



A CLÁUSULA DO BENEFICIÁRIO EFETIVO COMO MEIO DE COMBATE AO *TREATY SHOPPING**

Filipe Silvestre Lacerda Bastos**

RESUMO:

Em razão do tratamento favorável previsto em tratados internacionais contra a dupla tributação, é comum que os contribuintes estruturem seus negócios de forma a alcançar o regramento benéfico da convenção, que, em princípio, não teriam direito. O presente texto analisa o *treaty shopping* e o emprego da cláusula do beneficiário efetivo como forma de combate a esse planejamento tributário indesejado.

PALAVRAS-CHAVE: tratados contra a bitributação, *treaty shopping*, beneficiário efetivo.

ABSTRACT

Because of the favorable rules set out in international treaties against double taxation, it is common for taxpayers to structure their business so as to achieve the benefits of the treaty, which in principle wouldn't be applied to their situation. This paper analyzes treaty shopping and the beneficial owner clause as a way to combat this unwanted tax planning.

KEYWORDS: double tax treaties, treaty shopping, beneficial owner

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. *Treaty shopping*: noções. 3. Meios de combate. 4. Cláusula do beneficiário efetivo. 4.1 Onde buscar o significado? 4.2 Ideia geral. 5. Caso Concreto: TIM Nordeste 6. Conclusão. Referências

*Artigo submetido em 09 mai. 2015 e aceito para publicação em 7 set. 2015.

** Mestrando em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Procurador do Município do Rio de Janeiro.

1. Introdução

Com a intensa internacionalização de fluxos de pessoas, capital e renda torna-se cada vez mais provável a tributação de rendimentos por mais de um Estado. A dupla tributação internacional decorre da utilização de elementos de conexão de natureza distinta pelos Estados para tributar, por exemplo, um Estado pode tributar com base na nacionalidade e outro com base na residência, sendo perfeitamente possível situação de dupla tributação nos casos de agentes econômicos vinculados por elementos de conexão a mais de um Estado.¹

A tributação por parte de mais de um país representa obstáculo à circulação de bens, serviços e rendimentos, inibindo as transações internacionais e o crescimento global. Surge o interesse por mecanismos que possam ser adotados para evitar que isso ocorra. Cada Estado pode adotar medidas internas de neutralização, por exemplo, a compensação do imposto pago no exterior com o imposto doméstico. Além disso, podem ser adotadas medidas no bojo de blocos de integração, como na União Europeia. De toda forma, o instrumento mais comum é a celebração de convenção internacional entre dois Estados para evitar a dupla tributação,² sem excluir a possibilidade que seja celebrada por mais de dois Estados, embora não seja o usual. Através de normas acordadas entre os Estados, busca-se trazer regras claras para evitar o problema da bitributação internacional. Ressalte-se, apenas, que apesar de o objetivo primário ser evitar a dupla tributação como a nomenclatura sugere, as convenções internacionais também podem servir para alcançar outras finalidades, como coibir a evasão fiscal e vedar os planejamentos tributários indesejados.³

Considerando a existência de tratados que preveem tratamento fiscal mais favorável ou que venham a coibir a dupla tributação, parte dos contribuintes estrutura seus negócios de modo a alcançar o regramento benéfico da convenção, que em princípio não teriam direito. Ocorre que o desenvolvimento do planejamento tributário suscita problemas de justiça fiscal. As empresas multinacionais conseguem reduzir significativamente sua carga tributária, permitindo o deslocamento do capital entre os países, sem que seja atingido por carga tributária compatível com a riqueza manifestada.⁴ Isso termina por fazer com que os contribuintes que não tenham as condições de estruturar suas atividades em nível global, escalonando suas atividades em diversos países, ou que não possuam os recursos necessários

¹ ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 25.

² Ibidem, p. 29-30.

³ Ibidem, p. 74-89.

⁴ SANCHES, J.L. Saldanha. *Justiça Fiscal*. Colaboração de João Taborda da Gama. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, p. 66-69.

para contar com serviço de planejamento tributário qualificado e especializado, assumam maior fatia da carga tributária, ficando sobrecarregados. Por outro prisma, proporciona vantagem concorrencial significativa às multinacionais, em confronto com as empresas domésticas.⁵

Ao celebrar convenções internacionais, o objetivo dos Estados não é criar situações de dupla não tributação ou de privilégios fiscais desproporcionais. Porém, isso ocorre em razão de planejamentos tributários, muitas vezes qualificados como abusivos, o que provoca o debate sobre como evitar os planejamentos indesejados. O Brasil celebrou diversos tratados internacionais contra a dupla tributação, assim, há problemas similares aos demais países, em que se verifica o confronto entre o planejamento efetuado pelos contribuintes e o interesse do Fisco, travando o debate se a situação deve ser abarcada pelas disposições do tratado.

No presente estudo, será apresentado o problema do *treaty shopping*, fazendo referência às formas de combate, com ênfase no enfrentamento dentro dos próprios acordos contra a dupla tributação através da cláusula do beneficiário efetivo (*beneficial owner*). As convenções internacionais celebradas pelo Brasil em regra seguem a Convenção-Modelo editada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ainda que não seja membro da referida organização.⁶ Por essa razão, a análise feita será com base em tal modelo, mencionando convenções celebradas pelo Brasil, conforme seja pertinente.

2. *Treaty shopping*: noções

Na Convenção-Modelo da OCDE, o elemento de conexão escolhido para a abrangência subjetiva das convenções é a residência, aplicando-se às pessoas residentes de um ou ambos os Estados que celebram a convenção internacional (art.1º). Assim, um brasileiro residente em país com o qual o Brasil não tenha tratado (exemplo, Suíça) não será beneficiado por tratados celebrados pelo Brasil com outros países. Diversamente, um nacional de país com o qual o Brasil não celebrou tratado (exemplo, um suíço), mas que resida no

⁵ OECD. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e da transferência de lucros*, p. 10. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

⁶ ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 30.

Brasil, poderá invocar tratados celebrados pelo Brasil com outros países.⁷ A residência é o critério de pertinência subjetiva das convenções internacionais celebradas com base no modelo da OCDE.

Enquanto norma especial que traz tratamento mais favorecido ao pretender evitar a dupla tributação, as convenções internacionais despertam interesse em pessoas envolvidas em transações internacionais. Não é raro que um contribuinte que em princípio não seria alcançado pelo tratado estruture seus negócios com a interposição de terceiro, com o objetivo de atrair a aplicação do tratado e, ao final, usufruir do tratamento fiscal especial. É o que se denomina de *treaty shopping*. A expressão tem origem nos Estados Unidos, derivada da noção de *forum shopping*, que é quando a parte procura ter sua ação julgada por uma corte ou jurisdição em particular onde acredita poder obter uma decisão mais favorável.⁸ No *treaty shopping*, a parte escolhe os benefícios do acordo contra bitributação através da interposição de terceiro. Na lição de Luís Eduardo Schoueri é possível afirmar 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 de rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento permanente, que faz jus àqueles benefícios.⁹ (grifos no original).

