

# **PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL DAS EMPRESAS E O *TREATY SHOPPING***

## **TAX PLANNING INTERNATIONAL COMPANIES AND THE TREATY SHOPPING**

**RAFAEL BELLAVER**

Advogado e Consultor Tributário. Graduado em Direito pelo UNICURITIBA e pós-graduado em Finanças pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

**DEMETRIUS NICHELE MACEI**

Advogado. Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor de Direito Tributário no Centro Universitário Unicuritiba. Endereço eletrônico: demetrius@macei.com.br.

### **RESUMO**

O presente trabalho visa apresentar os institutos de Direito Tributário Internacional, bem como a importância do planejamento tributário internacional àquelas empresas que desejam se instalar fora dos limites aonde foram fundadas Pretende-se aqui destacar a função do planejamento tributário internacional como forma de desoneração, mais especificamente das operações denominadas de *treaty shopping*. São objetos de delineamento os paraísos fiscais, a evasão fiscal internacional e os tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil. Ainda conceituar-se-ão Princípios importantes ao estudo da presente matéria, tais como o Princípio da Fonte e da Residência e o Princípio da Universalidade e da Territorialidade.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito Tributário Internacional, Planejamento Tributário, *treaty shopping*, elisão fiscal, evasão fiscal, tratados internacionais e paraíso fiscal.

## ABSTRACT

This paper wants to demonstrate the institutions of the International Tax Law as well as the importance of an international tax planning to companies whose wish to settle overseas. The intention hereby is to highlight the role of the international tax planning as a way to relief tax burden, more specifically the treaty shopping operations. Will be subjects of conceptualization: tax havens, tax evasions and international tax treaties celebrated by the Federative Republic of Brazil. Still being subjects of conceptualization the relevant Principles to the study of the current discipline, like the Principle of the Source and Residence and the Principle of the World Wide Income and the Territoriality.

**KEYWORDS:** International Tax Law, International Tax Planning, treaty shopping, tax avoidance, tax evasion, international treaties, tax haven.

## 1. INTRODUÇÃO

O mundo de hoje depara-se, seja dentro do território nacional ou internacionalmente, com um complexo sistema tributário. Observa-se assim que muitas das empresas, se não todas que realizam operações internacionais, têm buscado desonerar a carga tributária imposta pelos Estados através de práticas de planejamento tributário, práticas estas que já são consideravelmente utilizadas e que vêm se tornando uma manobra cada vez mais usual no cenário econômico-fiscal brasileiro e mundial. O planejamento que será objeto do presente artigo, bem como a conceituação dos demais assuntos, torna-se importante e essencial no atual cenário fiscal vivenciado.

Atualmente, são muitas as empresas que vêm se internacionalizando, se tornando dessa maneira, empresas multinacionais com filiais que podem estar localizadas ao redor do globo, sendo assim parte de um complexo e vasto sistema de tributação internacional, o qual exige detalhado acompanhamento local e internacional por parte dos assessores legais das companhias.

Faz mister ainda citar que o planejamento fiscal que será introduzido neste breve estudo não é apenas objeto alvo das pessoas jurídicas, sendo que sua estrutura pode ser também aproveitada por pessoas físicas, uma vez que estas também são objeto de transações internacionais, qual sejam aplicações de montantes monetários, por

investidores, em diversos países ou ainda o recebimento de salários em seus países de origem, no caso de expatriados, entre tantas outras ocorrências.

Diante do cenário atual, acredita-se que os estados deveriam buscar editar medidas no tocante a incentivar ou não prejudicar o desenvolvimento das atividades econômicas internacionais, uma vez que novas empresas poderão estabelecer-se fora de suas fronteiras originárias – o que se tem mostrado como prática comum – colaborando assim para o desenvolvimento econômico de outras localidades. Destas medidas, as de cunho tributário tomam importante lugar no corrente contexto.

Assim, partindo-se do ponto comum de que, cada país, o nível de fiscalização é sempre considerável, a dupla tributação poderá em seu cerne produzir uma barreira ao desenvolvimento de atividades econômicas internacionais.

É neste momento em que o planejamento tributário internacional poderá ser evocado, uma vez que estará apto solucionar questões de alta complexidade referentes ao sistema internacional tributário, agregando valor às empresas, o que representará benefício econômico e fiscal, muitas vezes, considerável e de grandes proporções às companhias que possam vir a se beneficiar de técnicas de elisão fiscal internacional.

## **2. PRINCÍPIOS RELATIVOS À TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL**

A título introdutório ao que se abordará no presente artigo, faz-se pertinente conceituarmos, ainda que sinteticamente, alguns dos princípios mais importantes relacionados ao Direito Tributário Internacional, e que serão de grande valia para a compreensão do tema objeto deste trabalho.

### **2.1. PRINCÍPIOS DA FONTE E DA RESIDÊNCIA**

#### **2.1.1. Princípio da Territorialidade - Critério da Fonte**

Atentando-se ao critério objeto deste subtítulo, deve-se esclarecer que o critério da fonte é utilizado, sobretudo, na tributação de renda auferida por não residentes no

território do estado tributante, sendo a fonte, para fins didáticos, o local da onde se dá origem a renda<sup>1</sup>.

De acordo com Alberto Xavier, em face de um movimento internacional de capitais, deve-se distinguir o país onde se situa a empresa ou o receptor de um investimento e onde se obtém a renda produzida pelos capitais – o país da fonte – e o país onde reside o titular dos fundos fornecidos e que auferem a renda dos capitais investidos no exterior<sup>2</sup>

No critério da fonte, percebemos que o Estado tributa todas as rendas cuja fonte encontre-se em seu território, assim como todos os bens nele situados, sem considerar a residência, a fonte ou a situação de seus bens<sup>3</sup>.

