

Beneficiário Efetivo

João Francisco Bianco

Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário e da International Association of Tax Judges.

Raquel Newton

Doutoranda em Direito Tributário pela PUC/SP.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama do conceito de “beneficiário efetivo” no Direito Tributário Internacional, bem como da definição adotada pela legislação de alguns países, tais como a Inglaterra e a França. A partir dessa análise inicial, é construída a definição do termo do ponto de vista do Direito brasileiro, a fim de delimitar o escopo do termo no âmbito da legislação de subcapitalização, recentemente editada, inclusive comparativamente ao conceito adotado internacionalmente.

Abstract

The present article intends to present a general overview of the concept of “beneficial owner” from an International Tax Law perspective, as well as of the definition adopted by some jurisdictions, such as England and France. After this initial analysis, a Brazilian domestic definition of the term will be construed, aiming at establishing the respective scope in connection with Brazilian the recently issue thin capitalization rules, also in comparison with the international concept herein referred to.

I - Contexto Histórico

Com a edição da Lei 12.249/2010¹, foi empregada pela primeira vez pela legislação tributária doméstica a expressão “beneficiário efetivo”. Até então, o termo estava restrito ao âmbito do Direito Tributário Internacional, na medida em que constava de alguns dos Tratados para evitar a Dupla Tributação firmados pelo Brasil².

Diante desse novo cenário, é relevante examinar o conceito de “beneficiário efetivo” naquela esfera e, posteriormente, analisar o disposto na Lei 12.249/2010 e na legislação civil pátria, na tentativa de construir uma definição doméstica do termo.

É o que passamos a fazer.

II - “Beneficial Owner” no Âmbito do Direito Tributário Internacional

No âmbito do Direito Tributário Internacional, a expressão “beneficial owner” ganhou relevância após sua introdução na Convenção Modelo da Organização para

¹ A Lei 12.249/2010 é fruto da conversão em lei da Medida Provisória 472/2009 e trata, dentre outros temas, das regras de subcapitalização “thin capitalization rules”.

² Coreia, China, Equador, Filipinas, Hungria, Índia, Itália, Noruega, Países Baixos, República Tcheca e Eslováquia.

Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1977³. É interessante notar que nem o texto da Convenção Modelo de 1977, nem os Comentários da OCDE daquele ano, continham uma definição de seu conteúdo. Os Comentários ao artigo 10, parágrafo 2º, da Convenção Modelo⁴, por exemplo, faziam referência tão somente a “intermediários, tais como agentes e mandatários”.

³ “Article 10 - Dividends

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

2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the recipient is the beneficial owner of the dividends the tax so charged shall not exceed: a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends; b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases. (...)

4. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of the dividends, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State of which the company paying the dividends is a resident, through a permanent establishment situated therein, or performs in that other State independent personal services from a fixed base situated therein, and the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with such permanent establishment or fixed base. In such case the provisions of Article 7 or Article 14, as the case may be, shall apply.”

“Article 11 - Interest

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

2. However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the recipient is the beneficial owner of the interest the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation. (...)

4. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of the interest, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the interest arises, through a permanent establishment situated therein, or performs in that other State independent personal services from a fixed base situated therein, and the debt-claim in respect of which the interest is paid is effectively connected with such permanent establishment or fixed base. In such case the provisions of Article 7 or Article 14, as the case may be, shall apply. (...)

6. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the interest, having regard to the debt-claim for which it is paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention.”

“Article 12 - Royalties

1. Royalties arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State if such resident is the beneficial owner of the royalties.

(...)

3. The provisions of paragraph 1 shall not apply if the beneficial owner of the royalties, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the royalties arise, through a permanent establishment situated therein, or performs in that other State independent personal services from a fixed base situated therein, and the right or property in respect of which the royalties are paid is effectively connected with such permanent establishment or fixed base. In such case the provisions of Article 7 or Article 14, as the case may be, shall apply.

4. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the royalties, having regard to the use, right or information for which they are paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention.”

⁴ “12. Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State. States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.”

Contudo, a análise dos Comentários aos artigos 1º e 11, parágrafo 2º, da Convenção Modelo pode auxiliar na obtenção de elementos relevantes para a delimitação do significado da expressão sob estudo.

Senão, vejamos:

“Improper use of the Convention

7. The purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons; *they should not, however, help tax avoidance or evasion.* True, taxpayers have the possibility, double taxation conventions being left aside, to exploit the differences in tax levels as between States and the tax advantages provided by various countries' taxation laws, but it is for the States concerned to adopt provisions in their domestic laws to counter possible manoeuvres. Such States will then wish, in their bilateral double taxation conventions, to preserve the application of provisions of this kind contained in their domestic laws.

8. Moreover, the extension of the network of double taxation conventions still reinforces the impact of such manoeuvres as they make it possible, *through the creation of usually artificial legal constructions, to benefit both from the tax advantages available under certain domestic laws and the reliefs from tax provided for in double taxation conventions.*

9. *This would be the case, for example, if a person (whether or not a resident of a Contracting State), acted through a legal entity created in a State essentially to obtain treaty benefits which would not be available directly to such person.* Another case would be one of an individual having in a Contracting State both his permanent home and all his economic interests, including a substantial participation in a company of that State, and who, essentially in order to sell the participation and escape taxation in that State on the capital gains from the alienation (by virtue of paragraph 4 of Article 13), transferred his permanent home to the other Contracting State, where such gains were subject to little or no tax.

