ao estabelecer cláusulas de salvaguarda para a aplicação das cláusulas LoB, segundo as quais as autoridades fiscais podem, de forma discricionária, conceder os benefícios nos casos em que se comprovar

[370] Retomamos o entendimento de H. David Rosembloom, que questiona o uso da expressão "uso impróprio" dos acordos, dado que ela insinua que o "uso próprio" dos acordos poderia ser identificado ou que haveria um entendimento comum sobre o tema, o que claramente não é se verifica. ROSENBLOOM, H. David. "Review: OECD Report "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies". In. *Intertax*. Volume 16. No. 6-7. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1988. p. 179. No mesmo sentido, PANAYI, Christiana HJI. *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and the European Community*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p. 80.

que a estrutura não tinha como objetivo principal a obtenção dos benefícios convencionais.[371]

O Projeto BEPS acaba por indicar que a prevenção e o combate à elusão fiscal internacional seriam um objetivo primordial de todos os acordos, tanto que sugere a alteração do título e do preâmbulo da Convenção Modelo. Contudo, tal objetivo, conforme já discutido, é controverso e não é verdadeiro para todos os países. O propósito principal dos acordos de bitributação é facilitar as trocas comerciais e os investimentos entre os Estados signatários por meio da eliminação da dupla tributação. Ainda que seja necessário que os acordos sejam escritos de forma a evitar o abuso, esse não deveria ser colocado como a principal finalidade do acordo.[372-373]

Também não é correto concluir que todas as estruturas de *treaty shopping* e similares violam os propósitos e as finalidades dos acordos de bitributação. Conforme concluímos no capítulo I, ainda que algumas estruturas de *treaty shopping* possam contrariar alguns objetivos dos acordos de bitributação, nem todos os propósitos dos acordos são atingidos com a prática do *treaty shopping*, de forma a tratar, em todas as situações, o *treaty shopping* como abusivo. Algumas estruturas de *treaty shopping* são abusivas e outras não são.

Pedro Asseis cita o seguinte exemplo: uma multinacional americana pretende investir no Brasil. Dada a inexistência de acordo entre o Brasil e os Estados Unidos, a sociedade opta por fazer seus investimentos por meio de uma subsidiária residente nos Países Baixos, de forma a obter os benefícios previstos no acordo Brasil-Países Baixos.

Ainda que a sociedade atue como um veículo de investimento para obter os benefícios convencionais, argumenta o autor que não haveria aproveitamento indevido do acordo, tendo em vista que: (i) caso os lucros auferidos no Brasil fossem reinvestidos no

---

[371] BARRETO, Paulo Ayres. TAKATO, Caio Augusto. "The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective". In. *Intertax.* Volume 43. No. 12. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 834.

[372] HOOR, Oliver R. O'DONNELL, Keith. "Update on BEPS Action 6: No Land in Sight". In. *Tax Notes International.* Volume 78. No. 3. Falls Church: Tax Analysts, 2015. p. 271.

[373] Sobre a alteração do título e do preâmbulo da Convenção, Oliver R. Hoor e Keith O'Donnell comentam que as propostas da OCDE podem resultar em complexidade e em ambiguidade na aplicação dos acordos e que o preâmbulo não deve ser utilizado para produzir regras. HOOR, Oliver R. O'DONNELL, Keith. "Update on BEPS Action 6: No Land in Sight". In. *Tax Notes International.* Volume 78. No. 3. Falls Church: Tax Analysts, 2015. p. 271.

país, não haveria qualquer prejuízo para a sociedade norte-americana ou o aproveitamento indevido dos benefícios do acordo; (ii) caso os recursos sejam repatriados para a sociedade holandesa, o acordo Brasil-Países Baixos será aplicado e eventualmente poderão surgir benefícios na distribuição dos rendimentos, mas esse fato não afeta a sociedade norte-americana e (iii) se os recursos forem repatriados da sociedade holandesa para a sociedade norte-americana, podem ser aplicados benefícios previstos no acordo Estados Unidos-Países Baixos. Essa relação não pode ser taxada a priori de abusiva, pois houve efetivamente um investimento americano nos Países Baixos, o que justifica a aplicação do acordo Estados Unidos-Países Baixos; o investimento efetuado pela sociedade holandesa no Brasil não interfere no escopo do primeiro acordo de bitributação, já que a aplicação dos acordos é bilateral; e o objetivo de fomentar investimentos, incentivar trocas comerciais e movimentar recursos buscado pelos acordos foi cumprido, não havendo assim nenhum excesso ou má aplicação dos acordos de bitributação.[374]