Utilizando-se deste critério, o ente tributante visa recolher para si parte de todos os rendimentos auferidos em seu território, ou seja, em sua fonte, independente de a quem pertençam esses valores ganhos, ou seja, independentemente de aquela pessoa que está auferindo a renda ser ou não residente fiscal no país.

Exemplificando o acima, pode-se imaginar um estrangeiro o qual adquiriu bem imóvel do tipo casa ou apartamento, no território brasileiro, a título de investimento. Este estrangeiro aluga seu bem para um fim qualquer, e deste aluguel auferem rendimentos monetários que serão tributados no caso brasileiro, a uma alíquota de 15%. O que objetiva-se elucidar com esta ilustração é que, ainda que este estrangeiro não seja um residente fiscal no país, suas rendas auferidas no território daquele país estarão sujeitas a tributação, ainda que a uma alíquota fixa.

### **2.1.2. Princípio da Universalidade - Critério da Residência**

O critério da residência consiste em submeter à tributação as pessoas que residem no território de determinado Estado, pela totalidade de suas rendas e bens, independentemente a qual nacionalidade pertençam, da origem de suas rendas e da localização de seus bens<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.255.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 255.

<sup>3</sup> BORGES, 1992, p. 50.

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 50

Desse modo, do presente conceito, depreendemos que devem ser submetidas ao controle do fisco e a consequente tributação, todos os rendimentos auferidos por pessoa física ou jurídica estabelecida no território de determinado país. Entende-se aqui por estabelecida, pessoa aquela a qual adquiriu o *status* de residente fiscal naquele determinado território.

Assim sendo, temos que a pessoa física ou jurídica (matriz), residente fiscal de determinado território, deverá submeter à tributação todos os seus rendimentos auferidos, sejam eles objetos de ganho em território nacional ou estrangeiro. O simples fato de se adquirir a residência fiscal em determinado país já o submete à prática do princípio em comento, uma vez que o imposto sobre a renda e os demais impostos serão devidos neste território.

A fim de elucidar-se o acima explicitado, podemos exemplificar a situação acima ilustrando a situação de um cidadão estrangeiro, que se muda ao Brasil em uma missão de trabalho de 2 anos. Cumpridos os requisitos para aquisição da residência fiscal no país – os quais não serão objetos do presente trabalho – e adquirindo este *status*, o cidadão estrangeiro, agora residente fiscal no Brasil, deverá submeter todos os seus rendimentos, sejam eles juros provenientes de aplicações, financeiras, aluguéis, salários, etc, recebidos no Brasil e fora do Brasil, à tributação ao Estado brasileiro, sob pena de incorrer nas penalidades e encargos estipulados pela legislação local.

Em um caso concreto deve-se analisar todas as variáveis que compõe a tributação de determinado indivíduo em um território do qual este é ou não um nacional, atentando-se sempre as possibilidades de existirem acordos internacionais para fins de evitar a dupla tributação, bem como reciprocidades de tratamento.

### **3. TRATADOS INTERNACIONAIS**

Para iniciar a presente exposição, cabe-se aqui a citação de Hans Kelsen, no que diz respeito ao conceito da instituição jurídica do termo, sendo o tratado internacional:

o meio pelo qual os sujeitos da comunidade jurídica internacional regulam sua conduta recíproca, vale dizer, a conduta dos seus órgãos e súditos dos outros. É

o acordo de vontade através do qual são criadas normas que impõe deveres e conferem direitos ao estados contratantes.<sup>5</sup>

Assim, os tratados internacionais em matéria tributária alcançaram uma grande importância no conserto das nações, como instrumento de harmonização das legislações ou mesmo de repartição de competências tributárias.<sup>6</sup>

Sendo certo afirmar que no tocante ao Direito Tributário Internacional os tratados dispõem sobre acordos para evitar a dupla tributação, as medidas bilaterais cumprem importante papel na prevenção e eliminação da dupla ou múltipla tributação no plano internacional.

Betina Grupenmacher, no tocante aos conflitos de competência tributária, enuncia que estes são um sério óbice ao pleno cumprimento do princípio da capacidade contributiva, uma vez que impõe-se a tributação proporcional e progressivamente à riqueza de cada um.<sup>7</sup> Devemos observar que, se duplamente tributados, a capacidade contributiva estaria sendo mitigada, uma vez que esta tributação se encontraria, quase sempre, na esfera do confisco.

José Eduardo Soares de Melo nos ensina que os tratados celebrados em matéria tributária “colimam a eliminação de direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de produtos, bem como qualquer outra medida de efeito equivalente objetivando o livre trânsito de bens, serviços e fatores produtivos entre os países signatários”.<sup>8</sup>

Temos então, que para o Direito Tributário Internacional os tratados são matéria de suma importância, uma vez que regulam entre os contratantes formas de equilíbrio relacionadas com a situação dos Estados, visando o cumprimento dos valores e princípios presentes nesta seara do Direito.

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 359.

<sup>6</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária**. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v.5, p. 72-86, set. 2004.

<sup>7</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 90.

<sup>8</sup> MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p.208.

#### 4. INTERNALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para que um tratado ou convenção ou acordo internacional adentre o sistema jurídico de um determinado país como uma norma, necessita atender aos requisitos de validade típicos do direito constitucional de cada um dos signatários.

No Brasil, é o Presidente da República, enquanto chefe de Estado, atuando em nome da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, a entidade dotada de competência para firmar qualquer acordo internacional, sujeito ao controle por parte do legislativo nos casos em que especificados. Deve-se atentar para o artigo 49, I, da Constituição Federal (CF), que enuncia como de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Nesta ordem, o tratado celebrado pelo Presidente da República tem que receber, como critério inafastável para adentrar ao sistema<sup>9</sup>, o referendo de aprovação emitido por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, que deve se pronunciar sempre, em face de mensagem do Presidente, acompanhada do texto do tratado, acordo ou ato internacional já autenticado e assinado, e cujo objeto consistirá na autorização ao Presidente para a respectiva ratificação.

