



## **Treaty shopping: planejamento tributário no plano internacional ou forma de abuso de direito (?)**

Rayneider Brunelli Oliveira Fernandes<sup>1</sup>  
Rafhael Frattari Bonito<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O Direito Tributário Internacional surge como ramo jurídico destinado a determinar os efeitos jurídicos das operações internacionais, porquanto é de suma relevância para as corporações que exploram atividade econômica em diversas jurisdições o impacto que a exação de tributos causa em suas receitas, podendo a imposição fiscal até mesmo inviabilizar uma margem de lucro satisfatória, e assim prejudicar a competitividade no mercado. O presente trabalho tem como finalidade mensurar os efeitos que as regras *anti-treaty shopping* apresentam com relação a esse fenômeno, muito utilizado como forma de planejamento tributário destinado a mitigar a tributação. Busca-se verificar a real efetividade dessas medidas, mas também discutir o fundamento sobre o qual é alegada a sua ilicitude. Defende-se que o *treaty shopping* é um dos grandes responsáveis para a maior circulação de capitais entre os países, consubstanciando-se verdadeiro meio pelo qual a necessidade de aplicar investimentos se efetiva independentemente da preexistência de acordos internacionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** treaty shopping; planejamento; tratado; bitributação.

**Treaty shopping: tax planning in the international field or form of abuse of rights (?)**

### **ABSTRACT**

The International Tax Law appears as area of law destined to determine the legal effects of international operations, because is too much relevance to the corporations that exploit economic activity in many jurisdictions the impact of the exaction of taxes on their income, which may even derail a satisfactory profit margin, and thus decrease the market competitiveness. This study aims to measure the effects that the anti-treaty shopping rules have regarding this phenomenon, widely

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: [rayneider@yahoo.com.br](mailto:rayneider@yahoo.com.br). Versão em português recebida em 29/10/2011, aceita em 04/03/2013, e autorizada para publicação em 30/06/2013

<sup>2</sup> Doutor e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na área de concentração do Direito Tributário. Universidade FUMEC. E-mail: [rafael.frattari@vlf.com.br](mailto:rafael.frattari@vlf.com.br)

used as a form of tax planning designed to mitigate taxes. We seek to verify the real effectiveness of these measures, but also to discuss the foundation upon which is alleged its illegality. It's defended that the treaty shopping, in our view, is largely responsible for a greater movement of capital between countries, consolidating it into a way by which the need to implement investment be effective regardless of preexisting international agreements by which they coveted would grant tax benefits.

**KEY WORDS:** treaty shopping; tax planning; treaty; double taxation.

## 1 INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E HIPÓTESE DE TRABALHO

O presente trabalho<sup>3</sup> busca investigar o alcance das regras *anti-treaty shopping* no contexto internacional, através da análise das suas medidas como, por exemplo, a necessidade de motivação negocial e econômica das operações.

Percebe-se que ainda permanece controversa a ilicitude do *treaty shopping*, pois não é certa a sua caracterização como abuso de direito. Por esse motivo, procura-se identificar os objetivos dos países (ex: Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Alemanha e França) que adotam regras para impedir o *treaty shopping*, sendo esta prática através da qual o contribuinte não

---

<sup>3</sup> Este trabalho tem natureza jurídico-compreensiva, com especial atenção ao método comparativo (entende-se por método jurídico-comparativo o tipo que se presta “[...] à identificação de similitudes e diferenças de normas e instituições em dois ou mais sistemas jurídicos”; e sua grande vantagem seria a possibilidade de se descobrir e sanar falhas sistêmicas. [WITKER, Jorge. *Como elaborar uma tesis em derecho*: pautas metodológicas técnicas para o estudante investigador de derecho. Madrid: Civitas, 1985. 148p.]), em relação aos sistemas jurídicos estrangeiros e posições de organismos internacionais. A pesquisa, que se iniciou em agosto de 2010 e finalizada em meados de 2011, foi elaborada a partir do inventário e da análise das leis e de textos doutrinários brasileiros e estrangeiros (direito comparado). Nesse sentido, a comparação entre os sistemas jurídicos foi a principal atividade. Pela natureza das pesquisas jurídicas (como ciência social aplicada), não foi possível ignorar a finalidade propositiva do trabalho. Deste modo, a partir do questionamento dos institutos avaliados, busca-se propor uma orientação jurídica adequada para o ordenamento brasileiro. Para tanto, utiliza-se como marco teórico a Teoria do Discurso de Habermas em que “argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas” (HABERMAS, Jürgen, 1929- *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, volume I/Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.280 e ss). Cumpre reforçar que, nesse sentido, por meio da argumentação, as normas e afirmações devem ser constantemente justificadas e legitimadas, a fim de verificar a manutenção do consenso, que seria a única razão de sua legitimidade e eficácia, sob pena de haver a estagnação da dinâmica do agir comunicativo. Portanto, fica evidente que, neste quadro, a verdade não está previamente constituída e assim passível de desvendamento, mas sim suscetível de construção, pela argumentação.

residente nos países signatários do tratado internacional aproveita o acordo contra a dupla tributação<sup>4</sup>, na busca pela redução do valor a ser recolhido a título de tributos.

Dessa forma, este artigo pretende demonstrar a possível prospecção dessa prática e de suas normas inibidoras, que permitem a desconsideração do negócio jurídico realizado pelo contribuinte, por parte da administração tributária, aplicando ao negócio o ônus tributário que se pretendia reduzir ou mitigar. Ainda, debatendo os argumentos que apontam para a vedação do *treaty shopping*, o estudo concentra-se na exposição da diversidade de tratamentos que o *treaty shopping* recebe.

Como atividade principal, tem-se a análise da doutrina brasileira e estrangeira sobre o *treaty shopping*. Pontificou-se aqui a hipótese que busca desconstituir os argumentos usados para a caracterização do *treaty shopping* como forma de abuso de direito, pois, em apertada síntese, concluiu-se que:

- Nem todas as estruturas de *treaty shopping* podem ser caracterizadas como artificiais e desprovidas de substância econômica;
- não existe nenhuma evidência concreta de que o *treaty shopping* subverta a balança comercial entre os Estados contratantes, posto que os tratados nem sempre são justos para seus signatários;
- em razão da multiplicidade de arranjos que configurariam *treaty shopping*, não se pode assumir que esta forma de arranjo fiscal seja violadora do princípio da lealdade econômica;
- não há consenso acerca do conceito do princípio da lealdade econômica e o alegado desincentivo à celebração de acordos não pode desconsiderar as forças de autocorreção da competição e da pressão econômica internacional para a convergência fiscal.

Entendeu-se, afinal, que os discursos sustentados que atribuem ilicitude ao *treaty shopping* são fracos, especulativos e de viés protecionista. Conforme a visão aqui construída, o *treaty*

---

<sup>4</sup> “Para encontrar um modo de solucionar os indesejáveis problemas causados pela pluritributação internacional, que tanto afligem os operadores econômicos atuantes no mercado internacional, os Estados que adotam para os seus regimes de tributação de rendimentos o princípio da universalidade (world-wide income taxation), em concomitância devem eleger, unilateralmente, os mecanismos internos (compatíveis com as finalidades da política fiscal) que lhes pareçam mais adequados” (TÓRRES, Heleno. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 285).

*shopping* é forma legítima de mitigar a tributação desde que sejam respeitados os requisitos impostos expressamente pela lei ou tratado que condicionam a fruição dos benefícios previstos em acordos internacionais<sup>5</sup>.

Muito embora os mencionados requisitos sejam também normas inibidoras, a existência deles concede segurança jurídica ao investidor que pretende utilizar os privilégios dos convênios nas operações entre países contratantes.

Num primeiro momento, será analisado o sentido da expressão e o conceito de “*treaty shopping*”. Posteriormente, serão debatidos os diversos aspectos que tangenciam o objeto de estudo, como o tratamento judicial recebido pelo *treaty shopping* no Canadá e na França, e a discussão que se travou em relação à aceção de “beneficiário efetivo” no Reino Unido<sup>6</sup>.

## 2 ESCORÇO DA TEMÁTICA

### 2.1 A expressão *Treaty Shopping*

Embora o *treaty shopping* não seja um fenômeno novo, ele continua controverso. Parece que quanto mais jurisdições tentam lidar com ele, mais amplas se tornam as inconcordâncias acerca do que é impróprio *treaty shopping* e o que é legítimo planejamento tributário.

Acredita-se que o termo “*treaty shopping*” tem origem nos EUA. A analogia foi desenhada com o termo “*forum shopping*”, que descrevia a situação num procedimento civil norte-americano

---

<sup>5</sup>“O Direito Tributário Internacional tem por objeto situações internacionais (*cross-border situations*), ou seja, situações da vida que têm contato, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar; a natureza internacional da situação decorre da sua conexão com mais do que um ordenamento, diferente da situação puramente interna ou da situação interna estrangeira que ocorrem no âmbito de um só Estado” (XAVIER, Alberto Pinheiro, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998 1997, p.3).

<sup>6</sup> Funda-se em Habermas ao expor o presente argumento ao defender que “as interpretações de casos singulares, que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico”; e que coerência aponta para os pressupostos pragmáticos de argumentação. (HABERMAS, Jürgen, 1929- *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I/Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.285). Com efeito, nesta teoria, está a origem epistêmica da matriz hermenêutica a ser configurada pela racionalidade comunicativa, ora reivindicada em sede da hermenêutica constitucional, pois que, do que se está tratando, efetivamente, é da inserção dos princípios ético-discursivos, enquanto critérios (normativos) que buscam a fundamentação das normas constitucionais aplicáveis, em uma proposta teórico-concretizante para a metodologia do direito (DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito: Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito*. São Paulo: Landy. 2003, p. 24).

em que o litigante tentava selecionar (*shop*) jurisdições (ou tribunais) para ter uma decisão mais favorável à sua pretensão<sup>7</sup>.

David Rosenbloom, que serviu como Conselheiro Fiscal Internacional do Departamento do Tesouro americano entre 1977 e 1981, descreveu o fenômeno do *treaty shopping* como a prática de alguns investidores de utilizar (*borrow*) um tratado formando uma entidade (usualmente uma corporação) em determinado país que tenha favorável convênio com o país-fonte – isto é, o país onde o investimento deve ser feito e a renda em questão a ser ganha<sup>8</sup>. Em outras palavras, a pessoa seleciona um tratado que de outro modo não estaria disponível através de estruturas complicadas; portanto, o termo *treaty shopping*<sup>9</sup>.

O termo *treaty shopping* nunca foi incluído em nenhuma das versões do Modelo da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico), nem definido ou explicado propriamente em seus comentários. Pelo contrário, a ênfase é sempre em eliminar o *treaty shopping* e nas medidas que podem ser tomadas contra ele. Neste sentido, explica Luís Eduardo Schoueri que David Rosenbloom:

[...] critica aqueles que tratam da questão a partir da expressão “abuso de tratados” (*treaty abuse*), porque a julga um termo fortemente carregado (*a heavy loaded term*). Também não aceita o termo *paraísos fiscais* (*tax heaven countries*), quando se estuda o assunto, já que o *Treaty Shopping* não exige a interposição de paraísos fiscais, podendo dar-se, em certos casos, mediante a interposição de empresas localizadas em Estados com alta taxaço. Finalmente, o autor rejeita a expressão *Treaty Shopping*, por considerá-la enganosa, já que implica um esforço premeditado, por parte do contribuinte, de se valer de rede de acordos internacionais<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> “The term ‘treaty-shopping’ is thought to have originated in the US. The analogy was drawn with the term ‘forum shopping’, which described the situation in US civil procedure whereby a litigant tried to ‘shop’ between jurisdictions in which he expected a more favourable decision to be rendered”. (BECKER, Helmut & Würm, Felix J., *Treaty Shopping: An Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries*, Kluwer: Deventer, 1988, in AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 2. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em fev. 2011.)

<sup>8</sup> “[...] the practice of some investors of ‘borrowing’ a tax treaty by forming an entity (usually a corporation) in a country having a favourable tax treaty with the country of source – that is, the country where the investment is to be made and the income in question is to be earned” (ROSENBLOOM, David, *Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy* 22 Intertax 83, 1994.

<sup>9</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 2. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em fev. 2011.

<sup>10</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22-23.

A maioria das referências ao *treaty shopping* são padronizadas quando discutem as disposições *anti-treaty-shopping*. Por exemplo, referências ao problema comumente definido como *treaty shopping* foram feitas pela primeira vez no Comentário da OCDE<sup>11</sup> em seu art. 1º, em que se abordaram as provisões de limitação de benefícios e como essas disposições são destinadas a resolver o problema (do *treaty shopping*) de modo compreensivo.

A descrição do *treaty-shopping* é indiretamente dada e em termos muito gerais. É dito que as provisões de limitação dos benefícios estão lá para resolver o *treaty-shopping* e então é alegado que essas objetivam a prevenir as pessoas que não são residentes de nenhum dos Estados contratantes de ter acesso aos benefícios de um convênio por meio do uso de uma entidade que, portanto, seria qualificada como uma residente de um destes Estados<sup>12</sup>.

O *treaty-shopping* caracteriza uma forma de elusão, de acordo com a nova Explicação Técnica (*Technical Explanation*) do Modelo americano de 2006<sup>13</sup>, quando é descrita a função dos dispositivos *anti-treaty-shopping*. A cláusula da nova Explicação Técnica acerca da limitação sobre os benefícios encontrados no art. 22 enuncia que este artigo “contém provisões *anti-treaty-shopping* que objetivam prevenir residentes de outros países terceiros de se beneficiarem do que é para ser um acordo recíproco entre dois países”.

Não obstante, a crítica às expressões *Treaty Shopping* e “*treaty abuse*” também é feita por Guttentag (1984/3), para quem se trata de termos “obviamente pejorativos”. Neste sentido, o autor julga que não se pode examinar a questão, se se parte da premissa de que se está diante de um abuso ou fraude. Por este motivo, ele entende que se deve utilizar uma expressão mais longa, mas que lhe parece mais neutra. Teríamos, pois: “até que ponto os não residentes de um país signatário de um acordo podem e deveriam ser autorizados a beneficiar-se de acordos de tributação daquele país” (*the extent to which non-residents of a treaty country can and should benefit from the tax treaty of that country*). Segundo este autor, é justamente para evitar uma abordagem pejorativa, que o Departamento do Tesouro norte-americano não se refere, em suas publicações, a “abuso de tratados” (*treaty abuse*) mas a “limitação dos benefícios do acordo” (*limitation of treaty benefits*)<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Disponível em: <[http://www.oecd.org/home/0,2987,en\\_2649\\_201185\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html)>. Acesso em 23 Abr. 2011.

<sup>12</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 4, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em fev. 2011.

<sup>13</sup> Disponível em: <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/temod006.pdf>. Acesso em 23 Abr. 2011.

<sup>14</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de tributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22-23



Observando a quase-definição de *treaty shopping*, o que se nota é que o tratamento dispensado ao termo pode desfigurar um longínquo espectro de estruturas, abrangendo das mais puramente abusivas e artificiais até outras com mais substância econômica. No entanto, essas são todas instâncias de uso impróprio de convênios internacionais? O Comentário da OCDE parece perpetuar essa confusão.

As descrições dadas nos parágrafos 9º e 20 do Comentário da OCDE ao art. 1º pareceriam abarcar formas gerais de *treaty shopping*, i.e., o *treaty shopping* sem conotações a respeito de paraísos fiscais ou interposições. Entretanto, os exemplos dados no parágrafo 11 do Comentário pareceriam abranger o *treaty shopping* de uma natureza mais específica e abusiva, mormente o *treaty shopping* por meio de empresas *conduit* e/ou *base companies*. Portanto, há dois óbvios extremos desse espectro: o *treaty shopping* através das *conduits* e estruturas comerciais *bona fide* (de boa-fé).

