

As Cláusulas de L.O.B. e o Combate ao *Treaty Shopping*

L.O.B. Clauses and the *Treaty Shopping* Avoidance

Pedro Augusto do Amaral Abujamra Asséis

Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP).

Especialista em Direito Tributário e em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). E-mail: passeis@pn.com.br.

Resumo

Neste trabalho, pretende-se discutir de que forma as chamadas Cláusulas de Limitação de Benefícios (ou simplesmente *LoB*) poderiam minimizar a prática do chamado *treaty shopping*, situação em que geralmente são interpostos veículos em terceiros Estados, com o único propósito de obtenção de vantagens de natureza fiscal previstas em convenções para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda celebradas por esse terceiro país que, de outra forma, não seriam obtidas. Serão também comentados os últimos desenvolvimentos quanto ao assunto no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) principalmente no contexto do BEPS.

Palavras-chave: *treaty shopping*, planejamento tributário internacional, limitação de benefícios, Convenção-modelo, OCDE, Beps.

Abstract

This paper aims at discussing in which extent the so-called Limitation on Benefit Clauses (or simply *LoB*) could minimize the practice of “*treaty shopping*”, in which vehicle-companies are usually incorporated certain jurisdictions, with the sole purpose of granting tax advantages provided under Tax Treaties, which, otherwise, would not be obtained. It will also comment on the latest developments on the matter within the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), also in light of the BEPS context.

Keywords: *treaty shopping*, international tax planning, limitation on benefits, model convention, OECD, Beps.

1. Introdução

Durante muito tempo a doutrina tributária brasileira dedicou sua atenção para a análise dos limites do planejamento tributário sob a perspectiva do Direito doméstico. Nesse contexto se deu, por exemplo, o estudo de diversos tipos de negócios jurídicos e das suas potenciais patologias à luz do Direito Privado interno; a formulação de teorias a respeito da elisão, da elusão e da evasão fiscal; bem como os estudos sobre os princípios da “tipicidade” e da “legalidade cerrada”, de um lado, e da “prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica” e da “eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva”, de outro. Inegável que toda essa produção

acadêmica contribuiu sobremaneira para o progresso do Direito Tributário interno, especialmente quando comparado à produção doutrinária estrangeira.

Contudo, uma questão que vem sendo pouco estudada na doutrina brasileira, de modo geral, diz respeito às situações ditas “elisivas” na perspectiva internacional, em que se buscam benefícios contidos especificamente em convenções para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda. Embora não se trate de assunto novo, já que no País os primeiros trabalhos acadêmicos sobre o assunto contam com pouco mais de 20 anos¹, o que se pode verificar, contudo, é que desde então pouca foi a evolução doutrinária nesse ramo.

É justamente essa a questão que pretendemos trazer à discussão no presente trabalho. Longe de esgotar o tema, nossa proposta consistirá em apresentar os principais aspectos atuais relacionados à figura do chamado *treaty shopping*, sob a perspectiva de uma figura ainda menos estudada no Brasil, mas que vem reiteradamente sendo objeto das mais recentes convenções celebradas pelo Brasil: as chamadas *Cláusulas de Limitação de Benefícios* (também conhecidas pela denominação em inglês *Limitation on Benefit Clauses*, ou simplesmente por sua sigla, LoB).

Em um contexto de crescente expansão do estudo do Direito Tributário Internacional no Brasil, com importantes decisões sendo proferidas pelas Cortes Superiores² e polêmicos atos administrativos sendo revistos pela Receita Federal do Brasil³, torna-se imprescindível a necessidade de maior aprofundamento da doutrina jurídica brasileira sobre o assunto, especialmente se tratando de tema conhecido e bastante comentado na doutrina estrangeira.

Assim, iniciamos a discussão lembrando que, de acordo com o item 7 dos Comentários ao artigo 1º da Convenção-modelo elaborada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴, a função das convenções para evitar a dupla tributação - além, obviamente, de evitar a dupla tributação -, seria promover, por meio da eliminação da dupla tributação, maior intercâmbio de bens e serviços e o movimento de pessoas e capitais. Por outro lado, ao conferirem créditos e isenções para a eliminação dessa dupla tributação, as convenções acabam também desempenhando, ainda que de forma indireta, papel relevante em estruturas de planejamento tributário internacional.

Nesse contexto, veremos que as Cláusulas de Limitação de Benefícios são mecanismos convencionais que têm por objetivo coibir o aproveitamento indevido dessas

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através dos acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995.

² Destacando-se os julgamentos do Recurso Especial nº 1.161.467/RS (*Caso Copesul*) e 1.325.709/RJ (*Caso Vale*), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 17 de maio de 2012 e 24 de abril de 2014, respectivamente.

³ Como a revogação do Ato Declaratório Normativo nº 1, de 5 de janeiro de 2000 pelo Ato Declaratório Interpretativo nº 5, de 16 de junho de 2014, ou mesmo a publicação da Instrução Normativa nº 1.455, de 6 de março de 2014 que, ao dispor sobre a incidência do imposto de renda na fonte sobre remessas ao exterior, destaca em diversos artigos, a preponderância das disposições contidas em convenções para evitar a dupla tributação.

⁴ “7. [Prevenção de elisão e de evasão fiscais] O principal objetivo das convenções para evitar a dupla tributação é o de promover, por meio da eliminação da dupla tributação internacional, o intercâmbio de bens e de serviços e o movimento de capitais e de pessoas. É também um objetivo das convenções tributárias prevenir a elisão e a evasão fiscais.”

vantagens por residentes ou nacionais de Estados não contratantes, representando, assim, uma das possíveis formas para coibir a prática do chamado *treaty shopping*, definida pela doutrina como a situação na qual um contribuinte que, não sendo beneficiado por determinada previsão convencional, reestrutura seus negócios por meio da interposição de pessoas ou de estabelecimentos permanentes, de tal modo que, por meio dessas entidades, esse contribuinte possa fazer jus aos referidos benefícios⁵.

Embora esse assunto nunca tenha deixado de constar na pauta das principais mesas de debates de Direito Tributário Internacional⁶, ele recentemente voltou à tona com o lançamento de uma campanha pela OCDE para endereçamento da problemática da erosão de base tributável e deslocamento de lucros em nível global - o chamado *Base Erosion and Profit Shifting*, também conhecido pela sigla Beps.

Dessa forma, o presente trabalho encontra-se dividido em cinco partes: (i) esta Introdução; (ii) comentários sobre o *treaty shopping* e suas características; (iii) análise dos principais aspectos relativos às cláusulas de L.o.B. e sua utilização nas convenções firmadas pelo Brasil; (iv) exame quanto à eficácia das cláusulas de limitação de benefícios no combate ao *treaty shopping*, incluindo comentários a respeito do posicionamento da doutrina e da OCDE sobre o tema; e (v) conclusão.

2. O *Treaty Shopping*

Em trabalho pioneiro sobre a utilização indevida de acordos de bitributação, H. David Rosenbloom alerta que a expressão *treaty shopping* não necessariamente reflete uma situação abusiva⁷, tratando-se de uma mera variação da expressão norte-americana *Forum shopping*⁸, que, na definição dada por Jacob Dolinger, “significa a procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais probabilidade de êxito, por uma ou outra razão”⁹. O início dos debates a respeito desse tema, conforme anota o

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 21. No mesmo sentido, Rodrigo de Freitas, citando Tulio Rosenbuj, define o *treaty shopping* como um “planejamento tributário [que] tem como característica a busca de benefícios concernentes a determinado acordo de bitributação, embora o investidor, beneficiário do rendimento, não seja residente dos Países signatários” (FREITAS, Rodrigo de. “Planejamento tributário por meio de acordos de bitributação (*treaty shopping*): ‘Caso Prévost’ e conceito de ‘beneficiário efetivo’”. *Revista de Direito Tributário* nº 109/110. São Paulo, 2010, p. 261.

⁶ Os temas *treaty shopping* e *abusive application of tax treaties* foram objeto dos Congressos Anuais da International Fiscal Association (IFA) de 2000 (Munique, Alemanha - Seminário D); 2002 (Oslo, Noruega - Painel I); 2003 (Sidney, Austrália - Seminário E); 2004 (Viena, Áustria - Painéis I e II); 2006 (Amsterdã, Países Baixos - Seminário C); 2007 (Quioto, Japão - Seminário D); 2010 (Roma, Itália - Painel I); 2012 (Boston, Estados Unidos - Seminário L); e também no último Congresso, em 2014 (Mumbai, Índia - Seminário E). Informações disponíveis em <https://www.ifa.nl/Pages/default.aspx>. Acesso em 20.3.2015.

⁷ ROSENBLUM, H. David. “Tax treaty abuse: problems and issues”. *Law and Policy in International Business* nº 15, 1983. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geojintl15&div=31&id=&page=>. Acesso em 19.3.2015.

⁸ BECKER, Helmut. *Treaty shopping: an emerging tax issue and its present status in various countries*. Deventer: Kluwer, 1988, p. 2.

⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 444.

autor, se deu especialmente a partir do ano de 1979 nos Estados Unidos, com audiências públicas no Congresso (*Congressional Hearings*) a respeito de paraísos fiscais e de situações abusivas que vinham ocorrendo nos Estados Unidos a partir da utilização abusiva do acordo celebrado com as Antilhas Holandesas.

Por essa razão, talvez, a expressão *treaty shopping* tenha passado, em diversos documentos, incluindo relatórios oficiais da Organização das Nações Unidas (ONU), a ser associada ao uso abusivo das convenções para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda. Entretanto, é entendimento majoritário da doutrina que essa posição se mostra equivocada.

Luís Eduardo Schoueri, buscando diversos autores na doutrina jurídica estrangeira, chega ao mesmo entendimento de Rosenbloom, acima, desvinculando a expressão *treaty shopping* do uso indevido dos acordos de dupla tributação. A seu ver, a expressão deve ser empregada apenas para descrever o fenômeno por meio do qual um contribuinte que, não sendo beneficiado por determinada previsão convencional, reestrutura seus negócios por meio da interposição de pessoas ou de estabelecimentos permanentes, de tal modo que, por meio dessas entidades, possa fazer jus aos referidos benefícios¹⁰.

Basicamente, a doutrina, assim como Comitês de Estudos Fiscais da OCDE e o Grupo *Ad Hoc* de Expertos em Cooperação Internacional para Assuntos Fiscais da ONU apontam duas possíveis possibilidades para a ocorrência do *treaty shopping*¹¹:

i) conduit companies: residente em “Estado R” que espera obter dividendos, juros ou *royalties* de uma entidade residente em “Estado S” estabelece uma entidade em terceiro “Estado C”, que receberá esses valores com tributação mais favorável a que se paga diretamente de Estado S a Estado R em razão de tratamento fiscal mais vantajoso previsto em acordo para evitar a dupla tributação celebrado entre Estado S e Estado C. Em razão da função de “canal” desempenhada pela entidade residente em Estado C nessa estrutura, essa sociedade pode ser definida como uma *conduit company*. Essa alternativa pode ser também utilizada para obtenção de vantagens no próprio Estado R¹² ou mesmo no Estado C¹³; ou

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp. 22-24.