5.3.2 A QUESTÃO DA INCLUSÃO DAS CLÁUSULAS LOB

Conforme visto acima, o Relatório Final da Ação nº 6 inclui recomendações para a adoção das cláusulas LoB na Convenção Modelo da OCDE, medida já adotada de longa data pela Convenção Modelo dos EUA. Numa breve síntese, a cláusula LoB tem como objetivo analisar o escopo subjetivo dos acordos, limitando sua aplicação aos contribuintes que têm um nexo suficiente com o Estado de residência, que desenvolvem atividades econômicas nesse Estado ou que têm razões de boa-fé para se situar em um dos Estados contratantes. Esses fatores são materializados em testes que, uma vez atendidos, garantem a concessão dos benefícios previstos nos acordos de bitributação.

A questão que se coloca é que as cláusulas LOB são limitadas em seu escopo. Até mesmo nos Estados Unidos, país de criação das cláusulas, o conteúdo das regras LoB é indefinido e em alguma medida controverso, o que gera dúvidas sobre sua eficácia contra o *treaty shopping* abusivo.[375]

---

[374] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de "Abusos": Análise Crítica". In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento.* Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 40-42.

[375] BRAUNER, Yariv. "What the BEPS?". In. *Florida Tax Review*. Volume 16. No. 13. Florida: University of Florida Levin College of Law, 2014. p. 93.

A grande vantagem na adoção das cláusulas LoB reside no fato de que elas adotam testes objetivos, num claro esforço de dar segurança jurídica aos contribuintes. Ao mesmo tempo, os testes apresentam-se como a maior desvantagem dessas regras, pois a captura dos casos de abuso com base em um número limitado de testes torna as cláusulas LoB complexas e densas. Essa conclusão pode ser demonstrada pelo fato de o Relatório Final da Ação nº 6 dedicar 41 folhas para discutir as propostas das cláusulas LoB e seus Comentários. A própria OCDE admite que alguns países podem ter dificuldades na adoção e na administração de cláusulas detalhadas e pode ser necessária a adoção de disposições antiabuso mais genéricas.[376]

Conforme já discutido, embora as cláusulas LoB tenham como objetivo lidar com as estruturas de *treaty shopping* por meio de regras que limitam os benefícios dos acordos de bitributação aos residentes que tenham um nexo econômico suficiente com o Estado contratante, verificamos, no capítulo IV do presente trabalho, que nem todos os testes efetivamente atendem a esse racional.

5.3.3 A QUESTÃO DA CLÁUSULA PPT

Em relação à regra PPT, a principal crítica que pode ser efetuada às recomendações do Relatório Final da Ação nº 6 refere-se aos diversos conceitos indeterminados e às expressões vagas adotadas na regra PPT. Carlos Renato Vieira e Flavio Carvalho chamam atenção para os seguintes termos do parágrafo 7º:

> "*Não obstante as demais disposições dessa Convenção, um benefício no âmbito desta Convenção não será concedido em relação a um item do rendimento ou capital,* ***se for razoável concluir****, tendo em vista todos os* ***fatos e circunstâncias relevantes****, que a obtenção do benefício* ***foi um dos principais objetivos*** *do acordo ou da transação que resultou* ***direta ou indiretamente*** *nesse benefício, salvo se demonstrado que a concessão de benefício nestas circunstâncias* ***estaria de acordo com o objeto e a finalidade das disposições relevantes da presente Convenção***.