O *treaty shopping* de forma claramente imprópria natureza envolve o seguinte: (1) O beneficiário efetivo<sup>15</sup> (Companhia P) da entidade *treaty shopping* (Companhia S) não reside no país onde esta é criada; (2) a companhia interposta (Companhia R) tem atividade econômica mínima na jurisdição na qual se localiza; e (3) a renda é sujeita a mínima tributação (se há) no país de residência da companhia canal.

Nessa exposição já se pode ter uma breve noção das medidas anti-*treaty shopping* comumente adotadas, a saber:

- Em (1), o Estado exige que a empresa constituída em seu território apresente um dos seus eleitos critérios subjetivos (domicílio, residência ou nacionalidade);
- Em (2), o Estado exige que a companhia desempenhe atividade econômica relevante para fazer jus ao montante (de renda) que se quer ter beneficiado pelo tratado;
- Em (3), o Estado tributa, não aplica as disposições do tratado, por a empresa residir em um paraíso fiscal.

---

<sup>15</sup> O significado de “beneficiário efetivo”, de acordo com o glossário da OCDE, é: “A person who enjoys the real benefits of ownership, even though the title to the property is in another name. Often important in tax treaties, as a resident of a tax treaty partner may be denied the benefits of certain reduced withholding tax rates if the beneficial owner of the dividends etc is resident of a third country” (OCDE, *Glossary of Tax Terms*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#>>. Acesso em 23 mar 2011).

Poderia haver múltiplas variações desse esquema como, por exemplo, seria possível usar mais de um tratado e mover os fundos por diversos países e, nesse processo, os fundos poderiam trocar de caráter (e.g. dividendos transformados em empréstimos). Contudo, como já mencionado, esse é somente uma parte do espectro. Uma estrutura *treaty shopping* poderia ser imbuída por diferentes níveis de artificialidade. Uma companhia intermediária poderia ser uma farsa, ter substância econômica mínima ou ser uma esquematização comercial *bona fide*. Claramente, não são todas as instâncias de residentes de países terceiros se beneficiando de tratados internacionais para os quais seus próprios países não são partes são exemplos de uso impróprio.

Ao passo que podemos prontamente distinguir uma completa farsa de um arranjo comercial de boa-fé – nem sempre facilmente, já que isso depende das perspectivas jurisdicionais a respeito do planejamento tributário – as disputas (e contencioso) normalmente dizem respeito a casos fronteiriços. Sucessivos Modelos e Comentários têm feito pouco para esclarecer a confusão. De fato, eles parecem perpetuar isso; que pode ser deliberado e certamente a existência (dessa distinção) seria vantajosa às autoridades fiscais ao ter discricionariedade para determinar sobre base *ad hoc* o que é impróprio *treaty shopping* e o que é legítimo planejamento tributário<sup>16</sup>.

Os autores mencionados acima, conforme se verá mais adiante, concluem que nenhuma das pessoas que fazem as tradicionais objeções teóricas ao *treaty shopping* consegue um argumento muito convincente. E nem todas essas refutações são dirigidas a esquemas inteiramente artificiais. Isso tem importantes implicações sobre como o *treaty shopping* é abordado em várias jurisdições.

## 2.2 O conceito de *treaty shopping*

Tratados internacionais são mecanismos jurídicos incorporados em rito próprio ao ordenamento jurídico interno pelos quais os Estados<sup>17</sup> convencionam a supressão da dupla-

<sup>16</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 6, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em fev. 2011.

<sup>16</sup> Disponível em: <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/temod006.pdf>. Acesso em 23 Abr. 2011.

<sup>17</sup> “Pessoas jurídicas de direito internacional público são os Estados soberanos (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as organizações internacionais em sentido estrito” (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, p. 153).



tributação<sup>18</sup> e a concessão de benefícios fiscais, objetivando assim intensificar o intercâmbio de capitais entre eles. Sobre os acordos internacionais, assim preleciona Luís Eduardo Schoueri:

As concessões de que são objeto os acordos de bitributação têm, segundo Victor Uckmar (1983/4,5), um “caráter pessoal”, ou seja, destinam-se a beneficiar os residentes de outro Estado contratante, numa base de reciprocidade (KRAFT, 1991/3)<sup>19</sup>, não se prevendo, portanto, sua extensão a residentes de terceiros Estados<sup>20</sup>.

Essa impossibilidade do Estado que não tenha participado da negociação aderir a um tratado bilateral encontra fulcro no fato deste ter natureza fechada. Tal natureza decorre da máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (o acordado não ajuda e nem prejudica terceiros) que enuncia “o princípio fundamental segundo o qual o tratado se aplica entre as suas partes”, figurando corolário do princípio do consentimento, da soberania<sup>21</sup> e independência dos Estados<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Nesse sentido, Van Hoorn Jr assevera que: “[...] qualquer coisa que seja a forma de bitributação – jurídica ou econômica no sentido estrito, ou econômica no caso de coexistirem diferentes tipos de impostos – a questão é saber se há algum princípio jurídico segundo o qual um país esteja obrigado a evitá-la. Um princípio jurídico dessa natureza não existe. Cada país é soberano também em assuntos tributários e não há princípio ou regras gerais internacionais que limitem o soberano poder de tributar além daqueles poucos que limitam a soberania de um país em geral. Assim, a atitude de um país em relação à bitributação - e em relação ao direito tributário internacional em geral – depende muito, se não inteiramente, de seus interesses econômicos nacionais, na estrutura de sua posição internacional diante de outros países. Isto é assim em especial para quaisquer regras unilaterais. A tributação da renda mundial (ou global) bem como da estritamente territorial é uma função de uma situação internacional do país como país que exporta ou importa capital e tecnologia. Assim ocorre com as medidas unilaterais especiais para evitar a bitributação (jurídica), e também, naturalmente, com a legislação fiscal de incentivos que objetiva a criação de um clima tributário favorável em benefício de investimento estrangeiro e de transferência de tecnologia” (JR HOORN, J. O papel dos tratados no comércio internacional. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.) *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado: estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 420-421).

<sup>19</sup> KRAFT, Gerhard, 1991, *Die Mißbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen: zur Problematik des Treaty Shopping unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland*, in der Schweiz und in der Vereinigten Staaten, *Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen – Band 10*, Heidelberg, Müller, p. 149. *Apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

<sup>20</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

<sup>21</sup> Para Heleno Torres, soberania fiscal é “[...] o poder institucionalizado que coloca o Estado como sujeito na ordem mundial, proporcionando-lhe autonomia e independência na determinação dos fatos tributáveis e nos procedimentos de arrecadação e fiscalização dos tributos, nos termos das autolimitações de fontes originariamente internas e constitucionais, bem como de fontes internacionais” (TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. 2 ed. Rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67). Luigi Ferrajoli relata que “a soberania externa do Estado sempre teve como sua principal justificação a necessidade da defesa contra inimigos externos. Hoje, com a diminuição dessa necessidade devido ao fim dos blocos contrapostos, a intensificação das interdependências e também as promessas não mantidas do direito internacional (todas elas inscritas naquele pacto constituinte que é a Carta da ONU: a paz, a igualdade, o desenvolvimento, os direitos universais dos homens e dos povos) estão produzindo uma crise de legitimação desse sistema de soberanias desiguais e de relações cada vez mais assimétricas entre países ricos e países pobres, em que a comunidade internacional se transformou: um sistema que

O art. 34 da Convenção de Viena dispõe que “um tratado não cria nem obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem seu consentimento”<sup>23</sup>. Entretanto, Schoueri chama a atenção para demonstrar que:

Falhas na redação dos referidos acordos, ou limitações interpostas pelos direitos internos dos Estados contratantes, ou mesmo, pelo Direito Internacional, possibilitam a contribuintes que, a princípio, não se incluíam no rol dos destinatários daquelas normas, delas de beneficiarem (Kraft). Este planejamento fiscal, a doutrina internacional vem denominando *Treaty Shopping* (Vogel, 1983/59; Kraft 1991/6)<sup>24</sup>.

Numa primeira acepção, vislumbra-se, com Becker, o reconhecimento da “[...] ocorrência do *treaty shopping*, quando, alguém, através da interposição de uma pessoa, percebe a proteção de uma convenção de bitributação que, de outra forma, não seria devida”<sup>25</sup>.

Schoueri expõe que o exame doutrinário revela, todavia, que o conceito acima expresso não satisfaz, inteiramente, o entendimento da questão, pois “o conceito de Becker não se refere à intenção do contribuinte” e que “[...] não há o que se falar em *treaty shopping* quando o contribuinte é movido por motivos extrafiscais”<sup>26</sup>.

Neste caso, seria situação até casuística a hipótese de determinada corporação se beneficiar com as provisões fiscais favoráveis do país-residência de sua controlada (por meio da interposição eventual) que esta é beneficiária. Contudo, não se pode deixar de observar que poderá haver certa concorrência de motivos fiscais e extrafiscais quando se objetiva interpor uma terceira pessoa em certa jurisdição.

Schoueri expõe que o *treaty shopping* exige que não haja outro motivo para a interposição do terceiro beneficiado do acordo, senão a obtenção do benefício. Krabbe argumenta que a

---

não parece ser tolerável, a longo prazo, pelos próprios ordenamentos políticos dos países avançados, que baseiam sua identidade e legitimação democrática justamente naquelas mesmas promessas e no seu universalismo” (FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno – nascimento e crise do Estado nacional*; trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; rev. da trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 47-48).

<sup>22</sup> BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Trad. Maria Manuela Ferrajota et al. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 646.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em 25 de Jul. 2011.

<sup>24</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

<sup>25</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

<sup>26</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

interposição do terceiro se deveu à intenção, por parte do contribuinte, de obter uma redução na carga fiscal<sup>27</sup>.

Muito embora “[...] Krabbe inclui em seu conceito a interposição de uma sociedade localizada num Estado signatário de acordo de bitributação”, “[...] o *treaty shopping* não exige que a pessoa interposta seja uma sociedade, embora seja o mais frequente”<sup>28</sup>.

O mesmo autor explicita que, de início, é possível conceber o *treaty shopping* pela interposição de terceira pessoa física<sup>29</sup>, contratualmente obrigada a repassar ao destinatário final os recursos assim obtidos. Assim, não há necessidade, sequer, de que o terceiro seja pessoa distinta do investidor, podendo ser mera filial deste. O cerne da questão, de acordo com o autor, é que:

“[...] o *Treaty Shopping* ocorre quando, com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte que, de início, não estaria incluído entre seus beneficiários, estrutura seus negócios, interpondo, entre si e a fonte do rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento permanente, que faz jus àqueles benefícios”<sup>30</sup>.

Schoueri ainda reforça que o benefício fiscal tem de decorrer necessariamente do acordo de bitributação, excluídos os casos de simulação, nos quais a vantagem não decorre do acordo, mas do mero “manto jurídico” criado pelo contribuinte, que produziria igual efeito, se o “planejamento” não envolvesse um país signatário de um acordo de bitributação”<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> KRABBE, Helmut, 1985, “Arbeiten des OEC-Steueranschlusses zur Inanspruchnahme von DBA-Vergünstigungen und Abkommensmißbrauch”, in J.W. Gaddum, Heinz Hofmann *et al* *Zinsen in internationalen Steuerrecht*, pp. 45-50, *apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

<sup>28</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

<sup>29</sup> Os indivíduos e as empresas não têm personalidade de direito internacional. “Há uma inspiração generosa e progressiva na idéia, hoje insistente, de que essa espécie de personalidade se encontra também na pessoa humana – de cuja criação, em fim das contas, resulta toda a ciência do direito, e cujo bem é a finalidade primária do direito. Mas se daí partimos para formular a tese de que a pessoa humana, além de personalidade jurídica lhe reconhecem o direito nacional de seu Estado patrial e os dos demais Estados, tem ainda – *em certa medida*, dizem alguns – personalidade jurídica de direito internacional, enfrentaremos em nosso discurso humanista o incômodo de dever reconhecer que a empresa, a sociedade mercantil, a coisa juridicamente inventada com o ânimo do lucro à luz das regras do direito privado de um país qualquer, também é – e em maior medida, e há mais tempo – uma personalidade do direito das gentes (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154).

<sup>30</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

<sup>31</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

## 2.3 Exemplos básicos de *treaty shopping*

As estruturas mais contempladas pela doutrina de que se valem os contribuintes no âmbito da interposição de terceiro são as “empresas canais” (*conduit companies*) e as “empresas trampolins” (*stepping stone companies*).

O cenário típico do *treaty-shopping* por meio das *conduits*, também descrito no *OECD Conduit Companies Report* (Relatório das “empresas canais” da OCDE), é o seguinte:

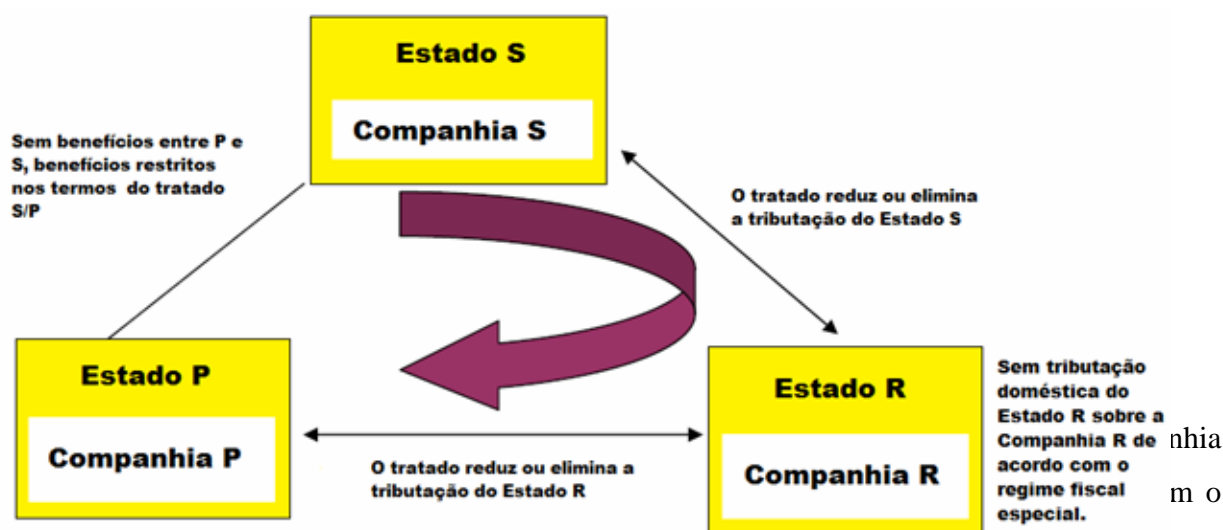


Figura 1: Esquema básico de *treaty shopping* (tradução livre).

Fonte: Berkeley Electronic Press, Empirical Legal Studies Center, Work paper nº 182, Paper n. 7, 2010.

do Estado S com poucos ou nenhuns benefícios fiscais. A renda da companhia P é, entretanto, isenta (ou recebe um tratamento tributário mais benéfico) se canalizada através da Companhia R. Isso pode ser, se a renda está na forma de dividendos, por força dos regimes da controladora e da subsidiária nos termos da legislação interna do Estado R, ou hipótese de isenção de participação,

<sup>32</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping*: Lessons for the European Union, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 4, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em 12 fev. 2011.

ou de acordo com o convênio entre os Estados S e R. A princípio, este seria o caso em que há mínima ou nenhuma atividade econômica relevante sendo exercida pela companhia interposta, não existindo, portanto, interesse extrafiscal.

Já as ‘empresas trampolins’ são criadas pelo residente do Estado que não tem tratado internacional celebrado que preveja benefícios fiscais com nenhum dos países que pretende exercer atividade econômica e intercalar os recursos. Neste caso, o investidor se encontra numa verdadeira “ilha”, pois não consegue mitigar a tributação em função de acordos internacionais de forma encadeada.

Para resolver isso, então, a empresa controladora (a) cria uma companhia subsidiária (b) em um Estado com tributação reduzida e empresta a esta determinado montante que, por sua vez, redireciona o mesmo valor, por meio também de outro empréstimo, a uma companhia (que está sediada em um país que tenha avençado benefícios fiscais atraentes com o Estado no qual a referida subsidiária se encontra) residente de um Estado onde a controladora queira investir o recurso (c).

