

USO DE TRATADOS SOBRE DUPLA TRIBUTAÇÃO NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL: TREATY SHOPPING

Rhauá Hulek Linário Leal*

RESUMO:

Apresenta a intensificação das relações internacionais como causa do planejamento tributário internacional e seu respectivo conceito. Constata que as diferenças existentes entre os sistemas tributários engendram a dupla tributação internacional. Menciona as formas nacionais e internacionais de evitar a dupla tributação internacional, com ênfase para os tratados destinados a amenizar a bitributação. Traz os métodos mais utilizados pelos tratados para evitar dupla tributação. Apresenta o conceito de treaty shopping como uma das formas de planejamento tributário internacional realizado por meio do somatório de suas características. Mostra as distinções existentes entre o treaty shopping e o rule shopping. Descreve as principais estruturas bilaterais e triangulares de efetivação do treaty shopping. Diferencia as empresas-canais das empresas-trampolim. Relaciona as divergências doutrinárias acerca da licitude do treaty shopping. Apresenta as formas bilaterais, global e unilaterais de contenção do treaty shopping. Detém-se na pesquisa acerca da possibilidade de aplicação das medidas unilaterais de combate ao treaty shopping no Brasil por meio do estudo do tratamento dos tratados tributários em relação à legislação interna. Conclui que, no Brasil, em matéria tributária, há prevalência dos tratados e que a prática do treaty shopping pode ser evitada pelo uso das formas bilaterais de contenção.

Palavras-chave: Direito Tributário. Planejamento tributário internacional. Tratados sobre dupla tributação. Treaty shopping.

ABSTRACT:

It presents the intensification of the international relations as a result of the tax planning. It is noticed that the differences between the tax systems bring up the international double taxation. It is mentioned the national and international forms to avoid the international double taxation, emphasizing the treaties which are made to decrease the double taxation. It brings the most using methods for the treaties to avoid double taxation. It presents the conception of treaty shopping as one form of international tax planning performed through the sum of its characteristics. It shows the differences between the treaty shopping and the rule shopping. It describes the principal bilateral and triangular structures of the treaty shopping. It makes a difference between the conduit companies and the stepping stone companies. It is connected the doctrine contrarieties about

* Aluna do Curso de Mestrado em Direito da UCB.

the lawfulness of the treaty shopping. It proposes the bilateral, global and unilateral forms of contention of treaty shopping. The research has as a focus the possibility of application of an unilateral mensuration of a fight against the treaty shopping in Brazil through the studies of the treatment of the tax treaties according to the national law. Concludes that, in Brazil, in tax law subject, there is a preference in the treaties and that the practice of the treaty shopping can be avoided by using the bilateral ways of contention.

Keywords: Tax law. International tax planning. Double taxation treaties. Treaty shopping.

SUMÁRIO

1. Introdução

2. Planejamento Tributário Internacional

2.1. Dupla Tributação Internacional

2.2. Tratados Sobre Dupla Tributação

3. Uso De Tratados no Planejamento Tributário

3.1. Treaty Shopping

3.2. Formas ge Conter o *Treaty Shopping*

4. Conclusões

5. Referências

1 Introdução

A crescente e intensa integração das economias e da sociedade resulta em sofisticação do planejamento tributário internacional. Os indivíduos se organizam das mais diversas formas para pagar a menor quantia possível de tributos, tanto em âmbito nacional como internacional. Ao mesmo tempo, buscam os Estados identificar as formas ilegais ou ilegítimas de consecução desse objetivo para criação de meios de contê-las. Todavia, observa-se maior cautela dos países em virtude dos reflexos principalmente econômicos que os atinge como efeito da concorrência fiscal internacional que se instaura paralelamente ao planejamento tributário. A busca obstinada pela arrecadação pode significar empecilho à negociações internacionais, como ocorre nos casos de dupla tributação.

Atentos a esse contexto hodierno, criam-se formas de combater a dupla tributação por meio da instituição de benefícios fiscais insertos em normas de

direito interno ou de tratados. Tais normas são vistas como importantes ferramentas de planejamento tributário. Sucede que os benefícios têm mira certa e, pois, manifestamente não se destinam a todas as pessoas. Por isso é que no planejamento se produzem meios de tornar-se beneficiário do tratado que melhor se enquadra nos objetivos fiscais almejados. A esse tipo de plano a doutrina denomina *treaty shopping* ou escolha do melhor tratado, tema do presente estudo. Consiste, basicamente, em selecionar um tratado sobre dupla tributação e instituir uma sociedade cujo objetivo é ser reconhecida como beneficiária do acordo eleito.

Busca a presente pesquisa apresentar as causas e características do *treaty shopping* a fim de observar sua legalidade ou ilegalidade e a aplicabilidade das normas brasileiras ao mesmo. Para tanto, inicia-se a abordagem pela análise da dupla tributação internacional e dos tratados que se destinam a amenizá-la. Isso porque dessa forma é possível notar as causas e as ferramentas úteis ao planejamento via *treaty shopping*. Perpassa, no segundo capítulo, pelo exame de aspectos diretamente relacionados ao *treaty shopping*: seu conceito e características, as diferentes estruturas que o conformam, sua legalidade ou ilegalidade e os modos de contê-lo. Nessa segunda parte, persegue-se o escopo de descrição do *treaty shopping*, das divergências doutrinárias e, por fim, da relação entre o direito interno e os tratados.

2. Planejamento Tributário Internacional

As negociações comerciais internacionais pressupõem relações intersubjetivas que envolvem ao menos dois Estados, cada qual possuidor de ordenamentos jurídicos próprios, os quais são ponderados no momento da transação a fim de efetuar a da maneira mais eficiente e menos onerosa possível. Examina-se o sistema jurídico de cada um dos países que tenham relação com o negócio a ser efetuado. As normas tributárias também são minuciosamente analisadas por estarem diretamente relacionadas ao custo da operação. Enfim, busca-se antever os resultados jurídicos – principalmente os tributários – da transação, isto é, faz-se um planejamento tributário

internacional.¹ “Com a expressão ‘planejamento tributário’ deve-se designar tão-só a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma legítima economia de tributos, independentemente de qualquer referência aos atos ulteriormente praticados.”²

O planejamento tributário, portanto, reside na coordenação de programas destinados a amenizar os custos tributários. Observa-se que se trata de uma projeção e, dessa forma, é anterior à concretização de qualquer ato, motivo pelo qual é possível entender que não cabe análise de licitude ou ilicitude do planejamento tributário uma vez que neste momento faz-se apenas uma escolha dos atos que serão praticados. Os atos e negócios escolhidos para a efetuação do planejamento é que podem ter sua legalidade examinada. Portanto, o estudo de verificação de conformidade com o ordenamento jurídico é reservado aos negócios e atos jurídicos levados a efeito para realizar o planejamento tributário, que, por sua vez, acontece anteriormente, na pesquisa das consequências tributárias e eleição das estruturas jurídicas que melhor se adaptam aos fins almejados.³ Em âmbito internacional, o planejamento tributário envolve mais de um Estado, isto é, há necessidade de estudo das normas e dos efeitos tributários em pelos menos dois Estados.

Ocorre que o planejamento tributário internacional toma em conta dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, o que exige uma comparação das características dos conceitos e formas estabelecidos em cada um dos sistemas jurídicos, a identificação do regime jurídico aplicável a cada situação pretendida, bem como os efeitos e a carga tributária final decorrentes da atuação de ambos os ordenamentos.⁴

O planejamento tributário internacional, portanto, parte da análise de sistemas tributários diversos a fim de organizar as operações para alcançar alguma vantagem tributária. O exame se dá principalmente em relação às diferenças entre os ordenamentos envolvidos, pois são essas diferenças que influenciam de maneira determinante na escolha da forma pela qual se realizará o planejamento tributário. A divergência de tratamento tributário pode

¹ BORGES, Antônio de Moura. Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional. In: **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, n. 13, jan/fev., 2005, p. 27-40.

² TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

³ TÔRRES, Heleno. loc. cit.

⁴ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 52.

gerar efeitos completamente opostos, desde uma ausência de tributação – conseguida pela arbitragem tributária internacional – até uma dupla tributação.

Mais precisamente, arbitragem tributária internacional refere-se à situação em que contribuinte ou contribuintes, aproveitando-se de diferenças nas legislações de dois ou mais Estados, incluindo os tratados internacionais por eles firmados, estruturam entidades e organizam transações de modo a obter ganho tributário que não ocorreria caso as transações se realizassem no âmbito de apenas um Estado.⁵

Há vários efeitos advindos das diferenças nas ordens jurídicas. Há tanto resultados desejados como evitados. A dupla tributação internacional pode ser observada como uma das principais e mais evitadas consequências das distinções entre os sistemas tributários dos países abarcados pela operação que se deseja concretizar.

2.1 Dupla tributação internacional

A adoção de diferentes conceitos e princípios, ou entendimentos sobre os mesmos, pode fazer com que um indivíduo seja atingido pelas normas tributárias de diversos países em razão de apenas uma ação. É possível, pois, que os mesmos fatos geradores impliquem tributação simultânea dos mesmos sujeitos passivos em vários dos Estados envolvidos.⁶ Assim, a dupla tributação resta caracterizada pelo envolvimento de mais de um sistema tributário, por meio dos quais os mesmos sujeitos são tributados em virtude da realização de um ato ou negócio jurídico.⁷ “[...] pode definir-se a dupla tributação internacional como o fenômeno que ocorre quando dois Estados submetem uma pessoa ao pagamento de tributos em razão do mesmo fato gerador.”⁸

O poder tributário dos Estados permite que cada qual estruture as imposições tributárias da maneira que melhor lhes aprouver. Adotam-se critérios, normas e princípios independentemente de exame dos outros sistemas tributários, isto é, a tributação de um Estado não determina a de

⁵ BORGES, Antônio de Moura. op. cit., p. 27-40.

⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Tributário comparado e tratados internacionais fiscais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 165.

⁷ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Tratados para evitar a dupla tributação internacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de Direito Tributário**. 9 ed. rev. e atual. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 512.

⁸ BORGES, Antônio de Moura. Convenções sobre dupla tributação internacional entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento. In: **Revista dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 8, maio 1996, p. 24.

outro. Essa independência é que gera as referidas diferenças nos sistemas tributários.

No que concerne aos impostos diretos, a delimitação da competência internacional se dá por meio da adoção do princípio da territorialidade ou o do princípio da universalidade. Pelo princípio da territorialidade, o Estado tributa a renda produzida no seu território, independente da nacionalidade ou do enquadramento como residente. Pelo da universalidade, tributa-se a renda mundial do residente ou nacional do país, a depender do critério que se adote. Note-se que a forma pela qual se tributa, isto é, o emprego desses princípios pode ser apontado como uma das causas da dupla tributação internacional.⁹ Isso porque se um sujeito que é residente num país que adota o princípio da universalidade receber rendas produzidas em outro país, que tributa conforme o princípio da territorialidade, sofrerá tributação em ambos.¹⁰

A onerosidade gerada pela dupla tributação internacional se revela obstáculo às livres negociações e, por isso, foram desenvolvidos instrumentos destinados a atenuá-la, eliminando-a ou amenizando seus efeitos. Há medidas unilaterais (autolimitação da competência tributária) e internacionais (convenções) destinadas a abrandar a dupla tributação.¹¹ Tais medidas, portanto, apresentam grande relevo no planejamento tributário internacional, uma vez que ambas comungam os mesmos fins: tornar as operações negociais internacionais menos onerosas e, por conseguinte, estimular investimentos. Ressalte-se que há posicionamento tributário no sentido de que a inexistência dessas medidas dificultaria muito o planejamento tributário porque diminuiria significativamente a quantidade de ferramentas úteis à manipulação de estruturas destinadas à elisão tributária.¹²

[...] devemos atentar para o fato de que a maior parte dos modos de elusão possíveis, no planejamento tributário internacional, decorrem (sic) de artificiosas manobras para gozar dos benefícios concedidos pelos Estados para evitar a dupla tributação. Faça-se um teste. Afastemos os mecanismos de redução ou eliminação de hipóteses de dupla tributação, medidas internas e medidas bilaterais (convenções internacionais para evitar a dupla tributação) e

⁹ Id. Possíveis soluções para o problema da dupla tributação internacional. In: **Revista fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 5, n. 27, maio/jun. 2007, p 48.

¹⁰ Id. Convenções sobre dupla tributação internacional entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento. In: **Revista dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 8, maio 1996, p. 24.

¹¹ Id. Possíveis soluções para o problema da dupla tributação internacional. In: **Revista fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 5, n. 27, maio/jun. 2007, passim.

¹² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. op. cit., p. 166.

perceba-se o que resta: praticamente nenhuma chance para as formas de planejamento tributário internacional elusivo.¹³

As medidas unilaterais de amenização da dupla tributação demandam grande esforço unilateral que, além disso, se apresenta bastante limitado devido à complexidade dos sistemas tributários. Tais medidas solitárias vêm em sentido oposto ao caminho percorrido pelos Estados e a independência e isolamento, assim como acontece com os princípios, podem fazer com que apresentem resultados neutros ou mesmo nulos em virtude das diferenças entre os sistemas tributários. Dessa forma, apresenta-se como ideal o uso de tratados sobre dupla tributação, que representam um esforço conjunto.¹⁴

2.2 Tratados Sobre Dupla Tributação

A preocupação em amenizar as consideráveis consequências advindas da dupla tributação internacional é notável na observância da quantidade de tratados empenhados em evitá-la: estima-se que atualmente existam mais de dois mil tratados sobre dupla tributação.¹⁵ Só o Brasil, por exemplo, possui acordos desse tipo com vinte e oito Estados.¹⁶ Consistem, portanto, em vultoso instrumento de planejamento tributário.¹⁷ Foram desenvolvidos diferentes tipos de modelos de tratados sobre dupla tributação destinados a serem bases para negociações bilaterais destinadas a evitar a dupla tributação internacional e guias de interpretação desses acordos.¹⁸ Podem ser citados os seguintes modelos: das Ligas das Nações, da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e dos Estados Unidos da América, por exemplo.¹⁹ Esses dois últimos mostram-se

¹³ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 60.

¹⁴ BORGES, Antônio de Moura. Possíveis soluções para o problema da dupla tributação internacional. In: **Revista fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 5, n. 27, maio/jun. 2007, p. 44-45.

¹⁵ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. op. cit., p. 519 e 521.

¹⁶ Informação disponível em <www.receita.fazenda.gov.br>

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 19.

¹⁸ FINNEY, Malcolm. Double Taxation Agreements: An Overview. In: DIXON, John; FINNEY, Malcolm. (Eds.) **International Corporate Tax Planning**. London: LexisNexis, 2005, p. 3.3.