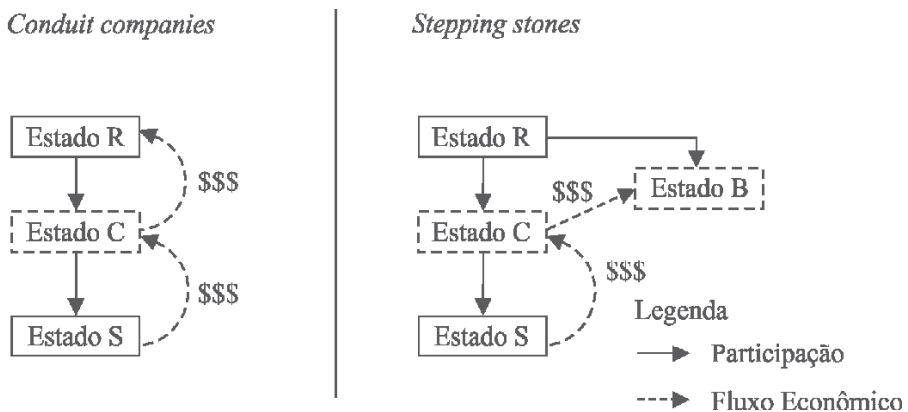
¹¹ WEEGHEL, Stef Van. *The improper use of tax treaties: with particular reference to the Netherlands and the United States*. Londres: Kluwer Law International, 1998, pp. 119-122.

¹² Exemplo desse caso seria residente em Estado R que detém participação societária em Estado S, mas que não pode se beneficiar da *participation exemption rule* pelo fato de a sociedade residente em Estado S ser beneficiária de regime fiscal privilegiado. Nesse caso, residente do Estado R contribui sua participação societária em aumento de capital de sociedade residente em terceiro Estado C que não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado. Com isso, residente do Estado R consegue aplicar a *participation exemption rule* em relação aos rendimentos auferidos pela sociedade residente de Estado S.

¹³ Pode ser o caso em que residente no Estado R deseje efetuar empréstimos a empresa controlada residente em Estado S. Não havendo acordo para evitar a dupla tributação entre Estado R e Estado S, residente de Estado R contribui os recursos a residente de Estado S em empresa controlada residente de terceiro Estado C, que tem acordo com Estado S que prevê tratamento fiscal vantajoso para pagamentos de juros (não tributação de juros em Estado S e concessão de *tax sparing* em relação a juros em Estado C).

ii) stepping stones: estrutura que, na visão de Luc De Broe¹⁴, corresponde apenas a uma variação das *conduit companies*, mas que, pela definição da OCDE, diz respeito ao caso em que residente em Estado R estabelece uma entidade em terceiro Estado C que também receberá itens de receita de Estado S, os quais serão devidamente tributados no Estado C. Entretanto, nessa hipótese, diferentemente do primeiro cenário, a empresa residente em Estado C, a despeito de estar devidamente sujeita à tributação (*fully subject to tax*), paga elevados valores a título de juros, *royalties* comissões ou *service fees* à empresa relacionada residente em Estado B, também controlada por contribuinte residente em Estado R. A vantagem, nesse caso, está no fato de que os pagamentos efetuados do Estado C para o Estado B são dedutíveis em Estado C, ao passo que o Estado B pode conceder tratamento fiscal diferenciado para esses itens de receita.

Os cenários acima descritos podem ser esquematicamente representados pelas seguintes ilustrações:



Embora possa haver de fato casos em que a prática de *treaty shopping* não seja abusiva - por haver boa-fé ou substância econômica independente das possíveis vantagens fiscais advindas da estrutura - fato é que essas estruturas podem ser utilizadas de forma abusiva, como apontam Reuven Avi-Yonah e Christina Hjo Panayi¹⁵. Os argumentos seriam os seguintes: (i) além de ser uma prática elisiva, o *treaty shopping* quebra com a reciprocidade do acordo para evitar a dupla tributação, na medida em que estende benefícios para terceiros Estados que não participaram de sua conclusão; (ii) o *treaty shopping* criaria uma barreira à conclusão de novos acordos para evitar a dupla tributação, uma vez que terceiros Estados

¹⁴ BROE, Luc De. "International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies". *IBFD Doctoral Series* vol. 14. Amsterdã: IBFD, 2008, p. 7.

¹⁵ AVI-YONAH, Reuven; e PANAYI, Christina Hji. "Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union". In: LANG, Michael *et. al.* (coords.). *Tax treaties: building bridges between law and economics*. Amsterdã: IBFD, 2010, p. 25.

poderiam obter vantagens de natureza fiscal para seus residentes sem a necessidade de fazerem concessões recíprocas relacionadas ao processo de conclusão do acordo; e (iii) sob o ponto de vista econômico, a prática quebraria com o princípio da pertença econômica, que justificaria a tributação, além do que poderia, eventualmente, representar perdas de receitas tributáveis para os Estados que originalmente celebraram a convenção.

Nesse contexto, diversos são os mecanismos que a doutrina jurídica aponta para direcionar a questão: (i) medidas unilaterais adotadas pelos Estados, como o fizeram Suíça e Estados Unidos¹⁶; (ii) medidas globais, pautadas nos chamados “Princípios Geralmente Reconhecidos pelas Nações Civilizadas”¹⁷, na boa-fé na aplicação de Convenções Internacionais¹⁸ e na Proibição do Abuso de Direito em relação aos instrumentos de Direito Internacional Público; e (iii) medidas convencionais, dentre as quais se destacam as cláusulas de *beneficial ownership*, “residência”, “canalização de recursos”, “cláusulas de salvaguarda”, “mínimo de tributação”, “cláusulas gerais antiabuso” e “limitações de benefícios”. Neste estudo trataremos da última alternativa (limitações de benefícios).

3. As Cláusulas de L.O.B.

3.1. Antecedentes históricos

As cláusulas de LoB têm origem nos acordos celebrados pelos Estados Unidos para evitar a dupla tributação em matéria de imposto sobre a renda. Conforme explica a doutrina¹⁹, desde meados da década de 1940 aquele país vinha considerando políticas de combate ao *treaty shopping*, como ilustram, por exemplo, a Convenção firmada entre os Estados Unidos e o Reino Unido, em 1945, e as convenções firmadas subsequentemente por esse país com os Países Baixos (29 de abril de 1948), Dinamarca (6 de maio de 1948), Irlanda (13 de setembro de 1949), Suíça (24 de maio de 1951) e Áustria (25 de outubro de 1956).

Entretanto, foi especialmente a partir das décadas de 1960 e de 1970, quando os Estados Unidos entraram numa transição de modelos em que o país passou a deixar de ser Estado de Residência para também se tornar importante Estado de Fonte, que a questão tomou maiores proporções e exigiu a adoção de medidas mais restritivas pelas autoridades fiscais norte-americanas. Indivíduos residentes em jurisdições que não possuíam convenções para evitar dupla tributação com os Estados Unidos, mas que pretendiam investir naquele país, passaram a fazê-lo por meio de sociedades *holdings* estabelecidas em jurisdições com tributação favorecida, como, por exemplo, Antilhas Holandesas e Ilhas Virgens Britânicas, de tal modo que, nessa situação, tais investidores poderiam ainda obter as vantagens

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp. 104-108.

¹⁷ Artigo 38, 1, (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

¹⁸ Preâmbulo e artigos 26 e 31 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 23 de maio de 1969, recepcionada no Direito brasileiro pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp. 161 e ss; LANGER, Marshall J. “Limitations on treaty benefits”. Disponível em <http://www.offshoreinvestment.com/media/uploads/Limitations%20on%20Treaty%20Benefits.pdf>. Acesso em 2.3.2015.

previstas nas convenções celebradas pelos Estados Unidos com os Países Baixos²⁰ e com o Reino Unido, respectivamente.

Essa situação passou a ser vista pelas autoridades americanas como abusiva²¹, uma vez que a estruturação de investimentos a partir de sociedades *offshore* sediadas em paraísos fiscais visava não apenas não tributação no Estado de Residência, mas, também o aproveitamento de reduções de alíquota do imposto sobre a renda cobrado pelos Estados Unidos quando do pagamento de dividendos, juros e *royalties*. Esse imposto, que normalmente incidia à alíquota de 30% (como até hoje ainda ocorre), era consideravelmente reduzido em muitas das convenções para evitar a dupla tributação celebradas pelos Estados Unidos²².

Essa prática atingiu tamanhas proporções, que, ao longo dos anos 1980 e 1990, os Estados Unidos denunciaram diversas convenções celebradas com jurisdições consideradas “paraísos fiscais” (*tax havens*), a partir das quais a prática do *treaty shopping* poderia ser mais frequente²³. Além disso, os negociadores de trata-

²⁰ É interessante o relato que Marshall J. Langer faz a respeito do caso envolvendo as Antilhas Holandesas que, no ano de 1955, também passaram a figurar como partes na convenção celebrada entre Estados Unidos e o Reino dos Países Baixos, de 1948. Após a extensão da convenção às Antilhas Holandesas, esse país, que tributava a renda da pessoa jurídica a alíquotas que variavam entre 24% e 30%, passou a conceder, para alguns tipos de investidores qualificados, isenções de até 90% do imposto sobre a renda incidente sobre rendimentos de natureza passiva (juros, dividendos e *royalties*). Por outro lado, a referida convenção previa redução da alíquota do imposto sobre a renda incidente nos Estados Unidos sobre a distribuição de juros, dividendos e *royalties*, de 30% para 15% (dividendos) e zero (juros e *royalties*). Tendo em vista esse cenário, considerado pelas autoridades norte-americanas como abusivo, foram realizadas alterações na convenção original de 1948, mas que não surtiram os efeitos esperados. Diante disso, em 1987 a extensão da convenção às Antilhas Holandesas foi revogada pelos Estados Unidos, com quem aquele país não mais conseguiu celebrar uma convenção para evitar a dupla tributação em matéria de imposto sobre a renda. Confira-se também SCHOELLER, Mark B. “The termination of the United States - Netherlands Antilles income tax convention: a failure of the U.S. tax policy”. *Journal of international business law* vol. 10, 1988, pp. 493-515. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume10/issue3/Schoeller10U.Pa.J.Int'lBus.L.493\(1988\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume10/issue3/Schoeller10U.Pa.J.Int'lBus.L.493(1988).pdf). Acesso em 2.3.2015.

²¹ Destacando-se, a esse respeito, os precedentes Northern Indiana Public Utilities e SDI Industries, nos quais, embora a U.S. Tax Court tivesse negado a aplicação da teoria da prevalência da substância econômica sobre a forma para afastar benefícios convencionais previstos no acordo celebrado entre Estados Unidos e Antilhas Holandesas, evidenciam as tentativas das autoridades fiscais norte-americanas, à época, para limitar o uso abusivo de convenções para evitar dupla tributação por meio do *treaty shopping*. Casos disponíveis em http://www.ustaxcourt.gov/InOpHistoric/NorthernIndianaPub_ServCo.TC.WPD.pdf e <http://www.ustaxcourt.gov/InOpHistoric/SDI.TC.WPD.pdf>, respectivamente. Acesso em 2.3.2015.

²² Essa, inclusive, teria sido uma das razões para a adoção, pelos Estados Unidos, de medidas visando combater o uso abusivo das convenções por não residentes, conforme indica a exposição de motivos da Convenção Modelo norte-americana: “Os Estados Unidos vêem nas convenções para evitar a dupla tributação uma forma de assegurar benefícios fiscais para os dois Estados Contratantes. Isso implica determinar quem deve ser considerado como ‘residente’ de um Estado Contratante, para assegurar a concessão desses benefícios. (...) Os Estados Unidos sustentam fortemente a posição de que as convenções fiscais devem incluir especificamente previsões para combater o seu uso abusivo por residentes de terceiros Estados. Desse modo, todas as convenções recentemente celebradas pelos Estados Unidos contêm cláusulas de limitação de benefícios.” (Tradução livre para o português)

²³ Alguns exemplos são: Anguilla (1983), Antígua e Barbuda (1983), Aruba (1987), Barbados (1983), Belize (1983), Ilhas Virgens Britânicas (1982), Burundi (1983), Dominica (1983), Ilhas Falkland (1983), Gâmbia (1983), Granada (1983), Malawi (1983), Malta (1995), Montserrat (1983), Antilhas Holandesas (1987), Ruanda (1983), São Cristóvão e Névis (1983), Santa Lúcia (1983), São Vicente

dos americanos passaram ainda a inserir cláusulas de limitação de benefícios a não residentes em todas as novas convenções, tendo algumas convenções mais antigas também sido aditadas, a fim de incluir essa previsão²⁴.