Os autores destacam que as expressões acima causam grande preocupação quanto à sua utilização pelos Estados. Em relação ao termo "*se for razoável concluir*", questiona-se

[376] DE BROE, Luc. LUTS, Joris. "BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse". In. *Intertax*. Volume 43. No. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 128.

qual seria o critério utilizado para definir o que seria razoável, não sendo possível prever se seria utilizado um critério econômico, político, social ou jurídico para definir o que é razoável. Também não há clareza sobre quem decidiria e quais seriam os "*fatos e circunstâncias relevantes*". Igualmente, questiona-se se o benefício tributário for apenas indireto, ainda assim seria considerado "*um dos principais objetivos*" da transação. Importa, também, questionar quais seriam as disposições dos acordos a serem consideradas para determinar se a transação "*estaria de acordo com o objeto e finalidade dos acordos de bitributação*".[377]

Outra objeção colocada pela doutrina em relação à adoção da cláusula PPT decorre do fato de essa cláusula afastar os benefícios previstos no acordo se *um dos* objetivos de uma transação for a obtenção desses benefícios. Entende-se que os benefícios dos acordos só deveriam ser negados no caso de a obtenção dos benefícios ser o único ou o objetivo predominante da transação.[378]

A redação sugerida pela OCDE acaba por negar os benefícios convencionais para a quase totalidade dos casos. A mera presença de qualquer motivação fiscal seria suficiente para afastar os benefícios dos acordos. Conforme pontua Pedro Asseis "*em vez de efetivamente ser uma "principal purpose clause", ela* (a cláusula PPT) *acaba se mostrando uma "one of the purpose clause", isto é, havendo qualquer motivação fiscal, independentemente do grau, da relevância e da ordem, o benefício convencional seria negado*".[379]

Luc de Broe e Joris Luts, no mesmo sentido, entendem que seria inaceitável negar os benefícios dos acordos de bitributação apenas porque um dos motivos para celebrar a transação seria obter tais benefícios. Os autores salientam que os acordos são acordos econômicos, celebrados para fomentar transações que não ocorreriam se não fosse a existência do acordo, por meio da abolição das restrições fiscais, no contexto da

---

[377] VIEIRA, Carlos Renato. CARVALHO, Flavio. "A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule". In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento.* Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 9-10.

[378] DE BROE, Luc. LUTS, Joris. "BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse". In. *Intertax*. Volume 43. No. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p.132. LANG, M. 659.

[379] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de "Abusos": Análise Crítica". In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento.* Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 44.

movimentação de mercadorias, de serviços, de capital e de pessoas. Os tributos são um dos mais importantes custos dos negócios, razão pela qual é razoável que um homem de negócios diligente leve em conta os tributos na análise de suas decisões. A cláusula PPT deveria ser aplicada quando o acordo ou a transação forem celebrados apenas ou predominantemente com o propósito de obter os benefícios convencionais; na presença de um objetivo econômico genuíno, os benefícios convencionais devem ser concedidos ainda que exista também um objetivo meramente fiscal.[380]

A cláusula PPT também pode ser questionada pelo fato de ser baseada apenas na intenção ou no objetivo da transação e não na pessoa do contribuinte. Tendo em vista essa subjetividade, a regra PPT pode até mesmo ser invocada contra uma parte envolvida indiretamente em uma transação. A dificuldade de aplicar uma regra subjetiva é bastante óbvia, dado que é impossível provar uma intenção. A despeito de a redação da Ação nº 6 dispor que será necessária uma análise objetiva da intenção e do propósito das pessoas envolvidas, o fato é que é impossível comprovar os motivos que levaram o contribuinte a adotar certa estratégia. Se, como parte de uma investigação, a autoridade fiscal for obrigada a provar que um dos objetivos do contribuinte foi obter o benefício, essa batalha já está perdida. O contribuinte não tem como lutar contra uma alegação de abuso se couber a ele provar que um dos objetivos não era obter o benefício convencional.[381]

O Relatório Final da Ação nº 6 menciona que os benefícios convencionais poderiam ser afastados se for "*razoável*" concluir que um dos objetivos da transação seria obter tais benefícios. A autoridade fiscal não precisa produzir provas para evidenciar suas alegações, cabendo apenas uma mera presunção de que a obtenção do benefício era desejada. Fica claro que há um claro desbalanceamento do ônus probatório em favor das autoridades fiscais, o que foi bastante criticado nos comentários à Ação nº 6 submetidos à OCDE.