¹⁹ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. op. cit., p. 521-523.

os mais utilizados nos acordos em vigor²⁰, sendo que o Brasil utiliza o modelo da OCDE.²¹

Os tratados para evitar a dupla tributação procuram estabelecer regras de exclusividades e renúncias ou obrigação de eliminar ou amenizar a dupla tributação, através do emprego de diferentes métodos. Estabelece-se que certos rendimentos serão exclusivamente tributados por apenas um dos contratantes, renunciando o outro. Ou convencionam-se que determinados tipos de renda podem ser tributados por todos os Estados-partes, restando a um deles a incumbência de eliminar ou atenuar a dupla tributação. Esse abrandamento ou abolição podem se dar, dentre outros, pelos métodos da isenção ou da imputação, que são adotados pelos modelos da Organização das Nações Unidas e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.²² No método da isenção, as rendas da fonte estrangeira são isentas, o que implica admitir que somente o outro Estado-parte tribute tais rendas. No segundo método – o da imputação –, tributa-se a renda do residente, atribuindo-se um crédito, limitado ou não, pelo imposto pago no Estado da fonte.²³

Enfim, os acordos internacionais apresentam-se como imprescindíveis fontes de estudo e organização do planejamento tributário. Porquanto estipulam normas capazes de alterar por completo a situação dos sujeitos envolvidos. Os tratados para evitar a dupla tributação, em especial, tratam de circunstâncias criadoras de benefícios aos residentes ou nacionais dos Estados contratantes e, dessa forma, se tornam importantes ferramentas do planejamento, que pode se dar de diversas maneiras.

3. Uso De Tratados no Planejamento Tributário

²⁰ BORGES, Antônio de Moura. Possíveis soluções para o problema da dupla tributação internacional. In: **Revista fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 5, n. 27, maio/jun. 2007, p. 49.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 154 e WORLD TRADE EXECUTIVE. **Using Treaties and Holding Companies for Latin America Tax Planning**. Concord-MA: WorldTrade Executive, 2005 p. 27.

²² BORGES, Antônio de Moura. Possíveis soluções para o problema da dupla tributação internacional. In: **Revista fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 5, n. 27, maio/jun. 2007, passim.

²³ Id. Convenções sobre dupla tributação internacional entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento. In: **Revista dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 8, maio 1996, p. 29.

As relações comerciais internacionais, os diferentes sistemas tributários, a dupla tributação internacional e os consequentes tratados para evitar a dupla tributação como principal medida atenuadora da mesma culminam no uso desses tratados no planejamento tributário internacional. Isso porque, conforme já mencionado, tais acordos fazem-se fontes de normas criadoras de benefícios tributários aplicáveis aos residentes ou nacionais dos países que assim ajustaram e, por isso, tornam-se alvo de pessoas que buscam efetuar suas negociações de maneira a desembolsar a menor quantia possível em relação aos tributos.

Enquanto normas, também são examinados pelo planejador no momento da projeção dos efeitos tributários de determinados atos ou negócios jurídicos internacionais e, assim como acontece em relação ao planejamento tributário nacional, busca-se enquadrar-se nas normas do tratado para ser também beneficiado. Ocorre que há situações nas quais a tentativa de ser atingido pelos benefícios trazidos no tratado é realizada por pessoas residentes ou nacionais de países que não fazem parte do acordo. Significa que existem sujeitos que realizam o planejamento tributário de forma a alcançar uma vantagem tributária originalmente destinada a outras pessoas. Dessa forma, o tratado termina por trazer proveito a pessoas que, de regra, estariam excluídas do tratamento tributário delineado em determinado tratado para evitar a dupla tributação. Neste ponto, alcança-se o *treaty shopping*.

3.1. Treaty Shopping

O planejamento tributário focado no uso de tratados para evitar a dupla tributação de forma a beneficiar um sujeito não originalmente legitimado é reconhecido pela doutrina sob a expressão *treaty shopping*. O termo é uma alusão a *forum shopping*, no qual o objetivo é buscar a jurisdição mais favorável para torná-la aplicável a determinada situação litigiosa.²⁴ O *treaty shopping*, de forma similar, procura a convenção sobre dupla tributação que maiores vantagens tributárias traria e estrutura operações para transformar-se em beneficiário da mesma. “A esta seleção do ‘melhor tratado’ a doutrina denomina de *treaty shopping*”.²⁵ Verifica-se, pois, que tanto no *treaty shopping*

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 22.

²⁵ TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 321.

quanto no *forum shopping* há uma escolha feita por sujeitos que, se não fosse pela articulação de situações e transações, não teriam legitimidade para alcançarem os resultados ali previstos por não serem as pessoas que o legislador – os Estados acordantes – quis beneficiar.²⁶

Os tratados para evitar a dupla tributação também são úteis no planejamento tributário de pessoas que foram beneficiadas pelo tratado, mas que buscam aperfeiçoar as vantagens por meio da aplicação das normas mais benéficas dentre as previstas na convenção. Eis, portanto, o *rule shopping*, que consiste na procura pelo dispositivo que apura os benefícios tributários já concedidos pelo tratado sobre dupla tributação. Enquanto o *treaty shopping* é realizado por pessoas não beneficiadas e versa sobre a procura de um tratado, o *rule shopping* se restringe a pessoas já beneficiadas pelo tratado, mas que procuram aprimorar o benefício já existente por meio da escolha das normas mais vantajosas do tratado. No primeiro, a concentração está no elemento subjetivo de qualificação: institui-se um sujeito apto a beneficiar-se do tratado. No segundo (*rule shopping*), atenta-se ao elemento objetivo de qualificação, pois o foco está na escolha de uma das normas de um tratado.²⁷

Resumindo, enquanto no *treaty shopping* opera-se uma escolha do melhor tratado, dentre todos os existentes, por sujeitos não-residentes, para usufruir vantagens tributárias que estes possam oferecer, no *rule shopping*, sujeitos residentes, no âmbito de um tratado específico, procuram ajustar-se a regras mais favoráveis ou constituir “vácuos” de tributação, afastando a incidência de ambos os sistemas tributários.²⁸

O *treaty shopping* e o *rule shopping* são apenas algumas das formas de utilização dos tratados no planejamento tributário internacional. Especificamente no que tange ao *treaty shopping*, suas principais formas são: a adoção de empresas-canais (*conduit companies*) e as empresas-trampolim (*stepping stone companies*), as quais, em geral, se realizam em estruturas triangulares, embora a quantidade de países envolvidos não seja critério suficiente para caracterizar o *treaty shopping*. A estrutura é triangular devido ao envolvimento de três países: o país da fonte, o país onde se situa o interessado (que não é signatário de tratado com o país da fonte) e o país onde será interposta a empresa-canal ou a empresa-trampolim (que é signatário de

²⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. op. cit., p. 173.

²⁷ TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 322.

²⁸ TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 322.

tratado com o país da fonte). O país da fonte de rendimentos é aquele com o qual o realizador do *treaty shopping* negociaria diretamente se fosse beneficiário do tratado que lhe interessa.²⁹

Há também formas de realizar o *treaty shopping* abarcando apenas dois países. O planejador residente em país signatário de tratado sobre dupla tributação, mas não beneficiado pelo mesmo, interpõe estabelecimento beneficiário do tratado no próprio país da fonte, por meio do qual os recursos chegarão ao planejador. Observe-se que não se cuida de *rule shopping*, pois a escolha recaiu sobre um tratado (e não sobre as normas nele insertas) e foi feita por um sujeito não originalmente beneficiado. Como exemplo dessa estrutura, cite-se a hipotética situação em que o tratado preveja isenção na remessa de dividendos (do país B) para beneficiárias (no país A) detentoras de substancial participação no capital da distribuidora (no país B). Empresa detentora de minoritária participação não é, portanto, beneficiária do tratado. Todavia, pode vir a sê-lo se constituir no país da fonte (B) uma subsidiária integral à qual se transferem as ações que possui da pagadora de dividendos (também no país B), que os remeterá à subsidiária integral (em B) a qual, por sua vez, transferirá dividendos isentos ao planejador (situado no país A).³⁰ Nesse caso apresenta-se uma estrutura bilateral.