Klaus Vogel²⁵ lembra que a primeira versão da cláusula-geral de “limitação de benefícios” surgiu na Convenção-modelo norte-americana de 1977 como uma regra que visava limitar tão somente a aplicação dos artigos 10 (dividendos), 11 (juros) e 12 (*royalties*) às pessoas jurídicas do outro Estado Contratante cujo capital social fosse detido em quantidade superior a 25% por residentes em terceiros Estados que não fizessem parte da convenção²⁶⁻²⁷.

Nas Convenções-modelos de junho de 1981 e de dezembro de 1981, a cláusula de “limitação de benefícios” foi aprimorada, para incluir alguns “testes objetivos” além daquele relacionado à proporção de participação societária detida por não residentes dos Estados Contratantes (*ownership test*), que já era previsto pelo modelo de 1977. Assim, à cláusula de limitação de benefícios foram adicionados certos requisitos relacionados (1) ao uso feito com os rendimentos auferidos pela pessoa jurídica possivelmente sujeita aos benefícios da convenção (*base erosion test*), (2) à proporção de ações negociadas em Bolsas de Valores de um dos Estados Contratantes (*public company test*), e (3) ao propósito visado com a utilização da empresa que possa fazer jus aos benefícios da convenção (*principal purpose test*).

3.2. Atual estrutura das cláusulas de LoB: U.S. Tax Model (2006)

Atualmente, as cláusulas de LoB utilizadas nas convenções celebradas pelos Estados Unidos, embora fundadas nos mesmos princípios consagrados pela Con-

e Granadinas (1983), Seychelles (1983), Serra Leoa (1983), África do Sul (1986), Zaire (1983) e Zâmbia (1983).

Com relação à Malta, por exemplo, é interessante notar que, em 2008, quando os Estados Unidos celebraram uma nova convenção com aquele país, ficou expressamente consubstanciado no Memorando de Entendimentos que “a convenção anterior entre Estados Unidos e Malta (celebrada em 21.5.1980) foi denunciada pelos Estados Unidos em 1.1.1997 por suspeitas de que a legislação interna maltesa previa um incentivo ao ‘treaty shopping’, que Malta não teria sido capaz de eliminar satisfatoriamente” (tradução livre para o português). Disponível em <http://photos.state.gov/libraries/malta/246997/documents/sfrcecxectport.pdf>. Acesso em 7.3.2015.

²⁴ As únicas convenções celebradas pelos Estados Unidos que não contêm cláusulas de LoB são: Grécia (1950), Paquistão (1957), Armênia (1973), Azerbaijão (1973), Belarus (1973), Geórgia (1973), Quirguistão (1973), Moldávia (1973), Tadjiquistão (1973), Turcomenistão (1973), Uzbequistão (1973), Romênia (1973), Polônia (1974), Filipinas (1976) e Hungria (1979).

²⁵ VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 3ª ed. Londres: Kluwer Law International Ltd., 1999, pp. 128-129.

²⁶ A redação original desse dispositivo era a seguinte: “If 25 percent or more of the capital of a company which is a resident of a Contracting State is owned directly or indirectly by individuals who are not residents of that State, and if by reason of special measures the tax imposed by that State on that company with respect to dividends, interest or royalties arising in the other Contracting State is substantially less than the tax generally imposed by the first-member State on corporate business profits, then, notwithstanding the provisions of article 10 (Dividends), 11 (Interest), or 12 (Royalties), that other State may tax such dividends, interest or royalties. For the purposes of this Article, the source of dividends, interest or royalties shall be determined in accordance with paragraph 3(a), (b), or (c) of Article 23 (Relief from Double Taxation).”

²⁷ Luís Eduardo Schoueri, a partir de uma análise específica das convenções celebradas pelos Estados Unidos, identifica, desde 1962, na Convenção celebrada com Luxemburgo, um “embrião” da cláusula de LoB que posteriormente seria consubstanciada na Convenção-modelo de 1977. Sobre essa questão, confira-se SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp. 161 e ss.

venção-modelo de dezembro de 1981, são bem mais elaboradas e complexas que as versões anteriores. A estrutura geral dessas regras, conforme prevista pela Convenção-modelo de 2006²⁸, é resumida em *cinco parágrafos*, que podem ser resumidos da seguinte forma:

i) *Parágrafo 1*: determina a regra geral da cláusula, de que somente um residente de um Estado Contratante poderá fazer jus aos benefícios da convenção eventualmente listados nas regras distributivas de competência, nas regras para eliminação da dupla tributação e na proteção aos residentes dos Estados Contratantes, segundo o princípio da não discriminação.

ii) *Parágrafo 2*: contém “testes objetivos” visando determinar as pessoas para as quais os benefícios da Convenção podem ser aplicáveis:

- *primeiro teste*: pessoas físicas residentes em um Estado Contratante podem fazer jus aos benefícios da convenção, exceto se estiverem agindo em nome de terceiros não residentes em um dos Estados Contratantes.

- *segundo teste*: entidades governamentais e suas subdivisões também podem ser consideradas como “residentes” em um Estado Contratante.

- *terceiro teste*: regras aplicáveis às pessoas jurídicas com ações negociadas em Bolsas de Valores e suas subsidiárias. Como regra geral, os benefícios previstos pela convenção podem ser aplicáveis às pessoas jurídicas com ações negociadas em Bolsas de Valores se mais de 50%²⁹ das suas ações representativas de voto e de capital forem “regularmente negociadas”³⁰ em Bolsas de Valores sediadas em um dos Estados Contratantes, ou que a sede efetiva de controle (*primary place of management*) seja em um desses Estados. As subsidiárias dessas companhias, por sua vez, podem se beneficiar das disposições convencionais caso 50% ou mais de suas quotas e/ou ações sejam diretamente detidas por entidades que cumpram com os requisitos previstos pelo teste anterior.

- *quarto teste*: organizações consideradas isentas no Estado de residência, que tenham por finalidade a promoção de atividades religiosas, educacionais, científicas ou filantrópicas, bem como os fundos de pensão, podem estar sujeitos aos benefícios convencionais caso mais da metade de seus beneficiários sejam considerados residentes de um dos Estados Contratantes.

²⁸ Disponível em <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/model006.pdf>. Acesso em 27.2.2015.

²⁹ Essa previsão apresenta uma relativização das versões anteriores, que condicionavam a exclusão da aplicação de benefícios se a totalidade das ações da principal categoria (se houvesse mais de uma) não fosse regularmente negociada em Bolsa de Valores. Atualmente, basta que qualquer categoria representativa de mais de 50% dos votos e de capital seja negociada em Bolsa de Valores localizada em um dos Estados Contratantes.

³⁰ Embora a expressão “regularmente negociadas” não esteja definida na Convenção-modelo, a legislação interna norte-americana (Seção 1.884-5(d)(4)(i)(B) do Regulamento do Imposto de Renda) define a expressão como ações negociadas por, pelo menos, 60 dias no ano-calendário, e cuja quantidade seja, ao menos, de 10% em relação ao número médio de ações em circulação durante o ano. Texto disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2012-title26-vol9/pdf/CFR-2012-title26-vol9-secl-1884-5.pdf>. Acesso em 27.2.2015.

- *quinto teste*: corresponde, na verdade, a dois requisitos que devem ser cumulativamente cumpridos para que a entidade possa se beneficiar das disposições convencionais. São conhecidos como *ownership test* e *base erosion test*. O primeiro deles dispõe que durante pelo menos metade do ano-calendário, 50% ou mais de seu capital social seja detido (direta ou indiretamente) por entidades que preencham um dos quatro primeiros testes indicados acima. Já o segundo requisito é que a parcela da receita bruta que a pessoa jurídica pode disponibilizar durante o ano-calendário em favor de pessoas localizadas em terceiros Estados, deve corresponder a, no máximo, 50%.

iii) *Parágrafo 3*: traz teste alternativo relacionado à substância dos rendimentos auferidos por uma pessoa jurídica, que pode qualificá-la para fins de gozo dos benefícios da convenção independentemente do resultado dos testes enumerados no parágrafo 2º.

De acordo com o subparágrafo (a), uma pessoa jurídica residente em um dos Estados Contratantes pode fazer jus aos benefícios da convenção com relação a determinadas parcelas de seu rendimento, caso tais parcelas estejam relacionadas ao efetivo exercício de um negócio ou de uma operação no outro Estado Contratante. Embora a convenção não defina o que seja um “negócio ou operação” para fins de aferição desse teste, a legislação interna norte-americana³¹ a define como “um conjunto específico de operações que caracterizam ou que podem caracterizar uma atividade empresarial independentemente desenvolvida, com propósito lucrativo”. Ademais, é importante que a pessoa jurídica desenvolva essas atividades gerenciais e operacionais com efetiva substância econômica. Já o subparágrafo (b) complementa esse teste, determinando que a referida atividade operacional deve ser a mesma nos Estados de Residência e de Fonte. Por fim, o subparágrafo (c) desse artigo esclarece alguns conceitos e traz algumas definições para a aferição das condições determinadas pelos subitens (a) e (b).

iv) *Parágrafo 4*: esse parágrafo determina que, mesmo em certas situações nas quais um residente de um dos Estados não possa aplicar as previsões da convenção por falhar aos “testes” indicados nos parágrafos anteriores, as autoridades fiscais de determinado Estado podem lhe conceder a aplicação de benefícios convencionais, correspondendo à chamada “cláusula da boa-fé” (*good faith clause*). Como aponta Klaus Vogel, é o caso, por exemplo, da Solução de Consulta (*Private Letter Ruling*) emitida pela Receita Federal norte-americana (*Internal Revenue Service - IRS*) determinando que as limitações de benefício não são aplicáveis a entidades constituídas antes da sua vigência³².

v) *Parágrafo 5*: por fim, o parágrafo 5 da cláusula de LoB atualmente prevista na Convenção-modelo norte-americana esclarece alguns dos concei-

³¹ Seção 367(a) do Regulamento de Imposto de Renda.

³² VOGEL, Klaus. *Op. cit.*, p. 130.

tos utilizados pelos demais parágrafos desse artigo (como, por exemplo, “bolsas de valores”, “classes de ações”, “sede efetiva de controle” etc.).

Como se pode notar, as cláusulas de LoB adotadas pelos Estados Unidos contêm uma série de definições e de requisitos de natureza objetiva que conferem bastante segurança jurídica quando de sua aplicação. Essa característica, ressalte-se desde já, diverge substancialmente nas convenções firmadas pelo Brasil em que há as cláusulas de “limitação de benefícios”, nas quais são atribuídos poderes discricionários às autoridades fiscais para determinar situações em que haja abusos na aplicação da convenção.

3.3. A cláusula de LoB nas Convenções-modelos da OCDE e da ONU

Embora as Convenções-modelos elaboradas tanto pela OCDE quanto pela Organização das Nações Unidas (ONU) não contenham uma previsão expressa de “limitação de benefícios”, como ocorre na Convenção-modelo norte-americana, essas duas organizações internacionais vêm empreendendo medidas para o combate à utilização indevida de acordos para evitar a dupla tributação.