Também não ficam claras as consequências que podem advir da negação dos benefícios convencionais a partir da cláusula PPT, pois não há qualquer explicação nos Comentários propostos pela OCDE. Questiona-se se serão negados todos ou apenas alguns

[380] DE BROE, Luc. LUTS, Joris. "BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse". In. *Intertax*. Volume 43. No. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p.132.
[381] LANG, Michael. "BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties". In. *Tax Notes International.* Volume 74. No. 7. Falls Church: Tax Analysts, 2014. p. 658.

benefícios previstos; se, no caso de reclassificação dos rendimentos (de dividendos em ganho de capital, por exemplo), o contribuinte poderia invocar os benefícios convencionais ao rendimento reclassificado; se, na hipótese de interposição abusiva de uma pessoa, o beneficiário final poderia obter eventuais benefícios previstos no acordo celebrado entre o país da fonte e o seu país de residência; questiona-se como a aplicação da cláusula PPT pelo Estado da fonte afetaria as obrigações do Estado da residência.[382]

O fato de a concessão dos benefícios ser totalmente delegada à discricionariedade das autoridades fiscais independentemente do cumprimento de outras condições objetivas, não permite que o contribuinte antecipe se tem ou não direito aos benefícios do acordo. Essa incerteza é prejudicial aos investimentos e, nessa medida, viola o principal objetivo dos acordos de bitributação.[383]

Especificamente em relação à adoção da cláusula PPT pelo ordenamento jurídico brasileiro, cabe ponderar que nosso ordenamento prima pelos princípios da certeza do direito, da segurança jurídica e da estrita legalidade. Opinam Carlos Renato Vieira e Flavio Carvalho que a adoção da cláusula PPT sem que o ordenamento jurídico interno disponha o que deve ser entendido por planejamento abusivo, por substância econômica ou negocial feriria o princípio da segurança jurídica. Os autores mencionam que o Poder Legislativo brasileiro, na aprovação da Medida Provisória 685, de 21 de julho de 2015, refutou a tentativa de estabelecer a obrigação de divulgar informações sobre planejamentos tributários por uma regra sem clareza e sem objetividade. A adoção da cláusula PPT nos moldes atuais não atenderia os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.[384]

---

[382] DE BROE, Luc. LUTS, Joris. "BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse". In. *Intertax*. Volume 43. No. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 133-134.

[383] BARRETO, Paulo Ayres. TAKATO, Caio Augusto. "The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective". In. *Intertax.* Volume 43. No. 12. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 835.

[384] VIEIRA, Carlos Renato. CARVALHO, Flavio. "A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule". In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento.* Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 11-13. No mesmo sentido é a opinião de Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano. BARRETO, Paulo Ayres. TAKATO, Caio Augusto. "The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective". In. *Intertax.* Volume 43. No. 12. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 838.

5.3.4 A VISÃO DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

A última crítica que pode ser explicitada em relação ao Projeto BEPS refere-se à perspectiva dos países em desenvolvimento. A despeito de o Projeto BEPS adotar como premissa uma "abordagem holística" para as questões envolvendo o *treaty shopping*, o fato é que o projeto atende mais aos interesses dos países desenvolvidos, já que os países em desenvolvimento têm pouco ou nenhum interesse em evitar completamente o *treaty shopping*, pois, na posição de Estados da fonte, esse instrumento pode significar uma possibilidade de captação de investimentos.[385]

O questionário efetuado pelo comitê responsável por monitorar as discussões relativas ao Projeto BEPS envolvendo os países em desenvolvimento demonstra bem essa questão.

O questionário foi submetido aos países Bangladesh, Brasil, Chile, China, Gana, Índia, Lesoto, Malásia, México, Cingapura, Tailândia, Tonga e Zâmbia e era composto pelas seguintes questões:

(i) Como a erosão da base tributável e o deslocamento de lucros afetam seu país? (iii) Se seu país é afetado pela erosão da base tributável e pelo deslocamento de lucros, quais são as práticas mais comuns para responder essas estratégias? (iii) Quando consideradas as atividades de multinacionais estabelecidas em seu País, como você considera adequado o valor informado a título de lucro auferido em sua jurisdição? (iv) Quais os principais obstáculos que você tem encontrado para determinar o lucro reportado em sua jurisdição e para assegurar que tributos são pagos em relação a esses lucros? (v) Você considera que os Planos de Ação nº 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12 e 13 do BEPS são prioridades particularmente importantes para países em desenvolvimento? (vi) Quais desses pontos Você vê como o mais importante para o seu país e Você vê possível mudança de prioridade no futuro? (vii) Existem outros pontos de ação não listados acima, mas que você gostaria de incluir como fundamentais para países em desenvolvimento? (viii) Considerando os problemas indicados no Plano de Ação e as possíveis abordagens para endereçá-los (incluindo legislação doméstica, acordos bilaterais e possível acordo