Outro exemplo de estrutura bilateral é chamado de quinteto. Tem origem na Alemanha, quando essa assinara vários tratados concedendo isenção na distribuição de dividendos para o investidor estrangeiro detentor de menos de vinte e cinco por cento do capital da empresa alemã distribuidora dos rendimentos. Certo investidor estrangeiro possuidor da totalidade do capital da empresa alemã, constituiu no próprio país de residência (subscritor de um dos tratados) cinco novas sociedades às quais distribuiu igualmente todo o capital da empresa situada na Alemanha. Cada uma dessas cinco sociedades tornara-se proprietária de menos de vinte e cinco por cento da sociedade alemã, fazendo jus, portanto, à isenção na distribuição de dividendos.³¹ Nesse exemplo, somente dois Estados são envolvidos.

²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 27.

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 25-26.

³¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 26.

Nos dois exemplos acima, houve a interposição de uma empresa-canal. As empresas-canais são estabelecidas em país signatário de tratado com o país da fonte de rendimentos objetivando realizar transações com empresas situadas neste último beneficiando-se das vantagens tributárias do tratado para posteriormente “reconduzí-las” para sua controladora.³² As empresas-trampolim são utilizadas com o fim de acumular rendimentos que sofrem tributação privilegiada ou não-tributáveis em virtude do tratado para dali “saltarem”³³ para o local onde sua controladora decidir investir. Tanto na empresa-canal como na trampolim existem, de regra, três países envolvidos e as vantagens tributárias do tratado só são alcançadas por meio da interposição de pessoa enquadrada como beneficiária.³⁴ As finalidades³⁵ e a maneira como são tributadas³⁶ no país onde foram instaladas diferenciam as empresas-canais das empresas-trampolim. As empresas-canais não são tributadas em sua sede e servem à canalização, isto é, ao repasse de recursos. As empresas-trampolim são tributadas em sua sede e destinam-se à acumulação de recursos para futuros investimentos da controladora.

As estruturas do *treaty shopping* podem ser usadas para negócios que resultem no pagamento de juros, dividendos ou *royalties*. A fórmula básica do *treaty shopping* é a seguinte: a empresa X, situada no país A, deseja realizar operação com a empresa Y, situada no país B. A e B não possuem tratado sobre dupla tributação. B, porém, possui tratado com C, onde a empresa X resolve interpor uma empresa por ela controlada (Z) que realizará a operação desejada com Y beneficiando-se do tratado entre B e C. Essa controlada pode ser uma empresa-canal, que repassará os recursos, ou uma empresa-trampolim, que poderá acumular as rendas derivadas do benefício concedido pelo tratado. O montante de recursos agrupados nas sociedades interpostas pode ser repassado de diferentes formas: como pagamentos de juros, de

³² TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 334.

³³ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Utilização abusiva dos tratados internacionais de dupla tributação (*treaty shopping*). In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, n. 59, p. 250.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 25.

³⁵ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Utilização abusiva dos tratados internacionais de dupla tributação (*treaty shopping*). In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, n. 59, p. 249.

³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. loc. cit.

dividendos, de *royalties*, conforme se apresente mais vantajoso em termos tributários para o realizador do *treaty shopping*.³⁷

Dentre as várias possibilidades de realização do *treaty shopping*, encontra-se uma considerada legítima pela OCDE. Trata-se da situação em que o planejador reside em país signatário de tratado sobre dupla tributação com o país da fonte (que é parte de tratados mais vantajosos com terceiros países), mas não se enquadra como beneficiário do mesmo ou vislumbra maior vantagem em outros tratados. Escolhe-se o tratado mais vantajoso e interpõe-se uma sociedade qualificada como beneficiária em um desses outros países e efetua-se a operação almejada com o país da fonte.³⁸ “Os Comentários da OCDE sugerem excluir das restrições estabelecidas para os não-residentes os residentes de outros países com que o estado em causa tenha celebrado tratados contra a dupla tributação (*alternative relief provision*).”³⁹

Note-se que na conformação de operações para efetuar o *treaty shopping*, isto é, para selecionar um tratado sobre dupla tributação e alcançar os benefícios ali descritos, o planejador institui um estabelecimento que será identificado pelo país da fonte como passível de receber o tratamento prescrito no tratado. Todavia, esse estabelecimento apenas recebe os recursos e não detém poder de decisão sobre os mesmos: cabe à matriz ou controladora administrar a interposta. Significa dizer que o beneficiário efetivo não é aquele que se apresenta como tal, mas um terceiro que não faz jus aos benefícios concedidos por determinado tratado.

Podem ser citadas como características do *treaty shopping*: a procura pelo tratado que trará maiores vantagens tributárias, interposição de pessoa qualificada como beneficiária do tratado em terceiro país e afastamento do regime tributário aplicado pelo país da fonte.⁴⁰ Há posicionamento doutrinário que inclui a não residência do planejador nos Estados contratantes do tratado escolhido como característica do *treaty shopping*.⁴¹ O fundamento dessa quarta característica tem por fulcro a compreensão de que bastaria a residência para ser beneficiário do tratado e, dessa forma, desnecessário seria o *treaty*

³⁷ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Utilização abusiva dos tratados internacionais de dupla tributação (*treaty shopping*). In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, n. 59, p. 249.

³⁸ TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 330.

³⁹ Ibid., p. 330-331.

⁴⁰ Ibid., p. 329-330.

⁴¹ Ibid., p. 331.

shopping. Todavia é possível entender que as acima apresentadas estruturas bilaterais não comportariam esse caractere uma vez que o planejador reside em país signatário do acordo, embora não se enquadre como beneficiário.

Selecionado o tratado que melhor se adapta aos escopos do planejador, constitui-se uma sociedade identificável como beneficiária no Estado subscritor do acordo com o país da fonte dos rendimentos. Assim, o regime tributário do país da fonte deixa de ser aplicável àquele que planeja. Este ponto pode ser registrado como fundamental ao *treaty shopping*, porquanto o verdadeiro interesse do planejador é no país da fonte. Observe-se que as operações negociais são conformadas de modo a, ao final, atingí-lo. O realizador do *treaty shopping* não se relaciona diretamente com o país da fonte porque o regime tributário do mesmo se apresenta, de alguma forma, em desvantagem em relação às disposições do tratado assinado com um terceiro país, no qual, portanto, instala uma sociedade destinada a concretizar os objetivos do planejador: efetuar as operações beneficiando-se do regime tributário inserto no acordo internacional, esquivando-se do regime previsto pelo país da fonte.

Este país da fonte, na maior parte das vezes, é o que sofre as mais duras consequências do êxito dos planejamentos tributários com “escolha da melhor convenção internacional”, porquanto, em geral, o que se pretende é evitar a aplicação do regime tributário típico para não-residentes” ou a tributação definitiva sobre residentes, resultando numa menor arrecadação.⁴²

Nesse diapasão, é possível concluir que o país da fonte é onde se vislumbram grande parte dos efeitos do *treaty shopping* e, assim, seria o maior interessado em evitar que esse tipo de planejamento tributário ocorra.⁴³ O Brasil, enquanto predominantemente captador de recursos, pode ocupar o lugar de país da fonte no *treaty shopping*⁴⁴ e também demonstrar preocupação em relação a essa prática. Dessa apreensão exsurge a celeuma acerca da licitude ou ilicitude do *treaty shopping*.

A ilegalidade do *treaty shopping* é sustentada sob o argumento do abuso de direito.⁴⁵ Seria uma “inaceitável seleção pessoal da competência tributária,

⁴² TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 336.

⁴³ Ibid., p. 322.

⁴⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 28.

⁴⁵ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Utilização abusiva dos tratados internacionais de dupla tributação (*treaty shopping*). In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, n. 59, p. 247 e FINNEY, Malcolm. Double Taxation Agreements: An Overview. In: DIXON, John; FINNEY, Malcolm. (Eds.) **International Corporate Tax Planning**. London: LexisNexis, 2005, p. 3-26.

do regime jurídico ou do benefício fiscal aplicável à espécie.”⁴⁶ Além disso, o planejamento tributário é limitado pelas normas nacionais e pelos tratados de modo que os Estados podem controlar a consecução de vantagens indevidas, isto é, alcançadas mediante a manipulação dos ordenamentos jurídicos.