Não se confunde com o planejamento voltado a requalificar o rendimento e atrair regramento mais favorável do que seria em princípio aplicável, por exemplo, pagamento de dividendos requalificado para se transformar em pagamento de juros ou de ganhos de capital, com a consequente aplicação de outro regramento, o que alguns chamam de *rule shopping*.¹⁰

No *treaty shopping*, a doutrina comumente aponta a existência, em síntese, de 3 (três) figuras na estrutura negocial: (i) o investidor: residente em Estado que não possua tratado de bitributação com o Estado onde situada a fonte ou, se possuir, que não alcance o investidor; (ii) o terceiro interposto: pessoa física ou jurídica (ou mesmo estabelecimento permanente) que será colocada entre o investidor e a fonte pagadora dos rendimentos. Recebe os investimentos pagos pela fonte e os repassa ao investidor e (iii) a fonte de rendimentos: pessoa física ou jurídica localizada em um Estado que mantenha com o Estado do terceiro interposto um acordo de bitributação, cujos benefícios convenham ao investidor. A fonte paga

⁷ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112.

⁸ FLÁVIO NETO, Luís. A tolerância e a intolerância ao *treaty shopping*: os casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II”. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 23, 2009, p. 322.

⁹ *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

¹⁰ TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 340.

ao terceiro interposto rendimentos cobertos pela convenção internacional.¹¹ Cumpre asseverar que no *treaty shopping* não se exige que a interposição de pessoa ocorra em paraísos fiscais (*tax heaven*), podendo em certos casos dar-se em Estados com alta carga tributária.

A relação triangular pode assumir diversas formas, cabendo tecer breves comentários sobre algumas, sem a pretensão de esgotar as modalidades passíveis de ocorrência.

A apresentação do terceiro interposto pode aparecer como empresa canal ou condutora (*conduit company* ou *direct conduit*). A empresa condutora (ou canal) é a terceira interposta para realizar a função de intermediária de rendimentos e lucros entre pessoas situadas em diferentes jurisdições, em razão da isenção total ou parcial que o país do terceiro interposto possua com o país da fonte.¹²

Outra forma comumente apontada na doutrina é o terceiro como “empresa-trampolim” (*stepping-stone company*). Consiste na interposição de uma empresa intermediária que servirá de veículo para que as receitas por ela percebidas sejam compensadas com despesas em montante equivalente ou significativos, incorridas por residentes de outro Estado, de modo que o resultado a ser submetido à tributação no Estado do beneficiário final seja ao máximo reduzido.¹³ É uma estratégia indireta, elimina ou reduz a tributação compensando os ingressos percebidos pela sociedade intermediária com os gastos apresentados por empresa residente em outro Estado. Promove-se a erosão da base de cálculo dos tributos incidentes.

Há quem faça referência também às denominadas sociedades-base (*base-companies*). São sociedades sediadas em Estados de tributação favorecida, criadas com o objetivo de acumular resultados que em princípio seriam auferidos por sua controladora, reduzindo, assim, a carga tributária devida no país de residência da controladora. Em seguida, a controladora pode manter a renda no país da sociedade-base, o que implica acumulação de resultados e diferimento da tributação até o momento que determine sua disponibilização, por exemplo, sob a forma de dividendos.¹⁴

Então, em relação ao *treaty shopping*, o que se faz relevante notar é que há a interposição de terceira pessoa - que pode ser física ou jurídica - ou de estabelecimento

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

¹² TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

¹³ CARVALHO, André de Souza; OLIVEIRA, André Gomes de. *Planejamento Tributário Internacional*. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (Coords.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. 3, p. 557-558.

¹⁴ *Ibidem*, p. 561.

permanente, em Estado que tenha celebrado convenção internacional com o Estado da fonte dos rendimentos, com o objetivo de atrair o regramento fiscal especial e mais favorável.

Ocorre que muitas vezes o planejamento é indesejado pelos Estados, que ora vêm denominá-los de abusivos, defendendo a possibilidade de afastar o regime especial do tratado para submeter o contribuinte à tributação normal. No presente estudo, o *treaty shopping* não é referido como planejamento abusivo ou algo do gênero.¹⁵ Prefere-se denominar como planejamento tributário indesejado ou criticado, porém sem a qualificação de abusivo, o que pode atrair a ideia de que *a priori* já seria ilícito, concepção que não é a adotada no presente artigo, exigindo-se previsão normativa que o afaste. Dessa forma, utiliza-se a nomenclatura “planejamento tributário indesejado” como reforço a essa ideia. A previsão normativa não precisa identificar a específica situação, é claro, podendo ter amparo em “cláusulas de afastamento”, que contam com grau de indeterminação por vezes significativo.

Além disso, cumpre afirmar que se pressupõe a interposição de uma pessoa que efetivamente faça parte da estrutura negocial, e não a mera referência formal, sem que corresponda à realidade, o que implicaria providência ilícita, atraindo a qualificação de simulação ou fraude, deslocando a discussão para o campo da evasão e não do planejamento tributário lícito. Diferentemente do *treaty shopping*, eis que ainda que seja adotada uma estrutura que tenha por objetivo reduzir a carga tributária, não traria a pecha de ilicitude. Por outro lado, enquanto planejamento tributário indesejado, perfeitamente possível que sejam adotadas providências voltadas a reduzir o espaço do enquadramento do tratamento tributário favorecido. Na hipótese de um planejamento estar em desconformidade com o que dispõe um tratado, através de uma cláusula de restrição, como a do beneficiário efetivo, a relação triangular é desconsiderada, examinando a relação direta entre fonte e investidor, verificando se há direito ao tratamento benéfico previsto no tratado. É a concepção que ora se adota e que por certo influencia o desenvolvimento do estudo.

Visto alguns pontos sobre o *treaty shopping*, cabe, então, fazer referência às formas de combate.

3. Meios de combate

¹⁵ Destaque-se que há muitos autores que utilizam a nomenclatura de “uso abusivo das convenções” para o *treaty shopping*. Nesse sentido: GOMES, Marcus Lívio. La línea entre la planificación fiscal y la elusión abusiva. 1er. Foro Latinoamericano de Jueces Tributarios. In: 6º Encontro Regional Latinoamericano - IFA 2014, Santa Cruz de La Sierra. *Memoriais* ... Bolivia: Talleres Gráficos Bona Nova, 2014. v. 1; ROCHA, Sergio André. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 190.

Os contribuintes podem estruturar seus negócios internacionais com o objetivo de gozar os benefícios das convenções internacionais. Ocorre que esse planejamento tributário internacional é por vezes atacado. Existem formas que são apontadas para combater o *treaty shopping*, embora haja controvérsia sobre quais são admissíveis. É comum a classificação em 3 (três) tipos, tendo como critério a origem do instrumento: unilateral, bilateral e internacional.