10. *Some of these situations are dealt with in the Convention, e.g. by the introduction of the concept of 'beneficial owner' (in Articles 10, 11 and 12) and of special provisions, for the so-called artiste-companies (paragraph 2 of Article 17). Such problems are also mentioned in the Commentaries on Article 10 (paragraphs 17 and 22), Article 11 (paragraph 12), Article 12 (paragraph 7). It may be appropriate for Contracting States to agree in bilateral negotiations that any relief from tax should not apply in certain cases, or to agree that the application of the provisions of domestic laws against tax avoidance should not be affected by the Convention.”*

“Attention is drawn generally to the following case: *the beneficial owner of interest arising in a Contracting State is a company resident in the other Contracting State; all or part of its capital is held by shareholders resident outside that other State; its practice is not to distribute its profits in the form of dividends; and it enjoys preferential taxation treatment (private investment company, base company). The question may arise whether, in the case of such a company, it is justifiable to allow*

in the State of source of the interest the limitation of tax which is provided in paragraph 2. It may be appropriate, when bilateral negotiations are being conducted, to agree upon special exceptions to the taxing rule laid down in this Article, in order to define the treatment applicable to such companies."

Do acima exposto, verifica-se que o emprego da expressão "beneficial owner" teve por objetivo evitar a elisão fiscal, mediante a construção de estruturas artificiais que permitam a fruição de isenções ou reduções fiscais que não estariam, de outra forma, disponíveis para o contribuinte.

Portanto, a perspectiva a ser avaliada, do ponto de vista dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, é a substância econômica da estrutura existente. Assim, em princípio, não haveria óbice à limitação da alíquota máxima de imposto de renda de fonte ao teto de 10%, na hipótese de o credor de tais juros ser uma "holding" sediada em um Estado contratante, desde que referida "holding" tenha por política não distribuir dividendos aos respectivos controladores residentes fora dos Estados contratantes.

Isso porque o fato de a "holding" intermediária não distribuir dividendos seria indicativo de que a sociedade não teria sido artificialmente interposta por seus controladores, o que autorizaria a conclusão de que os controladores residentes em outra jurisdição não seriam os beneficiários efetivos dos juros por ela recebidos.

Por fim, nota-se que, originalmente, recorria-se às figuras dos agentes e mandatários para exemplificar os intermediários que não poderiam ser confundidos com o "beneficial owner". Nesses termos, é de se concluir que o "beneficial owner" seria alguém que, diferentemente de agentes e mandatários, agiria em nome próprio e por sua própria conta, com efetivo poder decisório.

A versão de 2010 dos Comentários à Convenção Modelo não trouxe, igualmente, definição da expressão "beneficial owner", embora teça algumas considerações importantes sobre o significado que deve ser a ela atribuído, conforme se infere dos comentários ao artigo 10⁵:

"12. The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words 'paid... to a resident' as they are used in paragraph 1 of the Article. It makes plain that *the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source had concluded a convention. The term 'beneficial owner' is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.*

12.1 Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. *The*

⁵ Conteúdo semelhante é encontrado na versão de 2010 dos Comentários aos artigos 11 e 12 da Convenção Modelo.

immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled 'Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies' [5] concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.

12.2 Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.”

O trecho acima transcrito confirma a conclusão extraída da versão de 1977 dos Comentários à Convenção Modelo, no sentido de que a introdução da expressão “beneficial owner” está intimamente ligada à intenção da OCDE de evitar a utilização dos tratados de bitributação como ferramenta para a elisão fiscal⁶. Assim, parece claro que a expressão “beneficial owner” deve ser considerada sob a perspectiva da utilização de estruturas artificiais, fato esse que é confirmado na medida em que os Comentários da OCDE expressamente sustentam que não ocorrerá a dupla tributação se o agente intermediário não for o beneficiário real da renda. Destaca-se, ainda, a importância de perquirir o efetivo beneficiário da renda.

Assim, o “beneficial owner” não será necessariamente o titular formal do ativo, mas aquele que poderá usufruir economicamente de pagamento a ele relacionado (e.g., dividendos em relação à participação societária, juros em decorrência de direito de crédito, “royalties” no tocante à licença de uso etc).

Por fim, os Comentários expressamente consignam que as chamadas “conduit companies”, em geral, não serão consideradas “beneficial owner”, por terem direitos muito restritos em relação aos ativos por elas detidos. Portanto, é de se concluir que “agentes” e “mandatários” são apenas exemplos de entidades que não são consideradas “beneficial owner”, sendo possível incluir nessa categoria outros sujeitos, tal como o comprador de um ativo cuja propriedade não lhe foi formalmente transferida.

⁶ Nesse sentido, confira-se VOGEL, Klaus. *Double taxation conventions*. 3. ed. Kluwer Law International, 1997. p. 561, p. 1.999; e BAKER, Phillip. *Double taxation conventions and international tax law*. 2. ed. Sweet & Maxwell, 1994. p. 229.

Tais conclusões são bastante relevantes, na medida em que as definições de “beneficial owner” trazidas por algumas jurisdições prescindem de parte relevante desses elementos.

Antes de adentrar no exame dessas questões, vale referir que o artigo 3 (2) da Convenção Modelo⁷ prevê que os termos não definidos em seu texto terão o significado a eles atribuídos pela legislação doméstica dos Estados contratantes.

É relevante a controvérsia acerca da validade desse recurso no tocante à definição do termo “beneficial owner”, uma vez que alguns doutrinadores, como Klaus Vogel, sustentam que a maior parte dos países não possui uma definição desse termo⁸, de modo que o artigo 3 (2) não teria aplicabilidade nessa situação em particular.

Entretanto, ao analisar detalhadamente o tratamento dado à figura do “beneficial owner” em diversos países do “common law” e também de “civil law”, Charl P. Du Toit conclui em sentido distinto⁹.