Havendo o reconhecimento por meio de referendo do Congresso Nacional, a convenção internacional poderá ser confirmada, ficando a mercê do Presidente da República a decisão sobre o melhor momento e a conveniência para sua efetivação.

Sobre o ato de ratificação, nos ensina Heleno Tôrres:

O ato de ratificação aperfeiçoa-se com a notificação dada ao outro país signatário ou ao depositário. Destarte, somente com o conhecimento pela outra parte, mediante a *troca de instrumentos de ratificação* (ou depósito das ratificações, quando multilateral), passará o tratado a produzir os seus efeitos entre as partes (*pacta non obligant nisi gentes inter quas inita*). Quanto à natureza jurídica, o ato de ratificação não é mais do que uma comunicação formal dirigida à parte depositária das ratificações, quando se trata de acordos multilaterais, ou ao outro Estado, no caso de acordo bilateral, vinculando o Estado, nos termos da

---

<sup>9</sup> TÔRRES, 2004, p. 75.

autorização legislativa (se houver alguma reserva). Por isso, o ato de ratificação é irretroatável, cabendo apenas denúncia do tratado, caso o Estado deseje posteriormente afastar-se do compromisso assumido.<sup>10</sup>

Após a ratificação do tratado internacional, o Presidente promulga um decreto, a fim de dar publicidade e exequoriedade ao respectivo tratado.

Analisando a doutrina, observamos que para alguns autores como Alberto Xavier<sup>11</sup> e Antônio de Moura Borges<sup>12</sup>, os tratados internacionais concluem-se com a expedição desse Decreto, pressuposto de eficácia da norma.

Para Heleno Tórres, parece inaceitável que um tratado, elaborado por autoridades competentes, segundo a designação constitucional e aquiescência internacional, devidamente autenticado e assinado, reconhecido pelo Poder Legislativo do Estado, com sua devida publicação e ratificação, não gere efeitos até a expedição de um Decreto, que é meramente um ato administrativo. Segundo o autor, ocorrendo isto, o Brasil seria privilegiado por poder exigir internacionalmente os cumprimentos do tratado, sem que precise ficar a sujeito a obrigação recíproca, pois o tratado ainda não é eficaz no direito interno do país.<sup>13</sup>

Em resumo, acredita-se que o tratado deva ser recepcionado na ordem interna quando o Decreto Legislativo do Congresso Nacional tenha sido ratificado pelo Presidente da República, e não quando este emitir decreto para conferir execução e publicidade. A vigência do acordo começará a contar a partir do ato de ratificação, considerado o ato que marca o comprometimento dos estados pelas disposições presentes no tratado.

## **5. CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO ESTADO BRASILEIRO**

Atualmente temos diversas classes que abrangem a recepção dos tratados no Brasil, quais sejam os Decretos, os Decretos Legislativos, e servindo também para dar

---

<sup>10</sup> TÓRRES, 2004, p. 76.

<sup>11</sup> XAVIER, 2004, p. 140.

<sup>12</sup> BORGES, 1992, p. 122.

<sup>13</sup> TÓRRES, op. cit. p. 78.

diretrizes sobre a aplicação dos tratados as Instruções Normativas, os Atos Declaratórios, os Atos Interpretativos e as Portarias do Ministério da Fazenda.

Abaixo, segue lista compilada dos tratados internacionais em matéria tributária celebrados pelo Brasil:

África do Sul (Decreto n. 301/2006; Decreto n. 5.922/2006; Portaria MF n. 433/2006)

Alemanha (Decreto n. 76.988/1976; ADE SRF n. 072/2005; Portaria MF n. 43/1976) –  
Acordo sem efeito desde 1º de janeiro de 2006;

Argentina (Decreto n. 87.976/1982; Decreto Lei n. 74/1981);

Áustria (Decreto n. 78.107/1976);

Bélgica (Decreto n. 72.542/1973; Portaria MF n. 271/1974);

Canadá (Decreto n. 92.318/1986; Decreto Lei n. 28/1985; Portaria MF n.199/1986);

Chile (Decreto n. 4.852/2003; Decreto Lei n. 331/2003; Portaria MF n. 285/2003);

China (Decreto n. 762/2003; Decreto Lei n. 085/1992);

Coréia (Decreto 354/1991; Decreto Lei n. 205/1991; ADI 003/2006);

Dinamarca (Decreto n. 75.106/1974; Portaria MF n. 68/1975);

Equador (Decreto n. 95.717/1988; Decreto Lei n. 04/1986);

Espanha (Decreto n. 76.975/1976; Decreto Lei n. 62/1975; ADI SRF n. 006/2002);

Filipinas (Decreto n. 241/1991; Decreto Lei n. 198/1991);

Finlândia (Decreto n. 2.465/1998);

França (Decreto n. 70.506/1972; Portaria MF n. 287.1972);

Hungria (Decreto n. 53/1991; Decreto Lei n. 013/1990);

Índia (Decreto n. 510/1992; Decreto Lei n. 214/1991);

Israel (Decreto n. 931/2005; Decreto n. 5.576/2005/ Portaria MF n. 1/2006);

Itália (Decreto Lei n. 77/1979; Decreto Lei n. 69/1976; Portaria MF n. 203/1981);

Japão (Decreto n. 81.194/1978; Decreto n. 61.899/1967; Decreto Lei n. 043/1967;  
Portaria MF n. 092/1978);