A empresa subsidiária (b), portanto, não será tributada porque serão descontados da sua renda os juros que deve à sua controladora (a), já que não apresenta lucro. Assim, a subsidiária funciona como um verdadeiro trampolim, propiciando a aplicação desses recursos livres de incidência fiscal ou com reduzida tributação em outros negócios, de acordo com o interesse da controladora.

Para ilustrar a amplitude de formas que o *treaty shopping* pode ser realizado, será abordada uma modalidade bem inusitada, qual seja: o *treaty shopping* através de apólices de seguro de vida.

Dentre as várias possibilidades que existem para se mitigar a carga tributária que incide sobre a distribuição de dividendos, Milton Grundy traz uma curiosa. Nesta situação, companhias seguradoras, através de apólices, redistribuem o que recebem aos investidores. Grundy, por sua vez, traz tal exemplo como caso de *treaty shopping*, pois, para ele, o negócio jurídico celebrado entre a companhia seguradora e o investidor não tem outro objetivo que não a diminuição da carga tributária<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> GRUNDY, Milton. Treaty Shopping Through Life Assurance, *GITC Review* Vol V No.2, p. 69, 2005. Disponível em: <[http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping\\_mg\\_000.pdf](http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping_mg_000.pdf)>. Acesso em 22 Fev. 2011.

Este é o exemplo: O Sr. H é residente de Hong Kong. Ele planeja fazer investimento substancial em determinada companhia estabelecida no Vale do Silício e listada no câmbio de NASDAQ (*NASDAQ Exchange*). Num primeiro momento, ele adquire 40% das ações, a companhia vai bem e ele recebe dividendos consideráveis por alguns anos. Ele sofre a tributação norte-americana em 30% sobre esses dividendos.

Agora, em outro momento, o Sr. H subscreve uma apólice com determinada companhia de seguros do Reino Unido. Ele paga um prêmio à companhia seguradora e esta subscreve para as ações da empresa americana do Vale do Silício. A empresa americana prospera e paga dividendos, mas desta vez à companhia britânica. Nos termos do Tratado entre o Reino Unido e os Estados Unidos, dividendos pagos por corporação americana a companhia britânica sofrem tributação bem reduzida ou são isentos.

Depois de descrever os fatos, Grundy observa que se deve lembrar que há importante diferença entre a posição do Sr. H como investidor direto da companhia americana e sua posição como portador de apólice com uma companhia seguradora que faz tal investimento: Se a companhia seguradora for à falência, o Sr. H não teria direito ao investimento nos Estados Unidos, mas deveria se juntar à fila de credores para receber o que estiver disponível aos credores quirografários<sup>34 35</sup>.

Conforme o exposto, na doutrina, as *conduits* e as *stepping stones companies* são os dois exemplos mais típicos de *treaty shopping*; mas também se observa, como no caso que envolve as apólices de seguro, que muitos outros existem e podem vir a ser elaborados.

### 3 PROSPECÇÃO DOS QUESTIONAMENTOS TEÓRICOS ATRIBUÍDOS AO *TREATY SHOPPING*

<sup>34</sup> GRUNDY, Milton. Treaty Shopping Trough Life Assurance, *GITC Review* Vol V No.2, p. 69, 2005. Disponível em: <[http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping\\_mg\\_000.pdf](http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping_mg_000.pdf)>. Acesso em 22 Fev. 2011.

<sup>35</sup> Estudando as regras sobre as empresas irlandesas e luxemburguesas, Milton Grundy chama a atenção para as peculiaridades do caso: descobriu-se que as regulamentações locais requerem às companhias manter o que na Irlanda é chamado de “reservas técnicas”, referindo-se ao valor total de todas as obrigações aos portadores de apólices, então, na hipótese de insolvência, todos os ativos que representam as reservas técnicas se tornam autônomos para o absoluto benefício dos segurados, sujeitos a despesas. Isso parece prover alguma segurança aos detentores de apólices, mas não se sabe até que ponto essas regulações se estendem a outros países. Nesse âmbito, pode-se observar também que poderá haver uma duplicidade de residências: uma quanto às regulamentações das apólices e outra com relação à tributação. Estas regras são limitações à fruição dos benefícios apostos nos tratados internacionais, mas no caso de solvência das seguradoras, não impedem a prática do planejamento fiscal (GRUNDY, Milton. Treaty Shopping Trough Life Assurance, *GITC Review* Vol V No.2, p. 74, 2005. Disponível em: <[http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping\\_mg\\_000.pdf](http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping_mg_000.pdf)>. Acesso em 22 Fev. 2011).



Como já foi assinalado, o *treaty shopping* é combatido por diversos governos. Para entender esse combate, os professores Reuven Avi-Yonah e HJI Panayi fazem um exame acurado das atuais tendências anti-*treaty-shopping* e examinam os argumentos teóricos que justificam tal campanha.

Para esses pesquisadores, o *treaty shopping* é, discutivelmente, um instrumento de planejamento tributário no plano internacional. Portanto, resta saber: o que há nessa modalidade de planejamento fiscal que a faz questionável? Vários argumentos foram desenvolvidos na comunidade tributária internacional.

Primeiramente, tem sido dito que o *treaty shopping* é forma de evasão fiscal e, como tal, impróprio e contrário aos propósitos do tratado. Também tem sido levantado que o *treaty shopping* infringe a reciprocidade de um tratado e altera a balança de concessões aí atingidas entre os dois Estados contratantes. Quando o residente de um terceiro país usufrui de determinado tratado, as concessões do convênio são estendidas ao Estado não participante desse acordo, que não tem para com os contratantes deveres e direitos recíprocos (ex: troca de informações). O usual *quid pro quo* (balança) do tratado é então comprometido e o processo subvertido.

Outro argumento é plasmado no princípio da lealdade econômica. De acordo com esse princípio, uma base tributável deve ser atribuída à jurisdição onde é pensado que se deve à sua existência econômica. Tratados são acreditados nos lugares de tributação de direitos de acordo com esse princípio. Concessões tratadistas são de natureza pessoal e não são estendidas a residentes de Estados estranhos à negociação. Como um resultado do *treaty shopping*, o país terceiro ganha poder fazendário, livre de qualquer (substancial) dever à lealdade econômica.

Aliás, é frequentemente alegado que o *treaty shopping* cria um desincentivo aos países para negociar tratados. Se países terceiros pudessem receber benefícios de tributação reduzida para seus residentes sem conferir vantagens recíprocas a investidores não-residentes, não haveria necessidade de adentrar em um tratado, especialmente se há preocupações se o convênio poderia ser desbalanceado. Além disso, a falta de cooperação fiscal aumentaria as oportunidades de evasão fiscal internacional.

Finalmente, é arguido que o *treaty shopping* é usualmente ligado à (indesejável) perda fazendária. Tratados que versam sobre matéria tributária são baseados em um almejado nível de

balança de real e potencial renda e fluxos de capital entre um país e outro. Quando os benefícios do dado tratado são abusados, o patamar e a balança desses fluxos são distorcidos, resultado na distorção no compartilhamento de renda relevante e tributável canalizada a cada Estado. O *treaty shopping* expande o ordinário relacionamento bilateral do tratado. Um generoso acordo alcançado com determinado parceiro comercial se torna um tratado com o mundo. Essa multilateralização de fato do tratado é dita implicar um imenso e indeterminado custo ao país-fonte.

Quanto ao primeiro argumento, nunca é tarefa fácil distinguir evasão fiscal (internacional) de legítimo planejamento tributário. O que faz do *treaty shopping* ser uma instância mais da primeira (evasão) do que do segundo (planejamento)? Porque é admitido que todas as formas de *treaty shopping*, independentemente de seu grau de artificialidade, constituem evasão fiscal?

Como já mencionado, nem todas as estruturas de *treaty shopping* podem ser caracterizadas como artificiais e desprovidas de substância econômica. O termo *treaty shopping*, aplicado genericamente, pode englobar uma variedade de estruturas: poderia abarcar estruturas nas quais a companhia intermediária interposta é uma pura *conduit* sem nenhuma matéria econômica (de inteira propriedade e controle pela empresa parental e localizada em um país-canal ou paraíso fiscal) ou não.

Entretanto, esse é somente uma das extremidades do espectro. Há outra extremidade, na qual a companhia intermediária tem alguma substância, conduzindo suas próprias negociações, não controladas pela companhia parental e suscetíveis a alguns tributos no país de residência. Deve ser sempre lembrado que um esquema pode ser imbuído de alguma matéria econômica que não é imediatamente aparente às autoridades fiscais.

Quanto ao argumento a respeito da reciprocidade, embora persuasivo, tem como premissa a suposição de que há sempre reciprocidade para todo benefício de tratados. Esse não pode ser o caso. Algumas concessões de tratados podem ser unilaterais se o outro Estado contratante já as prevê em sua legislação doméstica. Também, enquanto pode haver reciprocidade em um tratado, não é garantido que a balança (saldo) subjacente do tratado é justa. Um tratado pode ser tendencioso em favor de um país mais poderoso economicamente. Portanto, violar a reciprocidade pode não necessariamente significar que uma balança 'justa' se tornou 'injusta'. É o saldo negociado que está sendo subvertido, que seriam as credenciais de justiça desse equilíbrio.

Quanto ao argumento da lealdade econômica, este parece ser tautológico. As opiniões divergem ao definir as características da lealdade econômica; em outras palavras, qual tipo de relação é necessário para o dever de lealdade ser gerado em favor de uma jurisdição. Mesmo se o princípio da lealdade econômica foi acordado, não há garantias de que os países que negociam os tratados o seguiriam.

De qualquer forma, entende-se que não deveriam ser prontamente assumidas que todas as situações de *treaty shopping* chocam com o princípio da lealdade econômica. Alguns casos de *treaty shopping* podem ser mais abusivos que outros, por exemplo, em que o país *conduit* é paraíso fiscal ou quando a *conduit company* não tem outra atividade que não seja a canalização de pagamentos às suas controladoras. Em tais situações, dissertam Reuven Avi-Yonah e HJI Panayi que o princípio é flagrantemente violado já que não existe nenhuma atividade em curso no país canalizador que poderia justificar a alegação deste de cumprimento da lealdade econômica.

Quanto ao argumento do desincentivo às negociações, ao mensurar a potência desse argumento, as forças de autocorreção da competição e da pressão econômica internacional para a convergência fiscal não deveriam ser ignoradas. Também deveria ser apontado que a competitividade de investidores estrangeiros pode ainda ser preservada pelos seus próprios países se a bitributação é aliviada através de medidas unilaterais.

Além disso, é frequentemente alegado que o *treaty shopping* desestimula o país terceiro canalizador da renda a celebrar tratados internacionais enquanto o país-fonte deseja celebrar o acordo. Em alguns casos, o país fonte pode não querer firmar acordo com o país terceiro se, por exemplo, ele é um paraíso fiscal ou notório local usado para canalizar renda.

Este é, no entanto, um argumento válido. Mesmo se a dupla tributação pode ser suprimida por meios unilaterais, há algumas vantagens recíprocas que podem somente ou mais facilmente ser atingidas através de acordos internacionais. (e.g. provisões lidando com pensões, estudantes, artistas).

Quanto à alegação acerca da perda de receita, novamente, não há nenhuma evidência concreta que o *treaty shopping* realmente causa prejuízos na arrecadação e distorções econômicas. Primeiramente, não é fácil calcular os benefícios e custos de um tratado para um Estado. Um país contratante poderia ser simultaneamente um país fonte e um país residência; gozar dos benefícios e suportar o ônus de ambas as posições. Assim, seria muito complicado mensurar os custos de um

tratado. Alguns dos benefícios (por exemplo, a assistência mútua) não podem ser traduzidos em termos monetários.

Em segundo lugar, por que há presunção de perda? Poderia ser arguido que quando o *treaty shopping* aumenta a atividade econômica, a totalidade do ganho econômico poderia exceder a perda do país fonte. Isso traz uma questão: Quando o *treaty shopping* eleva ou não a atividade econômica? Isso depende se o país fonte for um país em desenvolvimento? No exemplo trazido por Reuven Avi-Yonah e Christiana Panayi, vislumbra-se com o caso *Union of India v. Azadi Bachao Andolan*<sup>36</sup> que a Suprema Corte da Índia repeliu a interpretação de uma cláusula *anti-treaty shopping* no tratado Índia-Mauritânia<sup>37</sup>.

Nesse julgamento, a Suprema Corte enfatizou que em países em desenvolvimento, o *treaty shopping* foi frequentemente considerado incentivo para atrair capital estrangeiro ou tecnologia<sup>38</sup>. “Países em desenvolvimento necessitam de investimentos estrangeiros, e as oportunidades do *treaty shopping* podem ser um fator adicional para atraí-los”<sup>39</sup>. Tomou-se visão holística: “Os países em desenvolvimento precisam de investimentos estrangeiros e permitem o *treaty shopping* como um fator adicional para atraí-los”<sup>40</sup>. Até o ponto de não se identificar (se é que é possível a sua constatação) nenhuma perda de receita fiscal significativa, o *treaty shopping* pode ser um mal necessário para a garantia do progresso econômico. Deste modo, não prospera o argumento contra

<sup>36</sup> ÍNDIA, Supreme Court of India. [2003] 263 ITR 706 (SC), Appeal (civil) 8161-8162/2003. Juiz Relator: B.N. Srikrishna. Julgado em: 07/10/2003. Disponível em: <[http://law.incometaxindia.gov.in/DitTaxmann/incometaxacts/2007itact/%5B2003%5D263ITR0706\(SC\).htm](http://law.incometaxindia.gov.in/DitTaxmann/incometaxacts/2007itact/%5B2003%5D263ITR0706(SC).htm)>. Acesso em: 25 fev. 2011.

<sup>37</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 10, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em 21 fev. 2011.

<sup>38</sup> Como relata Jürgen Habermas, o sistema econômico internacional se transformou numa economia transnacional e “[...] a questão mais relevante consiste hoje na aceleração do fluxo do capital internacional e na imperiosa valorização das praças de investimento (*Standorte*) de uma nação através dos mercados financeiros interconectados em nível global”. Assim, para Habermas “[...] na conjuntura atual, os Estados estão inseridos nos mercados e não o contrário” (HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*; tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 103-104).

<sup>39</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 10, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em 21 fev. 2011.

<sup>40</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 10, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em 21 fev. 2011.



o *treaty shopping* que se assenta na ilação de que tal fenômeno acaba por implicar em perdas de receitas tributárias.

Na verdade, o que não há aqui comprovado é o nexo de causalidade entre o uso do *treaty shopping* e a perda de receitas fiscais pelos Estados, pois os valores que não são recolhidos podem acabar por serem reinvestidos e novamente tributados. Ademais, observa-se que os países em desenvolvimento colocaram como meta na celebração de tratados o induzimento de investimentos de capitais por intermédio de incentivos tributários, ocorrendo o quebrantamento ou modificação do conceito de neutralidade fiscal ora invocado pelas nações desenvolvidas.

Em terceiro lugar, não há sistemas fiscais verdadeiramente neutros. Poderia ser dito que as parcialidades inerentes aos referidos sistemas criam um incentivo ao *treaty shopping*. Em outras palavras, assumir-se-ia que os tratados criam o *treaty shopping*. Como afirmam Reuven Avi-Yonah e Christiana HJI Panayi, o *treaty shopping* é talvez método de auto-ajuda para arrefecer ou remover os impedimentos fiscais aos negócios internacionais impostos por inadequadas medidas de combate à dupla tributação e à ausência de tratados<sup>41</sup>.

#### 4 O TERMO “BENEFICIÁRIO EFETIVO”

Faz-se imprescindível destacar, de plano, a essencialidade que a propriedade beneficiária efetiva (*beneficial ownership*) assume no campo hermenêutico do direito tributário internacional e o pouco que é conhecido ao seu respeito.