Sustenta esse autor que a figura do “beneficial owner” é bastante utilizada nos países de “common law”, sendo provável que sua introdução, no âmbito internacional, tenha se dado a partir da experiência inglesa¹⁰. Nesse contexto, o autor decide partir do conceito doméstico de “beneficial owner” adotado pelos países de “common law” para, em seguida, verificar a compatibilidade desse conceito com o contexto e os objetivos dos tratados de bitributação, fazendo os ajustes necessários.

Tendo em vista que o presente estudo tem por objetivo construir a definição doméstica de “beneficial owner”, julgamos importante examinar as conclusões do trabalho daquele autor.

III - “Beneficial Owner” nos Países de “Common Law”

Inicialmente, há que se esclarecer que, no âmbito doméstico dos países de “common law”, a questão do “beneficial owner” tende a abranger maior gama de situações jurídicas do que na esfera dos tratados de bitributação.

Com efeito, enquanto, na esfera internacional, a expressão é geralmente empregada referindo-se à interposição de intermediários em determinadas jurisdições para a obtenção de benefícios fiscais decorrentes da aplicação de tratados de bitri-

⁷ “As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.”

⁸ VOGEL, Klaus. Op. cit., p. 562. “The first and foremost reason why the term cannot be interpreted by reference to the domestic law of the State applying the treaty is that none of the national tax systems in question offer a precise definition of the terms ‘beneficial owner’.” Cid e Antón (2004, p. 572) manifestam concordância com essa perspectiva, referindo-se que o conceito “autônomo” de beneficiário efetivo, no âmbito do Direito internacional, equivaleria à pessoa que, tendo direito a obter determinado rendimento, pode dele dispor livremente (CID, José Manuel Almudí; e ANTÓN, Fernando Serrano. In: EZQUERRO, Teodoro Cordón (Dir.); e LOUSA, Manuel Gutiérrez (Coord.). *Manual de fiscalidad internacional*. 2. ed. Instituto de Estudios Fiscales. Escuela de La Hacienda, p. 572).

⁹ DU TOIT, Charl P. *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties*. IBDF Publications, 1999. p. 173.

¹⁰ *Ibid.*, p. 178.

butação, as legislações domésticas dos países de “common law” podem qualificar como “beneficial owner”, por exemplo, o promitente comprador de um imóvel cujo instrumento de compra não foi registrado devidamente.

Além disso, verifica-se igualmente a existência de distinções importantes entre os conceitos de “beneficial owner” consolidados na Inglaterra e nos Estados Unidos, por exemplo.

Charl P. du Toit¹¹ esclarece que, no âmbito da “common law” inglesa, originalmente não era possível segregar o direito de propriedade. Essa construção começa a ganhar contornos na esfera do conjunto de normas denominado *Equity*, que surge nos séculos XV e XVI, como instrumento para complementar e integrar a “common law”. Daí surge a distinção entre o proprietário legal e o “beneficial owner” ou “equitable owner”, dada a origem do termo.

No caso *Ayerst v. C&K (Construction) Ltd.*¹², essa distinção é feita na figura dos “trusts”, uma vez que nela é que se verifica a segregação entre a “beneficial ownership” e a propriedade legal, detida pelo “trustee” em benefício de terceiro, sem implicar direito aos frutos, nem dispor do ativo em seu próprio interesse.

Dois outros casos também são relevantes para delimitar o conceito de “beneficial owner” na Inglaterra.

Inicialmente, o caso *Wood Preservation*¹³ trata de um contrato de compra e venda de ações sob condição, sendo que o comprador poderia, a qualquer tempo, adimplir a condição e, dessa forma, adquirir a titularidade do ativo. Para determinar quem era o “beneficial owner” do ativo, a *Court of Appeal* avaliou a natureza dos direitos retidos pelo vendedor. Verificando que o vendedor não poderia deliberar o pagamento de dividendos e nem dispor do ativo de qualquer outra forma que não transferindo sua titularidade para o comprador, concluiu que o comprador era o “beneficial owner”.

No caso *Sainsbury*¹⁴, os fatos envolviam uma “joint venture” constituída pela própria Sainsbury e por uma companhia belga (GB). A Sainsbury detinha 75% de participação societária, sendo que, em relação a 5%, a GB e a Sainsbury detinham opções de compra e venda cruzadas, que poderiam ser exercidas no prazo de cinco anos. Embora a Sainsbury não tivesse direito a perceber os dividendos dessa parcela de 5% das ações - a qual só havia sido transferida a ela para atingir o percentual de participação de 75% e obter determinados benefícios - e não pudesse dela dispor livremente, a Corte entendeu que a Sainsbury era o “beneficial owner” das ações, uma vez que estavam registradas no seu patrimônio e a sua futura alienação, ainda que nos termos das opções firmadas com a GB, reverteria em proveito próprio.

Em conclusão, pode-se sustentar que, na Inglaterra, a distinção entre o direito de propriedade e o direito do “beneficial owner” é que o primeiro consiste em um direito real, oponível a todos. Já o direito do “beneficial owner” não pode ser considerado real, embora não seja tão somente um direito pessoal, oponível ape-

¹¹ DU TOIT, Charl P. Op. cit., p. 112.

¹² STC 345, House of Lords, 1975.

¹³ TC 112, Court of Appeals, 1968.

¹⁴ STC 318, Court of Appeals, 1991.

nas entre as partes contratantes. Entende-se que, em regra, tal direito seria oponível a todos, exceto a um comprador de boa-fé, que não tenha conhecimento da existência da "beneficial ownership".