Luxemburgo (Decreto n. 85.051/1980; Decreto Lei n. 78/1979; Portaria MF n. 413/1980; Portaria MF n. 313/1978);

México (Decreto n. 58/2006; Decreto n. 6.000/2006; Portaria MF n. 38/2007; ADI SRF n. 2/007; ADI RFB n. 22/2008);

Noruega (Decreto n. 86.710/1981; Portaria MF 025/1982);

Países Baixos (Decreto n. 355/1991; Decreto Lei n. 060/1990);

Peru (Decreto n. 500/2009; Decreto n. 7020/2009; Portaria MF n. 553/2010);

Portugal (Decreto n. 4.012/2001; Decreto Lei n. 188/2001; Portaria MF n. 028/2002);

República Tcheca e Eslovaca (Decreto n. 43/1991);

Suécia (Decreto n. 77.053/1976; Portaria MF n. 44/1976);

Ucrânia (Decreto n. 66/2006; Decreto 5.779/2006; Portaria MF n. 198/2006).

Cabe ainda referir que o Brasil mantém acordo de Reciprocidade de Tratamento para com os Estados Unidos da América, bem como para com o Reino Unido, autorizando assim a compensação do devido imposto de renda pago nos países de origem.

## **6. PARAÍÇOS FISCAIS**

### **6.1. BREVE HISTÓRICO**

Após breves comentários sobre importantes princípios norteadores à tributação internacional, passamos agora a conceituar o instituto dos paraísos fiscais, o qual, acredita-se, contribuirá para a melhor compreensão deste tema.

O termo “paraíso fiscal”, como hoje é visto, passou a ser mais amplamente utilizado a partir do século XX. Contudo, já na Grécia antiga os mercadores estocavam

seus produtos nas ilhas próximas a Atenas visando evitar a cobrança de uma taxa de 2% que era cobrada sobre a importação e a exportação<sup>14</sup>.

Havia países que permitiam que seus portos fossem utilizados para o comércio e como entreposto, com tributação quase nula e com direitos alfandegários mínimos, como ocorria nos portos de Flandres.

Em 1916 foi concebido o primeiro Código Tributário do Panamá, o qual incluía isenção para todos os lucros originados em atividades comerciais no exterior de empresas radicadas em seu território. Assim, temos a República Panamenha como precursora na criação de legislação tributária com regime privilegiado, que foi utilizado até o ano de 1989, uma vez que o governo americano foi em busca de informações fiscais nas terras caribenhas<sup>15</sup>.

Outra importante causa para o surgimento dos paraísos fiscais é a dupla tributação internacional, que faz com que grandes empresas, por serem tributadas por Estados soberanos distintos, busquem alternativas para a redução da carga tributária, repita-se.

## 6.2. CONCEITO E IDENTIFICAÇÃO

São chamados *paraísos fiscais* aqueles locais que sobre os rendimentos de não residentes (ou equiparados a residentes), impõem reduzida ou nula tributação e que dispõem de segredo bancário, falta de controle de câmbio e diversas facilidades para a constituição e administração de sociedades<sup>16</sup>.

Portanto, os paraísos fiscais podem ser considerados aqueles países com ordenamento jurídico que isentam operações que geralmente são tributadas de acordo com os princípios gerais aceitos ou os tributam a taxas muito baixas, procurando atrair investidores estrangeiros.

Sem argumentos geralmente precisos para distinguir os paraísos fiscais, os países decidiram por reconhecê-los por duas maneiras, quais sejam: por critérios objetivos e subjetivos de natureza tributária e por outros tantos critérios de natureza não tributária,

---

<sup>14</sup> PINTO, Edson. **Lavagem de Capitais e Paraísos Fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 141.

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 141.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 143.

“seja para efeito de aplicação de alguma norma geral ou para a criação das chamadas *black lists*” (listas negras)<sup>17</sup>.

Dentre os diferentes critérios de natureza tributária e não tributária utilizados para a identificação de locais com tributação favorecida é oferecida extensa e variada gama de facilidades, que na ótica de Edson Pinto seriam:

“(i) segurança em relação à conservação de isenções e garantias contra a imposição de possíveis impostos futuros, que venham a comprometer as aplicações dos investidores; (ii) ausência de convenções para a troca de informações ou assistência administrativa e judiciária; (iii) sigilo bancário e de dados rigoroso, assim como leis que impõem anonimato relativo às operações comerciais, inclusive com sanções aos agentes públicos do sistema financeiro que divulguem informações; (iv) controle de câmbio inexistente; (v) autorização para negociar com as autoridades fiscais o índice da base de cálculo ou alíquota aplicável; (vi) presença de títulos anônimos ou de ações ao portador; (vii) falta de transparência fiscal; (viii) flexibilidade da legislação sobre sociedades, como sigilo societário, não obrigatoriedade de publicação dos dados contábeis, falta de exigência de demonstração da efetividade das operações realizadas etc.; (ix) sistema tributário ameno ou mesmo inexistente; (x) Poder Legislativo ágil para acomodar a legislação interna às novas tendências do mercado globalizado; (xi) difusão do país como opção empresarial lucrativa; (xii) sistema tributário dos residentes (ordinário), separado dos não residentes; (xiii) desregulamentação sobre preços de transferência, (xiv) acesso facilitado a diversos acordos internacionais; (xv) sistemas de comunicação eficientes; (xvi) estabilidade política e social, dentre outras”<sup>18</sup>.