As denominadas medidas unilaterais são as adotadas pelo Estado no âmbito de seu direito interno, podendo ser de natureza geral ou específica. A medida geral é relacionada com a existência em determinado Estado de norma geral de combate ao planejamento abusivo, muitas vezes denominada de “cláusula geral anti-abuso”, que pode estar relacionada com a ideia de prevalência da substância sobre a forma ou que para um desenho comercial exija-se a resistência ao teste do propósito comercial (*business purpose test*), dentre outras formas que pode se apresentar. No plano do ordenamento jurídico brasileiro, há posicionamento que defende que o art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional assumiria esse papel. No entanto, é questão objeto de intensas controvérsias,¹⁶ cujo exame não se debruçará no presente estudo, o que demandaria aprofundamento, desviando o foco, que é o exame do combate bilateral através da cláusula do beneficiário efetivo. As medidas também podem ser específicas para prevenir o uso indevido de convenções, é o que ocorre nos Estados Unidos e na Suíça, em que são encontradas normas de direito interno específicas para o controle do *treaty shopping*.¹⁷

A OCDE e número significativo de Estados como (Estados Unidos e Suíça) entendem que o direito interno é meio hábil para impedir estruturas de *treaty shopping*. A OCDE estabelece um requisito para tanto: devem ser disponibilizados ao contribuinte os meios de demonstrar a boa-fé de sua conduta. Em sentido oposto, Luís Flávio Neto afirma que a estabilidade que se pretende com um tratado não seria compatível com as alterações

¹⁶ Para se ter uma noção dos posicionamentos ver: PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 15 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 925-938; GOMES, Marcus Lívio. La línea entre la planificación fiscal y la elusión abusiva. 1er. Foro Latinoamericano de Jueces Tributarios. In: 6º Encontro Regional Latinoamericano - IFA 2014, Santa Cruz de La Sierra. *Memoriais* ... Bolívia: Talleres Gráficos Bona Nova, 2014. v. 1.

¹⁷ TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 355.

unilaterais domésticas, somente as normas da própria convenção poderiam afirmar os casos em que suas próprias regras não seriam aplicáveis, identificando as situações de abuso.¹⁸

Há também quem defenda que o combate possa ser feito de modo global, através de um princípio geral proibitivo. É a opinião de Klaus Vogel, para quem não é necessário uma cláusula expressa. O intérprete deve buscar a substância das transações e não sua forma, com fundamento em um “princípio geral anti-abuso”, aplicável aos acordos de bitributação e que indicaria que os benefícios nele previstos não alcançariam as hipóteses de abuso.¹⁹ Em sentido contrário, Luís Eduardo Schoueri²⁰ e Heleno Taveira Tôres²¹ não reconhecem a existência de um princípio geral de direito internacional que impeça a prática do *treaty shopping*, posição com a qual se concorda. Não se vislumbra um princípio geral e implícito com o condão de impedir os planejamentos tributários tidos por abusivos. Reclama-se disposição normativa que afaste o *treaty shopping*. Repise-se, isso não se confunde com a situação de evasão, em que há ilicitude, por exemplo, ocorrendo simulação ou fraude, em que, por consequência, não deve ser considerado o desenho comercial ilícito. Assim, inexistindo um princípio geral proibitivo do planejamento tributário ou algo do gênero, no presente estudo, o *treaty shopping* é referido como planejamento tributário indesejado ou criticado, demandando meios de combate.

Não se pode olvidar da possibilidade de que sejam adotadas medidas no bojo de bloco de integração (por exemplo, na União Europeia) através de normas de harmonização fiscal. Destaque-se que não seriam medidas propriamente globais, eis que cingidas em princípio aos integrantes do bloco, porém que não se qualificariam como medidas integrantes dos próprios acordos contra a bitributação (bilaterais) nem propriamente internas, enquanto oriundas de um Estado. Possível afirmar que se constituem nova categoria na tradicional classificação apresentada.

Por fim, as medidas podem ser adotadas nos próprios acordos para evitar a dupla tributação, por isso denominadas de bilaterais. Podem apresentar-se na forma de cláusulas

¹⁸ A tolerância e a intolerância ao *treaty shopping*: os casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II”. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 23, 2009, p. 337.

¹⁹ Double tax treaties and their interpretation (separata), in *International Tax & e Business Lawyer*, v. 4, Primavera 1986, n. 1, Berkeley, University of California, p. 79-83. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol4/iss1/1/>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁰ *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 113-139.

²¹ *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 374-376.

convencionais próprias ou de procedimento amigável.²² Com destaque para as cláusulas, que restam previstas nos próprios tratados com o objetivo de vedar hipóteses de *treaty shopping*, evitando que os contribuintes servindo-se de planejamento tributário internacional gozem de benefícios trazidos pelos tratados, que, em princípio, não os alcançaria.

Há diversos exemplos de cláusulas com essa finalidade. Cita-se a cláusula de transparência (*look-through approach*), que limita a aplicação da convenção apenas aos sujeitos que não sejam controlados por sujeitos residentes em países diversos dos signatários. Implica a desconsideração da pessoa jurídica, o critério para verificar a aplicação do tratado passa a ser o do Estado de residência dos seus sócios. Além disso, merece destaque a denominada cláusula de limitação de benefícios (*limitation on benefits*). É comum a referência que deriva da agressiva política norte-americana de ataque ao planejamento tributário internacional. No caso norte-americano, estabelece-se inúmeros requisitos de modo a verificar a real intenção do agente. Pode envolver a exigência de residência substancial, ou seja, que para ser considerada residente, a pessoa não se limite a ter participações societárias, mas tenha atividade empresarial de efetiva substância no país. Pode envolver a cláusula aberta, que confere poder significativo ao permitir que a autoridade competente negue o benefício dos acordos a seus residentes, se concluir que implica desvirtuação do tratado. Na experiência brasileira, há cláusulas de limitação de benefícios contidas em alguns tratados, por exemplo, com: África do Sul, Israel, México, Venezuela, Rússia e Peru.²³

Além dos exemplos trazidos, poderiam ser citadas outras cláusulas, porém cabe centrar a análise na cláusula do beneficiário efetivo (*beneficial owner*), eleita como foco do presente estudo, em razão da relevância que apresenta para combater o planejamento tributário internacional indesejado.

Antes, porém, cumpre mencionar o Plano de ação do BEPS (Erosão da Base e Transferência de Lucros), projeto da OCDE, que recebeu a missão do G-20 para estudar e apresentar planos de ação para fazer frente à erosão fiscal e o desvio de resultados para jurisdições de baixa tributação. O objetivo é dotar os países de instrumentos domésticos e

²² GOMES, Marcus Lívio. La línea entre la planificación fiscal y la elusión abusiva. 1er. Foro Latinoamericano de Jueces Tributarios. In: 6º Encontro Regional Latinoamericano - IFA 2014, Santa Cruz de La Sierra. *Memoriais* ... Bolivia: Talleres Gráficos Bona Nova, 2014. v. 1, p. 17.

²³ A título ilustrativo, a seguir extrai-se o item 7 do art. 10 da Convenção celebrada entre o Brasil e a África do Sul (Decreto nº 5.922/2006).