Nos Estados Unidos, também existe a figura do "beneficial owner". Contudo, naquele país ganham força alguns aspectos que não são considerados relevantes para a sua caracterização na Inglaterra.

Em primeiro lugar, nota-se uma forte influência do princípio da prevalência da "substância sobre a forma" na caracterização da "beneficial ownership". Ademais, o controle - poder de aplicar e usar o bem livremente - e a fruição dos benefícios econômicos, inclusive risco de depreciação ou apreciação do ativo, são elementos fundamentais para a definição do "beneficial owner"¹⁵.

É o que se extrai, por exemplo, da decisão proferida no caso *Anthony Yelencsics and Norma Yelencsics et al. v. Commissioner*¹⁶, em que restou consignado que a "beneficial ownership is marked by command over property or enjoyment of its economic benefits".

O caso envolvia a venda de ações de um distribuidor da General Motors, que não teria sido devidamente registrada pois não havia interesse das partes em informar a ocorrência da transferência das ações à empresa montadora. A Corte americana ponderou que, como os adquirentes possuíam controle total do negócio, direito à totalidade dos lucros por ele gerados e assumiram totalmente o risco do empreendimento, foram eles considerados "beneficial owners" das ações.

Essa conclusão parece ter sido extraída do anteriormente decidido no caso *Anderson v. Commissioner*¹⁷. O caso envolveu a transferência de participação societária dos acionistas para seus filhos. Contudo, os acionistas continuaram a gerir a companhia mesmo após a transferência da participação societária. Os dividendos pagos no período que as ações estavam sob titularidade dos filhos e esposas foram objeto de empréstimo aos antigos acionistas, tendo sido empregados em seu benefício próprio. Alguns anos após a alienação das ações, os antigos acionistas readquiriram as ações, tendo realizado o pagamento do preço mediante a emissão de nota promissória. O valor nominal das notas promissórias incluía não só o preço das ações, mas também o valor dos dividendos emprestados e juros devidos pelos acionistas a seus filhos. As notas promissórias eram periodicamente renovadas, a critério dos acionistas, tendo em vista que seus filhos eram bastante jovens. O questionamento das autoridades fiscais decorreu do fato que, mesmo diante do cenário acima, os dividendos distribuídos anteriormente à recompra foram reportados como rendimentos dos filhos e não dos acionistas.

A *Court of Appeals* decidiu que os antigos acionistas eram os beneficiários efetivos dos dividendos, destacando que a Suprema Corte já havia decidido em diversas oportunidades que (i) as questões tributárias guardam maior proximidade com as realidades econômicas subjacentes e com a substância do que com a forma legal da transação; (ii) o controle sobre a propriedade e a fruição de seus benefícios eco-

¹⁵ DU TOIT, Charl P. Op. cit., p. 119.

¹⁶ 74 T. C. 1513, 1980.

¹⁷ 164 F. 2ed 870, 1947.

nômicos determina o “beneficial owner” para fins de tributos federais; (iii) a transferência de titularidade, ainda que por formas válidas, não elide a imposição de tributos federais, exceto se for acompanhada da entrega integral dos benefícios econômicos da propriedade, diretos e indiretos.

Em suma, diante das definições de “beneficial owner” acolhidas nos países de “common law”, pode-se concluir que não são beneficiários efetivos: (i) pessoas que detêm a propriedade por conta de terceiro (*e.g.*, agentes, administradores, “trustees”); (ii) pessoas que têm o poder de se tornar beneficiários efetivos, mas ainda não o exerceram (*e.g.*, detentores de opção de compra, detentores de hipoteca, “holding companies”); e (iii) pessoas que detêm determinados direitos sobre o ativo, mas menos relevantes que aqueles detidos por terceiros (*e.g.*, locatários, licenciados)¹⁸.

Com base em todo o acima exposto, entendemos que o conceito construído no âmbito dos Estados Unidos guarda maior proximidade com o contexto e o objetivo pretendido pelo emprego dessa expressão nos tratados de bitributação. Isso porque, embora a Inglaterra admita a segregação do direito de propriedade, o reconhecimento da sua existência exige contornos mais formais naquele país do que nos Estados Unidos, onde prevalece a perspectiva da prevalência da “substância sobre a forma”, levando em consideração os aspectos econômicos da estrutura jurídica adotada.

Assim, a definição norte-americana estaria mais alinhada com os objetivos dos tratados de bitributação de evitar o emprego de artificialidades e de coibir a utilização de intermediários em determinadas jurisdições apenas para obter vantagens a partir de tratados de bitributação que, de outro modo, não seriam aplicáveis às partes contratantes.

Klaus Vogel entende que o sentido do termo na esfera dos tratados internacionais teria esse escopo, ao afirmar que “treaty benefits should not be granted with a view to a formal title to dividends, interest, or royalties, but to the ‘real’ title. In other words, the old dispute of ‘form over substance’ should be decided in favor of ‘substance’.”¹⁹

Em sentido semelhante àquele que prevalece na Inglaterra, isto é, reconhecendo a figura do beneficiário efetivo, mas sem prescindir inteiramente dos elementos formais em prol de sua caracterização, a Corte Fiscal Canadense decidiu recentemente o caso *Prevost Car*. Analisou-se, naquela oportunidade, o conceito de “beneficial owner” para fins de aplicação do tratado de bitributação firmado entre Canadá e Holanda.

Os fatos envolviam uma “holding” domiciliada na Holanda, detentora da totalidade da participação societária na *Prevost Car*²⁰, domiciliada no Canadá. Por sua vez, 51% do capital social da entidade holandesa era detido por uma pessoa jurídica domiciliada na Suécia e 49% por uma pessoa jurídica domiciliada no Reino Unido.