Já a legalidade da busca pelo melhor tratado tem por base a autonomia da vontade, constitucionalmente prevista, a não obrigatoriedade de selecionar o caminho com a maior carga fiscal – devido aos princípios da legalidade (Constituição Federal, artigo 5º, inciso II) e da estrita legalidade (Constituição Federal, artigo 150) – e a prescrição dos artigos 153 e 154, da Lei nº 6.404/1976, que determinam a “obrigação do administrador de qualquer sociedade empregar todos os recursos para atingir os objetivos da empresa.”⁴⁷

Contudo, cumpre assinalar que a licitude ou ilicitude do *treaty shopping* deve ser examinada em relação a algum ordenamento jurídico. Isso porque é necessário o envolvimento de pelo menos dois países, cujos ordenamentos jurídicos provavelmente apresentarão diferenças capazes de determinar conclusões opostas. Nesse sentido, imprópria se mostra a constatação de legalidade ou ilegalidade universal do *treaty shopping*. Ademais, considerando-se o *treaty shopping* uma forma de planejamento tributário internacional cabe ponderar as considerações feitas acerca do exame sobre a liceidade de planejamentos enquanto atos preparatórios. Esse raciocínio permite dizer que a averiguação de conformidade com determinado sistema jurídico é feita em relação a atos e negócios praticados, e não meramente planejados. Portanto, a legalidade do *treaty shopping* depende: da forma pela qual foram efetuados os atos e negócios que o compõem, dos ordenamentos jurídicos envolvidos e do acordo sobre dupla tributação selecionado.⁴⁸

A “escolha da melhor convenção internacional”, acompanhada da inexorável interposição de residência fiscal para usufruir dos benefícios desta, será sempre um ato lícito nos limites do quanto prevejam os ordenamentos dos países signatários e a própria convenção aplicável. Por isso, formular uma conclusão genérica, garantidora de uma suposta licitude para qualquer hipótese de uso indevido da convenção, não pode ser feita sem o risco de total erronia das suas

⁴⁶ TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 322.

⁴⁷ PINHEIRO, Rodrigo Rigo. *Treaty shopping*: aspectos jurídicos, econômicos e sua relevância no cenário nacional. In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, ano 17, n. 84, p. 133 – 149, jan./fev. 2009, p. 137.

⁴⁸ TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, passim.

possibilidades. A aplicação de qualquer método indutivo, em matéria de ciência jurídica é, já do ponto de partida, naturalmente falível.⁴⁹

Apesar da constatação de que a legalidade do *treaty shopping* resulta da legalidade dos atos praticados para concretizá-lo, existem diferentes abordagens acerca das maneiras pelas quais se busca impedir sua realização. O estudo sobre a licitude do *treaty shopping*, pois, culmina na pesquisa das formas de contenção do mesmo, porquanto as normas que objetivam evitá-lo é que determinarão a legalidade ou ilegalidade dos atos que fazem parte de sua estrutura.

3.2. Formas de Conter o *Treaty Shopping*

As formas de contenção do *treaty shopping* podem ser bilaterais, unilaterais, globais⁵⁰ e comunitárias.⁵¹ Significa que há cláusulas inseridas nos próprios acordos internacionais (forma bilateral), bem como existem medidas tomadas unilateralmente por cada Estado por meio de legislação interna, assim também mediante princípios de direito internacional público (forma global), ou, por fim, através de medidas comunitárias em caso de países pertencentes a blocos regionais.

Considerando, conforme apresentado acima, que o *treaty shopping* pode ser visto como o uso indevido dos acordos sobre dupla tributação, vale assinalar que uma das primeiras fontes a serem examinadas acerca possibilidade de realização desse tipo de planejamento tributário internacional são os próprios tratados sobre os quais recaem as escolhas. Há determinadas cláusulas que são inseridas nos mesmos com único objetivo de obstar a interposição de pessoa jurídica com escopo exclusivo de angariar as vantagens tributárias dispostas no acordo.

Em 1977, a OCDE modificou o seu modelo de tratado sobre dupla tributação⁵² e apresentou cláusulas úteis aos países signatários dessas espécies de tratados e que não desejassem autorizar o *treaty shopping*. As indicações da OCDE consistem no uso exclusivo ou combinado dos seguintes critérios como formas de contenção: exclusão, sujeição efetiva ou mínimo de

⁴⁹ Ibid., p. 346.

⁵⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 28.

⁵¹ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 350.

⁵² Ibid., p. 362.

tributação, transparência ou consideração da qualidade dos sócios⁵³ (*look-through approach*), *channel approach* ou canalização de recursos, beneficiário efetivo e boa-fé ou cláusula de salvaguarda.⁵⁴ Esses critérios basicamente permitem perquirir se a sociedade de que se suspeita faz parte da estrutura de um planejamento tributário nos moldes do *treaty shopping*, para daí decidir pela aplicação ou não do tratado.

O critério da exclusão evita que determinados tipos societários sejam passíveis de acumularem benefícios fiscais. Determina-se que certas sociedades residentes em um dos países signatários sejam excluídas das vantagens concedidas pelo tratado sobre dupla tributação em virtude de serem detentoras de um regime fiscal privilegiado ao qual as disposições do acordo internacional se somariam. Esse método é útil aos países que possuem territórios com regimes fiscais privilegiados, como a Ilha da Madeira, em Portugal, por exemplo, porque impedem o acúmulo exagerado de vantagens tributárias.⁵⁵

A sujeição efetiva ou mínimo de tributação condiciona a aplicação do acordo internacional assinado à tributação do rendimento transferido pelo outro Estado-parte. Significa que os benefícios previstos no acordo somente serão concedidos caso a renda gerada em um Estado-parte seja tributada no outro, isto é, “quando se estiver numa situação de bitributação”⁵⁶. Evita-se, dessa forma, que certos tipos redituais sofram dupla não-tributação, uma vez que a não tributação pelo outro Estado obsta a aplicação dos privilégios do tratado. Portanto, segundo esse critério, a convenção objeto do *treaty shopping* tem efeito somente para as sociedades que se sujeitam a alguma tributação no outro país-membro.⁵⁷

O método da transparência consiste na aplicação da prevalência da substância sobre a forma jurídica, porquanto afasta a aplicação do tratado às pessoas jurídicas que são controladas por sujeitos residentes em países não signatários. Observa-se a quantidade de renda usada pela sociedade para satisfazer obrigações cuja titularidade pertence aos seus sócios ou acionistas

⁵³ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 141.

⁵⁴ TÔRRES, Heleno. op. cit., passim.

⁵⁵ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 366-367, e SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 143-144.

⁵⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 145.

⁵⁷ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 367-368.

e, se o montante for significativo, deixa-se de aplicar a convenção a essa sociedade devido à presunção de que a mesma somente serve à elisão fiscal.

Nesses casos, presume-se que a renda da sociedade aparente estaria sendo absorvida pelos pagamentos feitos aos acionistas ou pessoas vinculadas, ou mesmo sendo reduzida pela excessiva despesa com gastos dedutíveis, sem qualquer fim negocial além daquele de servir de “filtro” ou de condutora dos rendimentos, da fonte ao beneficiário efetivo (terceiro não-residente), apenas para atender o fim de economia fiscal. 58

Em auxílio ao emprego do método da transparência vem a consideração da qualidade dos sócios ou método de atuação, segundo o qual as vantagens fiscais do acordo sobre dupla tributação devem ser restritas às pessoas jurídicas controladas por residentes no mesmo país, sob pena de desconsideração da mesma com atribuição de seus atos aos sócios não-residentes, sem, contudo, anular a constituição da sociedade. Assinale-se, porém, a dificuldade deste método de atuação em países de tradição romano-germânica, onde as formas têm alto valor jurídico⁵⁹, como é o caso do Brasil.