“Art. 10 Dividendos

[...] 7. As disposições do presente Artigo não se aplicarão se o principal propósito, ou um dos principais propósitos, de qualquer pessoa envolvida com a criação ou transferência das ações ou outros direitos em relação aos quais o dividendo for pago tiver sido o de tirar proveito do presente artigo mediante tal criação ou transferência.

internacionais para melhor harmonização dos poderes de imposição tributária com as atividades econômicas, evitando a dupla não tributação ou a tributação baixa e incompatível com o volume das atividades econômicas. As recomendações oriundas de tal programa também buscam contribuir para obstaculizar o *treaty shopping*, em especial, através das ações 5 (combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, considerando a transparência e a substância), 6 (prevenir a utilização abusiva dos tratados) e 12 (exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo). E, ao final, com a ação 15, que consiste no impulso ao desenvolvimento de instrumento multilateral para implementar as medidas apontadas pelo grupo de trabalho.²⁴

Fechado esse parêntese, no tópico seguinte, passa-se a tecer considerações sobre a cláusula do beneficiário efetivo.

4. Cláusula do beneficiário efetivo

4.1 Onde buscar o significado?

Desde 1977, a OCDE utiliza em sua Convenção-Modelo cláusulas de beneficiário efetivo, no tocante aos dividendos (art. 10), juros (art. 11) e royalties (art. 12).

No modelo da OCDE, a tributação dos dividendos é do Estado de residência do beneficiário. Porém, é possível a tributação cumulativa pelo Estado Fonte, que é limitada, no caso do efetivo beneficiário dos dividendos ser residente do outro Estado contratante.²⁵ Nos tratados celebrados pelo Brasil, em regra, segue-se o modelo da OCDE, porém com os

²⁴ OECD. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e da transferência de lucros*, p. 13-27. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

²⁵ “Article 10 Dividends

1. Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.

2. However, dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:

a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends;

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases [...]”.

percentuais dos limites variando conforme a convenção internacional.²⁶ No tocante aos juros, a situação é semelhante,²⁷ existindo especificidades em alguns tratados celebrados pelo Brasil.²⁸ Em relação aos royalties, a Convenção-Modelo da OCDE assevera que se o efetivo beneficiário for residente do outro Estado que celebrou o tratado, a tributação será exclusiva do Estado do beneficiário. Assim, exclui-se a tributação do Estado Fonte, porém com a restrição da cláusula do beneficiário efetivo.²⁹ Então, a disposição é diferente do que ocorre nos dividendos e nos juros. Nesse ponto, os tratados assinados pelo Brasil afastam-se do modelo da OCDE, prevendo a possibilidade de tributação também pelo Estado Fonte (tributação cumulativa). O benefício trazido é a limitação à tributação na fonte a um percentual (exemplo: 15% do montante bruto dos royalties – tratados com África do Sul, Trinidad e Tobago e Israel), mas gravado com a cláusula do beneficiário efetivo.

O que se verifica é que, em relação à tributação pelo Estado fonte dos dividendos, juros ou royalties, as vantagens constantes da convenção internacional são restritas às situações em que os pagamentos são feitos a residente do outro Estado signatário e efetivo beneficiário desse rendimento.

No entanto, na convenção, não há definição do que deve ser entendido como beneficiário efetivo. Como não há definição, o item 2 do art. 3º da Convenção-Modelo da OCDE dispõe que, salvo se o contexto exigir interpretação diversa, o significado deve ser o que nesse momento for atribuído pela legislação do Estado que esteja aplicando a convenção, prevalecendo os conceitos da legislação tributária sobre os significados atribuídos pelos demais ramos do Direito.

A questão de como deve ser entendido o dispositivo é complexa, sendo objeto de controvérsia na doutrina. Sem ter a pretensão de examinar o tema exaustivamente, apresenta-se a linha de raciocínio que se adota no presente estudo.

²⁶ Em alguns tratados, há apenas um limite máximo, que em sua maioria é de 15% (Equador, Índia, etc.). Há outros tratados que também há dois limites, porém em percentuais diversos: Trinidad e Tobago, África do Sul, Ucrânia, Turquia – 10% (sociedade que detém o interesse substancial conforme os parâmetros apontados) e 15% (regra geral).

²⁷ “Article 11 Interest

1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.

2. However, interest arising in a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation [...]”.

²⁸ Limitação de alíquota de 15% do montante bruto dos juros e disposições específicas quando envolvido o governo (isenção), como ocorre nos tratados celebrados com Trinidad e Tobago, Venezuela e Turquia.

²⁹ “Article 12 Royalties

1. Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State”.

Ao que parece, o item 2 do art. 3º dispõe sobre a fonte que será utilizada para a integração da convenção. A integração apenas deve ser empregada, quando a questão não consiga ser solucionada no campo interpretativo. Com isso, pede-se um olhar cauteloso ao artigo, não se deixando levar pela noção imediata que se extrai. Apesar da referência que caso termo ou expressão não tenha definição o intérprete deva valer-se do reenvio ao direito doméstico, propõe-se uma interpretação diversa. Não se pode entender que ante termo que não encontre definição na convenção, já se pense em aplicar a regra prevista no item 2 do art. 3º.

É certo que se trata de convenções internacionais entre Estados com ordens jurídicas distintas, com expressões que podem assumir conteúdos diversos em cada um, e, além disso, os Estados apenas se obrigam ao que se encontre nas convenções. Por isso, a importância de firmar no corpo das mesmas definições de termos estratégicos, conferindo certeza e clareza na aplicação do tratado, por exemplo, a definição de “residência”, “estabelecimento permanente”, “dividendos”, “juros” e “royalties”. Por outro lado, sabe-se nem todas as expressões estão acompanhadas de definições, como acontece com o beneficiário efetivo (*beneficial owner*). No entanto, isso não significa que não seja possível obter qualquer significação do texto do tratado. Assim, ainda que não haja definição propriamente dita no tratado, provavelmente, será possível extrair do texto do tratado alguma noção dessa expressão, ainda que imprecisa.

Nesse ponto, é preciso distinguir palavra, conceito e definição. A palavra (ou termo ou vocábulo)³⁰ é entendida como um signo (no caso, um símbolo) que representa um significado.³¹ Por sua vez, o conceito³² representa uma ideia geral (noção) que se tem acerca de algum objeto, tendo expressão verbal na palavra.³³ Essas são definições sobre palavra e conceito. Já, a definição³⁴ é a operação mental em que delimita o conceito,³⁵ que se consubstancia em uma explicação ou descrição através da linguagem.

³⁰ “**Palavra** [...] 1. Fonema ou grupo de fonemas com uma significação; termo, vocábulo, dicção” (grifos no original). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 1019.

³¹ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23.

³² “**Conceito**. 1. *Filos.* Representação dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais [...]” (grifos no original). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit., p. 357.

³³ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Op. cit., p. 23.

³⁴ “**Definir**. [...] 1. Determinar a extensão ou os limites de; limitar, demarcar [...] 3. Explicar o significado de; indicar o verdadeiro sentido de: [...] 4. Dar a conhecer de maneira exata; expor com precisão; explicar; [...]” (grifos no original). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit., p. 426.

³⁵ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Op. cit., p. 23-24.