A participação societária na *Prevost Car* consistia no único ativo substancial da “holding” holandesa. Não obstante, mesmo nesse contexto, a Corte canadense

¹⁸ DU TOIT, Charl P. Op. cit., p. 140.

¹⁹ VOGEL, Klaus. Op. cit., p. 562.

²⁰ Tax Court of Canada, 2008.

entendeu que referida sociedade poderia ser considerada a beneficiária efetiva dos dividendos distribuídos pela Prevost Car, tendo em vista que ela poderia usar e dispor dos dividendos em seu próprio benefício. Vejamos:

“beneficial owner’ of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received... In short the dividend is for the owner’s own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend income.

(...)

one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else’s behalf pursuant to that person’s instructions without any right to do other than what that person instructs it (such as, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients).”

Portanto, verifica-se que a decisão em questão não traduz a prevalência inequívoca da substância sobre a forma, tendo em vista que o fato de a “holding” holandesa não possuir outros ativos significativos não foi determinante para o desfecho do caso.

De outro turno, privilegiou-se o aspecto jurídico: na medida em que a “holding” detinha a titularidade jurídica da participação na sociedade canadense, bem como o poder de deliberar sobre o uso e eventual distribuição dos dividendos, foi considerada a beneficiária efetiva dos dividendos para fins de aplicação do tratado Canadá-Holanda.

IV - Países de “Civil Law”

De uma maneira geral, os países que adotam legislações codificadas não se referem ao instituto da “beneficial ownership”. Não obstante, é importante destacar um caso decidido pela Suprema Corte holandesa envolvendo a questão do “beneficial owner”, cuja conclusão se aproxima do conceito dos países de “common law”²¹.

A discussão envolvia uma companhia que era formalmente detida por um sócio, mas cujos direitos econômicos, na prática, eram detidos por outra sociedade. Nesse cenário, decidiu-se que as restrições decorrentes do regime de “participation exemption”, notadamente relacionadas à impossibilidade de deduzir as perdas auferidas na alienação das ações, deveriam ser aplicadas à sociedade titular dos direitos econômicos.

Outra decisão importante sobre o tema foi proferida no caso *Royal Dutch Oil*²². Uma Companhia residente do Reino Unido adquiriu direito aos dividendos a serem pagos por uma empresa holandesa, sem adquirir as ações subjacentes, pagando o equivalente a 80% do valor nominal dos dividendos. Por ocasião do pagamento dos dividendos, foi feita a retenção de Imposto de Renda à alíquota de 25%. A

²¹ Hoge Raad, 1985, Número 23.033, BNB 1986/118.

²² Hoge Raad, 1994, Número 28.638, BNB 1994/217.

Companhia pediu reembolso de 10% com base no tratado de bitributação firmado entre Holanda e Reino Unido. O pedido foi negado em primeira instância sob o argumento de que a propriedade das ações seria requisito indispensável para caracterizar o beneficiário efetivo dos dividendos. Em segunda instância, a decisão foi revertida, tendo a *Hoge Raad* concluído que o adquirente agiu por conta e ordem próprias e tinha controle total sobre os cupons que asseguravam o direito aos dividendos. Portanto, deveria ser considerado o “beneficial owner, especialmente porque o tratado Holanda-Reino Unido não continha previsão no sentido de que a propriedade formal deveria ser detida para caracterização da “beneficial ownership”.

Na França, foram proferidas duas decisões pelo *Conseil d'Etat*, a mais alta Corte do país em matéria tributária, envolvendo a noção de “bénéficiaire effectif”.

O caso *Diebold Courtage* envolveu o pagamento de “royalties” por uma fonte domiciliada na França a uma “partnership” domiciliada na Holanda. Parcela relevante dos “royalties” era depois paga a uma companhia Suíça pela “partnership” holandesa. O tratado Holanda-França não contém cláusula tratando de beneficiário efetivo em relação a “royalties”. De qualquer modo, a Corte decidiu que não havia elementos suficientes para decidir se a empresa na Suíça era a beneficiária efetiva dos “royalties”, razão pela qual afastou o questionamento trazido pelas autoridades fiscais²³.

Por outro lado, a decisão proferida no caso *Bank of Scotland* tratou do pagamento de dividendos por uma subsidiária domiciliada na França de uma sociedade norte-americana ao Bank of Scotland, em razão da aquisição do usufruto das ações da subsidiária francesa. Discutiu-se se tais dividendos estariam abrangidos pelos benefícios do tratado de bitributação firmado entre a França e o Reino Unido. O *Conseil d'Etat* descaracterizou o usufruto de ações com base na alegação de que teria ocorrido abuso de direito, tratando-o como um verdadeiro empréstimo. Considerou, ainda, que a controladora norte-americana era a beneficiária efetiva dos dividendos, os quais seriam usados para pagar o empréstimo²⁴.

Como se vê, pode-se concluir que, em geral, embora os países de “civil law” não tratem especificamente do conceito de “beneficial ownership”, acolhem a possibilidade de segregação entre os direitos de propriedade e os direitos econômicos.

Tal fato, entretanto, não deve levar à conclusão precipitada de que a possibilidade de segregação dos direitos econômicos dos demais direitos relacionados à propriedade supriria a ausência do instituto do “beneficial owner” nos países de legislação codificada.

Isso porque o direito do “beneficial owner”, como visto acima, é oponível a todos, exceto a um adquirente de boa-fé²⁵. Já nos países de legislação codificada, como veremos inclusive ao tratar da legislação brasileira, a titularidade dos direi-

²³ 191191, Conseil d'Etat, Section du contentieux, 8^{ème} e 9^{ème} sous-sections réunies, 13.10.1999.