Em 1998, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentou relatório definindo os três principais fatores para a determinação de um paraíso fiscal, quais sejam: *whether there is a lack of transparency* (se existe alguma falta de transparência); *wheter there are laws or administrative practices that prevent effective exchange of information for tax purposes with no other governments on taxpayers benefiting from the no or nominal tax* (se existem leis ou práticas administrativas que previnam a troca efetiva de informações para fins fiscais com outros governos sobre os contribuintes); *wheter there is an absence of a requirement that the activity be substantial* (se existe uma ausência de obrigação das sociedades exercerem atividades econômicas

---

<sup>17</sup> PINTO, 2007, p. 144.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 145.

substanciais)<sup>19</sup>. Nos últimos tempos, de acordo com César Garcia Novoa, a OCDE vem simplificando e reduzindo os critérios que definem os paraísos fiscais, para que se aja um maior foco na “não transparência” e na “ausência de intercâmbio de informação”, passando neste caso a sinalizá-las como “jurisdições não colaboradoras”<sup>20</sup>.

### 6.3. CLASSIFICAÇÃO

De acordo com a OCDE, a classificação para os países que praticam concorrência fiscal internacional é: (i) países com tributação moderada (*low tax system*) que apresentam alíquotas menores que outros países, não chegando a caracterizar concorrência danosa; (ii) regimes privilegiados (*preferential tax system*), que possuem alíquotas inferiores ou inexistentes sobre os rendimentos mais importantes; e (iii) os paraísos fiscais propriamente ditos (*tax havens*), que possuem isenção quase total sobre os rendimentos ou definem apenas uma alíquota nominal.

A doutrina ainda estabelece outras formas de classificação, que por não serem o objeto principal de nosso estudo, optamos por não citá-los.

### 7. TREATY SHOPPING

A expressão *treaty shopping* nasceu nos Estados Unidos da América a partir do termo *fórum shopping*, instituto utilizado no processo civil americano. Através deste instituto, o litigante tentava eleger a melhor jurisdição, para que esta lhe desse a melhor prestação jurisdicional, um resultado mais favorável ao seu pleito.

Neste mesmo viés, percebemos que nas operações de *treaty shopping* o contribuinte visa se favorecer de um acordo de bitributação no qual o seu país de origem não seja beneficiário.

---

<sup>19</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development. **Tax Haven Criteria**. Disponível em: <[http://www.oecd.org/document/23/0,3343,en\\_2649\\_33745\\_30575447\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/23/0,3343,en_2649_33745_30575447_1_1_1_1,00.html)> . Acesso em 22 fevereiro 2012.

<sup>20</sup> NOVOA, César García. *Relexiones sobre la Influencia de la Globalización en los Principios Tributarios*. **Direito Tributário Internacional Aplicado** – Coordenação Heleno Taveira Tôrres – São Paulo: Quarter Latin, 2003. p. 34-56.

De acordo com a OCDE, o *treaty shopping* pode ser definido como a análise de tratados internacionais com o objetivo de estruturar uma operação ou transação internacional que possa se beneficiar de um acordo particular de bitributação. O presente termo geralmente é empregado em situações em que a pessoa (jurídica ou natural) não residente em nenhum dos países contratantes estabelece entidade em um destes países apenas para se favorecer dos benefícios do tratado estabelecido entre eles<sup>21</sup>.

Para Luís Eduardo Schoueri, o *treaty shopping* ocorre quando:

“...com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte que, de início não o tem estaria incluído em entre seus beneficiários, estrutura seus negócios, interpondo, entre si e a fonte do rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento permanente, que faz jus àqueles benefícios”<sup>22</sup>

Com maior detalhamento, cabe-nos citar a explicação de Heleno Tôres, qual seja:

*Treaty Shopping* corresponde à atitude de um determinado sujeito, na organização transnacional de seus negócios, de pretender utilizar-se dos benefícios concedidos por um determinado acordo internacional para evitar a bitributação, selecionando dentre os demais pela conveniência que oferece às operações pretendidas, mesmo sem ter direito a tais benefícios, por não configurar no âmbito subjetivo do acordo (sendo um não residente aos países signatários), através da interposição de uma pessoa jurídica apta a agir em seu nome e por sua conta.<sup>23</sup>

Ou seja, simplificada, *treaty shopping* refere-se ao uso de um tratado, por uma pessoa jurídica ou natural, que tenha o objetivo de diminuir sua carga tributária, que tipicamente neste caso, ocorre com dividendos, distribuição de lucros, *royalties* e rendas de um negócio não conectado com um estabelecimento com sede permanente.<sup>24</sup>

Para exemplificação do que foi exposto acima, parafraseamos o exemplo dado por Alberto Xavier, qual seja a de uma pessoa física residente no Brasil e que detém investimentos em sociedade americana. Partindo-se do pressuposto que Brasil e Estados Unidos não têm entre si um tratado de dupla tributação, esta pessoa constitui uma