Ao fazer referência à expressão (conjunto de termos) “beneficiário efetivo”, possível construir algum sentido, ainda que não haja uma definição propriamente dita na convenção. A própria definição enquanto objetivada e materializada em texto, está carregada de termos, que por sua vez contam com grau de indeterminação e, ao final, será objeto de interpretação, sendo possível construir mais de um sentido, não sendo, assim, garantia de plena certeza e segurança.

A indeterminação está presente na linguagem em geral, não é uma especificidade da linguagem jurídica.³⁶ Os conceitos (absolutamente) determinados são raros, podendo ser mencionados os conceitos numéricos, a título de exemplo, ao se dizer que uma pessoa possui 2,00 metros de altura.³⁷ Então, em regra, os conceitos possuem indeterminação ou são vagos até certo grau, apresentando-se como dificuldade comum com a qual o intérprete se depara no processo de construção de sentidos. Ainda que contem com elevado grau de indeterminação, os conceitos possuem utilidade, sob risco de se pretender que signifiquem qualquer coisa, minando o processo de conhecimento. Portanto, é uma dificuldade, mas não um obstáculo intransponível. A expressão de beneficiário efetivo não equivale a qualquer coisa, porquanto os termos constitui a objetivação de uma mensagem, de modo que algum significado é extraível. Repita-se, ainda que houvesse definição, ela própria seria objeto de interpretação.

Outro ponto importante para o processo interpretativo é a conexão com o caso concreto, que auxilia na construção de sentidos. Ao se confrontar com uma situação concreta, o intérprete considera os dados obtidos do caso no processo interpretativo. Na linha do que expõe Gadamer sobre a interpretação jurídica, “[...]o conhecimento de sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário”.³⁸ Isso auxilia a compreender que o caso concreto influencia o processo interpretativo. Por certo que, da riqueza de detalhes do caso, consegue-se construir significados mais precisos, fazendo a mediação entre a interpretação do texto à luz da situação concreta.

Não especificamente sobre o caso concreto, cumpre salientar que a realidade também influencia o ato de interpretar. Ao interpretar, procede-se dentro da realidade em que

³⁶ Há divergência sobre o que exatamente recai a indeterminação: termo, conceito ou se configura algo mais complexo, inerente ao processo de conhecimento. Porém, a questão não será tratada com rigor no presente texto. Para aprofundamento, ver: GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 72; QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24-25.

³⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208-209.

³⁸ *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, v.1, p. 409.

inserido. É algo presente na hermenêutica em geral. Não se pode ter como pressuposto metodológico a separação entre o plano do Direito e o da realidade, e de sua consequência, a inadmissão da influência das circunstâncias políticas, sociais e econômicas no processo de interpretação.³⁹

Além disso, o intérprete é influenciado por preconceitos (ou pré-compreensões), entendidos como juízos que se formam antes do exame definitivo da coisa em questão. Não há que se cogitar de neutralidade do intérprete. O que o intérprete pode buscar, na medida do possível, é a consciência dessas pré-compreensões, de modo a contribuir no controle do impacto que exercem no processo interpretativo.⁴⁰

Com essa digressão, o que se pretende apontar é que o intérprete precisa realizar a atividade interpretativa. O que também seria necessário se existisse definição, uma vez que enquanto mensagem objetivada demanda interpretação. Então, a simples inexistência de definição não traz como consequência a autorização para a aplicação do direito interno. Antes deve-se proceder à interpretação, com a construção de alguma noção geral da expressão. Caso não seja suficiente, pode-se cogitar de aplicação da regra de integração do item 2 do art. 3º. O reenvio ao direito doméstico é, assim, uma medida de integração do tratado, o que por consequência, demanda prévio esgotamento da via interpretativa.

Além disso, cumpre asseverar que ainda que se entenda que a noção geral extraída seja insuficiente, dirigindo-se à aplicação do direito doméstico, não se deve desprezar o conceito (noção) construído. O eventual significado presente no direito doméstico não pode estar em desacordo com a noção extraída do tratado. Dessa forma, ainda que insuficiente e com significativo grau de indeterminação, constitui limite à aplicação do direito interno. É um limite que extrai da análise lógica e sistemática da convenção.

Além disso, outro ponto relevante que limita a aplicação do direito interno é o contexto (item 2 do art. 3º). Considerando a noção prévia da interpretação, que envolve inclusive a realidade, é preciso aprofundar o que pode ser extraído da ideia de “contexto” prevista no dispositivo da convenção-modelo. O “contexto” não equivale à intenção das partes, o que consiste numa tarefa impossível. Como a Convenção-Modelo da OCDE menciona o contexto, pensa-se que é uma referência que não pode ser desconsiderada. Nesse ponto, um caminho apontado é que o contexto deve ser entendido à luz do que dispõe a

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, v.1, p. 360-367.

Convenção de Viena sobre os Tratados, art. 31, nos itens 2 e 3.⁴¹ Dessa forma, pensa-se que a referência ao “contexto” na Convenção-Modelo da OCDE, à luz da Convenção de Viena, tem o condão de reforçar que há outros meios que podem auxiliar o intérprete no processo interpretativo, que não se restringe à leitura do texto da convenção.

Apesar de não implicar uma correspondência perfeita, o “contexto” pode ser construído à luz do que dispõe a Convenção de Viena sobre os Tratados, art. 31, nos itens 2 e 3. Em princípio, afasta-se a concepção de contexto como texto, preâmbulo e anexo, que estariam no bojo do próprio tratado. A convenção de Viena ainda indica que o contexto seria formado por: qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre as partes em conexão com a conclusão do tratado; qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado; qualquer acordo posterior entre as partes relativa à interpretação do tratado ou aplicação de suas disposições; qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes referente a sua interpretação e quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

Enfim, o que se entende é que constituem outras fontes que auxiliam na interpretação do tratado, não sendo possível estabelecer uma separação entre a interpretação do tratado e o emprego do “contexto”. Assim, a Convenção de Viena serve para trazer um elenco de fontes que possam auxiliar na interpretação do tratado que, no entanto, não é exaustivo, eis que os comentários da OCDE não estão incluídos,⁴² nem obras doutrinárias em geral ou decisões administrativas ou judiciais, dentre outras fontes que se pode pensar. É claro que essas fontes também serão objeto de interpretação, não fornecendo uma resposta *a priori*.

Pode-se dizer que a menção do “contexto” no dispositivo funcionaria como um limite, bloqueando a aplicação do direito doméstico, caso o conjunto de fontes imponha solução diferente. O artigo da Convenção-Modelo serviria para afirmar, então, que o reenvio ao direito doméstico seria a última via, uma vez que constantes reenvios ao direito interno terminariam por desnaturar a própria convenção internacional.⁴³

Assim, pode-se até afirmar que caso não haja definição do termo na convenção e não seja possível a solução através da interpretação do tratado, considerando, inclusive, o conjunto de fontes indicado pelo “contexto”, seria possível como meio integrativo cogitar da

⁴¹ ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 216-217.

⁴² Quanto aos comentários da OCDE, não obstante as divergências, entende-se como instrumento que auxilia o processo interpretativo.