Sobre a possibilidade de os países signatários se valerem deste método, cumpre assinalar que tanto o país da residência quanto o país da fonte de rendimentos podem empregá-lo, sob a condição, porém, de que a sociedade à qual se busca atingir seja residente no Estado que visa usar o critério da atuação. Isso porque a percepção de que este método somente seria aplicável ao país da residência⁶⁰, exclui as estruturas bilaterais nas quais a sociedade pode ser interposta no próprio país da fonte. ⁶¹

Bastante similar ao critério da transparência é o do *channel approach* ou canalização de recursos. A diferença entre ambos se refere ao montante destinado aos controladores não-residentes. Enquanto no critério da transparência não se faz menção à quantia ou percentual exato, o *channel approach* busca alcançar sociedades em que o passivo com não-residentes vinculados é superior à metade da renda das mesmas. Assim, à aplicação deste faz-se necessário investigar a totalidade e a destinação da renda da pessoa jurídica. ⁶²

⁵⁸ Ibid., p. 364.

⁵⁹ Ibid., p. 366.

⁶⁰ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 366.

⁶¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 142.

⁶² TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 368-369, e SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 148.

Já mencionada na página 15 deste trabalho, a cláusula de beneficiário efetivo (*beneficial owner*) procura aferir a legitimidade de consecução das vantagens do tratado selecionado para prática do *treaty shopping*. Trazida pela OCDE na revisão da Convenção Modelo em 1977, essa cláusula tem sido inserta nas convenções a partir de então, inclusive em acordos assinados pelo Brasil⁶³, por exemplo, com a África do Sul⁶⁴, Ucrânia⁶⁵ e México⁶⁶, entre outros.

Procura-se averiguar que pessoa realmente se beneficia do tratado para, se for o caso, deixar de aplicá-lo. Observa-se que na estrutura do *treaty shopping* existem, pelo menos, duas pessoas jurídicas: a planejadora e a interposta. A planejadora é aquela que busca um tratado sobre dupla tributação para a ele se enquadrar. Todavia, o tratado escolhido não a reconhece como sociedade sujeita às suas normas. Assim, a planejadora cria a sociedade interposta para que essa, reconhecida pelo tratado, receba os benefícios em nome da planejadora. Vê-se que a interposta tem a aparência de beneficiária, embora não o seja porquanto as vantagens são auferidas, de fato, pela planejadora. A realizadora do planejamento é que efetivamente se beneficia do tratado aplicado à interposta e, portanto, é a beneficiária efetiva.

Apesar da inexistência de definição de beneficiário efetivo na Convenção Modelo da OCDE⁶⁷, a doutrina apresenta, em conjunto, as seguintes características do beneficiário efetivo: a detenção do poder de decisão sobre a renda da interposta⁶⁸, o repasse imediato dos rendimentos pela interposta a outra sociedade e a atuação por conta de terceiros.⁶⁹ A inserção dessa

⁶³ Ibid., p. 356.

⁶⁴ BRASIL. **Portaria MF nº 433, de 29 de dezembro de 2006**. Métodos de aplicação da Convenção para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação aos impostos sobre a renda assinada pela República Federativa do Brasil com a República da África do Sul. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

⁶⁵ Id., **Portaria MF nº 198, de 26 de julho de 2006**. Métodos de aplicação da Convenção para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação ao imposto sobre a renda assinada pela República Federativa do Brasil com a Ucrânia. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

⁶⁶ Id., **Portaria MF nº 38, de 21 de fevereiro de 2007**. Métodos de aplicação da Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação aos impostos sobre a renda celebrada pela República Federativa do Brasil com os Estados Unidos Mexicanos e **Ato declaratório interpretativo SRF nº 1, de 1º de março de 2007**. Dispõe sobre a aplicação de dispositivos da Convenção entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação aos Impostos sobre a Renda. Disponíveis em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

⁶⁷ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 372.

⁶⁸ VOGEL *apud* TÔRRES, Heleno. op. cit., loc. cit.

⁶⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 159.

cláusula num tratado sobre dupla tributação impede a aplicação do mesmo a pessoas outras que não sejam o beneficiário efetivo. Vale assinalar o entendimento doutrinário segundo o qual é imprescindível que o beneficiário efetivo seja residente em um dos países signatários para que as vantagens fiscais do acordo lhe sejam estendidas.

Beneficiário efetivo é expressão que se usa para designar o autêntico sujeito titular do rendimento. Por isso, os limites de retenção na fonte aplicam-se unicamente quando o perceptor dos rendimentos for o “beneficiário efetivo”, de modo que, caso o beneficiário efetivo não seja residente de nenhum dos dois estados, o acordo não poderá ser invocado.⁷⁰

A cláusula de beneficiário efetivo atua, pois, sobre o elemento de conexão da sociedade com o país signatário da convenção que lhe interessa. A identificação de uma empresa-canal pode resultar na desconsideração do liame subjetivo que a torna beneficiária do tratado justamente porque não se reconhece àquela a qualidade de beneficiária efetiva, mas tão-somente superficial, isto é, mera receptora dos benefícios fiscais presentes na Convenção Internacional. Desfeita a causa que permite a subsunção da sociedade à convenção, essa deixa de lhe ser aplicada.⁷¹

O rigor dos métodos apresentados é amenizado pelo princípio da boa-fé, que permite distinguir as sociedades que agiram com substanciais razões econômicas e não apenas para serem, de modo ilegítimo, beneficiadas pelo tratado. Aplicam-se testes identificadores, por exemplo, do objeto principal e da substância dos atos e negócios realizados pela sociedade interposta de modo a aferir se há boa-fé ou uso indevido de tratados. Resta caracterizada a boa-fé quando: há exercício de atividade real e efetiva, a redução dos montantes a serem pagos por tributos não supera o cobrado pelo país de residência, a sociedade é registrada em bolsa e possui ações cotadas em mercado de valores, há tratado assinado entre o país de residência dos planejadores e o da localização da sociedade interposta similar ao tratado escolhido, assinado com o país da fonte. Constatada a boa-fé da sociedade sob suspeita, não restam óbices à aplicação do tratado. Cuida-se, assim, da inserção de cláusulas de

⁷⁰ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 374.

⁷¹ CATÃO, Marcos André Vinhas. Pagamento de juros a não residentes (“paying agents”) à luz das convenções internacionais sobre dupla tributação assinadas pelo Brasil – cláusula do “beneficiário efetivo” e o critério de conexão em face da legislação brasileira atinente ao imposto de renda retido na fonte. In: **Repertório de jurisprudência IOB**. São Paulo, nº 1/2004, vol. I, 1ª quinzena de janeiro de 2004, p. 29.

salvaguarda nos tratados de modo a possibilitar que a pessoa jurídica comprove sua boa-fé no ato de instalar-se em certo país e, por conseguinte, beneficiar-se de acordo assinado pelo mesmo.⁷²

Tais formas de conter o *treaty shopping* são as sugeridas pela OCDE a partir da revisão feita em 1977 na Convenção-Modelo sobre tratados para evitar a dupla tributação. A ausência de disposições destinadas a evitar o *treaty shopping* nesses tipos de acordo implica concessão dos benefícios, ainda que considerados ilegítimos, em observância ao princípio do *pacta sunt servanda*.⁷³ Isso em atenção à forma bilateral de contenção do *treaty shopping*, considerada via ideal para tanto devido à ponderação de ineficácia dos meios globais e unilaterais, em cujos exames neste ponto se adentra.⁷⁴

O tratamento global para evitar a prática do *treaty shopping*, de originalidade atribuída a Klaus Vogel, consiste em tentativa de criação de norma universal antiabuso, isto é, aplicável a todos os países e tratados sobre dupla tributação, independente da existência de disposições unilaterais ou bilaterais identificadoras da ilegitimidade, punição ou desconsideração do mesmo. Baseia-se na submissão dos tratados ao Direito Internacional Público, que possui dentre suas fontes os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, previstos no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de Haia e advindos da constatação de que a maioria dos Estados os reconhece.⁷⁵

A existência de um princípio antiabuso aplicável aos casos de planejamento tributário sob a forma de *treaty shopping* depende ou da assimilação de que a maioria dos países assume a prevalência da substância sobre a forma e proíbe o abuso de direito ou do reconhecimento dessa vedação ao abuso de direito tributário como princípio do Direito Internacional Público.⁷⁶ A respeito da sobreposição da substância sobre a forma jurídica, argumenta-se tratar-se de técnica e não princípio, além de não ser admitida por países de tradição jurídica romana.⁷⁷ A proibição do abuso de direito no Direito Internacional Público não se estende ao abuso de formas no Direito Tributário.