Desde meados da década de 1980, a OCDE já havia identificado esse tipo de problema na aplicação das convenções, como consta em seu Relatório sobre *conduit companies* (sociedades-veículos) publicado em 27 de novembro de 1986. Assim foi que na edição de 1992 dos Comentários à Convenção-modelo, foram apontadas possíveis formas de coibir a utilização indevida das convenções, como o *look-through approach*³³, o *subject to tax approach*³⁴, o *channel approach*³⁵ e as *bona fide clauses*³⁶.

Entretanto, foi a partir de problemas apontados no Relatório divulgado pela OCDE em 1998 (*Harmful tax competition: an emerging global issue*³⁷) que, no ano de 2003, a OCDE conclui, em seus Comentários à Convenção-Modelo, que as cláusulas de LoB poderiam constituir, ao lado dos outros métodos já previstos desde a edição de 1992, uma forma alternativa de combate ao *treaty shopping* a partir de testes e definições de amplo espectro visando alcançar o máximo possível de si-

³³ Tratado nos itens 13 e 14 dos Comentários à Convenção-modelo da OCDE, o *look through approach* consagra o chamado método do *ownership test*, segundo o qual as prerrogativas e os benefícios previstos em uma convenção para eliminar a dupla tributação celebrada entre dois Estados somente pode ser aplicada a pessoas jurídicas que, direta ou indiretamente, sejam detidas por residentes em um dos Estados Contratantes.

³⁴ Disciplinado nos itens 15 e 16 dos Comentários à Convenção-modelo da OCDE, diz respeito, basicamente, ao princípio segundo o qual os benefícios convencionais devem ser aplicados no Estado da Fonte na extensão em que esses rendimentos também sejam tributáveis no Estado da Residência.

³⁵ Tratada nos itens 17 e 18 dos Comentários à Convenção-modelo da OCDE, visa enumerar casos e exemplos considerados como abusivos na aplicação das convenções internacionais, definindo expressamente situações nas quais a extensão dos benefícios convencionais não deve ser admitida.

³⁶ Disciplinada no item 19 dos Comentários à Convenção-modelo da OCDE, enumera algumas disposições que devem acompanhar os métodos previstos nos itens anteriores (*look through approach*, *subject to tax approach* e *channel approach*) para conferir aplicação mais eficaz dessas regras antiabusivas.

³⁷ Disponível em <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>. Acesso em 28.2.2015.

tuações abusivas, sem que fosse perdido o caráter objetivo e a segurança jurídica em sua aplicação.

Em linhas gerais, os Comentários da OCDE apresentam um modelo de cláusula de LoB bastante semelhante àquela contida no modelo norte-americano. Dizemos “bastante semelhante” em razão das seguintes divergências entre os dois modelos:

i) negociação em bolsas de valores: o modelo norte-americano prevê requisitos adicionais em relação ao modelo OCDE, como, por exemplo, a necessidade de as ações serem negociadas no Estado de residência da companhia (“primarily traded on... the Contracting State of which the company is resident”);

ii) o *ownership test* e o *base erosion test* são mais específicos no modelo-norte americano do que no modelo OCDE. De fato, no primeiro caso (*ownership test*), de acordo com o modelo norte-americano, no caso de participação indireta, há a necessidade de as pessoas jurídicas intermediárias também serem consideradas como residentes para fins de aplicação dos benefícios (“... provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of that Contracting State”), ao passo que no modelo OCDE esse requisito não está presente. Em relação ao segundo teste (*base erosion test*), é interessante notar que o modelo norte-americano possui uma abrangência mais específica, na medida em que considera, para fins de limite de pagamentos a não residentes em nenhum dos Estados Contratantes, apenas pagamentos feitos a entidades não abrangidas pelos itens anteriores, ao passo que o modelo OCDE prevê apenas que pagamentos realizados a não residentes de nenhum dos Estados Contratantes devem ser levados em consideração para fins desse teste; e

iii) a cláusula de discricionariedade para concessão de benefícios pelas autoridades fiscais de um dos Estados Contratantes a pessoas que não preencham quaisquer dos requisitos da cláusula de LoB (a denominada *discretionary relief clause*) atribui maiores poderes pelo modelo norte-americano. Trata-se de uma discreta diferença relacionada aos termos *may*, utilizado na versão dos Estados Unidos, e *shall*, adotado pelo exemplo dos Comentários da OCDE. Conforme apontou Alexander Rust, durante o Congresso da International Fiscal Association (IFA) de 2012³⁸, o termo *may*, empregado pela Convenção-modelo norte-americana leva à interpretação de que as autoridades fiscais possuem total discricionariedade para conferir a aplicação de benefícios, ao passo que o termo *shall* conduz ao entendimento de que, ainda havendo certo poder decisório atribuível à autoridade fiscal, esta deve levar em consideração os “propósitos negociais” que motivaram a pessoa não residente de nenhum dos Estados Contratantes a pleitear a aplicação dos benefícios convencionais.

De modo análogo ao que foi desenvolvido no âmbito da OCDE, a ONU também procurou coibir o uso indevido das convenções para evitar a dupla tributa-

³⁸ Disponível em <http://www.ifaboston2012.com/boston-2012-congress-scientific-program#seminar1>. Acesso em 28.2.2015.

ção. Embora essa organização internacional tenha já direcionado a questão nas reuniões do Comitê Fiscal *Ad Hoc* de 1983 e de 1987, e tratado de modo específico na última dessas reuniões sobre possíveis formas de combate ao *treaty shopping*, suas conclusões acabaram não sendo incorporadas ao texto da Convenção-modelo de 2001.

Foi também apenas em 2003, diante das alterações propostas pela OCDE, que a ONU decidiu voltar a tratar da questão, como expressamente reconheceu o seu Comitê nos itens 23 a 25 da Nota Técnica E/2004/51³⁹. Esse Comitê se reuniu ao longo dos anos de 2005 e de 2006 para, em 2007, emitir o Relatório denominado *Improper use of treaties*⁴⁰, revisto no ano de 2008⁴¹.

Nesse Relatório, o Comitê da ONU trata de diversos assuntos relativos às possíveis formas de coibir o uso indevido de convenções contra a dupla tributação e à elisão fiscal internacional, sendo o *treaty shopping* apenas um dos exemplos indicados como práticas a serem regulamentadas. O documento trata ainda de preços de transferência, subcapitalização, “casos triangulares”, arranjos híbridos (*hybrid mismatches*), conflitos de qualificação, remuneração de diretores, dentre outros assuntos.

Contudo, para todos esses temas, a proposta da ONU basicamente se limita a aconselhar os Estados, por meio de Comentários à sua Convenção-modelo, para que adotem medidas de natureza proibitiva tanto em sua legislação doméstica respectiva quanto nos acordos que venham a firmar com outros Estados. Especificamente quanto às *LoB clauses*, a ONU segue o mesmo modelo proposto pela OCDE, mantendo as mesmas distinções em relação ao modelo norte-americano acima referidas.

³⁹ “23. OECD has attempted to deal with treaty abuses through amendments to the commentary to article 1 of its Model Tax Convention on Income and on Capital (OECD Model Convention). A proposal on the update of the commentaries on article 1 of the United Nations Model Tax Convention between Developed and Developing Countries (the United Nations Model Convention) was presented at the meeting. The proposal assumed that any update of the Commentary on article 1 of the United Nations Model Convention should take into account, as a point of departure, the update carried on by the OECD in 2003 to the Commentary on article 1 of the OECD Model Convention. Nevertheless, it was stressed that it was impossible to automatically assume and translate all the amendments made by OECD to its Model Convention, since there had been little discussion on certain issues at the United Nations meeting. The Group of Experts adopted the view that the discussion of changes to the Commentary should continue and should be taken up at the next meeting of the Group of Experts.

24. The general consensus was that the amendment of the Commentary on article 1 of the United Nations Model Convention deserved further attention and that a final decision should not be made until the next meeting of the Group of Experts. It was decided that the process of discussing the different approaches would continue so as to promote a consensus on the substantive amendments to the Commentary prior to the next meeting of the Group of Experts.

25. On the basis of the discussion, it was recommended by the Group of Experts that the question of whether the United Nations should recommend an article in the Model Convention on the limitation of benefits that would be responsive to the needs of developing countries should be discussed. In particular, many developing countries have difficulty negotiating treaties with some developed countries because the major taxpayers in those countries are able to get the benefits of a treaty by using the treaty negotiated with another country.”

⁴⁰ Disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/thirdsession/EC18_2007_CRP2.pdf. Acesso em 28.2.2015.

⁴¹ Disponível em <http://www.un.org/esa/ffd/tax/RevisionToArt13.pdf>. Acesso em 28.2.2015.

3.4. As convenções firmadas pelo Brasil

Atualmente, o Brasil possui 31 convenções para evitar a dupla tributação em vigor⁴² e duas ainda pendentes de ratificação⁴³. Nesse rol, identificamos 12 convenções que trazem regras de limitações de benefícios. Em linhas gerais, pode-se notar que, a partir do ano 2000, a instituição de cláusulas de LoB nas convenções brasileiras passou a ser uma tendência (tanto de forma expressa como de forma indireta, a partir da inserção dessas regras nas Disposições Gerais das convenções). A única exceção verificada nas convenções celebradas pelo Brasil foi com a Ucrânia (16 de janeiro de 2002), que não previu qualquer limitação de benefícios no texto convencional. Para facilitar essa análise, as convenções podem ser divididas, basicamente, em três grupos:

- i) *Grupo 1*: formado pelas convenções que apresentam *regras eminentemente objetivas* para a limitação dos benefícios convencionais. Nesse grupo estão as convenções firmadas pelo Brasil com Luxemburgo, Portugal, Paraguai, África do Sul, Peru e Trinidad e Tobago;
- ii) *Grupo 2*: formado pelas convenções que apresentam apenas *regras subjetivas* para imposição de limitações ao gozo de benefícios convencionais. Exemplos desse grupo são Chile, México e Turquia; e
- iii) *Grupo 3*: formado pelas convenções com *regras de LoB objetivas e subjetivas (cláusulas mistas)*. São os exemplos contidos nas convenções celebradas com Israel, Rússia e Venezuela.

Grupo 1

Em 8 de novembro de 1978, o Brasil celebrou com Luxemburgo a primeira convenção que, na visão de Luís Eduardo Schoueri⁴⁴, conteria uma disposição análoga a uma cláusula de LoB, na medida em que já no artigo 1º (pessoas visadas) pactuou-se que a Convenção não se aplicaria nem à renda nem ao capital das sociedades *holdings* residentes do Luxemburgo que gozem de tratamento fiscal especial. Contudo, conforme reconhece a doutrina⁴⁵, tal fato não seria suficiente

⁴² Japão (24 de janeiro de 1967), França (10 de setembro de 1971), Bélgica (23 de julho de 1972), Dinamarca (27 de agosto de 1974), Espanha (14 de novembro de 1974), Suécia (25 de abril de 1975), Áustria (24 de maio de 1975), Itália (3 de outubro de 1978), Luxemburgo (8 de novembro de 1978), Argentina (17 de maio de 1980), Noruega (21 de agosto de 1980), Equador (26 de maio de 1983), Filipinas (29 de setembro de 1983), Canadá (4 de junho de 1984), Hungria (20 de junho de 1986), República Tcheca e República Eslovaca (26 de agosto de 1986), Índia (26 de abril de 1988), Coreia do Sul (7 de março de 1989), Países Baixos (8 de março de 1990), China (5 de agosto de 1991), Finlândia (2 de abril de 1996), Portugal (16 de maio de 2000), Chile (3 de abril de 2001), Ucrânia (16 de janeiro de 2002), Israel (12 de dezembro de 2002), México (25 de setembro de 2003), África do Sul (8 de novembro de 2003), Peru (17 de fevereiro de 2006), Turquia (16 de dezembro de 2010), Venezuela (14 de fevereiro de 2005) e Trinidad e Tobago (23 de julho de 2008).