⁴³ TÓRRES, Heleno Taveira. *Plutributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 644

aplicação do direito doméstico, respeitando o limite do conceito construído, que pode ser até enriquecido pelas demais fontes apontadas pelo “contexto”. Na convenção, dispôs-se como deve ser o reenvio. O significado deve ser o atualmente atribuído pela legislação – reenvio dinâmico; o reenvio deve ser ao direito doméstico do Estado que busca aplicar a convenção; e por fim, o reenvio não é restrito ao campo tributário, porém o significado atribuído pela legislação tributária deve prevalecer sobre os demais significados construídos pelo recurso aos demais ramos do Direito.

4.2 Ideia geral

Visto isso, examina-se a cláusula do beneficiário efetivo. Conforme exposto, não há definição propriamente dita de beneficiário efetivo na convenção. O próximo passo é frente a uma situação que demanda o significado de beneficiário efetivo, verificar o que se pode construir de significado a partir das disposições da convenção, em especial às que fazem referência ao beneficiário efetivo, processo de interpretação que é influenciado pela situação concreta em exame.

É preciso ter em conta que a cláusula do beneficiário efetivo é dotada de grau de indeterminação, o que não significa que equivale a qualquer coisa. Com o objetivo de densificar o conteúdo da cláusula, deve-se ter em conta que é uma cláusula de restrição aos benefícios do tratado contra a dupla tributação, combatendo o *treaty shopping*, ou seja, o planejamento tributário em que um contribuinte que em princípio não seria alcançado pelo tratado estrutura seus negócios com a interposição de terceiro, com o objetivo de atrair a aplicação do tratado e, ao final, usufruir do tratamento fiscal especial.

Em primeiro lugar, não pode ser identificado de forma singela como aquele para o qual a renda é direcionada ao final de uma cadeia de operações, uma vez que, se fosse o caso, seriam as pessoas que possuem as ações da companhia, o que seria algo extremado e não compatível, inviabilizando a própria existência dos acordos contra a dupla tributação.⁴⁴ Ademais, os sócios não têm pretensão direta sobre o rendimento recebido pela sociedade e

⁴⁴ FLÁVIO NETO, Luís. A tolerância e a intolerância ao *treaty shopping*: os casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II”. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 23, 2009, p. 324.

pago pela fonte, havendo apenas pretensão em relação aos lucros, que devem ser distribuídos pela sociedade.⁴⁵

Há menção nos comentários à Convenção Modelo sobre a noção de *beneficial owner*, cabendo destacar que em 2014 houve alteração com o fito de contribuir para o esclarecimento da cláusula.⁴⁶ O que se pode extrair dos comentários é que o beneficiário efetivo não deve ser entendido no sentido estrito do instituto que existem em alguns países do sistema da *common law*, o que de fato parece correto, eis que é impertinente com uma convenção internacional que busca impedir a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal.

Além disso, nos comentários, refere-se que o beneficiário efetivo não abrange as situações de agente ou mandatário ou quando a pessoa age como canal para outrem que de fato recebe o benefício, ou seja, ainda que seja a proprietária formal, age como mera fiduciária ou administradora em nome de outrem, possuindo poderes restritos sobre o destino do rendimento. Nesses casos, não são efetivos beneficiários, porquanto o direito de usar e gozar do rendimento é limitado em razão de obrigação de natureza legal ou contratual que os obriga a repassar o rendimento a outrem. Assim, na hipótese contrária, caso tenham o direito de usar e gozar, sem que haja limitação em razão de obrigação de natureza legal ou contratual que obrigue o repasse, devem ser considerados como beneficiários efetivos.⁴⁷ Ressalte-se que os comentários não consistem em disposições do tratado internacional e apesar da intensa divergência sobre a natureza jurídica, entende-se como mais adequada a posição de que consistem em mais um elemento a auxiliar a interpretação do tratado, porém, não qualificados como vinculantes.

Sobre beneficiário efetivo, ao que parece, alinhando-se às conclusões contidas nos comentários, Luís Eduardo Schoueri expõe o seguinte:

Em nossa opinião, assiste razão aos que defendem que o conceito de *beneficial owner* restringe-se aos casos em que o rendimento é pago a quem, por obrigação contratual ou de outra natureza, deve, de imediato, repassá-lo a terceiro, já que não lhe pertence. É o caso de uma instituição financeira, que administra a carteira de investimentos de seus clientes. Ela recebe, por ordem e por conta de terceiros (os “beneficiários efetivos”) o rendimento e o repassam imediatamente. Trata-se portanto, de um conceito cujos contornos jurídicos são claros, e não há, no texto do acordo (base para a interpretação, conforme o art. 31 da Convenção de Viena), qualquer dispositivo que permita a conclusão de que o conceito de “beneficiário

⁴⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 158.

⁴⁶ OECD. *Model Tax Convention on Income and on capital: condensed version 2014*. OECD publishing. Disponível em: <http://www.dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en>. Acesso em: 10 mar. 2015.

⁴⁷ Ibidem, p. 190-195.

efetivo” escape dos seus limites jurídicos, invadindo a esfera da “interpretação econômica”, ou semelhante.⁴⁸ (grifos no original)

Como é uma cláusula contra o *treaty shopping*, é possível construir a noção de que não são beneficiários efetivos as pessoas meramente nomeadas ou agentes, que não são considerados proprietários dos rendimentos ou qualquer outro canal que embora seja o “proprietário formal” da renda, tenha poderes bem restritos sobre ela, tornando-se mero administrador em nome do beneficiário efetivo. À míngua de uma definição, entende-se que é possível extrair tal noção das menções feitas na Convenção-Modelo sobre o beneficiário efetivo (*beneficial owner*), não havendo a necessidade de se empregar o reenvio ao direito doméstico. Aproxima-se assim das noções trazidas pelos comentários e pelo indigitado autor. Ressalte-se, ainda, que o conceito será enriquecido a partir do momento em que se examine um caso concreto, eis que a riqueza de detalhes do caso permite delimitar melhor os sentidos construídos, o que está no processo interpretativo.

Em relação ao Brasil, cumpre pontuar que firmou tratados em que constam cláusulas de beneficiário efetivo no tocante aos dividendos, aos juros e aos royalties, tais como os acordos com: Bélgica, Canadá, Chile, China, Coreia do Sul, Equador, Filipinas, Finlândia, Holanda, Hungria, Índia, Israel, Itália, México, Noruega, Portugal, República Tcheca, Eslováquia, África do Sul, Paraguai, Ucrânia, Venezuela. No entanto, os tratados mais antigos não contêm a referida cláusula, por exemplo: Argentina, Áustria, Dinamarca, Espanha, França, Japão, Luxemburgo, Suécia e Alemanha (denunciado por esta).

Tratando sobre limite de dedutibilidade de despesas no Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, o art. 26, §1º da Lei 12.249/2010 prevê uma definição do que seria beneficiário efetivo.⁴⁹ Então, o sistema jurídico brasileiro traz uma noção do que seria beneficiário efetivo, que se assemelha ao sentido apresentado. Em princípio, a diferença marcante é que, de acordo com a lei brasileira, para ser beneficiário efetivo, a pessoa jurídica não pode ter sido constituída com único ou principal objetivo de economia tributária, o que não encontra paralelo na convenção.