⁷² TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 371, e SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 149-151.

⁷³ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 159.

⁷⁴ Ibid., p. 140.

⁷⁵ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 374-375, e SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 113-116.

⁷⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 120.

⁷⁷ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 376.

Isso porque no primeiro caso cuida-se de uma decorrência do princípio da fé, o que não acontece no segundo.⁷⁸

Significa dizer, pois, que há posicionamentos doutrinários que contra-argumentam no sentido da inexistência de um princípio antiabuso aplicável ao treaty shopping. Mesmo porque as normas e princípios do Direito Internacional Público têm por mira os Estados enquanto sujeitos ordinários, lembrando-se, todavia, que são os indivíduos (e não os Estados) que realizam o treaty shopping.⁷⁹ Outra dificuldade na aceitação da ilegalidade do treaty shopping refere-se às divergentes posições dos países no que concerne a esse tipo de planejamento tributário, porquanto é possível observar países que tomam atitudes destinadas a contê-lo da mesma forma com que ainda existem os que nada fazem a respeito.⁸⁰ Assim doutrina Luís Eduardo Schoueri, que se refere aos princípios de direito geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas com a sigla PDGRNC:

[...] opinamos que não é possível, ainda, falar na existência de um PDGRNC, abrangendo os casos de Treaty Shopping, visto que seu reconhecimento não é, ainda, tão generalizado como se faria exigir. A existência de sistemas jurídicos “representativos” que desconhecem a proibição do Treaty Shopping desmente a idéia de um PDGRNC. 81

Por esse caminho, pode-se concluir pela inviabilidade da forma global de contenção do treaty shopping devido até mesmo pela inexistência de seu principal instrumento, qual seja o princípio antiabuso do Direito Tributário ou da prevalência das substâncias sobre as formas como geralmente reconhecido pelas nações civilizadas.

Restam, ainda, meios unilaterais de limitação do treaty shopping, providenciadas tanto pelo país da fonte quanto pelo país de localização da sociedade interposta. Consistem em normas de direito interno dedicadas a evitar ou impedir que os benefícios fiscais trazidos nos tratados sejam alcançados por sujeitos integrantes de uma estrutura identificada como treaty shopping. Em geral, trata-se de regras que impõem a prevalência da substância sobre a forma (adotada na Argentina, Espanha, França, Itália, Alemanha, Holanda e Portugal, por exemplo), ou são normas gerais ou

⁷⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p.129-133.

⁷⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 127-129.

⁸⁰ Ibid., p. 133-135.

⁸¹ Ibid., p. 136.

específicas antielisão, de abuso de forma ou de direito, ou, ainda, regras pontuais de limitação do treaty shopping (existente nos Estados Unidos e na Suíça).⁸²

O Brasil não detém norma específica contra o treaty shopping,⁸³ mas possui norma geral antielisão (Código Tributário Nacional, artigo 116, parágrafo único), prevê a nulidade da simulação (artigo 167 do Código Civil). Entretanto, a aplicabilidade dessas medidas aos tratados internacionais não é pacífica.

O combate ao Treaty Shopping, através de normas ou princípios de interpretação ou aplicação oriundas do direito interno, exige que se demonstre a possibilidade de se submeterem as normas de Direito Internacional em geral, e os acordos de bitributação, em especial, a categorias válidas para o direito interno.⁸⁴

Apreende-se, então, que a eficácia das normas de direito interno é condicionada à questão da relação entre os tratados e as leis internas. Vem à tona a discussão acerca da supremacia dos tratados sobre a lei interna, a iniciar-se pela controvérsia em torno das teorias monista e dualista.⁸⁵ A primeira sustenta a unidade do Direito, abarcando como imbricados os âmbitos nacional e internacional do mesmo, de modo a conferir prevalência de um sobre o outro. O dualismo defende a separação do Direito Internacional do nacional, motivo por que argumenta a necessidade de incorporação dos tratados por meio de uma norma que lhe confira aptidão para gerar efeitos no direito interno.

A inexistência de previsão constitucional acerca da supremacia dos tratados sobre o ordenamento interno brasileiro, culmina em divergências doutrinárias: há monistas e dualistas no Brasil. Os primeiros têm por fulcro o artigo 5º, §2º, da Constituição. Já os segundos (dualistas) baseiam-se, principalmente, no artigo 49, I, também da Constituição.⁸⁶ As indagações circundam, ainda, o inciso III, do artigo 150, da Constituição Federal, e o artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN). Dissentem os doutrinadores sobre a abrangência dos dispositivos constitucionais e da própria constitucionalidade

⁸² TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 353-356, e SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., passim.

⁸³ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 355, e PINHEIRO, Rodrigo Rigo. op. cit., p. 145.

⁸⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 30.

⁸⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 88.

⁸⁶ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. A supremacia dos tratados internacionais em face da legislação interna. In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, ano 10, n. 44, p. 45, maio/jun. 2002.

na referida norma tributária.⁸⁷ Some-se também, para aumentar a celeuma, a recente ratificação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁸⁸, que dispõe, no art. 24, que os tratados terão vigência imediata a partir do momento de manifestação do consentimento.⁸⁹

Afora as discussões da doutrina, as tratados têm hierarquia de leis ordinárias no sistema jurídico brasileiro e, dessa forma, submetem-se aos critérios cronológico e de especialidade, isto é, pode um tratado revogar lei ordinária interna que o contradiga ou, sendo possível, ser considerado especial em relação à mesma.⁹⁰ Especificamente no Direito Tributário, impõe o controverso artigo 98, do Código Tributário Nacional, que os tratados devem ser observados pela legislação que lhes sobrevenha. Portanto, as normas de direito interno só não têm prevalência sobre os tratados se a matéria for tributária.

O combate ao *treaty shopping*, no Brasil, por meio de leis ordinárias não há, pois, de ter eficácia, uma vez que os tratados sobre dupla tributação prevalecem sobre o ordenamento interno. “[...] pela validade da norma do artigo 98 do CTN, já afirmando que, no Brasil, não seria válida uma lei ordinária, de âmbito infraconstitucional, que pretendesse limitar a aplicação de um acordo de bitributação”.⁹¹ É possível, nesse diapasão, concluir que as normas brasileiras que buscam reprovar a elisão fiscal e a simulação não servem para conter a prática do *treaty shopping*.

Ademais, a contenção do *treaty shopping* realizada via normas de direito interno é observada por parte da doutrina como a menos apropriada para tanto. Isso porque, inseridos no campo Internacional do Direito, aí devem ser buscadas as soluções a começar pelo próprio acordo, fonte de Direito Internacional que é. Ainda, a aplicação das normas de direito nacional a tratados termina por ferir o princípio do *pacta sunt servanda*, caso sejam preteridas as disposições da convenção assinada. “[...] não é o caminho mais

⁸⁷ BERNO, Cheryl. Supremacia dos tratados internacionais em matéria tributária. In: **Revista de estudos tributários**. São Paulo, ano 1, n. 5, p. 23, jan/fev. 1999.