²⁴ 283314 Conseil d'Etat, Section du contentieux, 3^{ème} e 8^{ème} sous-sections réunies, 29.12.2006.

²⁵ Nesse sentido, vide definição constante do *IBDF international tax glossary* (2006, p. 40), *verbis*: “(...) the related rights are typically contractual in nature while a beneficial owner may in general also enforce his rights against third parties” (ROGERS-GLABUSH, Julie. *IBDF international tax glossary*, IBDF, 2006, p. 40).

tos econômicos decorre de contrato particular entre as partes, sendo oponível apenas entre os contratantes.

A questão é bem resumida por José Manuel Almudí Cid e Fernando Serrano Antón no *Manual de Fiscalidade Internacional*²⁶, que trata da questão sob o prisma da legislação espanhola, *in verbis*:

“La cuestión estriba naturalmente en delimitar a quién se atribuye legalmente la propiedad y quién disfruta finalmente de la renta recibida. Es decir, se trata de determinar si el propietario legal de la renta es también el beneficiario efectivo.”

Em outras palavras, nos países de legislação codificada, haverá sempre um único proprietário, o titular legal. Mas há a possibilidade de transferência do direito de uso dos frutos a terceiros, no âmbito da liberdade de contratar. A distinção, embora possa parecer irrelevante, traz como consequência tratamento peculiar da matéria, como será discutido nos tópicos seguintes.

V - Do Tratamento do Direito de Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, assim como nos demais países de legislação codificada, o direito de propriedade é tratado, em princípio, como um direito singular²⁷. Entretanto, admite-se em certas circunstâncias a segregação de parcelas desse direito. É o que se verifica com a figura do usufruto, por exemplo²⁸. Igualmente, o direito de uso pode ser detido pelo possuidor direto, que pode ser distinto do proprietário (possuidor indireto)²⁹. Situações semelhantes ocorrem, ainda, no tocante aos direitos reais de uso e habitação³⁰, que, no Direito brasileiro, são vistos como limitações ao direito real de propriedade.

²⁶ CID, José Manuel Almudí; e ANTÓN, Fernando Serrano. Op. cit., p. 572.

²⁷ Código Civil de 2002: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

²⁸ Código Civil de 2002: “Art. 1.390. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.

Art. 1.395. Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas.

(...)

Art. 1.399. O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário.”

²⁹ Código Civil de 2002:

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.”

³⁰ “Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família.

§ 1º Avaliar-se-ão as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver.

O Código Civil de 2002, acolhendo prática corrente no mercado imobiliário, tratou dos direitos do promitente comprador em seus artigos 1.147 e 1.148, estabelecendo que o registro do compromisso de compra e venda em Cartório de Registro de Imóveis confere direito real de aquisição do imóvel ao promitente comprador³¹.

A despeito disso, verificamos que, tomando por base algumas disposições da legislação tributária que tratam de tributos incidentes sobre a propriedade (IPTU - Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana e ITCMD - Imposto de Transmissão "Causa Mortis"), o fato de os direitos econômicos serem transferidos ao usufrutuário não modifica o fato de que o proprietário continua sendo o contribuinte de tais tributos.

Em vista das disposições da legislação civil brasileira, concluímos que no Direito brasileiro admite-se a segregação entre o titular dos direitos econômicos sobre um bem e o respectivo proprietário em contrato privado firmado entre as partes, no âmbito da liberdade de contratar conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Mas isso não quer dizer que o titular de direitos econômicos sobre determinado bem possa ser considerado o beneficiário efetivo dos frutos por eles produzidos, nem, tampouco, pode-se afirmar que a "beneficial ownership" seja um instituto definido pelo Direito privado, que o Direito Tributário tomou emprestado para o estabelecimento dos respectivos efeitos tributários.

Pelo contrário, não há no Direito privado qualquer definição do conceito de "beneficiário efetivo". O que nos leva à conclusão de que a pesquisa do seu conteúdo e alcance deverá ser feita exclusivamente nos limites da própria legislação tributária.

VI - Do "Beneficial Owner" no Direito Tributário Brasileiro - Regras de "Thin Capitalization"

Conforme mencionado no tópico inicial do presente estudo, até pouquíssimo tempo o Direito Tributário brasileiro não tratava, assim como a legislação civil, da

§ 2º As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.

Art. 1.413. São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto

Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la.

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto."

³¹ "Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel."

figura do beneficiário efetivo. Tal expressão vinha sendo empregada apenas no âmbito do Direito Tributário internacional, uma vez que alguns tratados de bitributação firmados pelo Brasil fazem referência ao beneficiário efetivo dos juros, dividendos e “royalties”.

A jurisprudência brasileira sobre a matéria é bastante escassa.

Temos notícia de uma decisão do antigo 1º Conselho de Contribuintes envolvendo agentes financeiros domiciliados no Japão, em que se examinou, ainda que de forma superficial, o conteúdo da expressão “beneficiário efetivo”. Isso porque o tratado para prevenir a dupla tributação firmado entre Brasil e Japão limita a alíquota de Imposto de Renda de Fonte incidente sobre juros pagos a credor domiciliado no Japão a 12,5%, razão pela qual é bastante comum que a figura do chamado “paying agent” em captações internacionais, envolvendo o Brasil, esteja domiciliado no Japão.