Sérgio André Rocha defende a concepção de que a definição trazida pelo dispositivo não deve ter aplicação restrita à temática de dedutibilidade de despesas, servindo de fonte de significado para as convenções celebradas pelo Brasil que possuam a cláusula de

⁴⁸ *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 159.

⁴⁹ “Art. 26 [...]”

§ 1º Para efeito do disposto no inciso I do caput deste artigo, considerar-se-á como efetivo beneficiário a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro”.

beneficiário efetivo em relação aos dividendos, juros e royalties. O autor defende que, ante à falta de definição pela convenção ou pelo contexto (consoante o art. 31, itens 2 e 3 da Convenção de Viena), o conceito deve ser buscado no direito doméstico, no caso brasileiro, encontrado no art. 26, §1º da Lei 12.249/2010. Salaria que para as convenções posteriores à edição da lei e para as anteriores com previsão de reenvio dinâmico, a aplicação da regra seria imediata. Nas convenções anteriores sem a cláusula de reenvio dinâmico, a definição do art. 26, §1º não seria de observância obrigatória, mas sim um ponto de partida para o processo interpretativo.⁵⁰

5. Caso Concreto: TIM Nordeste⁵¹

Cumpra então analisar uma situação concreta a fim de que se possa consolidar algumas considerações postas. Trata-se de caso submetido ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)⁵² envolvendo, em síntese, a remessa de juros pela TIM Nordeste S.A em decorrência da emissão de títulos no exterior. Foi discutido também ponto lateral envolvendo o pagamento de comissão, que não será abordado.

A remessa dos juros foi feita a instituições financeiras situadas no Japão: *Chase Trust Bank* e o *JP Morgan Trust Bank*. Os agentes financeiros tinham a função principal de liberar os empréstimos para o tomador, receber o pagamento dos juros e do principal e repassá-lo aos beneficiários. Eram os agentes pagadores dos títulos (*paying agents*) com a obrigação convencional de repassar os juros aos investidores (credores dos títulos).

Surgiu o questionamento se a operação estaria sob o amparo do tratado existente entre o Brasil o Japão contra a dupla tributação (Decreto nº 61.899/1967 com as alterações do Protocolo, internalizado pelo Decreto nº 81.194/1978). Pelo tratado, a remessa de juros ao Japão estaria sujeita à alíquota de 12,5%. Caso não amparada pelo tratado, seria caso de aplicar a regra geral de incidência do IRRF sobre remessas ao exterior: 15% (art. 685, inciso I do RIR).

⁵⁰ *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 202-213.

⁵¹ Para aprofundamento na análise do caso, ver: NISHIOKA, Alexandre Naoki; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Caso TIM Nordeste (Maxitel): pagamento de juros a residente no Japão e a aferição da aplicabilidade da cláusula de beneficiário efetivo ao acordo para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e Japão. In: ANAN JUNIOR, Pedro. (Coord.). *Planejamento fiscal: análise de casos*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 3, p. 40-68.

⁵² CARF, Processo nº 10680.004023/2005-58. Acórdão nº 102-49.480. Rel. Alexandre Naoki Nishioka. Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte. Data da sessão: 04/02/2009.

Em primeiro lugar, conforme afirmado, as remessas foram feitas a residentes no Japão - *Chase Trust Bank* e o *JP Morgan Trust Bank*, atraindo a aplicação do tratado, não havendo divergência nesse ponto. Além disso, não foi constatada a existência de ilicitude na operação, por exemplo, fraude ou dolo, situando-se a questão no âmbito do planejamento tributário indesejado pela autoridade fiscal brasileira.

Surge o questionamento então se o tratado deveria ser aplicável, considerando que as instituições financeiras atuavam como agentes pagadores, tendo a obrigação convencionada de repassar os rendimentos aos investidores. Enfim, as instituições financeiras eram as efetivas beneficiárias dos juros?

Conforme restou pontuado no acórdão, as instituições financeiras não eram as beneficiárias efetivas dos rendimentos (juros), uma vez que se apresentavam como agentes pagadores dos títulos (*paying agents*) com a obrigação convencional de repassar os juros aos investidores (credores dos títulos). Assim, atuavam como proprietários meramente formais, sendo em verdade agentes fiduciários, eis que o direito de usar e gozar do rendimento era limitado em razão de obrigação que os obrigava a repassar os juros aos investidores. Conforme exposto, não se enquadrariam no conceito de beneficiários efetivos.

Porém, há um detalhe no presente caso: no tratado firmado entre o Brasil e o Japão não se determina que além de ser residente, seja o efetivo beneficiário, ou seja, não está prevista a cláusula do beneficiário efetivo (*beneficial owner*). Repise-se, não obstante o Brasil tenha firmado tratados em que constam cláusulas de beneficiário efetivo, abrangendo a situação dos juros, como nas convenções com Bélgica, Canadá e Chile, os tratados mais antigos não contêm a referida cláusula, tais como os com: Áustria, Dinamarca, Espanha, França e Japão. Precisa-se enfrentar outro ponto: ainda que não haja a cláusula, pode-se exigir que a pessoa que deseje ser abrangida pelo tratado também seja o beneficiário efetivo?

Não comentando especificamente sobre o presente caso, Alberto Xavier assevera que mesmo em convenções em que não haja a cláusula, a aplicabilidade depende da pessoa residente ser o beneficiário, isto é, o titular do rendimento. Então, não são aplicáveis as convenções em que o mero mandatário seja o residente, como acontece com os *paying agents* em operações financeiras coletivas. Nesses casos, a aplicabilidade deve ter por base de forma individualizada a residência de cada um dos credores, os únicos que podem se beneficiar do imposto. A figura do *paying agent* seria irrelevante, exceto no que toca à tributação da remuneração de seus próprios serviços.⁵³

⁵³ *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 120-121.

Em sentido contrário, Alexandre Naoki Nishioka e Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro, na linha do que constou do acórdão, pondo como necessária a presença da cláusula no tratado, não sendo possível cogitar de uma noção implícita de beneficiário efetivo na Convenção-Modelo da OCDE antes de 1977. Além disso, afirmam inexistir um princípio geral anti-abuso que assegure a consideração do beneficiário efetivo, afastando o “planejamento abusivo”. E, para os autores, o art. 116, parágrafo único do CTN não seria aplicável, porque demandaria prévia regulamentação.⁵⁴

O *treaty shopping* é apresentado como um planejamento tributário indesejado ou criticado, sendo perfeitamente possível que sejam adotadas providências voltadas a reduzir o espaço do enquadramento do tratamento tributário favorecido. No entanto, não o entendemos como ilícito *a priori*. Reclama-se a existência de disposição normativa que o vede e por conseguinte o afaste. Não se pode intuir que a exigência de beneficiário efetivo seria implícita, pelo contrário, deve constar do tratado para que possa servir como obstáculo ao *treaty shopping*.