[385] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de "Abusos": Análise Crítica". In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento.* Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 42-43.

multilateral), você acredita que haveria outras possíveis abordagens que poderiam se mostrar mais efetivas para seu país em comparação com as ações propostas? (ix) Considerando as questões já indicadas no Plano de Ação, você acredita que haja outros casos de erosão de base tributável e de deslocamento de lucros que mereçam atenção de organizações internacionais como OCDE e ONU? e (x) Você gostaria de ser informado por e-mail pelo Subcomitê sobre o desenvolvimento das questões referentes à erosão da base tributável e ao deslocamento de lucros para os países em desenvolvimento?.[386]

A partir das respostas, verifica-se que metade dos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, não apontou a Ação nº 6 como uma ação prioritária.

Pedro Asseis menciona ainda que um dado que indica que o tema não é tão relevante para os países em desenvolvimento é a própria ausência de precedentes sobre o tema, dado que a maior parte dos julgados que tratam de *treaty shopping* envolvem os países desenvolvidos.[387]

O esforço coordenado do Projeto BEPS parece ser uma justificativa para que os típicos "Estados de residência" se utilizem de mecanismos para assegurar receitas tributáveis em detrimento dos chamados "Estados da fonte". Aponta-se que (i) as propostas do BEPS não consideram o fato de que os sistemas tributários dos países são bastante diversos; (ii) a Ação nº 6 não pondera que, em certos casos, a concessão dos benefícios é fundamental para atrair investimentos, como seria o caso de pequenas ilhas que não detêm estrutura física necessária para o desenvolvimento de atividades comerciais ou industriais; (iii) a Ação nº 6 desconsidera o fato de que muitas estruturas de planejamento abusivas decorrem das divergências existentes na própria legislação interna dos Estados que condenam as práticas, como é o caso da liberdade de fluxo de capitais existente dentro da União Europeia, da não tributação de *royalties* ou de dividendos pagos por sociedades residentes na comunidade, da tributação em grupo ou do regime *check-the-box* existentes na legislação norte-americana.[388]

---

[386] Disponível em: < http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/BEPS_questionnaire.pdf>. Acesso em 06.12.2016.

[387] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de "Abusos": Análise Crítica". In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento.* Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 44.

[388] ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. "Ação nº 6 do BEPS e a Prevenção de "Abusos": Análise Crítica". In. GOMES, Marcus Lívio e SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *A Tributação Internacional na Era*

A Ação nº 6 retoma a velha intenção de os países desenvolvidos de harmonizarem o sistema tributário, criando um regime tributário internacional (*international tax regime*) de cima para baixo, com base no *single tax principle*, anteriormente mencionado. Como já apontado, a adoção desse princípio não é unânime.

Tendo em vista as desvantagens que podem advir da adoção do Projeto BEPS, os ganhos devem ser ponderados. Dentre as desvantagens, cabe fazer menção à redução dos investimentos externos, já que ocorre a redução das possibilidades de adoção de estruturas de planejamento tributário e a própria incerteza gerada quanto à aplicação dos benefícios convencionais. Cite-se ainda o alto custo de administração dessas medidas por parte das autoridades fiscais e por parte dos contribuintes, que devem produzir extensa documentação para comprovar suas alegações.[389]

Portanto, que a adoção da Ação nº 6 não deve ser feita de forma automática pelos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil. A adoção de medidas ainda mais restritivas deve ser analisada com cuidado, ponderando-se os interesses e os riscos envolvidos.

Pós-Beps: Soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento. Volume II – Substância e Convenção Multilateral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 46-48.

[389] BARRETO, Paulo Ayres. TAKATO, Caio Augusto. "The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective". In. *Intertax.* Volume 43. No. 12. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 837.

CONCLUSÕES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HM Treasury and HM Revenue & Customs. *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting*. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/293742/PU1651_BEPS_AA_-_FINAL_v2.pdf>. Acesso em 24.06.2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "Reinterpretando a norma antievasão do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional". In. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 76.* São Paulo: Dialética, 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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