---

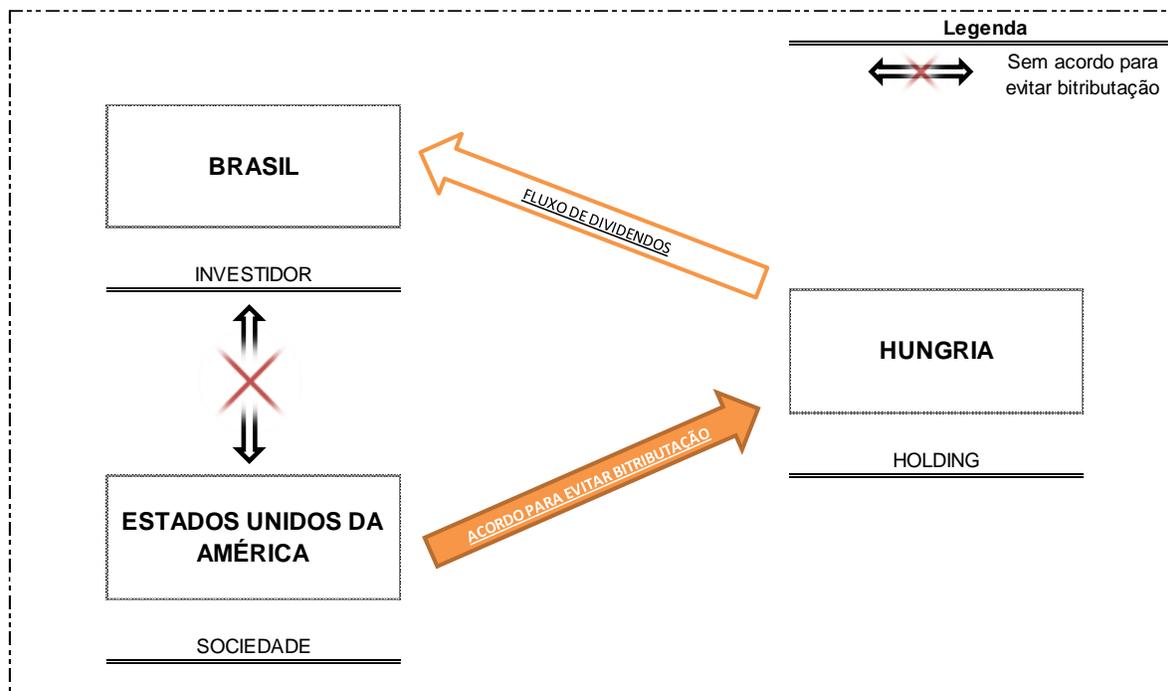
<sup>21</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development. *Glossary of Tax Terms*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en\\_2649\\_34897\\_33933853\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_34897_33933853_1_1_1_1,00.html)>. Acesso em: 22 fevereiro 2012.

<sup>22</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 21.

<sup>23</sup> TÔRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 326.

<sup>24</sup> KRISHNA, Vera. **Canadian Current Tax**. Canada: LexisNexis. v. 19. Ago.2009.

*holding*<sup>25</sup> na Hungria com o propósito único de se beneficiar do tratado estabelecido entre Estados Unidos e Hungria, que prevê uma redução de alíquota de retenção na fonte sobre os dividendos <sup>26</sup>.



Fonte: elaborado pelo autor

Assim sendo, os dividendos distribuídos pela sociedade americana passam a ser mais brandamente tributados, tendo em vista a redução que é proporcionada pelo acordo de bitributação. A consequência disto é percebida no acréscimo dos ganhos pelo investidor, o que não ocorreria se estes estivessem sendo distribuídos diretamente à pessoa física.

## 7.1. ESTRUTURAS DE *TREATY SHOPPING*

### 7.1.1. As Empresas-Canais (*Direct Conduit Companies*)

As empresas canais normalmente são estabelecidas nos países os quais têm regimes de tributação que favorecem a renda alcançada por aquele certo tipo de

<sup>25</sup> Termo ingles usualmente utilizado para referir-se a Sociedade cujo objeto social é apenas manter participação societária em outras sociedades.

<sup>26</sup> XAVIER, 2004, p. 350

companhia que ali se instala. Usualmente, países *off-shore* não são utilizados neste tipo de planejamento, uma vez que, geralmente, não possuem qualquer acordo de bitributação por se tratarem de paraísos fiscais. Sendo assim, os países procurados para servirem como empresas canais geralmente são aqueles que possuem grande número de acordos tributários, bem como legislação tributária interna que favorece o tipo de operação que se quer alcançar.

Para clarearmos a definição da estrutura de canalização de recursos usaremos o exemplo utilizado no Relatório do Grupo de *Experts* em Cooperação Internacional em Matéria Fiscal, do Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais da ONU, mencionado por Luís Eduardo Schoueri:

O acordo de bitributação assinado entre o país A e o País B prevê a obrigação de o País A isentar do imposto os dividendos pagos por empresas ali sediadas a acionistas residentes no País B. O País C não possui acordo de bitributação em vigor com o País A nem com o País B. Entretanto, uma empresa, sediada no País C detém a totalidade das ações de uma empresa localizada no País A. A fim de se valer dos benefícios decorrentes do acordo assinado entre A e B, a empresa localizada no país C transfere a totalidade das ações que possui da empresa localizada no País A para outra subsidiária integral, que é constituída no País B. Está subsidiária integral localizada no País B, por sua vez, está isenta, de acordo com as leis do País B, do imposto sobre os dividendos recebidos por uma subsidiária integral. Deste modo, os frutos do investimento efetuado pela empresa situada no País C são transacumulados pela controladora (ou reinvestido em outros países ou “emprestados” à própria controladora).<sup>27</sup>

### **7.1.2. Empresas -Trampolim (*Stepping Stone Companies*)**

Ao contrário da estrutura anteriormente explicada, as empresas-trampolim geralmente são localizadas em países com alta tributação.<sup>28</sup>

No caso da estrutura trampolim, temos o seguinte exemplo, também fornecido pelo Grupo de *Experts* em Cooperação Internacional em Matéria Fiscal, do Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais da ONU, qual seja:

Nos termos dos acordos de bitributação assinado entre o País A e o País B, os juros oriundos do primeiro e pagos a residentes do País B são isentos. O País C não possui acordo em vigor com o País A ou com B. A fim de se valer dos benefícios dos acordo, uma empresa localizada no País C transfere a sua subsidiária, no País B, o crédito decorrente de empréstimo efetuada a uma

---

<sup>27</sup> SCHOUERI, 1995, p. 24

<sup>28</sup> RUIZ, Javier G.e ONDARZA, José A. *Convenios de Doble Imposición Internacional. Análisis del Caso Español*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. p. 11.