Philip Baker expõe que o termo ‘beneficiário efetivo’ vem sendo usado nos tratados internacionais que versam sobre matéria tributária desde os anos quarenta e está nos modelos da OCDE, das Nações Unidas e dos Estados Unidos e presente praticamente em todo tratado que o Reino Unido celebrou<sup>42</sup>. Curiosamente, tinha-se muita pouca orientação acerca do seu significado

<sup>41</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 10, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em 21 fev. 2011.

<sup>42</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GIRC Review 1, 2007, p. 15, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

até a decisão da *Court of Appeal* (Corte de Apelações) britânica no caso da *Indofood Internacional Finance v. JP Morgan Chase Bank NA*<sup>43</sup>.

O termo “beneficiário efetivo” é usualmente encontrado nos artigos que tratam dos dividendos, dos juros e, às vezes, dos royalties de um tratado. Esses artigos geralmente concedem a aplicação de uma reduzida carga tributária sobre uma relevante categoria de renda: embora esse benefício só é disponível se o beneficiário efetivo dos dividendos, juros ou royalties for um residente do Estado que é parte do tratado. Portanto, o fato de o residente ter de ser o beneficiário efetivo representa uma limitação (*BO limitation*) – é uma restrição à disponibilidade da carga tributária mais baixa.

É bem claro que a limitação da propriedade beneficiária efetiva (*beneficial ownership limitation*) foi introduzida para combater o *treaty shopping* por meio das empresas canais. O assunto por algum tempo tem sido, no entanto, exatamente o quão amplo é o escopo dessa limitação. Colocando de outro modo, quão artificial deve ser esse esquema de canalização para que o benefício do tratado seja negado?

Como bem pondera Philip Baker, em um extremo, são imaginadas situações nas quais simplesmente pelo registro de ações ou títulos de créditos em nome de pessoa designada (*nominee*) que é residente no Estado que tenha celebrado um tratado, poder-se-ia obter os benefícios do convênio<sup>44</sup>. Em outro extremo, todas as companhias distribuem a renda que auferem para os seus acionistas ou partes interessadas: se a empresa não era para se beneficiar do tratado porque a renda auferida poderá ser paga a um terceiro não-residente, então quando uma empresa ou veículo de investimento coletivo poderá ter direito ao benefício das três centrais disposições da maioria dos tratados?

Existe Comentário da OCDE a respeito do significado do conceito de *beneficial ownership*. Este foi desenvolvido ao longo dos anos. O Comentário original aos arts. 10 e 11 do tratado-modelo da OCDE referia-se à exclusão de *nominees* (empresas designadas, “de fachada”),

<sup>43</sup> REINO UNIDO, Court of Appeal, Civil Division. *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, processo n. A3/2005/2497. Julgado em: 02/03/2006. Disponível em: < <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/-52568119> >. Acesso em 29 jan. 2013.

<sup>44</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 16, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.



que eram interpostas na tentativa de obter benefícios fiscais<sup>45</sup>. Seguido do relatório sobre as empresas canais, o Comentário foi estendido para incluir empresas que tinham poucos poderes de gerência sobre a renda que recebiam. Estas seriam meras fiduciárias com respeito àquela renda.

Isso pareceu ser o mais longe consenso que a OCDE poderia atingir sobre o significado de beneficiário efetivo. Outro ponto muito sensível foi: isso significou que a *BO limitation* excluiu casos muito óbvios de *treaty shopping*, mas não foi além disso. Os Estados que pretenderam ir mais longe para dissuadir o *treaty shopping* poderiam – e fizeram – incluir disposições *anti-treaty shopping* em tratados específicos, por exemplo, o tratado entre os Estados Unidos e o Reino Unido (*UK/US Tax Treaty*)<sup>46</sup>.

O Comentário da OCDE, com ênfase nas *conduit companies* agindo como meras fiduciárias, proveu uma razoavelmente útil "regra de ouro" para determinar a *beneficial ownership*. Se a entidade recipiente entrou em processo de liquidação, e ela era mera fiduciária, então nenhum dividendo que ela recebeu poderia ser repassado ao verdadeiro beneficiário efetivo e este não seria disponível aos seus credores quirografários (*general creditors*).

Se, no entanto, os dividendos (ou juros ou royalties, etc.) realmente pertenciam à empresa em liquidação, ela seria a beneficiária efetiva, e então sua renda poderia ser disponibilizada para seus credores quirografários.

Nesse ínterim, entende-se que a limitação à propriedade beneficiária efetiva objetiva excluir meros agentes fiduciários, que não são considerados os donos da renda nos seus países de residência, e qualquer outra *conduit* que tem poucos poderes sobre a renda que recebe e age comandada pelo beneficiário efetivo.

Na verdade, o termo “beneficiário efetivo” deve ter um significado internacional; não podendo ficar limitada a aplicação de certa acepção a casos específicos. Desta feita, conclui-se que ainda se está pendente de uma orientação mais esclarecedora acerca do referido termo, pois até o momento só se sabe as hipóteses de não configuração da propriedade beneficiária efetiva.

<sup>45</sup> No comentário, afirma-se que o termo ‘beneficiário efetivo’ não é empregado num sentido estritamente técnico. Assim, deve-se interpretar o tratado à luz de seu escopo (seus propósitos), de modo a se suprimir a dupla-tributação e evitar a evasão fiscal (OCDE, *Clarification of the meaning of “Beneficial Owner” in the OECD model tax convention*. Paris: Centre for Tax Policy and Administration [TPA], 2011, 10p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/taxtreaties/47643872.pdf>>. Acesso em 30 jan 2013).

<sup>46</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 17, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: set. 2010.



## 5 MEDIDAS DE DIREITO INTERNO PARA A CONTENÇÃO DO *TREATY SHOPPING*

Como se verá mais à frente na análise jurisprudencial, o *treaty shopping* é usualmente apontado como modalidade de abuso de forma ou abuso de direito. Salienta-se que essas duas patologias do negócio jurídico não apresentam conceito uniforme na doutrina. Neste passo, deve-se frisar que a caracterização do *treaty shopping* como ilícito decorre da ausência de critérios definidores da legitimidade dos planejamentos fiscais.

Como desdobramento da interpretação econômica, a teoria do abuso de forma consiste, basicamente, em coibir, vedar a utilização de uma forma jurídica “incomum” para um determinado negócio impondo o uso da forma “típica” para a mesma operação, que ensejaria maior incidência fiscal<sup>47</sup>.

A teoria do abuso de direito também é desdobramento da interpretação econômica. Ela tem a nota de considerar ilícita a conduta do contribuinte que pretende exclusivamente a economia de imposto, fundamentando-se no uso imoral do Direito. O intérprete aplicaria uma regra moral própria, convertendo-a numa regra jurídica a incidir em cada caso. Para cada situação existirá uma regra moral específica. Seu campo de incidência é o plano da moral, o que rejeita o princípio da legalidade e o valor segurança jurídica<sup>48</sup>.

Com a abordagem tais correntes, fica notável que tais teorias não encontram respaldo integral no Brasil. Mesmo com o parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido no ordenamento pátrio pela Lei Complementar 104/2001, o princípio da segurança jurídica, o da

---

<sup>47</sup> ESTRELLA, André Luiz Carvalho. A norma antielisão e seus efeitos – artigo 116, parágrafo único, do CTN. *Revista Jus*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_30/artigos/Art\\_andre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_andre.htm)>. Acesso em 20 abr. 2012.

<sup>48</sup> ESTRELLA, André Luiz Carvalho. A norma antielisão e seus efeitos – artigo 116, parágrafo único, do CTN. *Revista Jus*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_30/artigos/Art\\_andre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_andre.htm)>. Acesso em 20 abr. 2012.

proibição de tributação por analogia e o da legalidade estrita na ordem tributária já são suficientes para diminuir em muito o campo de atuação desse dispositivo<sup>49</sup>.

Como bem assinala Luís Eduardo Schoueri, o *treaty shopping* não caracteriza simulação, já que não existe nenhum vício de vontade das partes. É certo que as partes estão motivadas por razões de índole fiscal, não conformando assim hipótese de simulação<sup>50</sup>.

A Suíça, na década de 60, foi a primeira a tentar elidir o *treaty shopping* com base no *status* (elemento de conexão) do beneficiário. Contudo, essas primeiras medidas, fundadas na qualificação jurídica do investidor, fracassaram porque ou não apresentavam efetividade prática ou iam de encontro a outras normas (de direito interno ou contidas em tratados).

O estudo da cláusula de limitação de benefícios encontra exemplo claro na Alemanha. Neste país, as empresas não são aptas a se valer dos benefícios decorrentes de tratados internacionais quando se identificar os seguintes elementos:

- ▶ Não há razão econômica ou nenhuma outra relevante para se estabelecer a companhia não-residente;
- ▶ a companhia não residente não recebe mais de 10% de sua renda bruta através de sua própria atividade econômica;
- ▶ a sociedade não residente não tem estabelecimento adequado para suas atividades<sup>51</sup>.

Como se percebe, não há nenhuma referência explícita ao conceito do *treaty shopping*; o que existe são requisitos para a concessão dos benefícios fiscais (que podem ser uma isenção, crédito presumido ou alíquota reduzida).

Portanto, o combate ao *treaty shopping* consubstancia-se mais numa decisão política e econômica que propriamente jurídica, pois depende de cada Estado impor limitações à fruição das provisões beneficiadoras que advém dos Tratados.

<sup>49</sup> Para compreender melhor o tema, cf.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 13*. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. 1ª ed. São Paulo, Dialética, 2002, p. 117-128.

<sup>50</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 86.

<sup>51</sup> AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, p. 22, tradução livre. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em fev. 2011.

## 6 JURISPRUDÊNCIA

Como há divergência a respeito do *treaty shopping*, o problema reside em como lidar com ele. Se há tratamentos discrepantes a respeito do mesmo fenômeno, boa estratégia seria a sua apreciação através da análise das decisões judiciais.

O planejamento tributário ou elisão fiscal conforma o direito do contribuinte de prever os encargos esculpidos pelo legislador. No direito tributário, a irretroatividade das leis, assim como a espera nonagesimal e a anterioridade, visa tutelar a confiança na ordem jurídica.

Diz Niklas Luhmann que “a confiança constrói uma forma mais efetiva de redução da complexidade”. Desenvolvendo esta ideia, tem-se que “[...] mostrar confiança é antecipar o futuro”, ou seja, “[...] a confiança deve reduzir o futuro de modo que se iguale com o presente [...]”<sup>52</sup>.

Deste modo, afirma Luhmann que a confiança não é mera esperança, consubstancia, na verdade, expectativa, representando interferência na decisão adotada pela pessoa confiante. Vale destacar que nas relações de supremacia sobre os acontecimentos, a confiança não é necessária, nem mesmo a sua proteção.

Observando esta ideia, Misabel Abreu Machado Derzi afirma que nas relações tributárias “[...] o Estado não ocupa a posição daquele que confia, e que, por isso mereça proteção, mas a ele poderá ser imputada a responsabilidade pela confiança gerada”<sup>53</sup>.

Desta forma, na hipótese de boa-fé, há confiança a ser protegida, sendo que a proteção de confiança e boa-fé são “[...] princípios constitucionais deduzidos da segurança jurídica, como valor e como princípio[...]”<sup>54</sup>.

Então, assim como a lei, a decisão judicial também seria fonte de confiança. A docente Misabel Abreu Machado Derzi elucida que o juiz deve atenuar os efeitos de qualquer mudança, no

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. Confianza. Trad. Amada Flores. Anthropos. Santiago: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 14, in DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, 647 p.

<sup>53</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 337.

<sup>54</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 381.

intuito de proteger a confiança e a boa-fé das pessoas que tinham pautado seu comportamento em consonância com comandos judiciais (jurisprudência) superados<sup>55</sup>.

### 6.1 Canadá: *Prevost Car Inc. v. The Queen*

O caso *Prevost Car v. The Queen* merece destaque neste trabalho pela repercussão e novidade que apresentou para o sistema jurídico canadense<sup>56</sup>. A Prevost Car é empresa criada em 1924, com sede em Sainte-Claire, Quebec. Dispõe de escritórios nos Estados Unidos e seu mercado abrange a América do Norte. Apresenta como principal atividade a produção de ônibus, venda de peças e prestação de serviços de manutenção. Atualmente, em sua página da internet, é informado que a sociedade tem 979 funcionários e faz parte grupo da Volvo<sup>57</sup>.

Examinando sua história, em maio de 1995, os acionistas da Prevost Car decidiram vender suas ações para as empresas Volvo Bus Corporation, residente da Suécia, e Henlys Group PLC, com residência estabelecida no Reino Unido. A Volvo e a Henlys, na qualidade de acionistas, celebraram acordo no qual se pretendeu incorporar uma holding holandesa (Dutchco) e transferir a ela todas as ações da Prevost. Cinquenta e um por cento das ações da holding pertenceriam à Volvo e quarenta e nove à Henlys. Foi firmado no acordo que não menos que 80% dos lucros da *holding* e suas subsidiárias seriam distribuídos para seus acionistas nas modalidades de dividendos, retorno de capital ou empréstimo. A distribuição correspondente a um exercício fiscal deveria ser declarada e seria feita, logo que possível, até o final do ano fiscal<sup>58</sup>.

Havia alguns documentos que se mostravam inconsistentes em relação à propriedade das ações da Prevost pela holding holandesa. Por exemplo, a ata da reunião dos acionistas realizada em 23 de março de 1996 estipulava que quem participaria do encontro seriam os representantes da

<sup>55</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. XXVI.

<sup>56</sup> A expressão “*treaty shopping*” foi primeiramente usada no Canadá em 1995, na decisão da Suprema Corte referente ao caso “*Crown Forest v. Canada*” (9 [1995] 2 SCR 802, 95 DTC 5389) no qual, entretanto, não se identificou a ocorrência de *treaty shopping* (in KANDEV, Michael, *Treaty Shopping After Prevost Car: What Does The Future Hold?*, *International Tax Seminar*, Kingston, Ont.: International Fiscal Association, 2009, 1-25. Disponível em: <[http://www.dwpv.com/~media/Files/PDF/Treaty\\_Shopping\\_After\\_Prevost\\_Car\\_-\\_What\\_Does\\_The\\_Future\\_Hold.ashx](http://www.dwpv.com/~media/Files/PDF/Treaty_Shopping_After_Prevost_Car_-_What_Does_The_Future_Hold.ashx)>. Acesso em 10 fev 2013.).

<sup>57</sup> Disponível em: <[www.prevostcar.com](http://www.prevostcar.com)>. Acesso em: 15 fev. 2011.

<sup>58</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody’s Tax Advisors, 2009. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

Volvo e da Henlys, não da Dutchco. Também, a Dutchco prestou algumas informações para seu banco indicando que os beneficiários efetivos das ações da Prevost eram a Volvo e a Henlys<sup>59</sup>.

Sob as provisões do tratado (Canadá-Países Baixos), a alíquota tributária sobre os dividendos pagos por um residente no Canadá para um residente nos Países Baixos seria reduzida a 5% se o beneficiário efetivo fosse diretamente ou indiretamente detentor de no mínimo 25% do capital social, e no mínimo de 10% do poder de deliberação<sup>60</sup>.

A Prevost Car, então, recolheu de tributos 5% do valor correspondente aos dividendos pagos a Dutchco em consonância com o tratado firmado pelos Países Baixos e Canadá, o qual prevê que se aplicaria a alíquota reduzida em certos casos se o beneficiário efetivo dos dividendos é companhia residente nos Países Baixos. O fisco canadense (CRA – *Canada Revenue Agency*) autou a Prevost Car pela diferença entre o montante tributado e o que teria sido recolhido se os dividendos tivessem sido pagos diretamente aos últimos detentores das ações (a Volvo e a Henlys), considerando que estes seriam os beneficiários efetivos dos dividendos pagos a Dutchco. Com a Suécia, a alíquota é de 15% e com o Reino Unido é 10%. A Prevost Car recorreu ao Judiciário<sup>61</sup>.