⁴³ Paraguai (20 de setembro de 2000) e Rússia (22 de novembro de 2004).

⁴⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp. 143-144.

⁴⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 144. No mesmo sentido, confira-se CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. "Cláusulas de limitações de benefícios (*LOB clauses*): exame comparativo entre modelo norte-americano de tratados, convenção modelo da OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil". *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 61, ano 11. Belo Horizonte, janeiro/fevereiro de 2013.

para indicar que o Brasil passaria a adotar de forma sistemática em suas convenções as cláusulas de LoB, já que as convenções posteriormente assinadas não continham qualquer disposição semelhante.

Apenas a partir do ano 2000, com a celebração de uma nova convenção com Portugal, é que o Brasil voltou a inserir em suas convenções limitações de benefícios a determinadas pessoas jurídicas, como ocorreu na convenção com Luxemburgo. Nessa convenção específica, os benefícios convencionais deixariam de ser aplicáveis a qualquer pessoa que tivesse direito a benefícios fiscais relativos ao imposto sobre o rendimento de acordo com os dispositivos da legislação e de outras medidas relacionadas com as Zonas Francas da Ilha da Madeira, da Ilha de Santa Maria, de Manaus, a Sudam e a Sudene ou a benefícios similares àqueles concedidos, disponíveis ou tornados disponíveis segundo qualquer legislação ou outra medida adotada por qualquer Estado Contratante⁴⁶.

No mesmo ano, na convenção celebrada pelo Brasil com o Paraguai, foi inserida disposição no Protocolo determinando que os benefícios relativos aos artigos 10, 11 e 12 não seriam aplicáveis se o titular dos rendimentos correspondentes a ditos artigos fosse residente de um Estado que não os tributasse ou tivesse alíquota máxima de tributação sobre a renda inferior a 20% em virtude de sua legislação interna⁴⁷.

A quarta convenção pertencente a este Grupo 1 foi firmada em 8 de novembro de 2003, com a África do Sul. A regra objetiva nela contida (artigo 28, parágrafo 2º, relativo às disposições gerais da convenção) seguiu o padrão da convenção celebrada pelo Brasil com Israel no ano anterior, que, rompendo com as características objetivas anteriores (tipo jurídico ou gozo de benefícios), determinou que entidades legais que tivessem mais de 50% de sua participação, capital ou controle acionário detidos, direta ou indiretamente, por pessoas que não fossem residentes no Brasil ou na África do Sul não fariam jus aos benefícios da convenção. Trata-se de regra assemelhada ao *ownership test* presente nas convenções celebradas pelos Estados Unidos (*US Model Convention*), como visto acima.

Além disso, a convenção excetuou dessa regra objetiva as empresas que, mesmo não cumprindo com o *ownership test*, desenvolvessem uma “atividade empresarial substancial” em um dos países signatários. Embora não haja no texto da convenção conceito claro sobre o que seja a “atividade empresarial substancial”, o texto convencional esclarece que a mera detenção de títulos em relação a outras entidades associadas não se qualifica como “atividade empresarial substancial”.

O mesmo modelo da convenção com a África do Sul foi posteriormente adotado na convenção firmada pelo Brasil com o Peru, em 17 de fevereiro de 2006.

⁴⁶ Sobre essa questão, entretanto, houve quem alegasse que a limitação de benefícios prevista pela convenção firmada entre Brasil e Portugal confundisse regiões incentivadas com paraísos fiscais.

⁴⁷ Sobre essa questão, embora a Convenção celebrada com o Paraguai não apresente uma cláusula de limitação de benefícios abrangente (restringindo-se apenas aos artigos 10, 11,12), não podemos concordar com o posicionamento de Leonardo Freitas de Moraes e Castro de que nessa convenção “não existe qualquer cláusula LOB ou equivalente” (CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Op. cit.*). A nosso ver, a limitação de benefícios prevista na convenção com o Paraguai segue a mesma mecânica das convenções firmadas com Luxemburgo e Portugal, excluindo o direito aos benefícios convencionais para determinadas pessoas jurídicas que gozem de benefícios fiscais.

Por fim, o último representante desse primeiro grupo é Trinidad e Tobago. De acordo com o artigo 28 dessa convenção, os benefícios nela previstos deixam de ser aplicáveis a companhias, *trusts* ou sociedades de pessoas detidas direta ou indiretamente por não residentes em um dos Estados se a tributação incidente sobre tais rendimentos for substancialmente inferior àquela exigida caso essas entidades fossem detidas diretamente por residentes nesses Estados. Trata-se também da primeira convenção desse grupo que possui cláusula de LoB expressa e independente das demais disposições convencionais.

Grupo 2

Em 2001, quando da celebração da convenção para evitar a dupla tributação com o Chile, podemos notar uma evolução na formulação da cláusula de LoB brasileira, que, afastando-se da sistemática empregada nas convenções com Luxemburgo, Portugal e Paraguai, passa a trazer disposição genérica antiabusiva, deixando, assim, de indicar pessoas jurídicas passíveis de exclusão dos benefícios convencionais. A redação adotada no item 8 do Protocolo da convenção celebrada entre Brasil e Chile merece destaque:

“Considerando que o objetivo principal desta Convenção é evitar a dupla tributação internacional e prevenir a evasão fiscal, os Estados Contratantes acordam que, no caso em que as disposições da Convenção sejam usadas de forma tal que concedam benefícios não contemplados nem pretendidos por ela, as autoridades competentes dos Estados Contratantes deverão, em conformidade com o procedimento amigável do Artigo 24, recomendar modificações específicas da Convenção. Os Estados Contratantes acordam, ainda, que qualquer das referidas recomendações será considerada e discutida de maneira expedita com vistas a modificar a Convenção na medida em que seja necessário.”

Como se pode notar, deixou-se de adotar um critério eminentemente objetivo (tipo jurídico, gozo de benefícios fiscais, ou subtributação) para se definir um critério subjetivo baseado no escopo da convenção (uso da convenção para aproveitamento de benefícios não contemplados nem por ela pretendidos). Ademais, uma importante mudança instituída a partir dessa convenção foi a determinação de um procedimento amigável para prevenção de abusos.

Em 25 de setembro de 2003, com a celebração de uma convenção com o México, adotou-se critério semelhante ao do Chile, fazendo-se incluir disposição no parágrafo 5 do artigo 28 (disposições gerais) uma possibilidade de contestação da decisão que impuser restrições ao aproveitamento dos benefícios convencionais. Confira-se:

“5. Não obstante, uma pessoa que não tenha direito aos benefícios da presente Convenção conforme as disposições dos parágrafos 1 e 3 poderá demonstrar às autoridades competentes do Estado de que provêm os rendimentos seu direito aos benefícios da Convenção. Para tal efeito, um dos fatores que as autoridade competentes tomarão em consideração será o fato de que o estabelecimento, constituição, aquisição e manutenção de referida pessoa e a realização de suas atividades não teve como um de seus

principais propósitos o de obter algum benefício em conformidade com esta Convenção.”

Entretanto, a última convenção integrante desse segundo grupo (e a última celebrada pelo Brasil) rompeu com todas as características das convenções que lhe sucederam, de forma bastante negativa e prejudicial. Trata-se da convenção firmada em 21 de outubro de 2010 com a Turquia, promulgada pelo Decreto nº 8.140, de 14 de novembro de 2013. Embora essa convenção trouxesse especificamente uma cláusula de LoB baseada em critérios subjetivos, ela o faz de forma unilateral, *a exclusivo critério das autoridades fiscais*, sem qualquer previsão de procedimento de defesa sujeito ao contraditório e à ampla defesa.

Sem sombra de dúvidas, a redação ampla e genérica dessa cláusula chama a atenção, por deixar a avaliação a respeito da existência ou não de abusos na aplicação da convenção a exclusivo critério das autoridades fiscais de um dos Estados Contratantes. Ademais, sequer chega a ser feita menção a um processo de defesa ou contraditório por parte do contribuinte contra essa decisão das autoridades fiscais.

Embora a interpretação econômica ou a análise da “substância sobre a forma” não encontre fundamentação legal no Brasil⁴⁸, a nosso ver a redação ampla e genérica dessa cláusula, aliada à não regulamentação de um procedimento contraditório em caso de exclusão de benefícios, pode certamente levar à insegurança jurídica e abusos quando da aplicação dessa regra subjetiva convencional.

Grupo 3

Por fim, chegamos ao terceiro grupo de convenções, que tem na convenção celebrada com Israel, em 12 de dezembro de 2002, seu primeiro exemplo, sendo também essa convenção a primeira que trouxe uma cláusula expressa de limitação de benefícios (até então, essas regras encontravam-se dispersas no texto convencional, nas disposições gerais, ou mesmo no protocolo). Nesse grupo, incluímos as convenções com regras de LoB “mistas”.

⁴⁸ A esse respeito, vasta é a produção doutrinária que versa sobre normas fiscais antielisivas e a consideração econômica do Direito Tributário. Embora não seja o escopo do nosso trabalho, citamos, para referência, as seguintes: AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; ANAN JR., Pedro. *Planejamento fiscal: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007; DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977; GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011; GÜTIERREZ, Miguel Delgado. *Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997; MACHADO, Hugo de Brito. *O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001; ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001; SCHOUERI, Luís Eduardo; e FREITAS, Rodrigo de. *Planejamento tributário e o “propósito negocial”: mapeamento de decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011; XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002; YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos: planejamento tributário - limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex, 2005.

No caso da convenção com Israel, a cláusula de limitação de benefícios (artigo 25) apresenta dois parágrafos, cada um contendo uma regra autônoma que, verificada no caso concreto, poderá levar à exclusão dos benefícios convencionais.

A primeira regra é *objetiva* ao vedar o direito aos benefícios convencionais às entidades que tenham mais de 50% de sua participação, capital ou controle acionário detidos, direta ou indiretamente, por pessoas que não sejam residentes no Brasil ou Israel. Por sua vez, a segunda regra tem natureza *subjetiva*, reproduzindo, de certo modo, as disposições contidas na convenção firmada no ano anterior com o Chile. Assim, “uma autoridade competente de um Estado Contratante poderá negar os benefícios da presente Convenção a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, em sua opinião, a concessão de tais benefícios constituir um abuso da Convenção em conformidade com seus fins. A autoridade competente do Estado Contratante envolvido comunicará a aplicação desta disposição à autoridade competente do outro Estado Contratante.”

Em 22 de novembro de 2004, o Brasil celebrou a segunda convenção contendo expressamente uma cláusula de LoB. Dessa vez foi com a Rússia, que seguiu o mesmo modelo adotado em 2002 com Israel. Em 14 de fevereiro de 2005, seguiu-se, nos mesmos moldes, a convenção com a Venezuela, promulgada em 12 de novembro de 2014.