⁸⁸ BRASIL. **Decreto legislativo nº 496, de 2009**. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66.

⁸⁹ TAVOLARO, Agostinho Toffoli. op. cit. p. 48.

⁹⁰ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira apud TAVOLARO, Agostinho Toffoli. op. cit. p. 54.

⁹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 103.

adequado para a contenção do *Treaty Shopping* a adoção de medidas unilaterais”.⁹²

[...] a adoção de normas internas destinadas à disciplina de problemas derivados do quanto tenha sido pactuado bilateralmente em uma convenção internacional não é desejável, porque desnatura a regra do *pacta sunt servanda*, devendo as partes procurar utilizar as regras e critérios previstos no acordo.⁹³

Constata-se, do exposto, que a recomendação que sobeja no que concerne ao combate ao planejamento tributário efetuado por meio da interposição de pessoa jurídica destinada a angariar vantagens fiscais delineada para pessoa diversa em acordo para evitar a dupla tributação é a de que se recorra às medidas bilaterais.

4. Conclusões

A independência dos sistemas tributários e decorrentes diferenças entre os mesmos gera a dupla tributação internacional, que se apresenta como obstáculo às livres negociações porque contribui com planejamentos que buscam diminuir a carga fiscal. A cobrança de similares tributos ao mesmo sujeito passivo, por diferentes países, em razão do mesmo fato é associada aos princípios da universalidade e da territorialidade na medida em que são esses que a determinam. Isso quando parcela que deixaria de ser tributada por determinado Estado é tributada, em obediência ao princípio adotado, por outro, com o qual o sujeito claramente deve ter alguma conexão. Influenciam, pois, os princípios da territorialidade e da universalidade na origem da bitributação.

Os tratados mostram-se a melhor maneira de evitar a dupla tributação, porquanto as formas unilaterais de alcançar o mesmo fim requerem isolado e árduo sacrifício que podem apresentar resultados insatisfatórios ou mesmo contrários aos objetivos. A quantidade de acordos para abrandar a dupla tributação vem corroborar tal afirmação e demonstrar a relevância das convenções sobre bitributação no planejamento tributário internacional, enquanto numerosas fontes de benefícios fiscais.

⁹² Ibid., p. 109.

⁹³ TÔRRES, Heleno. op. cit., p. 358.

O *treaty shopping* concretiza-se pela interposição de pessoa identificável como beneficiária do acordo sobre bitributação eleito a fim de afastar o regime tributário estipulado pelo país da fonte de rendimentos. É uma forma de planejamento tributário caracterizada pela seleção de um tratado sobre dupla tributação. Incabível, pois, o exame de sua legalidade de forma generalizada, porquanto a compreensão do planejamento como mera investigação acerca dos possíveis efeitos tributários de atos e negócios que ainda estão por ser levados a efeito não transpõe o limite de ação preparatória. A licitude deve ser relacionada a procedimentos já realizados e não apenas imaginados. Assim, se ilícitos os componentes que efetivam o planejamento, também este o será.

A divergência respeitante à liceidade do *treaty shopping* traz à tona também questionamentos sobre sua legitimidade e, assim, leva às medidas destinadas a evitar tal prática. Dentre as formas de contenção do *treaty shopping*, a bilateral é a que se apresenta mais apropriada. Isso porque a inaplicabilidade do abuso de direito tributário ao Direito Internacional Público e o não reconhecimento da prevalência da substância sobre a forma resultam na conclusão de inexistência de um princípio antiabuso que proibiria a prática do *treaty shopping* em qualquer lugar da Terra. As medidas unilaterais justificadoras da não aplicação das normas do tratado fere o princípio de obrigatoriedade de observância dos pactos.

No Brasil, não há lei específica de proibição do *treaty shopping* e os tratados tributários prevalecem sobre a legislação interna, as quais devem observá-los, conforme inteligência do artigo 98 do Código Tributário Nacional. Portanto a norma geral antielisão e as disposições que vedam a simulação não servem de combate ao *treaty shopping*. Sobeja, dessa forma, a via bilateral de solução: deve-se procurar inserir nos próprios acordos as disposições referentes ao abuso do mesmo. O Brasil tem adotado essa forma de combate, utilizando-se da cláusula de beneficiário efetivo, sugerida pela OCDE.

Observa-se, pois, que a abordagem do *treaty shopping* inicia-se na dupla tributação internacional, passa pelas convenções e atinge a questão da hierarquia de normas nacionais e internacionais, com a qual advêm as contrapostas teorias monista e dualista.

5. Referências

BERNO, Cheryl. Supremacia dos tratados internacionais em matéria tributária. In: **Revista de estudos tributários**. São Paulo, ano 1, n. 5, p. 11-23, jan/fev. 1999.

BORGES, Antônio de Moura. Convenções sobre dupla tributação internacional entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento. In: **Revista dialética de Direito Tributário**.

CIDADE, n. 8, p. 21-38, maio 1996.

_____. Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional. In: **Revista fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, n. 13, p. 27-40, jan/fev. 2005.

_____. Possíveis soluções para o problema da dupla tributação internacional. In: **Revista fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, ano 5, n. 27, p. 37 – 62, maio/jun. 2007.

BRASIL. **Ato declaratório interpretativo SRF nº 1, de 1º de março de 2007**. Dispõe sobre a aplicação de dispositivos da Convenção entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação aos impostos sobre a renda. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. **Decreto legislativo nº 496, de 2009**. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2009.

_____. **Portaria MF nº 38, de 21 de fevereiro de 2007**. Métodos de aplicação da Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação aos impostos sobre a renda celebrada pela República Federativa do Brasil com os Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. **Portaria MF nº 433, de 29 de dezembro de 2006**. Métodos de aplicação da Convenção para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação aos impostos sobre a renda assinada pela República Federativa do Brasil com a República da África do Sul. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. **Portaria MF nº 198, de 26 de julho de 2006**. Métodos de aplicação da Convenção para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em relação ao imposto sobre a renda assinada pela República Federativa do Brasil com a Ucrânia. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

CATÃO, Marcos André Vinhas. Pagamento de juros a não residentes (“paying agents”) à luz das convenções internacionais sobre dupla tributação assinadas pelo Brasil – cláusula do “beneficiário efetivo” e o critério de conexão em face da legislação brasileira atinente ao imposto de renda retido na fonte. In: **Repertório de jurisprudência IOB**. São Paulo, vol. I, nº. 1/2004, p. 30-25, 1ª quinzena de janeiro de 2004.

FINNEY, Malcolm. Double Taxation Agreements: An Overview. In: DIXON, John; FINNEY, Malcolm. (Eds.) **International Corporate Tax Planning**. London: LexisNexis, 2005, p. 3.1-3.27.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Tributário comparado e tratados internacionais fiscais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

PINHEIRO, Rodrigo Rigo. *Treaty shopping*: aspectos jurídicos, econômicos e sua relevância no cenário nacional. In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, ano 17, n. 84, p. 133 – 149, jan./fev. 2009.

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

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. A supremacia dos tratados internacionais em face da legislação interna. In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, ano 10, n. 44, p. 45, maio/jun. 2002.

_____. Tratados para evitar a dupla tributação internacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de Direito Tributário**. 9 ed. rev. e atual. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 511-557.

_____. Utilização abusiva dos tratados internacionais de dupla tributação (*treaty shopping*). In: **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, n. 59, p. 242 – 255,

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

WORLD TRADE EXECUTIVE. **Using Treaties and Holding Companies for Latin America Tax Planning**. Concord-MA: WorldTrade Executive, 2005.