Não obstante, o antigo Conselho de Contribuintes afastou a argumentação das autoridades fiscais no sentido de que o “paying agent” domiciliado no Japão não seria o beneficiário efetivo dos juros e, dessa forma, não poderia se beneficiar da alíquota reduzida, uma vez que o tratado Brasil-Japão não traz a cláusula do beneficiário efetivo em seu texto e, ademais, o “paying agent”, no caso concreto, exercia atividades específicas, não configurando mera interposta pessoa. É o que se infere da ementa do Acórdão 102-49.480, da 2ª Câmara do antigo 1º Conselho de Contribuintes, *in verbis*:

“Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

IRRF. Remessa de Juros Decorrentes de *Eurobonds* (*Floating Rate Notes*). Agente Pagador Residente no Japão. Tratado Brasil Japão. Aplicabilidade. O tratado para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e Japão é aplicável às remessas de juros efetuadas a agentes pagadores residentes no Japão, ainda que o beneficiário efetivo esteja localizado em outro país.

Não há, no referido tratado, cláusula que estabeleça a necessidade de o residente no Japão ser o beneficiário efetivo dos juros, como aquelas contidas em várias convenções celebradas pelo Brasil.

Hipótese em que a remessa foi realizada a título de juros a agente pagador residente no Japão, nos exatos termos dos contratos de câmbio e dos certificados de registro de capital estrangeiro acostados aos autos.

Na emissão de *eurobonds*, o agente pagador exerce funções bem definidas, não se podendo dizer que tenha sido incluído na operação apenas para ensejar a aplicação do Tratado Brasil-Japão.

Ainda que se pudesse entender hipoteticamente que teria havido abuso de formas jurídicas, o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente poderá ser aplicado após a promulgação da lei ordinária nele mencionada, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de dolo, fraude e simulação, inexistentes no caso dos autos.”

Recentemente, a edição da Lei 12.249/2010 trouxe novo interesse pelo tema. Com efeito, as normas de subcapitalização introduzidas pelo referido diploma legal fazem expressa referência à figura do beneficiário efetivo, como se infere da leitura de seu artigo 26, a seguir transcrito:

“Art. 26. Sem prejuízo das normas do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, não são dedutíveis, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a qualquer título, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a um tratamento de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, na forma dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, salvo se houver, cumulativamente:

I - a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias;

II - a comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação; e

III - a comprovação documental do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização de serviço.

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

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

§ 3º A comprovação do disposto no inciso II do *caput* deste artigo não se aplica no caso de operações:

I - que não tenham sido efetuadas com o único ou principal objetivo de economia tributária; e

II - cuja beneficiária das importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a título de juros seja subsidiária integral, filial ou sucursal da pessoa jurídica remetente domiciliada no Brasil e tenha seus lucros tributados na forma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.”

Por sua vez, o artigo 11 da Instrução Normativa RFB 1.154/2011, que trata da matéria no âmbito da Receita Federal do Brasil, reproduziu o texto da Lei no tocante à referência e definição de beneficiário efetivo, sem maiores esclarecimentos acerca de seu conteúdo e definições. Vejamos:

“Art. 11. Sem prejuízo das normas do IRPJ, não são dedutíveis, na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a qualquer título, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a um tratamento de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, na forma dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 1996, salvo se houver, cumulativamente:

I - a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias;

II - a comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação; e

III - a comprovação documental do pagamento do prego respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização de serviço.

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

§ 2º Considera-se atendida a condição prevista no inciso I do caput a identificação das entidades de investimento coletivo, inclusive fundos de investimento.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica ao pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

§ 4º A comprovação do disposto no inciso II do caput não se aplica no caso de operações:

I - que não tenham sido efetuadas com o único ou principal objetivo de economia tributária; e

II - cuja beneficiária das importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a título de juros seja subsidiária integral, filial ou sucursal da pessoa jurídica remetente domiciliada no Brasil e tenha seus lucros tributados na forma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.”

Com base nos textos acima transcritos, notadamente o parágrafo 1º dos dispositivos legais em questão, pode-se concluir pela existência de alguns parâmetros para a construção da definição da figura do “beneficiário efetivo” no Direito Tributário brasileiro.

Assim, dois são os requisitos expressos trazidos pelo texto legal:

- i) que a pessoa física ou jurídica não tenha sido constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária; e
- ii) que a pessoa física ou jurídica perceba a renda por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.

Já em análise preliminar, verifica-se que o primeiro critério possui caráter altamente subjetivo.

Com efeito, não há definição sobre o que venha a ser considerada “economia tributária”. Não há, igualmente, indicação dos mecanismos que deverão ser adotados para aferir a suposta economia e nem mesmo qualquer esclarecimento sobre se a sua ocorrência deve ser verificada em relação a tributos devidos no Brasil ou no contexto internacional, levando em consideração a operação global praticada e a tributação sobre ela incidente no Brasil e no exterior.

E a presença de conceitos indeterminados na caracterização do beneficiário efetivo, a nosso ver, amplia sobremaneira o campo interpretativo à disposição das autoridades fiscais federais e dos órgãos julgadores. E tal fato não é percebido sem receio no atual cenário, em que se verifica a crescente tendência de interpretação dos dispositivos da legislação tributária de modo a priorizar os efeitos econômicos dos negócios realizados e não a sua natureza jurídica.

O segundo critério parece possuir caráter mais objetivo, aproximando-se, inclusive, da redação constante da Convenção Modelo da OCDE, na medida em que

descaracteriza como beneficiárias efetivas aquelas pessoas interpostas entre a fonte pagadora e o real beneficiário do rendimento, que recebam a renda por conta deste último e não por conta própria.

Entretanto, embora aqui os elementos que devem ser verificados para identificação do beneficiário efetivo sejam tratados de forma mais direta e objetiva pelo legislador, isso não impede que ainda persistam dúvidas na caracterização do beneficiário efetivo em diversas situações práticas.