Em maio de 2008, a Corte Tributária canadense (*Tax Court*) publicou a esperada decisão sobre esta situação envolvendo a Prevost Car, sendo este o primeiro caso a se discutir o significado de “beneficiário efetivo” para fins de tratamento fiscal. O Tribunal decidiu que a holding holandesa, que recebeu dividendos da subsidiária canadense, era a beneficiária efetiva dos dividendos e então aplicou a menor alíquota, prevista pelo tratado internacional firmado pelos países Canadá e Países Baixos<sup>62</sup>.

Ficou claro no processo que as ações da Prevost Car, companhia canadense, eram pertencentes à companhia holandesa Dutchco. As ações da Dutchco estavam nas mãos de uma companhia sueca (51%) e outra sociedade inglesa (49%). A Dutchco não tinha escritório, funcionários, atividades ou nenhum outro ativo significativo, a não ser as ações da Prevost Car.

<sup>59</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>60</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>61</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>62</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009, trad. livre. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.



Na sua decisão, o juiz analisou a extensão material do significado de “beneficiário efetivo”, considerando casos domésticos e internacionais, significados de dicionários de expressões em francês, inglês e holandês, e comentários da OCDE (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) sobre seu tratado-modelo. No entanto, é difícil determinar quais autoridades o juiz considerou serem as mais relevantes e persuasivas.

Depois de consultar as autoridades, o juiz simplesmente concluiu que, na sua interpretação, o beneficiário efetivo dos dividendos é a pessoa que recebe os dividendos para seu próprio uso e gozo, aceita o risco e controla os dividendos que recebeu<sup>63</sup>. Em suma, os dividendos são para o próprio benefício do seu proprietário e essa pessoa não tem que dar satisfação a ninguém de como ela se comporta com a receita desse dividendo<sup>64</sup>.

O juiz indicou que no que tange às corporações, não se pode furar o véu societário, exceto se a corporação for mero canal para a outra sociedade e não exercer absolutamente nenhuma autonomia sobre o uso ou aplicação dos fundos postos através dela como canal, ou concordou em agir em total subalternidade a outra companhia, sem o direito de fazer outra coisa que esta empresa não tenha sido instruída (como, por exemplo, um corretor de ações que é registrado proprietário das ações que controla para seus clientes)<sup>65</sup>.

Embora existisse ajuste entre os últimos acionistas (Henlys e Volvo), que estipulava a política de pagamento dos dividendos, o juiz indicou que este acordo não poderia ser oposto à Dutchco, já que não era parte dele. A Dutchco tinha autonomia com respeito ao pagamento dos dividendos para seus acionistas e até escolheu exercer esse arbítrio: alguns dividendos recebidos eram de sua propriedade e disponibilizados para seus credores. Não havia repasse predeterminado ou automático de fundos para seus acionistas.

Por essas razões, o juiz entendeu que a Dutchco era a beneficiária efetiva dos dividendos. O juiz não atentou para o fato de que a Dutchco não tivesse nenhum escritório físico ou funcionários nos Países Baixos. Além disso, erros administrativos de menor importância como a

---

<sup>63</sup> CANADÁ, Tax Court of Canada. 2008 TCC 231, [2008] 5 C.T.C. 2306, 2008 DTC 3080. Disponível em: <<http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>>. Acesso em: 15 fev 2012.

<sup>64</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009, trad. livre. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>65</sup> CANADÁ, Tax Court of Canada. 2008 TCC 231, [2008] 5 C.T.C. 2306, 2008 DTC 3080, trad. livre. Disponível em: <<http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>>. Acesso em: 15 fev 2012.

referência dos últimos acionistas como sendo os detentores das ações da Prevost nos livros de atas da Prevost não foram fatais para se concluir quem era o beneficiário efetivo.

Em nota particular, a Corte se posicionou no sentido de que os comentários da OCDE em suas convenções devem ser considerados na interpretação de termos presentes em tratados, mesmo se tais documentos vieram a produzir efeitos somente depois da celebração desse acordo<sup>66</sup>.

No dia 26 de fevereiro de 2009, a Corte Federal de Apelação (*Federal Court of Appeal*-FCA) liberou a decisão do recurso interposto pelo fisco canadense. A FCA manteve o que a TC (*Tax Court*) decidiu na sua integralidade<sup>67</sup>.

A FCA não investigou profundamente o funcionamento do tratado e a maior parte da decisão é dedicada aos princípios que regem a interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária, mais especificamente o valor representado pela documentação da OCDE nesse teor. A Corte fez comentários relativos à hermenêutica dos tratados internacionais, que são obviamente interessantes aos agentes envolvidos na tributação internacional<sup>68</sup>.

No entanto, a FCA não apresentou um ponto de vista reprovador com relação à arguição do fisco de que se poderia “olhar através” (desconsiderar) das *holdings* para se chegar ao último beneficiário do dividendo.

A CRA tentou convencer a Corte a determinar que “beneficiário efetivo” (*bénéficiaire effectif*) “significa a pessoa que pode, de fato, ultimamente se beneficiar do dividendo”. Essa

<sup>66</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009, trad. livre. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>67</sup> A decisão da FCA foi assim ementada: “*Income Tax — International tax treaties — Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision finding beneficial owner of dividends paid by respondent Dutch corporation, shareholder of respondent — Dutch corporation receiving dividends from respondent, then paying similar amount of dividends to corporate shareholders, residents of Sweden, U.K. — Respondent's rate of withholding under Convention 5%, but higher if beneficial owner Swedish, British shareholders — T.C.C. correctly interpreting term “beneficial owner” — Appeal dismissed.*

*Construction of Statutes — Interpretation of term “beneficial owner” in Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, Art. 10, para. 2 — Judge examining ordinary, technical, legal meanings of “beneficial owner”, relying on Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Commentaries — OECD Commentaries acceptable guides in interpreting, applying bilateral conventions — Judge capturing essence of term “beneficial owner”*” (CANADÁ, Federal Court of Appeal. *Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65. Juiz Relator Robert Décary. Julgado em: 17/02/2009. Disponível em em: <<http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012).

<sup>68</sup> CANADÁ, Federal Court of Appeal. *Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65. Juiz Relator Robert Décary. Julgado em: 17/02/2009. Acesso em: <<http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>>. Acesso em: 15 fev. 2012

proposta definição não aparece em nenhum lugar dos documentos da OCDE e o uso da palavra “pode” abre espaço para uma multiplicidade de possibilidades que colocariam em risco o relativo grau de certeza e estabilidade que o tratado internacional busca alcançar<sup>69</sup>.

Dada a importância da decisão da FCA sobre Tratado Modelo da OCDE, faz-se importante transcrever a passagem da decisão que aborda a discussão existente acerca do significado de “beneficiário efetivo”:

A exigência de se declarar a identidade do beneficiário efetivo foi introduzida no parágrafo segundo do artigo 10 para clarificar o significado das palavras “pagas...a um residente”, já que elas são usadas no parágrafo primeiro desse artigo. Isso deixa claro que o Estado-fonte não é obrigado a deixar de tributar os dividendos meramente porque a receita foi imediatamente recebida por um residente do Estado com o qual o Estado-fonte tenha assinado um convênio. O termo “beneficiário efetivo” não é usado em um sentido técnico estrito, melhor, ele deveria ser entendido em seu contexto e à luz do objeto e propósito do Tratado, incluindo a não incidência da dupla-tributação e a prevenção da evasão fiscal<sup>70</sup>.

Resumidamente, esta decisão claramente atenta para a tese de que os dividendos pagos a sociedades *holding* (que não são canais) serão aptos a se valer dos benefícios dos tratados que buscam a suprimir a dupla tributação<sup>71</sup>.

## 6.2 Canadá: *MIL Investments S.A. v. The Queen*

Este caso envolve a disposição das ações de determinada empresa canadense, *Diamond Fields Resources Ltd* (DFR), pela MIL, companhia incorporada nas Ilhas Cayman e de propriedade do Sr. Boulle, residente de Mônaco. No ano de 1993, a MIL adquiriu parte suficiente do capital social da DFR para qualificar suas ações como tributáveis pelo Canadá (*taxable*

<sup>69</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>70</sup> BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009, trad. livre. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>71</sup> “Na figura da dupla tributação não se verifica uma contradição lógica das normas em concurso, em termos de exclusão recíproca, mas uma aplicação autônoma e independente de que resulta a produção conjunta das consequências jurídicas de ambas. Verifica-se, pois, a figura do concurso real cumulativo, do cúmulo de normas ou do cúmulo de pretensões (*Anspruchshäufung*), na terminologia de GEORGIADES. É a atenuação ou eliminação desse cúmulo que constitui o objeto das medidas tendentes a evitar a dupla tributação” (XAVIER, Alberto Pinheiro. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 41).

*canadian property*), consoante o parágrafo “f” da definição desse termo na subseção 248 da lei do tributo incidente sobre a renda (*Income Tax Act*)<sup>72</sup>.

Em 1994, a DFR descobriu grande depósito mineral de níquel, cobre e cobalto perto de Voisey’s Bay, Labrador, que aumentou o valor da participação da MIL no capital social da DFR em mais de US\$500 milhões, culminando em tal situação que engatilharia a tributação no Canadá<sup>73</sup>.

Em 1995, a MIL contratou os serviços de profissionais tributaristas para elaborarem o planejamento fiscal. O memorando apontou que a MIL poderia ser movida para a jurisdição em que um tratado internacional seria aplicado, e especificamente identifica Luxemburgo como um dos poucos países ideais, mas também notou que a isenção prevista no tratado seria possível somente se a MIL não possuísse 10% ou mais de qualquer uma das espécies acionárias da Companhia canadense.

Na íntegra desse planejamento, foi recomendada a troca, nos termos das disposições 85.1(1) do Ato (*Income Tax Act*)<sup>74</sup>, das ações da DFR por ações da Inco (a futura compradora) para diminuir a participação do Sr. Boule no capital social da DFR para abaixo dos 10% e recomendou a continuação da MIL como companhia luxemburguesa, o que daria ensejo a aplicação do tratado firmado entre o Canadá e Luxemburgo<sup>75</sup>.

A *Teck Corporation* pagou US\$ 108 milhões por 10% da DFR e celebrou acordo com a DFR no qual se comprometeu a não comprar mais ações sem a permissão da DFR (*stand still agreement*). A *Inco Limited* comprou 25% das ações de uma subsidiária da DFR, *Voisey's Bay Nickel Company Limited*, e celebrou um *stand still agreement* com a DFR também<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/>>. Acesso em 22 Abr. 2011.

<sup>73</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>74</sup> Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/>>. Acesso em 22 Abr. 2011.

<sup>75</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>76</sup> Cf. íntegra do tratado internacional firmado entre Canadá e Luxemburgo destinado a suprimir a dupla tributação e combater a evasão fiscal disponível em: <[http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075\\_1e.html](http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075_1e.html)>. Acesso 11 mar. 2011.

<sup>77</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

Agindo nesses propósitos, a MIL vendeu ações da Inco adquiridas de acordo com o dispositivo 85.1 (*share-for-share exchange*)<sup>78</sup>, na qual a participação da MIL na DFR foi reduzida a 9,817%, resultando em ganho de capital de aproximadamente US\$ 65 milhões, e, finalmente vendeu 50 mil ações da DFR, obtendo ganho em torno de US\$ 4,5 milhões. Nessas duas operações a MIL não recolheu os impostos porque foi considerada isenta (declarou-se apta a ser beneficiada e a CRA não impugnou)<sup>79</sup>.

Em 1996, depois de negociações com dois diferentes grupos empresariais (a Falcon bridge Limited e a Inco), a MIL vendeu suas ações remanescentes da DFR para a Inco, operação esta que foi aceita pela DFR, percebendo ganho de capital próximo de US\$ 426 milhões, sobre o qual aclamou a isenção prevista no tratado. Pouco depois, a maior parte desse valor foi transferida para uma nova companhia das Ilhas Cayman de total de propriedade do Sr. Boulle<sup>80</sup>.

A *Canada Revenue Agency* autuou a MIL para negar a aplicação da isenção prevista no tratado com respeito ao ganho na venda final em 1996, nos termos da subseção 245(2) do *Income Tax Act*<sup>81</sup>. A CRA, em uma de suas antigas circulares sobre a cláusula geral anti-evasiva (subseção 245 [4]), exprimiu que a regra não se aplica a uma operação elisiva se se puder ser razoavelmente considerado que a transação não resultaria num uso indevido das provisões da Lei ou abuso<sup>82</sup>, considerando as disposições do Ato como um todo<sup>83</sup>.

A premissa que se apoiava o Fisco era a seguinte: as operações que se assentam em disposições específicas (por exemplo, previsões de incentivos) ou nas regras gerais da Lei podem ser obstadas (impugnadas) se suas consequências são tão inconsistentes com o esquema geral da Lei que elas não podem estar dentre as expectativas do Parlamento (a vontade do legislador). Por

<sup>78</sup> Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/>>. Acesso em 22 Abr. 2011.

<sup>79</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>80</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>81</sup> Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/>>. Acesso em 22 Abr. 2011.

<sup>82</sup> A OCDE define “*abuse of law*” como: “*The doctrine which allows the tax authorities to disregard a civil law form used by the taxpayer which has no commercial basis*” (OCDE, *Glossary of Tax Terms*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#>>. Acesso em 23 mar 2011).

<sup>83</sup> CANADÁ, Canada Revenue Agency. *Using Tax Havens to Avoid Paying Taxes: Worth the risk?* Disponível em: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tg/rc4507/rc4507-09e.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2011.

outro lado, a transação que é coerente com o objeto e o espírito das provisões da Lei não será afetada<sup>84</sup>.

A Corte Tributária do Canadá (*Tax Court*) concluiu que a subseção 245(2) do *Income Tax Act* não era aplicável porquanto não houve elusão<sup>85</sup> (*avoidance operation*) dentro da acepção da subseção 245(3) da Lei do tributo incidente sobre a renda, e que nem o pedido de incidência da isenção pela MIL constitui abuso do tratado para os propósitos da subseção 245 (4) da Lei<sup>86</sup>.

A Corte identificou também que não havia ambiguidade no tratado permitindo que se pudesse viabilizar a interpretação de que existisse inerente cláusula anti-abuso. E que, mesmo que o preâmbulo referisse à prevenção da evasão fiscal<sup>87</sup>, independentemente, isso não constituiria regra *anti-treaty shopping*.

Concluiu o magistrado que o princípio do *pacta sunt servanda* (cujo enunciado prescreve que o que foi pactuado deve ser cumprido) da Convenção de Viena, combinado com o texto do tratado implicam que a MIL tinha direito ao benefício da isenção. Aliás, a posição da OCDE em 1977 estabeleceu que os contribuintes pudessem explorar as diferenças entre as bases de cálculo e as vantagens oferecidas pelos Estados, mas que cabe somente aos próprios Estados adotar provisões em suas leis domésticas para combater possíveis abusos<sup>88</sup>.

Para chegar à conclusão de que nenhuma das operações incorreu em evasão fiscal, a Corte considerou que o objetivo global de uma série de transações seria o propósito de todas as operações em conjunto, e que a venda final em 1996 não foi parte de uma série de transações porque, ao longo das operações, era apenas uma possibilidade.

<sup>84</sup> CANADÁ, Canada Revenue Agency. *Using Tax Havens to Avoid Paying Taxes: Worth the risk?* Disponível em: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tg/rc4507/rc4507-09e.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2011.

<sup>85</sup> A elusão fiscal se aproxima da definição de “tax avoidance”, conceituado pela OCDE como: “A term that is difficult to define but which is generally used to describe the arrangement of a taxpayer's affairs that is intended to reduce his tax liability and that although the arrangement could be strictly legal it is usually in contradiction with the intent of the law it purports to follow” (OCDE, *Glossary of Tax Terms*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#>>. Acesso em 23 mar 2011).