empresa localizada no País A. Em decorrência da transferência do crédito, a subsidiária localizada no País B passa a ser credora da empresa situada em A e, ao mesmo tempo, devedora daquela sediada no País C. Em princípio, a empresa localizada no País B estaria sujeita à tributação, em sua sede, sobre os rendimentos de juros recebidos do exterior. No entanto, tal tributação não se aplica, já que o seu rendimento é anulado pelos juros pagos à empresa localizada no País C, que lhe transferira os créditos. O País B não tributa, na fonte, os juros pagos ao exterior e o País C não tributa os juros recebidos do exterior. A empresa localizada no País C usa, pois, o acordo celebrado entre A e B como um “trampolim” para receber os juros devidos pela empresa localizada no País B, sem tributação.<sup>29</sup>

As estruturas acima diferenciam-se, basicamente, porque na canalização de recursos, a empresa interposta não está sujeita à tributação no local de sua sede, enquanto nas empresas-trampolim, prevê-se que a 3ª empresa, ou seja, a empresa interposta, esteja sujeita a tributação e, por isso, os recursos obtidos com os benefícios do acordo de bitributação são transferidos, a título de despesas, que faz-se com que reduza o seu lucro tributável.

Todavia, ambas as estruturas possuem em comum, o envolvimento de empresas localizadas em 3 países diferentes.

Becker e Wurm<sup>30</sup> alertam, ainda, que não para que ocorra operação de *treaty shopping* não é necessário que haja triangulação de países. Eles apresentam dois exemplos de estruturas bilaterais, em que se pode, também, verificar a utilização dos benefícios dos acordos por pessoas que, a princípio, não estariam protegidas.

### **7.1.3. Estrutura de Exploração Local (*Same Country Holding Structure*)**

Nesta estrutura, cria-se uma empresa de participações no mesmo país em que estão localizados os rendimentos.

Supõe-se o caso de uma empresa, sediada no País A, que possui uma participação minoritária em outra empresa, sediada no País B. Entre A e B, vigora um acordo de bitributação, que isenta os dividendos remetidos de B para A, desde que a beneficiária dos rendimentos possua uma participação substancial no capital daquelas que o distribui. De acordo com a legislação do País B, os dividendos pagos por uma empresa a outra pessoa jurídica, localizada no mesmo País, estão isentos de tributação. Deste modo, a empresa investidora minoritária,

---

<sup>29</sup> SCHOUERI, op. cit., p. 25.

<sup>30</sup> BECKER, Helmut e Wurm, Felix J. *Treaty Shopping – An Emerging Tax Issue and its Presents Status in Various Countries*, 1988. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 25.

localizada em A, constitui, no País B, uma subsidiária integral, a quem são transferidas as suas ações do capital daquela que pagará os dividendos. Quando da efetiva distribuição, os dividendos são pagos a uma empresa no próprio país B que, por sua vez, sendo subsidiária integral daquela localizada no País A, beneficia-se do acordo, quando da remessa dos lucros assim auferidos<sup>31</sup>

Neste caso, como se pode perceber, utiliza-se a estrutura de dois países, quais sejam no exemplo o País A e o País B, ou seja, não há uma triangulação de países.

## 7.2. QUINTETO

A outra estrutura bilateral ficou conhecida, na Alemanha, como quinteto. Diversos acordos de bitributação assinados pela República Federal da Alemanha dispõem que a isenção do imposto sobre dividendos distribuídos somente se aplica no caso de o investidor estrangeiro deter menos de 25% do capital da empresa alemã que distribui o rendimento. Sendo assim, o exemplo fica um tanto quanto óbvio, qual seja: a de que um investidor localizado no País A, que detém a totalidade do capital de uma empresa alemã, constitui, no próprio País A, cinco novas empresas, a quem são transferidas, respectivamente, 25% das ações da empresa constituída na Alemanha. Deste modo, cada uma das novas empresas passa a deter menos de 25% do capital da empresa alemã, fazendo assim, jus aos benefícios do acordo estabelecido pela República da Alemanha<sup>32</sup>.

## 7.3. CONTENÇÃO DO *TREATY SHOPPING*

### 7.3.1. Tratamento Bilateral

As medidas, que teoricamente representam grande eficácia no combate ao *treaty shopping* são aquelas que partem do consentimento dos Estados contratantes, um vez que estes elegeriam cláusulas específicas com o objetivo de obstar a corrente prática.

Esta solução para o problema cria uma norma entre as partes que assinaram o acordo de bi tributação, o que faz com que não seja mais necessário recorrer a regras

---

<sup>31</sup> SCHOUERI, 1995, p. 26.

<sup>32</sup> SCHOUERI, 1995, p. 26

gerais de Direito Internacional ou mesmo as normas internas dos países, pois como se sabe, os tratados internacionais têm status de lei interna, o que afastaria qualquer dúvida quanto à aplicabilidade das medidas adotadas.

### **7.3.2. Tratamento Unilateral**

O tratamento unilateral consiste na utilização de medidas de direito interno para limitar a concessão de benefícios decorrentes de acordos de bitributação no sistema jurídico brasileiro, sendo nesse caso, necessário determinar se seria possível submeter às normas de Direito Internacional e os acordos internacionais aos critérios de interpretação e aplicação de normas internas de limitação dos acordos de bitributação.

### **7.3.3. Cláusula do Beneficiário Efetivo**

O objetivo da cláusula do beneficiário efetivo é fundamentalmente a luta contra o *Treaty Shopping*. Desta cláusula emana a tentativa de se evitar que um não residente que se encontre em ambos os Estados contratantes de um Acordo de Bitributação possa se beneficiar deste acordo através da facilidade com que se pode criar sociedades interpostas nas operações internacionais. Logicamente que o problema elencado aqui se encontra na comprovação de que aquela determinada operação esta se realizando de forma abusiva, o que não parece tão fácil, uma vez que já é de grande dificuldade reconhecer os abusos praticados no direito tributário interno, assim, com o Direito Tributário Internacional, este reconhecimento se torna ainda mais difícil<sup>33</sup>.