3.5. As cláusulas de LoB na jurisprudência

No Brasil, não temos histórico de casos nos quais tivessem sido discutidas a extensão ou a validade das cláusulas de “limitação de benefícios”⁴⁹. Contudo, no Direito comparado existem precedentes sobre o tema⁵⁰, que podem ser divididos entre dois grupos: (i) uso abusivo de convenções para evitar a dupla tributação; e (ii) compatibilidade entre as cláusulas de LoB e as disposições relativas à liberdade de circulação de pessoas, serviços, bens e capitais, bem como à liberdade de estabelecimento previstas no Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

No primeiro conjunto, a despeito de não haver casos específicos em que benefícios convencionais chegaram a ser negados sob a perspectiva da aplicação das cláusulas de LoB, destacam-se alguns precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia que abriram caminho para a consolidação da jurisprudência da Corte a respeito dos elementos possivelmente indicativos de situação de abuso em reorganizações societárias e constituição de subsidiárias em outras jurisdições. São os casos “ICI”, julgado em 16 de julho de 1998 (Processo C-264/96), “Lankhorst-Hohorst”, julgado em 12 de dezembro de 2002 (Processo C-324/00); “Laysterie du Saillant”, julgado em 11 de março de 2002 (Processo C-9/02); “X&Y AB”, julgado em 21 de novembro de 2002 (Processo C-436/00); “Metallgesellschaft”, julgado

⁴⁹ O que chegou a ser objeto de exame da jurisprudência administrativa foi a cláusula de beneficiário efetivo, como, por exemplo, ilustram o Acórdão nº 102-49.480, proferido em 4 de fevereiro de 2009 pela 2ª Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes (Rel. Cons. Alexandre Nao-ki Nishioka) e a Solução de Consulta nº 72, proferida em 11 de outubro de 2011 pela Superintendência Regional da Receita Federal da 10ª Região Fiscal.

⁵⁰ UCKMAR, Victor *et. al.* *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 93; BROE, Luc De. *Op. cit.*, p. 800.

em 8 de março de 2001 (Processos C-397/98 e C-410/98); “Marks & Spencer”, julgado em 13 de dezembro de 2005 (Processo C-466/03)⁵¹; “Cadbury Schweppes”, julgado em 12 de setembro de 2006 (Processo C-196/04)⁵² e “OYAA”, julgado em 18 de julho de 2007 (Processo C-231/05).

No segundo bloco, por sua vez, merecem destaque dois precedentes proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia: (i) o chamado caso “Open Skies”, julgado em 5 de novembro de 2002 (Processos C-466/1998, C-467/1998, C-468/1998, C-469/1998, C-471/1998, C-472/1998, C-475/1998 e C-476/1998); e (ii) o chamado caso “Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation”, julgado em 12 de dezembro de 2006 (Processo C-374/04)⁵³. Vejamos esses dois precedentes.

Basicamente, no primeiro caso se discutia se os acordos sobre transportes aéreos celebrados bilateralmente entre o Reino Unido e os Estados Unidos com cláusulas que permitiam a revogação, a suspensão ou a limitação de autorizações técnicas a companhias aéreas que não pertencessem à parte contratante ou a seus nacionais violaria o disposto no artigo 52 do Tratado, que institui a Comunidade Europeia (não discriminação e liberdade de prestação de serviços no âmbito do bloco econômico).

No entendimento do Tribunal, a celebração desse tipo representou uma violação às disposições da legislação comunitária europeia, uma vez que, a despeito de a restrição aos benefícios partir de um ato dos Estados Unidos (país não integrante do bloco), o Reino Unido consentiu em inserir tal cláusula na convenção e contribuiu, ainda que indiretamente, à potencial discriminação de companhias detidas por outros Estados por parte dos Estados Unidos, no que diz respeito às licenças aeronáuticas. Com base nesses pontos, a Corte condenou o Reino Unido no caso “Open Skies” por promover discriminação de empresas aéreas detidas por residentes de outros Estados do bloco.

Embora esse caso não versasse especificamente sobre questões fiscais ou princípios de tributação internacional, o raciocínio acaba sendo o mesmo, na medida em que a cláusula contida no acordo em questão era bastante semelhante às cláusulas de LoB, conforme aponta José Calejo Guerra em artigo comentando o julgamento⁵⁴.

⁵¹ Para maiores detalhes desse caso, confira-se LANG, Michael. “The Marks & Spencer Case: the open issues following the ECJ’s final word”. *IBFD: European Taxation*, 2006. Disponível em <http://www.wu.ac.at/taxlaw/institute/staff/publications/langibfdeuropeantaxationfebruary2006s54ff.pdf>. Acesso em 28.2.2015.

⁵² Sobre esse assunto, confira-se BIANCO, João Francisco. *Op. cit.*, pp. 153-155; MALHERBE, Jacques. “Controlled foreign corporations in the EU after Cadbury Schweppes”. In: TÔRRES, Helelno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008; OLIVEIRA, Matheus Bueno de. “Caso Cadbury Schweppes: oposição das regras CFC e da liberdade de estabelecimento na comunidade européia”. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP, 2010; SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tributação internacional”. *Revista de Direito Tributário* nº 111, 2010, pp. 140-146.

⁵³ Sobre comentários à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia a respeito do tema tratado no presente trabalho, confira-se também GUERRA, José Calejo. “Limitation on benefits clauses and EU Law”. *European Taxation*. IBFD, fevereiro/março de 2011, pp. 85-96; MERKS, Paulus. “Tax evasion, tax avoidance and tax planning”. *Intertax* nº 34, 2006.

⁵⁴ GUERRA, José Calejo. *Op. cit.*, pp. 86-87. Do mesmo modo, Tom O’Shea chega à mesma conclusão no artigo “Double tax conventions and the European Union”. *The EC tax journal* vol. 10, nº 3,

Já o caso “Test Claimants in Class IV...” discute a distribuição de dividendos por sociedades residentes do Reino Unido a empresas estabelecidas nos Países Baixos. Segundo o texto da convenção firmada entre os dois países, que contém cláusula de LoB, o crédito de imposto pode ser negado quando a sociedade acionista não residente for detida por uma sociedade com sede noutro Estado com o qual o Reino Unido tenha celebrado uma convenção que não preveja créditos.

Com base nesse cenário, o Reino Unido formulou as seguintes questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia:

i) é contrário ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia um Estado-membro A aprovar e manter em vigor legislação que confere o direito a um crédito de imposto relativamente a dividendos pagos por sociedades residentes nesse Estado a nacionais e beneficiários de convenções para evitar a dupla tributação por ele firmados, mas deixar de conceder referido crédito aos dividendos pagos por uma filial residente no Estado-membro A a uma sociedade-mãe residente num Estado-membro B?

ii) é contrário ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia um Estado-membro A aplicar uma disposição da convenção para evitar a dupla tributação que confere o direito a um crédito de imposto parcialmente aos dividendos pagos a uma sociedade-mãe residente num Estado-membro C (como os Países Baixos), mas não conferir esse direito a uma sociedade-mãe residente num Estado-membro B (como a Alemanha), quando não existe na convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre o Estado-membro A e o Estado-membro B qualquer disposição que preveja a atribuição de um crédito de imposto parcial?

iii) é contrário ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia um Estado-Membro A não conferir o direito a um crédito de imposto parcial, relativamente aos dividendos, a uma sociedade residente num Estado-membro C controlada por uma sociedade residente num Estado-membro B, quando o Estado-membro A aplica as disposições de convenções para evitar a dupla tributação que conferem esse direito (a) às sociedades residentes no Estado-membro C controladas por residentes no Estado-membro B; (b) às sociedades residentes no Estado-membro C controladas por residentes num Estado-membro D, quando existe uma disposição na convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre o Estado-membro A e o Estado-membro D que confere o direito a um crédito de imposto parcial relativamente aos dividendos; ou (c) às sociedades residentes no Estado-membro D, independentemente de quem controle a sociedade?; e

iv) tem alguma pertinência para a resposta à primeira questão do item (iii), acima, o fato de a sociedade residente no Estado-membro C não ser controlada por uma sociedade residente no Estado-membro B, mas por uma sociedade residente num terceiro país?

Para responder à primeira questão, os julgadores citaram diversos precedentes da Corte sobre liberdade de estabelecimento e não discriminação, e con-

cluíram não haver contrariedade ao Tratado da União Europeia, que diz que a discriminação somente pode ser determinada se as sociedades em causa “se encontram numa situação objetivamente comparável”, o que não lhes pareceu ser o caso na situação examinada, já que “a situação das sociedades residentes e não residentes não são comparáveis”. Além disso, os julgadores entenderam que cabe a cada um dos Estados-membros organizar seu sistema de tributação, com observância às regras do Direito Comunitário europeu.

Quanto às demais perguntas feitas pelo Reino Unido, os julgadores concluíram que a concessão de um crédito de imposto a sociedade não residente não pode ser considerada um benefício destacável do resto das referidas convenções, antes sendo sua parte integrante e contribuindo para seu equilíbrio geral, razão pela qual um Estado poderia ser livre para negociar créditos e disposições convencionais da forma que melhor lhe convier no contexto negocial⁵⁵.

Ou seja, diferentemente do caso “Open Skies”, em que os julgadores concluíram que a inclusão de uma cláusula de LoB na convenção celebrada entre Estados Unidos e Reino Unido representaria uma forma indevida de discriminação à luz do Direito Comunitário europeu, no caso “Test Claimants in Class IV...”, julgado em 12 de dezembro de 2006, a mesma Corte chegou à conclusão de que a limitação ao direito de crédito não afrontaria tais disposições.

4. As Cláusulas de L.O.B. como Alternativas ao Combate do *Treaty Shopping*

4.1. A posição da doutrina sobre o assunto

Há algumas décadas, quando as cláusulas de LoB ainda apresentavam uma estrutura relativamente simples e com redação bastante ampla, a doutrina jurídica vinha entendendo que, embora esses instrumentos pudessem se mostrar uma alternativa ao combate do *treaty shopping*, seriam necessários métodos complementares para que situações abusivas fossem mitigadas.

Nesse sentido, por exemplo, foi a conclusão de Luís Eduardo Schoueri, para quem “o escopo de tal dispositivo [cláusula de LoB] é muito limitado, não sendo de valia, perante as estratégias modernas de *Treaty Shopping*”⁵⁶. Esse posicionamento, baseado em apontamentos de Rosenbloom, Kooiman, Ellis, Van Hoorn Jr., decorre, contudo, de um modelo anterior ao norte-americano de 1996, que tinha redação bastante aberta, com critérios subjetivos e necessitava de uma série de salvaguardas.

Entretanto, com o aprimoramento dessas cláusulas, especialmente a partir do modelo de 2006⁵⁷, passou-se a ter maior objetividade e segurança jurídica na

⁵⁵ Note-se que essa conclusão também pode ser confirmada pela teoria de que as convenções para evitar a dupla tributação são instrumentos cuja natureza jurídica se aproxima dos contratos, em que o elemento volitivo desempenha importante função. A esse respeito, confira-se ROCHA, Sergio André. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013; e, do mesmo autor, *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. No mesmo sentido está também XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁵⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp. 145 e 161 e ss.

⁵⁷ AVI-YONAH, Reuven; e TITTLE, Martin B. “The New United States Model Income Tax Convention”. *IBFD Bulletin for International Taxation* vol. 61, 2007, p. 224. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=995782>. Acesso em 3.3.2015.

aplicação dessas disposições. Como apontam Niels Bammens e Luc De Broe⁵⁸, referido dispositivo ganhou muita sofisticação a partir de 2006, apresentando, numa primeira parte, aspectos pessoais para qualificação aos benefícios convencionais. Num segundo bloco de testes têm-se critérios objetivos quanto aos itens de receita (*items of income*) passíveis de qualificação para fins dos benefícios do acordo. E, por fim, o terceiro critério adotado pela convenção modelo de 2006 em caráter complementar seriam os testes subjetivos.