<sup>86</sup> CANADÁ, Tax Court of Canada. *MIL (investments) S.A. v. The Queen*. 2004-3354(IT)G. Juiz Relator R.D. Bell. Julgado em 30/03/2006. Disponível em: <<http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/2006/2006tcc208/2006tcc208.html>>. Acesso em 25 fev. 2011.

<sup>87</sup> Assim foi escrito o preâmbulo do tratado: “*The Government of Canada and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg desiring to conclude a Convention for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital, have agreed as follow*” (Disponível em: <[http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075\\_1e.html](http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075_1e.html)>. Acesso em 21 mar 2011).

<sup>88</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.



Em relação à subseção 245(4), a Corte observou que o conteúdo das condutas da MIL não resultou em abuso do tratado porque a seleção de um tratado para mitigar a carga tributária por si só não pode ser interpretada como abusiva. O uso do tratado selecionado é que deve ser analisado. Entendeu também a *Tax Court* que as disposições do art. 13(4) da Convenção<sup>89</sup> não podem ser interpretadas como abusadas pela MIL, porque deve-se presumir que o Canadá, nas suas previsões de isenções, tenha motivação válida para permitir que Luxemburgo retenha o direito exclusivo de tributar os ganhos nessas situações específicas como, por exemplo, a intenção de estimular o investimento estrangeiro no mercado canadense<sup>90</sup>.

A *Tax Court* julgou que os comentários da OCDE supervenientes não podem ser consultados para se interpretar tratados previamente existentes. Esta conclusão parece não estar consoante outras decisões já tomadas pela TC, como no caso *Cudd Pressure v. The Queen* (FCA 98 DTC 6630)<sup>91</sup>, em que foi invocado que sempre deveriam ser considerados como parte do contexto de tratados vigentes os comentários da OCDE, mesmo quando estes não revelam por si só a intenção das partes no tempo em que o acordo foi assinado.

A CRA, por sua vez, apelou para a FCA. A *Federal Court of Appeal* se negou a modificar a interpretação da TC sobre as “operações em série” e decidiu que mesmo se a venda final for parte de uma série de transações, não houve uso indevido de nenhuma provisão determinada do *Income Tax Act* ou do tratado entre o Canadá e Luxemburgo<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Assim dispõe o art. 13 (4) do tratado internacional sob enfoque: “Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of: (a) shares (other than shares listed on an approved stock exchange in the other Contracting State) forming part of a substantial interest in the capital stock of a company the value of which shares is derived principally from immovable property situated in that other State; or (b) an interest in a partnership, trust or estate, the value of which is derived principally from immovable property situated in that other State, may be taxed in that other State. For the purposes of this paragraph, the term “immovable property” does not include property (other than rental property) in which the business of the company, partnership, trust or estate was carried on; and a substantial interest exists when the resident and persons related thereto own 10 per cent or more of the shares of any class or the capital stock of a company” (Disponível em: <[http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075\\_1e.html](http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075_1e.html)>. Acesso em 21 mar 2011).

<sup>90</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>91</sup> CANADÁ, Federal Court of Appeal. *Cudd Pressure Control Inc. v. The Queen*, 98 DTC 6630. Juiz Relator J.A. Robertson. Julgado em: 19/10/1998. Disponível em: <[http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/1998/a-369-95\\_6778/a-369-95.html](http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/1998/a-369-95_6778/a-369-95.html)>. Acesso em 21 mar. 2011.

<sup>92</sup> A ementa da decisão foi assim elaborada: “[1] In order to succeed in this appeal, the appellant Her Majesty the Queen must persuade us that one transaction in the series of transactions in issue is an avoidance transaction, and that the tax benefit achieved by the respondent MIL (Investments) S.A. is an abuse or misuse of the object and purpose

Na análise do tratado firmado pelos dois países, a FCA somente considerou o art. 13(4) e concluiu que se o objeto da previsão da isenção era para ser limitado aos investimentos em que não se pretende o controle das decisões da sociedade (*portfolio investments*), o tratado deveria ter especificado isso. Nesse desiderato, dentre os argumentos tecidos no recurso, a CRA, negando fazer interpretação literal da norma, tinha sustentado que a isenção deveria ser limitada aos *portfolio investments*<sup>93</sup>.

---

*of article 13(4) of the Convention between Canada and the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital (the Tax Treaty).*

[2] *The Tax Court judge found that the series of transactions consisted of the respondent's sale of 703,000 shares of Diamond Fields Resources Ltd. (DFR), the payment of the Final Dividend (as described in the Tax Court judge's reasons) and the continuance of the respondent as a Luxembourg corporation. The Tax Court judge found that the respondent's August 1996 sale of its remaining shares in DFR was not part of the series because "at the end of the series of transactions, DFR management, including co-chairman Boulle (the directing mind of the respondent) and therefore the appellant [respondent in the appeal] had no intention of selling": Reasons for Decision, at para. 67.*

[3] *The appellant's task has been made easier by the respondent's admission that its continuance as a Luxembourg corporation was an avoidance transaction. As a result, and even though the Tax Court judge found that the respondent's August 1996 sale of its shares in DFR was not, in and of itself, an avoidance transaction, the tax benefit which the respondent ultimately obtained following that sale may be subject to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR) if the sale was part of the series of transactions or was undertaken in contemplation of the series of transactions.*

[4] *Counsel for the appellant and counsel for the respondent, each in their turn, took us to the evidence in support of their position. The fact that there is evidence in support of each side's position makes it unlikely that the Tax Court judge's conclusion was the result of a palpable and overriding error.*

[5] *We do not have to answer that question as we are of the view that the appeal would fail in any event as we are unable to see in the specific provisions of the Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the Act) and the Tax Treaty to which we were referred, interpreted purposively and contextually, any support for the argument that the tax benefit obtained by the respondent was an abuse or misuse of the object and purpose of any of those dispositions.*

[6] *It is clear that the Act intends to exempt non-residents from taxation on the gains from the disposition of treaty exempt property. It is also clear that under the terms of the Tax Treaty, the respondent's stake in DFR was treaty exempt property. The appellant urged us to look behind this textual compliance with the relevant provisions to find an object or purpose whose abuse would justify our departure from the plain words of the disposition. We are unable to find such an object or purpose.*

[7] *If the object of the exempting provision was to be limited to portfolio investments, or to non-controlling interests in immovable property (as defined in the Tax Treaty), as the appellant argues, it would have been easy enough to say so. Beyond that, and more importantly, the appellant was unable to explain how the fact that the respondent or Mr. Boulle had or retained influence of control over DFR, if indeed they did, was in itself a reason to subject the gain from the sale of the shares to Canadian taxation rather than taxation in Luxembourg.*

[8] *To the extent that the appellant argues that the Tax Treaty should not be interpreted so as to permit double non-taxation, the issue raised by GAAR is the incidence of Canadian taxation, not the foregoing of revenues by the Luxembourg fiscal authorities.*

[9] *As a result, the appeal will be dismissed with costs" (CANADÁ, Federal Court of Appeal. MIL (Investments) S.A. v. Her Majesty the Queen, [2007] 4 C.T.C. 253, 2007 FCA 236. Juiz Relator J.D. Denis Pelletier. Julgado em 13/06/2007. Disponível em: <<http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2007/2007fca236/2007fca236.html>>. Acesso em: 21 fev. 2011).*

<sup>93</sup> CANADÁ, Federal Court of Appeal. MIL (Investments) S.A. v. Her Majesty the Queen, [2007] 4 C.T.C. 253, 2007 FCA 236. Juiz Relator J.D. Denis Pelletier. Julgado em 13/06/2007. Disponível em: <<http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2007/2007fca236/2007fca236.html>>. Acesso em: 21 fev. 2011

Nota-se que na decisão, a FCA permaneceu silenciosa com relação ao fundamento da *Tax Court* de que a escolha de um tratado para reduzir a carga tributária por si só não pode ser considerada abusiva.

A apreciação do Judiciário causou grande repercussão na doutrina canadense. Muitos juristas não se conformaram com a decisão que, para eles, apresentou-se como um caso evidente de *treaty shopping* sendo admitido. O fato de o Sr. Boulle ter desviado sua renda via Luxemburgo para se beneficiar do tratado, que explicitamente foi limitado aos residentes dos dois países signatários<sup>94</sup> (Canadá e Luxemburgo), ao invés de ter sido tributado como residente das Ilhas Cayman (ou Mônaco), pareceu operação de evasão, já que a MIL era somente residente de Luxemburgo por conveniência<sup>95</sup>.

Foram emitidas críticas aos posicionamentos dos Tribunais no sentido de que enquanto a *Tax Court* simplesmente aceitou o *treaty shopping* como prática legítima, a *Federal Court of Appeal* limitou sua análise à alegação de abuso (uso indevido) do art. 13 (4) (que trata da tributação de ganho de capital) do tratado, deixando de atentar para a questão mais fundamental: a aplicação do próprio acordo respeitadas as suas finalidades. Na visão desses críticos, de acordo com a subseção 245(4) do *Tax Income Act*, a FCA deveria ter, pelo menos, tentado oferecer algum parâmetro para se saber quando uma operação que visa a reduzir a carga tributária constituiria abuso do tratado e suas disposições, especialmente em relação aos arts. 1º e 2º<sup>96</sup>, que estabelecem o escopo do tratado.

<sup>94</sup> O Art. 1º do tratado explicita sua natureza fechada: “*This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States*” (Disponível em: <[http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075\\_1e.html](http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075_1e.html)>. Acesso em 21 mar 2011).

<sup>95</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>96</sup> Art 2º do tratado Canadá-Luxemburgo: “*Taxes Covered. 1. The existing taxes to which the Convention shall apply are, in particular: (a) in the case of Canada: the taxes imposed by the Government of Canada under the Income Tax Act, (hereinafter referred to as "Canadian Tax"); (b) in the case of Luxembourg: (i) the income tax on individuals; (ii) the corporation tax; (iii) the special tax on directors' fees; (iv) the capital tax; and (v) the communal trade tax; (hereinafter referred to as "Luxembourg tax"). 2. The Convention shall apply also to any identical or substantially similar taxes which are imposed after the date of signature of the Convention in addition to, or in place of, the existing taxes. The competent authorities of the Contracting States shall notify each other of any significant changes which have been made in their respective taxation laws*” (Disponível em: <[http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075\\_1e.html](http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075_1e.html)>. Acesso em 21 mar 2011).

O art. 4º trata dos requisitos para que uma pessoa possa ser considerada residente<sup>97</sup>. Como no caso não houve descumprimento deste preceito, os críticos das decisões judiciais se posicionaram no sentido de que o mero preenchimento dessas exigências não teria valor se fosse desrespeitado o propósito do tratado, incorrendo-se, assim, em abuso<sup>98</sup>.

No entanto, entende-se, com vista à preservação da segurança jurídica, que não seria prudente reconhecer a existência de outros requisitos ou ressalvas a essas condições para alguém gozar do *status* residente que não fossem decorrentes de lei<sup>99</sup>.

De mais a mais, vigora hoje a interpretação dos textos não mais atentada à *mens legislatoris*, mas à *mens legis*<sup>100 101</sup>. Deste modo, compreende-se que não se deve ignorar que o

<sup>97</sup> Art. 4º do tratado: “Resident. 1. For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of that person’s domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. This term also includes a Contracting State or a political subdivision or local authority thereof or any agency or instrumentality of any such State, subdivision or authority. 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. 2. Where by reason of the provisions of paragraph 1 an individual is a resident of both Contracting States, then the individual’s status shall be determined as follows: (a) the individual shall be deemed to be a resident only of the State in which the individual has a permanent home available; if the individual has a permanent home available in both States, the individual shall be deemed to be a resident only of the State with which the individual’s personal and economic relations are closer (centre of vital interests); (b) if the State in which the individual’s centre of vital interests is situated cannot be determined, or if there is not a permanent home available to the individual in either State, the individual shall be deemed to be a resident only of the State in which the individual has an habitual abode; (c) if the individual has an habitual abode in both States or in neither of them, the individual shall be deemed to be a resident only of the State of which the individual is a national; (d) if the individual is a national of both States or of neither of them, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question 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, the competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement endeavour to settle the question. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to claim any relief or exemption from tax provided by the Convention” (Disponível em: <[http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075\\_1e.html](http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071126040811/http://www.fin.gc.ca/news99/data/99-075_1e.html)>. Acesso em 21 mar 2011).

<sup>98</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>99</sup> Para Misabel Derzi, “[...] a confiabilidade do ordenamento jurídico e a previsibilidade das intervenções do Estado conduzem à proteção da confiança da lei ou da norma”. Nesta trilha, a fidelidade ao sistema também deve ser preservada, por seu efeito garantidor de igualdade, tida, assim, como regra de “sequência correta” (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 11e 49).

<sup>100</sup> A partir do final do século XVIII, a imprescindibilidade da interpretação do legislador foi afastada; desde então, as funções interpretativa e aplicadora das leis foram delegadas aos Tribunais. Luhmann, nesse sentido, disserta que “somente isso torna possível que se possa exigir dos Tribunais decidam todos os casos que lhe são apresentados. A ‘vinculação à lei’ torna-se assim, por sua vez, objeto da interpretação por parte do Juiz” (LUHMANN, Niklas, *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, traduzido por Peter Naumann e revisado por Vera Jacob de Fradera, Revista Ajuris: Porto Alegre, n. 49, ano XII, jul., 1990, p.153).

<sup>101</sup> Neste sentido: BOWLER, Tracie. *Countering tax avoidance in the UK: Which way forward?* – Tax Law Review Committee Discussion Paper No. 7 London: The Institute for Fiscal Studies, 2009, p. 11.

contexto de aplicação das leis e mesmo os propósitos dos legisladores (neste caso, os *negotiators*) se modificam constantemente à luz de novas realidades sociais.

No que tange ao *General Anti-Avoidance Rule*, Regra Geral Anti-elusiva, – GAAR (subseção 245[2] do *Income Tax Act*)<sup>102</sup>, invocado pela CRA como dispositivo apto a embasar a desconconsideração do negócio jurídico, pareceu-se que há dificuldades referentes à sua aplicação semelhantes às do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional<sup>103</sup>.

Provavelmente com fito de demonstrar a intenção do Sr. Boule de não pagar tributos, foi a alegação da CRA de que o fisco luxemburguês, em relação ao ganho de capital de Boule, deixou de tributar o fato gerador isento pelo Canadá. Contudo, a FCA não teve dificuldades para rebater esse argumento, pronunciando que "[...] a questão levantada pelo GAAR é (deveria ser) a incidência da tributação do Canadá, e não a renúncia de receitas por parte das autoridades fiscais de Luxemburgo"<sup>104</sup>.

Conforme se verificou, a jurisprudência canadense privilegiou a segurança jurídica, negando-se a fazer interpretação ampliativa de preceitos legais que poderiam ter fundamentado a desconconsideração de negócios jurídicos. Neste ponto, elogia-se os posicionamentos exarados pelos tribunais em favor da confiança no sistema jurídico e previsibilidade das intervenções estatais.

### **6.3 Reino Unido: *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch***

Este exame jurisprudencial gira em torno da definição do termo beneficiário efetivo. No Reino Unido, surpreendentemente, não havia praticamente nenhuma jurisprudência a respeito do

<sup>102</sup> Subseção 245 (2) do *Income Tax Act*: “Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction” (Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/page-398.html#h-151>>. Acesso em 21 mar. 2011).

<sup>103</sup> Conforme se entende comumente, será elisivo o ato ou negócio jurídico realizado (quase sempre) antes da ocorrência do fato gerador, e sem o emprego de simulação, dissimulação, sonegação, abuso de formas ou fraude à lei. Se estes vícios não forem constatados, avalia-se que a própria desconconsideração é que estará em desacordo com a ordem jurídica.