Tome-se como exemplo uma sociedade “holding”, titular de determinada participação societária, mas que regularmente distribui a totalidade de seus lucros (dividendos recebidos) para seus controladores. Pode ela ser considerada um “agente” na acepção do parágrafo 1º, acima referido? A “capacidade operacional”, referida no inciso II do artigo 26, acima transcrito, influi nessa avaliação? Em caso positivo, em que consiste a referida “capacidade operacional” e quais os critérios para sua aferição?

Voltemos à distinção entre os conceitos de “beneficial ownership” nos países de “common law” e naqueles de legislação codificada, tratada nos tópicos iniciais do presente estudo. Vimos que as primeiras jurisdições acolhem o critério econômico para definição do beneficiário efetivo, isto é, como parte da própria definição desse instituto, enquanto nos países de legislação codificada a segregação entre propriedade legal e econômica é tratada tão somente no âmbito da liberdade de contratar dos particulares. É uma construção admitida nos limites do Direito privado, vista como uma limitação ao direito de propriedade e não como um direito de propriedade autônomo.

O exame do texto legal brasileiro gera a forte impressão de que o objetivo perseguido pelo legislador foi semelhante àquele que motivou a introdução do conceito de “beneficiário efetivo” nos tratados de bitributação, qual seja, prevenir a chamada elisão fiscal mediante a adoção de estruturas artificiais com a interposição de pessoas entre a fonte pagadora e o real titular dos rendimentos.

É por isso que, à luz de todo esse cenário, parece-nos que o conceito de beneficiário efetivo adotado pela legislação brasileira deve ser construído partindo-se da experiência vivida pelos países de legislação codificada, de certa forma consolidada nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE.

Assim, pessoas interpostas, agindo por conta de terceiro, integradas em estruturas artificiais, sem qualquer substância, não seriam consideradas beneficiários efetivos, em linha com o expressamente previsto no parágrafo 1º do artigo 26 acima referido.

Por outro lado, a constatação da “economia tributária” para fins do parágrafo 1º deve ser entendida como dentro do contexto do artificialismo, em que não sejam atribuídos efeitos jurídicos a estruturas que espelhem situações irreais, fabricadas, com empresas fantasmas, meramente de papel, sem qualquer substância. É nesse contexto que se deve identificar a ocorrência da “economia tributária”.

Em outras palavras, o fato de a renda ser percebida pelo seu efetivo beneficiário, ou seja, uma pessoa física ou jurídica que atua por conta própria e não como pessoa interposta, deve ser suficiente para elidir a suposição de existência de economia tributária.

Entendimento diverso poderá ser adotado apenas e tão somente se os elementos que embasarem a constituição do fato jurídico demonstrarem que o negócio jurídico praticado estava eivado de vícios, tais como a fraude ou simulação.

VII - Conclusão

Diante de todo o exposto, partindo da análise do conceito de "beneficial owner" no âmbito dos tratados internacionais de bitributação, bem como da definição doméstica do termo acolhida em diversas jurisdições, verifica-se que os países de "common law" tendem a reconhecer a segregação entre propriedade econômica e propriedade legal, agregando tal distinção à conceituação do "beneficial owner".

Há que se notar que, na Inglaterra, tal distinção surgiu não no contexto da própria "common law", mas na construção da "equity", consistente em conjunto de normas destinado a integrar a "common law".

Diferentemente, países de legislação codificada, tal como a França e a Holanda, retratam postura mais formalista, admitindo tão somente a propriedade legal. A possibilidade de transferência dos direitos econômicos para terceiro, embora exista, é secundária e não guarda relação com a configuração do "beneficial owner". Nessa linha de raciocínio, a França, por exemplo, não faz referência a "beneficial owner" ("titular beneficiário", em tradução literal), mas a "bénéficiaire effectif" ("beneficiário efetivo"), o que corrobora o acima concluído no sentido de que o titular da renda será sempre o proprietário legal do ativo que a gerou.

Contudo, esse titular pode, por vezes, não ser o real beneficiário da renda em questão, situação em que serão aplicáveis as consequências e limitações associadas ao instituto ora tratado.

O Brasil adota o sistema da legislação codificada, de modo que existe um núcleo de normas postas, as quais poderão ser objeto de interpretação. Essa tarefa, entretanto, deve obedecer aos limites do sistema de Direito positivo, sendo vedado o recurso a elementos a ele externos, não introduzidos no ordenamento por meio do processo de positividade de normas.

Diante desse cenário - e considerando que o Direito Civil brasileiro aproxima-se do Direito Civil francês, por exemplo, no tocante à regulamentação do direito de propriedade, considerando-o como um direito uno e indivisível - entendemos que a conceituação de "beneficiário efetivo", para fins da Lei 12.249/2010, deve ser construída nos limites do ordenamento jurídico, sem que se recorra a percepções ou conteúdos de outras ciências, tal como a economia.

Em conclusão, é de se inferir que o conceito de beneficiário efetivo adotado pela legislação tributária brasileira deve ser construído a partir da identificação do titular real da renda, sob o aspecto jurídico e não econômico. Assim, pessoas interpostas, agindo por conta de terceiro, não podem ser consideradas beneficiárias efetivas dos pagamentos feitos por residentes no Brasil (parágrafo 1º do artigo 26 da Lei 12.249/2010).

Ademais, a "economia tributária", também referida no parágrafo 1º do artigo 26 da Lei 12.249/2010, deve ser constatada no contexto de operações artificiosas, simuladas, não se admitindo extrapolações ilimitadas, baseadas exclusivamente em ilações subjetivas do intérprete e aplicador da lei.