Em estudo publicado no ano de 2008, no qual endereçou especificamente a eficácia das cláusulas de limitação de benefício no combate ao *treaty shopping* abusivo sob o viés do Direito norte-americano comparativamente a medidas adotadas pelo Canadá, pela Índia e por alguns países da União Europeia, Anna A. Kornikova⁵⁹, apresentou as seguintes razões pelas quais, em seu entendimento, referidas cláusulas seriam positivas ao propósito a que se destinam: (i) embora disposições convencionais - inclusive cláusulas de LoB - sejam em geral de maior complexidade para negociação e demandem tempo, elas costumam ser mais efetivas do que medidas unilaterais, por ter alcance meramente territorial e poderem ser limitadas no plano internacional; (ii) medidas unilaterais não conseguem combater o ponto central do *treaty shopping* - a falta de coordenação entre diferentes sistemas tributários nacionais - o que é feito pelas cláusulas de LoB, ao limitar competências tributárias e coordenar, em bases bilaterais, formas para suprir essas divergências de legislação; (iii) havendo uma convenção sem limitação de benefícios, a adoção de medidas unilaterais por um dos Estados pode ser vista pelo outro Estado como uma atitude abusiva ante as disposições convencionais - como relata a autora já ter ocorrido no passado em relação aos Estados Unidos; e (iv) o uso de cláusulas de LoB para combate ao *treaty shopping* abusivo ainda é mais simples do que a adoção de procedimentos para troca de informações, especialmente em jurisdições que têm restrições mais severas quanto ao sigilo fiscal.

4.2. As novas iniciativas da OCDE no contexto do Beps

A partir do ano de 2012, com a proporção política que acabaram tomando alguns planejamentos tributários considerados pela mídia e por entidades não governamentais como “abusivos”⁶⁰, a OCDE foi solicitada pelo G-20 e por seus Ministros de Finanças, em Resolução formalizada em 29 de maio de 2013⁶¹, a

⁵⁸ BAMMENS, Niels; e BROE, Luc De. *Op. cit.*, pp. 61-63.

⁵⁹ KORNIKOVA, Anna A. “Solving the problem of tax-treaty shopping through the use of limitation on benefits provisions”. *Richmond Journal of Global Law and Business*, 2008, pp. 282-28. Disponível em http://rjglb.richmond.edu/wp-content/uploads/2013/03/rjl_8-2_kornikova.pdf. Acesso em 3.3.2015.

⁶⁰ Destacam-se, nesse sentido, as seguintes séries de reportagens jornalísticas: “The great corporate tax dodge”, série publicada em 13 de maio de 2010 pelo jornal americano *Bloomberg* (disponível em <http://topics.bloomberg.com/the-great-corporate-tax-dodge/>. Acesso em 3.3.2015); “But nobody pays that”, série de reportagens de autoria David Kocieniewski publicada em 25 de março de 2011 pelo jornal americano *The New York Times* (disponível em http://topics.nytimes.com/top/features/timestopics/series/but_nobody_pays_that/index.html. Acesso em 3.3.2015); “The tax gap”, série publicada pelo jornal inglês *The Guardian* (disponível em <http://www.theguardian.com/business/series/tax-gap>. Acesso em 3.3.2015); e “The secrets of tax avoiders”, série publicada pelo jornal inglês *The Times* (disponível em <http://www.thetimes.co.uk/tto/news/>. Acesso em 3.3.2015).

⁶¹ Disponível em [http://www.oecd.org/tax/C-MIN\(2013\)22-FINAL-ENG.pdf](http://www.oecd.org/tax/C-MIN(2013)22-FINAL-ENG.pdf). Acesso em 3.3.2015.

elaborar um relatório com diretrizes e recomendações para adaptações às legislações internas e medidas em âmbito global para coibir práticas “potencialmente elisivas” no tocante à erosão de base tributável e deslocamento de lucros - Beps.

Fruto inicial dessa solicitação foi a publicação pela OCDE, em 12 de fevereiro de 2013, do Relatório denominado *Addressing base erosion and profit shifting*⁶², no qual essa organização apresenta os estudos e os dados disponíveis sobre a existência e a magnitude do Beps e identifica algumas *key pressure areas* que, a seu ver, necessitariam de normatização ou aprimoramento: (i) “dessaranjos” de qualificação relacionados a instrumentos de natureza híbrida; (ii) qualificação de rendimentos e aplicação de conceitos de Direito Tributário Internacional às atividades eletrônicas; (iii) tratamento fiscal em operações financeiras internacionais; (iv) desenvolvimento da regulamentação relativa a preços de transferência; e (v) direcionamento de regras antiabusivas e conferência de maior eficácia às existentes, sobretudo ligadas às regras gerais (*General Anti-Avoidance Rules - GAARs*), às regras de lucros no exterior (*Controlled Foreign Companies - CFC*), subcapitalização e regras de prevenção ao uso abusivo de convenções para evitar a dupla tributação.

Nesse sentido, em 19 de julho de 2013, a OCDE divulgou um novo relatório contendo um plano de ação e um cronograma para direcionar as questões identificadas no *report* anterior. Trata-se do *Action plan on base erosion and profit shifting*⁶³, pelo qual a OCDE propôs disciplinar 15 pontos, com recomendações para alterações na Convenção-modelo e na legislação interna, que tinha por meta ser concluído até final do ano de 2015. Desses 15 itens, destaca-se para fins deste artigo o de número 6 (*impedir o uso abusivo das convenções para evitar a dupla tributação*).

A minuta para discussão sobre o Item 6 do Action Plan

Visando endereçar o Item 6 do Plano de Ação do Beps, em 14 de março de 2014, a OCDE publicou uma minuta para discussão pública sobre possíveis formas para coibir a utilização indevida das convenções para evitar a dupla tributação⁶⁴. Nessa minuta, a OCDE procurou tratar de três pontos: (i) desenvolver uma disposição convencional e recomendações para elaboração de legislação doméstica capaz de minimizar a concessão de benefícios convencionais em circunstâncias inapropriadas; (ii) esclarecer que acordos para evitar a dupla tributação são instrumentos voltados a criar situações de “dupla não tributação”; e (iii) identificar questões gerais que devem ser levadas em consideração pelos Estados antes de decidir concluir um acordo para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda com outro Estado.

No tocante ao *primeiro ponto*, a OCDE segrega a análise em duas partes: (a) casos em que o residente de um Estado R pretende elidir disposições convencionais por meio de outros acordos; e (b) casos em que o residente de um Estado R

⁶² Disponível em http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page1. Acesso em 3.3.2015.

⁶³ Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>. Acesso em 3.3.2015.

⁶⁴ Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf>. Acesso em 3.3.2015.

pretende elidir disposições da legislação doméstica por meio da proteção de um acordo de bitributação.

Inicialmente, a minuta apresenta a questão envolvendo o *treaty shopping* e os trabalhos anteriormente desenvolvidos a respeito da utilização indevida dos acordos, destacando a introdução das disposições quanto ao beneficiário efetivo na Convenção-modelo de 1977; os estudos a respeito das *conduit companies* e o uso inapropriado das convenções para evitar a dupla tributação conduzidos em 1986 e 1992; a inclusão de disposições quanto a limitações de benefícios nos Comentários à Convenção-modelo em 2003; bem como os recentes trabalhos em torno do aprimoramento do conceito de beneficiário efetivo.

Em linhas gerais, a OCDE propõe três ações para coibir a utilização indevida das convenções para evitar a dupla tributação para aproveitamento de benefícios previstos em outras convenções. Primeiramente, a entidade propõe que a denominação e o preâmbulo dos acordos seja alterado, para que se faça constar de forma expressa que a convenção é celebrada com o propósito não apenas de evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda, mas também coibir a evasão fiscal e o seu uso indevido por meio de técnicas de *treaty shopping*.

Em segundo lugar, a organização internacional parece ter revisto seu posicionamento quanto à necessidade de adoção de cláusulas de limitações de benefícios nos acordos de bitributação, revendo, assim, sua posição contida no item 20 dos Comentários ao artigo 1º da sua Convenção-modelo (2010), no qual não recomendava de forma expressa a adoção dessa alternativa e ainda dizia que outros métodos poderiam ser necessários para evitar o abuso. A esse respeito, confira-se as seguintes passagens do novo *report*:

“(...) it is recommended to include in tax treaties a specific anti-abuse rule based on the limitation-on-benefits provisions included in treaties concluded by the United States and a few other countries. Such a specific rule will address a large number of Treaty Shopping situations based on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State (this recommendation is included in subsection i) below).

(...)

The Group recognised that the inclusion of such a provision would be an appropriate way of dealing with cases where taxation of an item of income in the two Contracting States is comparable to the taxation of the same item of income if it had been received directly by the shareholders of the company that received that item of income.” (Não destacado no original)

Por sua vez, a terceira proposta da OCDE para mitigar a utilização abusiva dos acordos de bitributação seria a de incluir na própria cláusula de LoB uma regra geral antiabuso nos seguintes termos:

“6. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the main purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these

circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”

No tocante ao segundo aspecto desse primeiro ponto (casos em que o residente de um Estado R pretende elidir disposições da legislação doméstica por meio da proteção de um acordo de bitributação), o grupo que analisou a questão no âmbito da OCDE concluiu que a circunvenção de disposições da legislação interna pode ser mais facilmente evitada por dispositivos contidos na própria legislação interna, citando como exemplos as regras de subcapitalização; de preços de transferência; de normas gerais antielisivas; de aplicação de tributos de saída (*departure or exit taxes*). Entretanto, visando incorporar outros elementos da Convenção-modelo norte-americana ao modelo OCDE, o grupo recomenda a adoção de uma *saving clause* no artigo 1º da Convenção-modelo (com o consequente aditamento dos Comentários) com o seguinte conteúdo:

“3. This Convention shall not affect the taxation, by a Contracting State, of its residents except with respect to the benefits granted under paragraph 3 of Article 7, paragraph 2 of Article 9 and Articles 19, 20, 23, 24 and 25 and 28.”

A nosso ver, as recomendações da OCDE no que diz respeito às possíveis formas de evitar a utilização indevida das convenções para evitar a dupla tributação - especialmente no que diz respeito à recomendação quanto à inserção de cláusulas de LoB - mostra-se positiva e potencialmente eficaz no combate ao *treaty shopping* realizado sem substância econômica ou com objetivo precípuo de obtenção de vantagens fiscais.

No que diz respeito ao *segundo* ponto endereçado pela OCDE em sua minuta pública para discussão relativa ao *Item 6 do Action Plan*, isto é, esclarecer que as convenções para evitar a dupla tributação não se destinam a facilitar a implementação de estruturas que impliquem dupla tributação, a alternativa sugerida foi a alteração do cabeçalho dos acordos, para que reste expressamente consignada a ideia de que o *treaty shopping* abusivo não estaria amparado pela Convenção. De acordo com a proposta, a redação do cabeçalho e do preâmbulo da Convenção Modelo deveria ser o seguinte:

“Convention Between (State A) and (State B) for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion and avoidance

Preamble to the Convention

(State A) and (State B),

Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their cooperation in tax matters,

Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through *Treaty Shopping* arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)

Have agreed as follows.”

O *terceiro* ponto da análise empreendida pelo grupo, por sua vez, relaciona a condições que devem ser observadas pelos Estados para a celebração de acordos para evitar a dupla tributação, segue caminho semelhante ao do segundo ponto, com a recomendação para inclusão de observações na Introdução à convenção específica, quanto aos trabalhos desenvolvidos no âmbito da OCDE para se evitar o uso abusivo dos acordos e as conclusões no sentido de que as convenções de bitributação não podem dar margem à implementação de estruturas evasivas ou a abusos.

A efetividade dessas propostas, no entendimento da OCDE, estaria no fato de que, havendo previsão expressa a respeito da não aplicação das convenções para evitar a dupla tributação em casos de uso indevido desses instrumentos ou do *treaty shopping* abusivo, haveria mais um argumento para sustentar que as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, mais especificamente o artigo 31 (interpretação de acordo com a boa-fé, com o contexto e com os objetivos do acordo), seriam aplicáveis como uma cláusula geral interpretativa para reiterar a ideia de que a convenção não deve dar azo à adoção de estruturas abusivas que visem apenas à obtenção de vantagens de natureza fiscal.