<sup>104</sup> CANADÁ, Federal Court of Appeal. *MIL (Investments) S.A. v. Her Majesty the Queen*, [2007] 4 C.T.C. 253, 2007 FCA 236. Juiz Relator J.D. Denis Pelletier, tradução livre. Julgado em 13/06/2007. Disponível em: <<http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2007/2007fca236/2007fca236.html>>. Acesso em: 21 fev. 2011.



significado de *beneficial ownership* até o *Indofood case*. Havia um caso holandês poucos anos atrás em que uma companhia do Reino Unido adquiriu o usufruto para receber os dividendos de ações holandesas: a *Amsterdam Court* (Corte de Amsterdã) decidiu que a pessoa que tinha o usufruto dos dividendos não era o beneficiário efetivo, mas a *Hoge Raad* (Suprema Corte) corretamente reverteu isso decidindo que o mero fato de a companhia ter direito somente aos dividendos e não à propriedade das ações não a impedia de ser a beneficiária efetiva<sup>105</sup>.

Em março de 2006, é publicada a decisão da *Court of Appeal* sobre o significado de *beneficial ownership*, porém, desde então, tem-se questionado se esta tenha colaborado para esclarecer o entendimento acerca da acepção do termo. Para um caso em que se tenha solicitado a clarificação de uma expressão-chave usada na tributação internacional, surpreende o fato de que este não se tratava tecnicamente de situação tributária<sup>106</sup>.

Foi caso de direito civil trazido pelas duas partes em razão de contrato de empréstimo. O seu pano de fundo é relativamente complicado, mas pode ser simplificado. Uma companhia indonésia pretendeu levantar empréstimo para propósitos comerciais: se ela tivesse o feito diretamente, haveria aplicação de 20% de alíquota sobre os juros que pagasse, ficando o montante diretamente retido na fonte<sup>107</sup>.

Ao invés disso, a companhia indonésia estabeleceu uma subsidiária na Mauritânia que então pediu o empréstimo à JP Morgan, agindo essa como agente fiduciária (*trustee*) aos acionistas (*bondholders*<sup>108</sup>). Os juros pagos da Indonésia à Mauritânia foram beneficiados por tratado entre esses dois Estados, com reduzida tributação de 10%. Juros pagos da Mauritânia aos credores não foram sujeitos a tributação na fonte<sup>109</sup>.

Alguns termos do acordo com a subsidiária financeira mauritana apresentam relevância: Montante idêntico de dinheiro foi emprestado pela companhia mauritana, e então financiado à

<sup>105</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 18, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>106</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 18, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>107</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 18, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>108</sup> Detentores de obrigações garantidas por ativos.

<sup>109</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 18, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.



empresa indonésia, sendo iguais as estipulações de juros nos dois contratos. A disposição, no primeiro contrato, referente aos juros para pagamento pela sociedade indonésia para a subsidiária mauritana apresentava termo no dia 1º, e, já no segundo acerto, previa como data para o adimplemento o dia 2. Deste modo, concluía-se que os juros foram pagos diretamente pela companhia indonésia aos credores, inexistindo a subsidiária mauritana.

De acordo com a *Court of Appeal*, os enunciados da documentação do empréstimo excluíram a subsidiária mauritana de gerir suas obrigações de pagar os juros aos credores de qualquer outra fonte que não fossem os juros pagos pela controladora; a subsidiária mauritana era vinculada a pagar todo o dinheiro que recebia da matriz: nada que recebia poderia ser retido pela subsidiária mauritana<sup>110</sup>.

Com esse entendimento, o tratado entre a Indonésia e a Mauritânia foi desconsiderado. Portanto, essa não aplicação teria implicado que o valor do tributo a ser retido sobre os juros da controladora indonésia seriam redirecionados para a alíquota doméstica de 20%. No entanto, a documentação do empréstimo continha uma provisão de que se a alíquota do tributo sobre os juros fosse elevada, o devedor (contraente do empréstimo) teria que suportar o encargo fiscal mais elevado para que os credores recebessem o mesmo retorno avençado. Em virtude desta cláusula onerar mais o mutuário, este teria a opção, se inexistisse saída para se reverter a situação (ou seja, voltar a recolher menos tributo), de adiantar o pagamento do empréstimo<sup>111</sup>.

Agora que se chega ao ponto nuclear do *Indofood case*: a mutuária alegou que como não havia nenhuma medida razoável de que poderia se valer para obter o benefício da tributação reduzida, ela poderia pagar o empréstimo antecipadamente. Contrariamente, a JP Morgan, agindo a favor dos *bondholders*, sustentou que haveria sim saída válida, e que não existia razão para adiantar o empréstimo. Figurou óbvio que seria mais atrativo à mutuária pagar o empréstimo antes do tempo e refinanciar, enquanto a JP Morgan desejava manter o contrato do jeito que estava<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> REINO UNIDO, Court of Appeal, Civil Division. *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, processo n. A3/2005/2497. Julgado em: 02/03/2006. Disponível em: < <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/-52568119> >. Acesso em 29 jan. 2013.

<sup>111</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 19, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>112</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 20, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

A solução proposta pela JP Morgan foi a de interpor uma entidade holandesa entre a mutuária indonésia e a empresa mauritana para que elas se beneficiassem do tratado firmado entre a Indonésia e os Países Baixos, que também previa reduzida alíquota de 10% (ou mesmo a possibilidade de zero tributo retido na fonte)<sup>113</sup>.

Dois argumentos foram expostos para explicar por que a proposta de interposição de uma companhia holandesa não iria funcionar: 1) que ela não era a beneficiária efetiva dos juros; 2) e que ela não seria considerada residente dos Países Baixos para fins fiscais. Como haveria esses empecilhos, a sugerida companhia holandesa não conseguiria a tributação mitigada, e uma medida que está fadada a falhar não poderia ser considerada razoável<sup>114</sup>.

Tecnicamente, a questão era se a entidade holandesa faria jus à tributação reduzida de acordo com o tratado. Esta indagação ainda esbarrava na dúvida de como o Fisco Indonésio (*Indonesian Revenue*) iria se comportar com a companhia holandesa – eles iriam considerá-la a beneficiária efetiva? E, se o Fisco rejeitasse a aplicação do tratado, como o Judiciário da Indonésia iria responder? Portanto, o assunto era com relação à lei e à jurisprudência indonésia. O litígio foi a Londres em virtude do contrato de empréstimo conter cláusula de fixação de competência para dirimir controvérsias judiciais, remetendo a causa à *English High Court*<sup>115</sup>.

Na primeira instância, o juiz Evan-Lombres decidiu que se a companhia mauritana tinha sido a beneficiária efetiva dos juros, então assim seria a companhia holandesa. É claro que há uma simples resposta a isso: talvez a empresa mauritana não tenha sido considerada a beneficiária efetiva desde o primeiro momento<sup>116</sup>.

A Corte de Apelação (*Court of Appeal*) reverteu o julgamento da primeira instância. Por unanimidade, decidiram que a companhia holandesa interposta não seria a beneficiária efetiva dos juros. O julgamento apresentou relevância porque, pela primeira vez, uma Corte inglesa teve de fornecer a definição do termo “beneficiário efetivo” incluído em tratado internacional que verse

<sup>113</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 20, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>114</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 20, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>115</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 21, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>116</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 21, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

sobre matéria tributária. Infelizmente, o modo que fizeram isso proveu pouco esclarecimento sobre o termo jurídico<sup>117</sup>.

Dois aspectos relevantes devem ser salientados sobre o julgamento da *Court of Appeal*: Primeiramente, infelizmente, nenhum dos magistrados (e ninguém do conselho) era especialista em direito tributário, muito menos em direito tributário internacional; e, por questão técnica, a Corte de Apelação tinha somente de decidir se a interposição da companhia holandesa seria medida razoável para a mutuária adotar<sup>118</sup>.

Deste modo, a Corte deveria decidir se o Fisco Indonésio teria (ou não) histórico de considerar a empresa interposta beneficiária efetiva, pronunciando-se a respeito da razoabilidade da providência (a interposição). Contudo, este não foi o caminho que a *Court of Appeal* adotou. Felizmente, a Corte optou a encarar a questão do significado de “beneficiário efetivo”<sup>119</sup>.

Os advogados tributaristas do Reino Unido temiam que os juízes interpretassem o termo “*beneficial ownership*” a partir de seus conhecimentos de equidade e confiança, admitindo que o termo tivesse definição somente com base no sistema do *common law* com o qual eles estivessem familiarizados: isto é, que haveria distinção entre propriedade (*legal ownership*) e *beneficial ownership*. A acepção do termo seria atrapalhada com a diferença entre o distinto interesse da controladora e o de sua beneficiária sob seu controle<sup>120</sup>.

O termo “*beneficial ownership*” é usado em múltiplos tratados em países de *common law*, *civil law*, ou de outros sistemas jurídicos que têm origens históricas totalmente diferentes desses. Nesta trilha, Philip Baker enfatiza que o termo precisava era de significado internacional<sup>121</sup>.

Corretamente, a *Court of Appeal* decidiu que o termo “beneficiário efetivo” não deveria ter definição plasmada em leis internas do Reino Unido, mas que ele deveria ter significado internacional, uniforme. O desafio era onde encontrar a tal acepção fiscal internacional. Existem

<sup>117</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 21, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>118</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 22, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>119</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 22, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>120</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 22-23, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>121</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 23, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

aqui bons e ruins detalhes sobre a referida decisão. Os bons são que *Court of Appeal* remeteu sua investigação ao Comentário da OCDE, e pareceu concordar de atribuir o significado fiscal internacional<sup>122</sup>. Entretanto, houve algumas inadequadas referências às declarações do Diretor-geral do tributo incidente sobre a renda indonésio, para quem *beneficial ownership* significa “o pleno privilégio de se beneficiar diretamente da renda”<sup>123</sup>.

No fim das contas, e se assentando nos fatos do caso (e é muito importante ressaltar que este foi decidido incidentalmente), a proposta companhia holandesa não teria sido a beneficiária efetiva dos juros. Neste sentido, portanto, a proposta solução não funcionaria, e não seria razoável exigir que a mutuária adotasse uma medida que estaria fadada ao fracasso<sup>124</sup>.

Com a decisão, discussões entre *City Law firms*, a *Law Society* e a *HM Revenue & Customs* (HMRC, o Fisco inglês) levaram à publicação do esboço de um manual pela HMRC sobre o impacto do *Indofood case*. O guia parece ter sido elaborado para assegurar à *City Law firms* que muitas estruturas vigentes não seriam sujeitas a exame negativo em razão do resultado do *Indofood case*. No entanto, Phillip Baker diz que a abordagem adotada pela HMRC para chegar a este confortável produto não é particularmente atraente do ponto de vista intelectual. Muitos dos escritórios de advocacia quiseram “enterrar” o resultado do *Indofood case*, arguindo que a jurisprudência não guardava relação com a legislação fiscal do Reino Unido<sup>125</sup>.

Todavia, Phillip Baker entende que, como questão prática, a decisão é claramente atingível às situações internas. Uma vez que a *Court of Appeal* afirmou que o termo “*beneficial ownership*” deveria ter significado fiscal internacional, não há por que a acepção encontrada no *Indofood case* não deveria ser também aplicada se fatos similares emergissem com respeito ao Reino Unido. Minimamente, reconhece-se que a *Court of Appeal*, por ser autoridade fortemente persuasiva, sua jurisprudência é de indelével relevância<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> REINO UNIDO, Court of Appeal, Civil Division. *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, processo n. A3/2005/2497. Julgado em: 02/03/2006. Disponível em: < <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/-52568119> >. Acesso em 29 jan. 2013.

<sup>123</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 24, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>124</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 24, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>125</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 25-26, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>126</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 26, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

A HMRC, em seu manual, corrobora que a *Court of Appeal* proveu orientação para o entendimento do termo “*beneficial ownership*” também perante o sistema jurídico do Reino Unido (e não só da Indonésia). Não obstante, a HMRC enfatizou que esse significado deveria ser interpretado no contexto do objeto e propósito do tratado: e o objeto e o propósito incluem o combate à elusão fiscal internacional através do *treaty shopping*. O guia sugere, assim, que “*beneficial ownership*” apresentaria somente sua aceção fiscal internacional quando o *treaty shopping* é desejado, porém isso não ocorre quando não se objetiva o *treaty shopping*. Phillip Baker diz que, intelectualmente, esta é uma posição nada atraente a se assumir, e é difícil ver algum suporte legal para essa abordagem<sup>127</sup>.

Enfim, pretendeu a HMRC com essa linha de pensamento identificar acordos comerciais que, desde que não objetivassem realizar o *treaty shopping*, não terão negados os benefícios dos tratados.

#### **6.4 França: *Societe Bank of Scotland v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie***

Em 2006, no caso envolvendo o *Bank of Scotland*, o Conselho de Estado (*Conseil d'État*) aplicou o conceito de fraude à lei (*fraude à la loi*) no contexto do *treaty shopping*. O termo “fraude à lei” se refere a qualquer ação tomada com o único propósito de evitar a incidência tributária, de forma não prevista pelo legislador<sup>128</sup>.

Por transparecerem a realidade sobre a qual tal decisão foi tomada, as peculiaridades do caso merecem destaque. Assim sendo, neste contexto, determinada companhia farmacêutica americana, *Merrel Dow Inc*, contratou com um residente do Reino Unido, *Bank of Scotland*, visando obter vantagens avençadas em tratado celebrado entre o Reino Unido e a França (*France-UK treaty*). Para tanto, a companhia americana cedeu para o banco, pelo período de três anos, ações preferenciais sem direito a voto de sua subsidiária francesa através de contrato de usufruto. O *Bank of Scotland* recebeu dividendos predeterminados da empresa subsidiária francesa e, em

<sup>127</sup> BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GIRC Review 1, 2007, p. 26-27, tradução livre. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>128</sup> Sobre a “*fraud à la loi*”, cf.: SAUVÉ, Jean-Marc; BÉNARD, Yohann. *L'abus de droit en matière fiscale*. Paris: Conseil d'État, 2007, 8p. Disponível em: <[http://www.conseil-etat.fr/media/document/abus\\_de\\_droit\\_070307.pdf](http://www.conseil-etat.fr/media/document/abus_de_droit_070307.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2012.



contrapartida, pagou os juros de montante equivalente, correspondentes a um contrato de empréstimo para a companhia americana. Várias cláusulas desse acordo *back-to-back*<sup>129</sup> isentaram o *Bank of Scotland* de qualquer risco associado a esse ajuste<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> A operação *back-to-back* pode ser definida como aquela “[...] de natureza cambial destinada a amparar a compra e venda de produto estrangeiro, realizado no exterior por empresa estabelecida no Brasil, sem que a mercadoria transite fisicamente pelo território brasileiro, não caracteriza exportação” (BRASIL, Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, Superintendência Regional da Receita Federal/8ª Região Fiscal, solução de consulta nº 202, de 16 de outubro de 2003. Disponível em: <[http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=&s9=NAO+DRJ/\\$.SIGL.&n=DTPE&d=DECW&p=1&u=/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=18&f=G&l=20&s1=SRRF/8%AA+RF+OU+Disit+08+OU+Diana+08&s6=SC+OU+DE&s3=202&s4=&s5=&s8=&s7=>](http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=&s9=NAO+DRJ/$.SIGL.&n=DTPE&d=DECW&p=1&u=/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=18&f=G&l=20&s1=SRRF/8%AA+RF+OU+Disit+08+OU+Diana+08&s6=SC+OU+DE&s3=202&s4=&s5=&s8=&s7=>)>. Acesso em 15 fev 2011.

<sup>130</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.