Caso a cláusula do beneficiário efetivo estivesse presente, o fato do pagamento ser feito através de uma interposta pessoa (agentes pagadores) seria irrelevante ou secundária, não seria importante a figura do beneficiário imediato, ou seja, os agentes pagadores. Em havendo a desconsideração, seria levado em conta o beneficiário efetivo, ainda que não possuía relação jurídica imediata com o emissor. Haveria uma desconsideração subjetiva da relação entre emissor-instituição arrecadadora, buscando-se o vínculo através da identificação territorial dos efetivos beneficiários. Para verificar a abrangência do benefício trazido no tratado internacional, seria afastado o planejamento tributário. No entanto, a cláusula não está presente no tratado Brasil-Japão, de modo que a conclusão não pode ser essa.

Para Marcos André Vinhas Catão, a presença da cláusula do beneficiário efetivo seria condição necessária, mas não suficiente, uma vez que ainda demandaria lei interna que regule os casos em que a Administração Tributária possa efetuar a desconsideração da personalidade jurídica do beneficiário imediato para o efeito de verificar a aplicação de um tratado contra a dupla tributação. O autor, defende que o art. 116, parágrafo único do CTN não cumpriria esse papel, por o próprio demandar regulamentação para a sua aplicação.⁵⁵ O posicionamento não é o seguido no presente estudo, porquanto se apresenta a cláusula do

⁵⁴ Caso TIM Nordeste (Maxitel): pagamento de juros a residente no Japão e a aferição da aplicabilidade da cláusula de beneficiário efetivo ao acordo para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e Japão. In: ANAN JUNIOR, Pedro. (Coord.). *Planejamento fiscal: análise de casos*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 3, p. 58-59.

⁵⁵ A “cláusula de beneficiário efetivo”: limites à sua aplicação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, v. 2. p. 423-436.

beneficiário efetivo como meio de enfrentar o planejamento tributário indesejado, exigindo a presença no tratado, porém sem demandar regulamentação no direito interno para a sua aplicação.

Embora o foco do presente estudo seja o combate através da cláusula do beneficiário efetivo, cumpre tecer breves considerações sobre as demais formas, por terem sido suscitadas no acórdão. Quanto ao princípio geral e internacional anti-abuso, não se compartilha com o entendimento que defende sua existência, conforme razões anteriormente aduzidas, motivo pelo qual também não fundamenta impedimento ao planejamento tributário. Quanto à medida interna, tendo em conta que não é o espaço para aprofundar o assunto, destaque-se que apenas na hipótese de se considerar o art. 116, parágrafo único do CTN como uma “cláusula geral anti-abuso” e ainda plenamente aplicável (uma vez que ainda não existe regulamentação) seria possível afirmar ser instrumento apto ao combate do *treaty shopping* (além de ter como pressuposto a legitimidade de medidas unilaterais, o que como visto, não é tranquilo). Esse parece ser entendimento minoritário, com o qual não se concorda.⁵⁶

Portanto, entende-se como correta a solução dada no acórdão, em que inexistindo meios de combate, em especial, pela inexistência da cláusula do beneficiário efetivo no tratado entre o Brasil e o Japão, determinou a aplicação do tratado, reconhecendo a aplicação da alíquota de 12,5% em relação às remessas de juros ao Japão.

6. Conclusão

Em razão do tratamento fiscal mais favorável previsto em tratados internacionais, é comum deparar-se com planejamentos tributários por parte de contribuintes que estruturam seus negócios de forma a alcançar o regramento benéfico da convenção, que, em princípio, não teriam direito. Isso provoca um grave problema de justiça fiscal, em que as empresas multinacionais conseguem reduzir significativamente sua carga tributária, implicando gravame tributário incompatível com a riqueza manifestada.

O *treaty shopping* apresenta-se como planejamento tributário indesejado sendo perfeitamente possível e esperado que sejam desenvolvidos mecanismos contra a sua prática.

⁵⁶ Para aprofundamento ver: GOMES, Marcus Lívio. La línea entre la planificación fiscal y la elusión abusiva. 1er. Foro Latinoamericano de Jueces Tributarios. In: 6º Encontro Regional Latinoamericano - IFA 2014, Santa Cruz de La Sierra. *Memoriais* ... Bolivia: Talleres Gráficos Bona Nova, 2014. v. 1.

Porém, não pode ser visto como ilícito *a priori*, devendo existir disposição normativa que o obste. Os próprios tratados contra a dupla tributação podem prever mecanismos de combate, com destaque para a cláusula do beneficiário efetivo (*beneficial owner*). Porém, para a exigência de que o tratado apenas atinja os beneficiários efetivos, a cláusula deve estar inserida no tratado, não podendo ser entendida como implícita ou derivada de algum princípio geral internacional. A cláusula do beneficiário efetivo exclui as hipóteses em que a interposta pessoa comporta-se como agente ou mandatário ou quando age como canal para outrem que de fato recebe o benefício, ou seja, ainda que seja a proprietária formal, age como mera fiduciária ou administradora em nome de outrem, possuindo poderes restritos sobre o destino do rendimento. Como efeito da cláusula, o *treaty shopping* é desconsiderado para verificar se a situação será abrangida pela norma benéfica do tratado contra a dupla tributação.

Portanto, apresenta-se como instrumento importante de combate ao *treaty shopping*, contribuindo para a promoção da justiça fiscal na tributação no que toca à tributação dos agentes que realizam operações transnacionais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. CARF, Processo nº 10680.004023/2005-58. Acórdão nº 102-49.480. Rel. Alexandre Naoki Nishioka. Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte. Data da sessão: 04/02/2009.
- CARVALHO, André de Souza; OLIVEIRA, André Gomes de. Planejamento Tributário Internacional. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (Coords.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. 3, p. 553-610.
- CATÃO, Marcos André Vinha. A “cláusula de beneficiário efetivo”: limites à sua aplicação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, v. 2. p. 423-436.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FLÁVIO NETO, Luís. A tolerância e a intolerância ao *treaty shopping*: os casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II”. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 23, 2009, p. 321-340.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, v.1.
- GOMES, Marcus Lívio. La línea entre la planificación fiscal y la elusión abusiva. 1er. Foro Latinoamericano de Jueces Tributarios. In: 6º Encontro Regional Latinoamericano - IFA 2014, Santa Cruz de La Sierra. *Memoriais ...* Bolivia: Talleres Gráficos Bona Nova, 2014. v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- NISHIOKA, Alexandre Naoki; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Caso TIM Nordeste (Maxitel): pagamento de juros a residente no Japão e a aferição da aplicabilidade da cláusula de beneficiário efetivo ao acordo para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e Japão. In: ANAN JUNIOR, Pedro. (Coord.). *Planejamento fiscal: análise de casos*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 3, p. 40-68.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on capital: condensed version 2014*. OEDC publishing. Disponível em: <http://www.dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e da transferência de lucros*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 15 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SANCHES, J.L. Saldanha. *Justiça Fiscal*. Colaboração de João Taborda da Gama. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

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

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Plutritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation (separata), in *International Tax & e Business Lawyer*, v. 4, Primavera 1986, n. 1, Berkeley, University of California, p. 79-83. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol4/iss1/1/>>. Acesso em: 10 mar. 2015

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.