Respostas à minuta para discussão

Em 11 de abril de 2014, a OCDE publicou um relatório consolidando os comentários enviados por mais de 80 entidades a respeito da minuta para discussão pública relacionada a possíveis formas para coibir a utilização indevida das convenções para evitar a dupla tributação⁶⁵. Embora tenham sido apresentadas diversas opiniões, tanto no sentido de que a cláusula proposta pode apresentar problemas práticos na implementação, quanto no sentido de que ela potencialmente poderia mitigar a segurança jurídica na aplicação das convenções, pode-se notar que a maioria absoluta das entidades que se manifestaram não refutaram sua eficácia no combate ao *treaty shopping* abusivo.

Algumas entidades, por outro lado, manifestaram o entendimento de que a proposta da OCDE para incluir um item 6 na cláusula de LoB a título de norma geral antielisiva não seria apropriado, na medida em que esse instrumento seria incompatível com as demais disposições da cláusula de limitação de benefícios (*ou um, ou outro*).

4.3. Nosso entendimento

A nosso ver, a adoção de cláusulas de LoB como instrumentos para o combate ao *treaty shopping* abusivo, nos termos do modelo norte-americano de 2006 e daquele sugerido pela OCDE na minuta pública para discussão relativa ao Item 6 do *Beps Action Plan*, pode se mostrar efetiva. Para nossa conclusão contribuem sobremaneira dois fatores (*i*) a mudança de posição da doutrina jurídica, inicialmente relutante quanto à eficácia desse modelo; e (*ii*) a mudança na orientação da

⁶⁵ Disponível em <http://www.oecd.org/tax/treaties/comments-action-6-prevent-treaty-abuse.pdf>. Acesso em 3.3.2015.

OCDE a esse respeito no contexto do *Action Plan*, a despeito das críticas que possam ser feitas a esse programa⁶⁶.

Como visto, embora esses instrumentos sejam em geral de difícil negociação - assim como qualquer dispositivo de um acordo para evitar a dupla tributação - eles apresentam como vantagem não apenas incidir sobre o foco da problemática do *treaty shopping* abusivo, qual seja, a diferença entre normatização fiscal entre dois ou mais Estados, mas também se mostram mais seguros que regras gerais antiabuso, em razão da objetividade dos testes quanto ao sujeito e quanto aos itens de receita passíveis de qualificação para fins do acordo. Ainda assim, para dirimir os *hard cases*⁶⁷, há também testes pautados na subjetividade (*good faith clause*).

Especificamente no caso brasileiro, é inegável que ao longo dos últimos anos, sobretudo a partir do ano 2000, tem sido tendência a inserção de medidas antiabuso nas convenções para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda. Entretanto, a dificuldade de se estabelecer um critério linear (a despeito de poder ser feita a distinção em três grupos, como proposto no presente trabalho) não nos permite concluir enfaticamente se tratar de uma nova tendência brasileira na sua política de celebração de convenções para evitar a dupla tributação em matéria de imposto sobre a renda⁶⁸.

Cabe apenas destacar que no caso brasileiro, a nosso ver, sendo o País precipuamente um Estado de Fonte⁶⁹ e que, desse modo, estaria a princípio sujeito com maior facilidade a práticas abusivas de *treaty shopping*, as cláusulas de limitação de benefício presentes nas convenções assinadas pelo Brasil deveriam se revestir de maior segurança jurídica e critérios objetivos, aproximando-se do modelo norte-americano, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa em sua aplicação pelas autoridades fiscais⁷⁰.

⁶⁶ Nesse sentido, por exemplo, destaca-se crítica apresentada por Luís Eduardo Schoueri no V Congresso de Direito Tributário Internacional organizado pelo IBDT, em 4 de outubro de 2013, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A seu ver, além de o Beps ser uma tratativa bastante ampla e com prazos muito exíguos para se chegar a soluções definitivas para problemas tão complexos, esse programa não direciona uma das principais questões que devem ser enfrentadas na atualidade - a transparência fiscal internacional e a cooperação entre autoridades fiscais.

⁶⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 163-164.

⁶⁸ Por essa razão, não nos parece de todo correta a assertiva feita por Leonardo Freitas de Moraes e Castro de que “o Brasil está seguindo a tendência mundial dos países em desenvolvimento em limitar o abuso das convenções contra a dupla tributação, coibindo o *treaty shopping* e o *treaty abuse*” (CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Op. cit.*)

⁶⁹ De acordo com o censo do Banco Central divulgado para o ano-calendário de 2011 (31 de dezembro de 2011), o volume de capitais estrangeiros investidos como investimento externo direto foi de USD 688,6 bilhões, ou 28% do Produto Interno Bruto (PIB), ao passo que o volume de capitais brasileiros investidos no exterior somou USD 247,2 bilhões. Informações disponíveis em <http://www.bcb.gov.br/Rex/CensoCE/port/Censo%20de%20Capitais%20Estrangeiros%20-%20resultados%202011-2012.pdf> e http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE_2012p.pdf. Acesso em 18.5.2014.

⁷⁰ A esse respeito, confira-se as seguintes obras TÔRRES, Helene Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011; COMPARATO, Fabio Konder. “Segurança e democracia”. In: BOLIVAR, Lamoumier; WEFFORT, Francisco C.; e BENEVIDES, Maria Victoria. *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981; REBELLO FILHO, Francisco Pinto. “O princípio da anterioridade na lei tributária”. São Paulo: RT, 2002; SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança jurídica*

5. Conclusão

Diante de todo o exposto, nossa conclusão é a de que as cláusulas de limitação de benefícios podem corresponder a instrumentos efetivos de combate ao *treaty shopping* abusivo, desde que pautadas em critérios objetivos, ou que, por outro lado, possuindo natureza subjetiva, possam assegurar o contraditório e a ampla defesa e sejam determinados procedimentos para contestação de decisões que impuserem restrições nos casos concretos (sobretudo nos casos em que a aplicação da restrição decorrer de critérios subjetivos, como a *good faith clause*).

No plano internacional, por outro lado, a despeito de ainda não haver posicionamento definitivo da OCDE no contexto do Beps, não se pode deixar de apontar que esse assunto não apenas reavivou a discussão trazida no presente trabalho, como ainda, até o momento, confirmou nosso entendimento sobre o assunto.

6. Referências Bibliográficas

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ANAN JR., Pedro. *Planejamento fiscal: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- AVI-YONAH, Reuven; e PANAYI, Christina Hji. “Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union”. In: LANG, Michael *et. al.* (coords.). *Tax treaties: building bridges between law and economics*. Amsterdã: IBFD, 2010.
- ; e TITTLE, Martin B. “The new United States model income tax convention”. *IBFD Bulletin for International Taxation* vol. 61, 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=995782>. Acesso em 3.3.2015.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BECKER, Helmut. *Treaty shopping: an emerging tax issue and its present status in various countries*. Deventer: Kluwer, 1988.
- BROE, Luc De. “International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC Law in relation to conduit and base companies”. *IBFD Doctoral Series* vol. 14. Amsterdã: IBFD, 2008.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. “Cláusulas de limitações de benefícios (*LOB clauses*): exame comparativo entre modelo norte-americano de tratados, convenção modelo da OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil”. *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 61, ano 11. Belo Horizonte, janeiro/fevereiro de 2013.
- COMPARATO, Fabio Konder. “Segurança e democracia”. In: BOLIVAR, Lamouner; WEFFORT, Francisco C.; e BENEVIDES, Maria Victoria. *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ca e tributação: da certeza do direito à proteção da confiança legítima do contribuinte. São Paulo: Quartier Latin, 2011; ROTHMANN, Gerd Willi. “O princípio da legalidade tributária”. In: DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio; e ROTHMANN, Gerd Willi. *Temas fundamentais do Direito Tributário atual*. Belém: Cejup, 1983.

- DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Bushatky, 1977.
- FREITAS, Rodrigo de. “Planejamento tributário por meio de acordos de bitributação (*treaty shopping*): ‘Caso Prévost’ e conceito de ‘beneficiário efetivo’”. *Revista de Direito Tributário* nº 109/110. São Paulo, 2010.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- GUERRA, José Calejo. “Limitation on benefits clauses and EU Law”. *European taxation*. IBFD, fevereiro/março de 2011.
- GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- KORNIKOVA, Anna A. “Solving the problem of tax-treaty shopping through the use of limitation on benefits provisions”. *Richmond Journal of Global Law and Business*, 2008. Disponível em http://rjglb.richmond.edu/wp-content/uploads/2013/03/rjl_8-2_kornikova.pdf. Acesso em 3.3.2015.
- LANG, Michael. “The Marks & Spencer Case: the open issues following the ECJ’s final word”. *European Taxation*. IBFD, 2006. Disponível em <http://www.wu.ac.at/taxlaw/institute/staff/publications/langibfdeuropeantaxationfebruary2006s54ff.pdf>. Acesso em 28.2.2015.
- LANGER, Marshall J. “Limitations on treaty benefits”. Disponível em <http://www.offshoreinvestment.com/media/uploads/Limitations%20on%20Treaty%20Benefits.pdf>. Acesso em 2.3.2015.
- MACHADO, Hugo de Brito. *O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MALHERBE, Jacques. “Controlled foreign corporations in the EU after Cadbury Schweppes”. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MERKS, Paulus. “Tax evasion, tax avoidance and tax planning”. *Intertax* nº 34, 2006.
- OLIVEIRA, Matheus Bueno de. “Caso Cadbury Schweppes: oposição das regras CFC e da liberdade de estabelecimento na comunidade européia”. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP, 2010.
- REBELLO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade na lei tributária*. São Paulo: RT, 2002.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. –. *Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001.
- ROSENBLOOM, H. David. “Tax treaty abuse: problems and issues”. *Law and Policy in International Business* nº 15, 1983. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geojint115 &div=31&id=&page=>. Acesso em 19.3.2015.

- ROTHMANN, Gerd Willi. “O princípio da legalidade tributária”. In: DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio; e ROTHMANN, Gerd Willi. *Temas fundamentais do Direito Tributário atual*. Belém: Cejup, 1983.
- SCHOELLER, Mark B. “The termination of the United States - Netherlands Antilles income tax convention: a failure of the U.S. tax policy”. *Journal of international business law* vol. 10, 1988. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume10/issue3/Schoeller10U.Pa.J.Int'lBus.L.493\(1988\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume10/issue3/Schoeller10U.Pa.J.Int'lBus.L.493(1988).pdf). Acesso em 2.3.2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através dos acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995.
- ; e FREITAS, Rodrigo de. *Planejamento tributário e o “propósito negocial”: mapeamento de decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- . *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- . “Tributação internacional”. *Revista de Direito Tributário* nº 111, 2010.
- SHEA, Tom O’. “Double tax conventions and the European Union”. *The EC Tax Journal* vol. 10, nº 3, 2010. Disponível em <http://www.ccls.qmul.ac.uk/docs/staff/oshea/52131.pdf>. Acesso em 4.5.2014.
- SIMONE, Diego Caldas Rivas de. *Segurança jurídica e tributação: da certeza do direito à proteção da confiança legítima do contribuinte*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011.
- UCKMAR, Victor *et. al.* *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.
- VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions*. 3ª ed. Londres: Kluwer Law International Ltd., 1999.
- WEEGHEL, Stef Van. *The improper use of tax treaties: with particular reference to the Netherlands and the United States*. Londres: Kluwer Law International, 1998.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.
- . *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos: planejamento tributário - limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex, 2005.