Esse esquema foi especificamente direcionado para o benefício do art. 24<sup>131</sup>, combinado com o art. 9º, do supracitado tratado, no qual o *Trésor Français* (Tesouro Francês) se compromete a estornar na forma de crédito tributário aos residentes do Reino Unido o valor do tributo recolhido sobre os dividendos das companhias francesas distribuídos aos residentes britânicos. O

<sup>131</sup> Assim dispõe o art. 24 do tratado entre o Reino Unido e a França: “*ELIMINATION OF DOUBLE TAXATION 1. Subject to the provisions of the law of the United Kingdom regarding the allowance as a credit against United Kingdom tax of tax payable in a territory outside the United Kingdom (which shall not affect the general principle hereof): (a) French tax payable under the laws of France and in accordance with this Convention, whether directly or by deduction, on profits, income or chargeable gains from sources within France (excluding in the case of a dividend, tax payable in respect of the profits out of which the dividend is paid) shall be allowed as a credit against any United Kingdom tax computed by reference to the same profits, income or chargeable gains by reference to which French tax is computed; (b) in the case of a dividend paid by a company which is a resident of France to a company which is a resident of the United Kingdom and which controls directly or indirectly at least 10 per cent of the voting power in the company paying the dividend, the credit shall take into account (in addition to any French tax for which credit may be allowed under the provisions of sub-paragraph (a)) the French tax payable by the company in respect of the profits out of which such dividend is paid. 2. For the purposes of paragraph 1: (a) profits, income and capital gains owned by a resident of the United Kingdom which may be taxed in France in accordance with the other Articles of this Convention (except capital gains which may be taxed in accordance with paragraph 6 of Article 14) shall be deemed to arise from sources in France; (b) capital gains from sources neither in France nor the United Kingdom which may be taxed in the United Kingdom in accordance with paragraph 6 of Article 14 shall be deemed to arise from sources in France; (c) the taxes referred to in clauses (i) to (iv) of subparagraph (b) of paragraph 1 of Article 2 and, in respect of the taxes mentioned in those clauses, in paragraph 2 of Article 2, shall be considered French tax. 3. In the case of France, double taxation shall be avoided in the following manner: (a) notwithstanding any other provision of this Convention, income which may be taxed or shall be taxable only in the United Kingdom in accordance with the provisions of this Convention shall be taken into account for the computation of the French tax where such income is not exempted from corporation tax according to French domestic law. In that case, the United Kingdom tax shall not be deductible from such income, but the resident of France shall, subject to the conditions and limits provided for in sub-paragraphs (i), (ii) and paragraph 4, be entitled to a tax credit against French tax. Such tax credit shall be equal: (i) in the case of income other than that mentioned in sub-paragraph (ii), to the amount of French tax attributable to such income provided that the resident of France is subject to United Kingdom tax in respect of such income; (ii) in the case of income referred to in Article 7 and paragraph 3 of Article 14 when that income is subject to French corporation tax, and in the case of income referred to in Article 11, paragraphs 1, 2 and 6 of Article 14, paragraph 3 of Article 15, Article 16, paragraphs 1 and 2 of Article 17 and paragraph 3 of Article 23, to the amount of tax paid in the United Kingdom in accordance with the provisions of those Articles; however, such credit shall not exceed the amount of French tax attributable to such income; (b) for the purposes of sub-paragraph (a) of this paragraph the term “amount of French tax attributable to such income” means: (i) where the tax on such income is computed by applying a proportional rate, the amount of the net income concerned multiplied by the rate which actually applies to that income; (ii) where the tax on such income is computed by applying a progressive scale, the amount of the net income concerned multiplied by the rate resulting from the ratio of the tax actually payable on the total net income taxable in accordance with French law to the amount of that total net income; (c) for the purposes of sub-paragraph (a) of this paragraph, the term “amount of tax paid in the United Kingdom” means the amount of United Kingdom tax effectively and definitively borne in respect of the income concerned, in accordance with the provisions of this Convention. 4. (a) Where gains may be taxed by a Contracting State by reason only of paragraph 6 of Article 14, that Contracting State, and not the other Contracting State, shall eliminate double taxation in accordance with the methods set out in this Article as if the gains arose from sources in the other Contracting State. (b) Where gains may be taxed by a Contracting State by reason of paragraphs 1, 2, or 3 of Article 14, the other Contracting State, and not the first-mentioned Contracting State, shall eliminate double taxation in accordance with the methods set out in this Article. 5. In paragraph 3 the term “income” means income or capital gains as the context requires (Disponível em: <<http://www.hmrc.gov.uk/taxtreaties/in-force/france.pdf>>. Acesso em 16 jan. 2013).*”

tratado firmado entre os Estados Unidos e a França (*France-US Convention*) não concede vantagens similares aos americanos. Utilizando-se do *France-UK treaty*, os benefícios fiscais usufruídos pela companhia americana *Merrell Dow* foram substanciais. Canalizando o pagamento do dividendo através do Reino Unido, a companhia americana pôde imediatamente repatriar os dividendos de sua subsidiária francesa, recolhendo efetivamente apenas 1% de alíquota sobre o valor do dividendo<sup>132</sup>.

O *Bank of Scotland* era outro grande beneficiário do esquema, pois, com relação à recepção do dividendo sobre o qual uma alíquota de 25% se aplicaria, de acordo com a lei interna, o banco reivindicou a reduzida tributação e a restituição do valor pago conforme as disposições do tratado. Alertado pelo IRS (*Internal Revenue Service*) sobre o esquema, o *Conseil d'État* decidiu a favor da administração pública, entendendo que o acordo celebrado entre as duas sociedades pretendeu apenas obter o benefício do crédito fiscal elencado no tratado, que de outra maneira não seria disponível ou perceptível; e a análise desse ajuste revelava que o beneficiário efetivo dos dividendos era a companhia americana, e não o banco do Reino Unido<sup>133</sup>.

À luz do propósito e do objeto das disposições do tratado, o *Conseil d'État* concluiu que todos os benefícios do artigo 24, combinado com o 9º, do tratado franco-britânico só poderiam ser pedidos pelo beneficiário efetivo dos dividendos, mesmo que o preceito legal não se refira especificamente ao conceito de *beneficial ownership*. Para chegar a essa conclusão, o *Conseil d'État* aplicou a noção de *beneficial ownership* dentro do quadro conceitual de *fraude à la loi*<sup>134</sup>.

Na visão do *Conseil d'État*, o beneficiário efetivo do dividendo não era o *Bank of Scotland*, mas sim a *Merrell Dow*. No entanto, não ficou claro em quais bases o *Conseil d'État* se assentou em sua análise com relação ao conceito de *beneficial ownership*. Ao invés disso, o *Conseil d'État* preferiu se estribar no conceito de *fraude à la loi*<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>133</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>134</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

<sup>135</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.

Duas condições devem ser satisfeitas para que se identifique a *fraude à la loi*: 1) A operação deve ser objetivamente contrária à intenção do legislador e; 2) a transação deve ser realizada unicamente com motivações fiscais<sup>136</sup>.

O *Conseil d'État* concluiu que a primeira condição foi satisfeita já que o art. 9º do tratado prevê claramente que os benefícios fiscais são destinados somente aos residentes do Reino Unido que, por consequência lógica, deveriam ser os beneficiários efetivos do dividendo. Não sendo assim a situação discutida, entendeu o *Conseil d'État* que o acordo firmado entre as duas empresas contrariou a vontade dos países contratantes (França e Reino Unido).

A segunda condição da motivação fiscal é mais subjetiva. Mesmo que houvesse propósito comercial, a companhia americana recebeu acesso imediato ao novo capital, o que fez *Conseil d'État* chegar à conclusão de que o único objeto do contrato de usufruto era obter os benefícios do tratado. Portanto, o *Conseil d'État* considerou presentes todas as condições necessárias para se verificar a *fraude à la loi*. Consequentemente, a mitigação da tributação foi negada.

A teoria embasadora do conceito de *fraude à la loi* não é muito diferente da teoria que está por trás da GAAR (*General Anti-Avoidance Rule*) do Canadá. De acordo com a subseção 245(3) da Lei do Imposto de Renda canadense, uma operação de evasão é aquela que é tomada **principalmente** com o objetivo de se obter um benefício fiscal. Na França, com o conceito de

---

<sup>136</sup> A decisão do *Conseil d'État* foi assim emendada: “*ABUS DE DROIT / CONVENTION FISCALE INTERNATIONALE / FRANCE / ROYAUME UNI / DIVIDENDE / FRAUDE FISCALE. Le Conseil d'Etat a considéré que le litige opposant la société Bank of Scotland et l'administration fiscale concerne le refus de celle-ci de lui accorder le remboursement de l'excédent de retenue à la source et la restitution de l'avoir fiscal ; qu'il est constant que la société n'a pas fait l'objet d'une procédure de redressement et que les pénalités attachées à la répression des abus de droit ne lui ont pas été appliquées ; que dès lors, l'administration fiscale pouvait, sous le contrôle du juge, requalifier le contrat de cession litigieux comme dissimulant la réalité d'un contrat de prêt conclu dans l'unique but d'obtenir abusivement le bénéfice des clauses favorables de la convention fiscale franco-britannique, afin de déterminer le bénéficiaire effectif des dividendes versés par la société française, sans mettre en oeuvre la procédure prévue par l'article L. 64 précité, inapplicable en l'espèce; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Bank of Scotland n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par jugement du 4 juillet 2001, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant au remboursement de l'excédent de retenue à la source versé à raison de la distribution de dividendes par la société Marion Merrell Dow SA résultant du plafonnement de cette retenue par la convention franco-britannique et la restitution de l'avoir fiscal attaché à ses dividendes ; qu'il y a lieu, par voie de conséquence, de rejeter les conclusions présentées par la société au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative*” (FRANÇA, *Conseil d'État. Societe Bank of Scotland v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*. Litígio n. 283314. Relatora Anne Egerszegi. Julgado em 29/12/2006. Disponível em: <[http://www.bibliobaseonline.com/ouvrir\\_fichier\\_fenetre.php?NOM\\_FICHER=89502\\_1.PDF&NUMERO=89502](http://www.bibliobaseonline.com/ouvrir_fichier_fenetre.php?NOM_FICHER=89502_1.PDF&NUMERO=89502)>. Acesso em: 12 jan. 2013).

fraude à lei, a transação deve ser **exclusivamente** com objetivo de se obter tais vantagens. Contudo, como foi visto, foi mais difícil provar que uma operação fosse considerada elusiva no Canadá do que na França<sup>137</sup>.

## 7 CONCLUSÕES

Por decorrer de decisão política, consubstancia desafio espinhoso indicar o tratamento mais adequado a ser adotado em relação ao *treaty shopping*. No Brasil, já se observa que em alguns tratados celebrados foram incluídas cláusulas limitativas de benefícios.

Propõe-se que a melhor política seria a que ponderasse até que ponto a utilização do *treaty shopping* irá trazer benefícios para a economia sem causar impacto relevante às receitas tributárias.

Diante o exposto, pode-se concluir que medidas que restringem muito o usufruto de benefícios, destinadas a impedir o *treaty shopping*, poderiam dificultar ou impossibilitar a aplicação de recursos privados no mercado de determinado Estado. Neste passo, defende-se a livre circulação de capitais e a supressão da dupla-tributação como princípios norteadores no contexto internacional.

Conforme o analisado, nenhum argumento parece atacar tão fortemente o *treaty shopping* a ponto de convencer unanimemente a contê-lo. Como no caso da Índia, parece que o principal benefício para a economia que dele advém, a intensificação na circulação de capitais, suplanta os eventuais, discutíveis e não provados prejuízos.

Desta feita, chega-se à conclusão também de que somente as cláusulas limitativas de benefícios, incluídas em tratados ou normas internas, parecem ter o condão impedir o *treaty shopping*, pois, neste caso, há a exigência de o contribuinte provar não somente a sua nacionalidade ou residência, mas, sobretudo, os requisitos ligados à sua atividade e contabilidade.

No mais, se antes se revelava temerário propor alguma medida a ser perfilhada com relação ao *treaty shopping*; pode-se assegurar que somente os Estados que garantirem o exercício

---

<sup>137</sup> CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.



do direito ao planejamento fiscal experimentarão crescimento econômico sustentável no futuro. A controvérsia subsiste e há muito a percorrer.

## 8 REFERÊNCIAS

AVI-YONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, Michigan: Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, 2010, 32 p. Disponível em: <<http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>>. Acesso em fev. 2011.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Trad. Maria Manuela Ferrajota et al. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

BAKER, Philip. *Beneficial ownership after Indofood case*. Londres: 6 GITC Review 1, 2007, p. 15-28. Disponível em: <[www.taxbar.com/documents/Beneficial\\_Ownership\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf)>. Acesso em: set. 2010.

BAAS, Nicolas, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, Calgary: Moody's Tax Advisors, 2009. Disponível em: <<http://moodystax.com/blog/22-corporatetax/70-prevost-car-inc-v-the-queen.html>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

CANADÁ, Tax Court of Canada, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, P 2008 TCC 231, [2008] 5 C.T.C. 2306, 2008 DTC 3080. Disponível em: <<http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>>. Acesso em 15 fev 2012.

CANADÁ, Federal Court of Appeal. *Cudd Pressure Control Inc. v. The Queen*, 98 DTC 6630. Juiz Relator J.A. Robertson. Julgado em: 19/10/1998. Disponível em: <[http://decisions.fca-ccf.gc.ca/en/1998/a-369-95\\_6778/a-369-95.html](http://decisions.fca-ccf.gc.ca/en/1998/a-369-95_6778/a-369-95.html)>. Acesso em 21 mar. 2011.

CANADÁ, Tax Court of Canada. *MIL (investments) S.A. v. The Queen*. 2004-3354(IT)G. Juiz Relator R.D. Bell. Julgado em 30/03/2006. Disponível em: <<http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/2006/2006tcc208/2006tcc208.html>>. Acesso em 25 fev. 2011.

CANADÁ, Federal Court of Appeal. *Prevost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65. Juiz Relator Justice Décary. Julgado em: 17/02/2009. Acesso em: <<http://reports.fja.gc.ca/eng/2010/2009fca57.html>>. Acesso em 15 fev. 2012.

CHATEL, Sophie. *Treaty Shopping: A Canadian Case Study and the International Scene*. Disponível em: <[www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc](http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc)>. Acesso em 11 mar. 2011.





DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, 647 p.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. A norma antielisão e seus efeitos – artigo 116, parágrafo único, do CTN. *Revista Jus*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_30/artigos/Art\\_andre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_andre.htm)>. Acesso em 20 abr. 2012.

FRANÇA, Conseil d'État. *Societe Bank of Scotland v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*. Litígio n. 283314. Relatora Anne Egerszegi. Julgado em 29/12/2006. Disponível em: <[http://www.bibliobaseonline.com/ouvrir\\_fichier\\_fenetre.php?NOM\\_FICHER=89502\\_1.PDF&NUMERO=89502](http://www.bibliobaseonline.com/ouvrir_fichier_fenetre.php?NOM_FICHER=89502_1.PDF&NUMERO=89502)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

GRUNDY, Milton. Treaty Shopping Trough Life Assurance, *GITC Review* Vol V No.2, p. 67-76, 2005. Disponível em: <[http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping\\_mg\\_000.pdf](http://www.taxbar.com/documents/treaty-shopping_mg_000.pdf)>. Acesso em 22 Fev. 2011.

ÍNDIA, Supreme Court of India. [2003] 263 ITR 706 (SC), Appeal (civil) 8161-8162/2003. Juiz Relator B.N. Srikrishna. Julgado em: 07/10/2003. Disponível em: <[http://law.incometaxindia.gov.in/DitTaxmann/incometaxacts/2007itact/%5B2003%5D263ITR0706\(SC\).htm](http://law.incometaxindia.gov.in/DitTaxmann/incometaxacts/2007itact/%5B2003%5D263ITR0706(SC).htm)>. Acesso em: 25 fev. 2011.

LUHMANN, Niklas. Confianza. Trad. Amada Flores. Anthropos. Santiago: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 14, in DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, 647 p.

REINO UNIDO, Court of Appeal, Civil Division. *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, processo n. A3/2005/2497. Julgado em: 02/03/2006. Disponível em: <<http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/-52568119>>. Acesso em 29 jan. 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

VOGEL, Klaus (Coord.). *Grundfragen des internationalen Steuerrechts*. Köln: O. Schmidt, 1985. p. 135 (141).

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.





Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD- Rio de Janeiro, v.1, n.23, 2013, **ISSN 22363475**