Concernente a definição de beneficiário efetivo devemos nos atentar ao que aponta a OCDE quando estabelece que a limitação do imposto do Estado da fonte não se aplica a um intermediário, por exemplo um agente ou mandatário, que se interpõe entre um credor e um devedor, a menos que o beneficiário efetivo seja residente de outro Estado contratante. Devemos nos atentar que os Estados contratantes têm liberdade

---

<sup>33</sup> MOLINA, Pedro M. H. e CARRETERO, Belén García. *Imposición Directa, no Discriminación y Libertades Comunitarias. Direito Tributário Internacional Aplicado* – Coordenação Heleno Taveira Tôrres – São Paulo: Quarter Latin, 2003. p. 144-207.

para que no curso das negociações delimitem o que se deve entender por beneficiário efetivo<sup>34</sup>.

Essa questão fundamenta-se naturalmente em dividir a propriedade da renda recebida. Deve se deixar claro que neste ponto há um rompimento entre a propriedade legal e aquele que percebe a renda. A questão é determinar se aquele que percebe a renda é a mesma pessoa daquela que é o beneficiário efetivo, lembrando sempre que para que se produza a redução de todos os tipos de retenção, o beneficiário efetivo deve ser obrigatoriamente aquele que percebe a renda. Explicado esse ponto devemos apontar que não existe problema algum em na coincidência daquelas duas pessoas. O conflito se configura quando estes são pessoas diferentes, uma vez que aquele que não é o beneficiário efetivo perceberia e se beneficiaria das reduções tributárias geradas por esta operação<sup>35</sup>.

#### **7.3.4. Cláusula da Limitação dos Benefícios**

A política negociadora dos Estados Membros da OCDE tem se revolucionado com a incorporação de medida que consiste em limitar a aplicação dos benefícios fiscais que se derivam das aplicações de um acordo aos residentes dos Estados contratantes.

Como é sabido, um Acordo de Bitributação consiste na distribuição de poderes entre os Estados contratantes, no qual se partilham vantagens fiscais àqueles residentes destes Estados. Assim, não resta estranho pensar que um tratado internacional bilateral não pretende ser uma convenção multilateral, no qual se atribuam todos os benefícios de caráter tributário a qualquer pessoa.<sup>36</sup>

As cláusulas LOB (*limit on benefits*) delimitam quando o contribuinte poderá se beneficiar do conteúdo de um tratado internacional. Os critérios eleitos são, em primeiro lugar, aqueles de ordem pessoal, quais sejam: sua residência, domicílio, regime societário, etc; e em segundo lugar, a natureza das rendas que obtém. Se o particular se

---

<sup>34</sup> MOLINA, 2003, p. 173

<sup>35</sup> MOLINA, 2003, p. 173

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 174.

enquadrar em algum dos pressupostos aqui elencados, poderá invocar a aplicação do tratado de maneira imediata.<sup>37</sup>

Como regra geral, as pessoas físicas residentes em alguns dos países contratantes poderão invocar a aplicação dos benefícios do tratado, porém essas se encontram sob as mesmas condições das entidades de capital público denominadas *Qualified Governmental Entities*, que são as sociedades que estejam presentes em um mercado de valores notoriamente conhecido em um dos países contratantes, suas filiais ou aquelas entidades de caráter filantrópico (fundações, etc); e que seus fundos de pensão resultem isentos por uma das legislações dos países contratantes, quando mais de 50% dos seus beneficiários, membros ou participantes sejam residentes em um estado contratante. Por último, as pessoas jurídicas que tem participação de no mínimo 50% por algumas das entidades antes citadas, ou se o volume de benefícios obtidos por alguma dessas entidades satisfaça a pessoas ou entidades residentes em algum dos países contratantes. Não obstante isso, se pode atribuir, ainda que não reúnam todos os requisitos descritos, aquelas pessoas que desenvolvam uma atividade comercial ou empresarial efetiva, ou quando a atividade realizada no Estado de residência tenha caráter substancial para a renda obtida naquele outro estado<sup>38</sup>.

Explanados estes pontos, parece que são condições que devem ocorrer simultaneamente para que uma sociedade possa se beneficiar de um tratado com cláusula LOB, mais de 50% dos da sociedade deve pertencer, direta ou indiretamente, a pessoas residentes no Estado em que aquela sociedade tem seu domicílio fiscal.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em conclusão, podemos dizer que o *treaty shopping* é um mecanismo útil, e frequentemente utilizado, para que as empresas possam minimizar sua carga tributária, especialmente evitando o fenômeno da bitributação internacional.

---

<sup>37</sup> *Ibid*, p. 175.

<sup>38</sup> MOLINA, 2003, p. 175.

Contudo nota-se, por outro lado, o aumento de mecanismos estatais que surgem a cada dia para evitar o *treaty shopping*, seja por meio da inclusão de cláusulas nos acordos, seja por alteração na legislação interna.

Assim como se percebe, no âmbito interno brasileiro, uma tendência para evitar o abuso de forma ou o abuso de direito na realização de planejamentos tributários envolvendo operações societárias, os países vem buscando o mesmo quanto aos internacionais, procurando evitar a criação de “empresas de fachada” com o único objetivo de utilizar-se de acordos vigentes naquela localidade.

Da mesma forma como a solução encontrada no âmbito interno é dar substancia econômica às operações societárias, no âmbito internacional a preocupação das empresas deve ser de demonstrar o propósito comercial (*business proposal*), não meramente tributário, das suas operações que envolvam o *treaty shopping*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Helmut e Wurm, Felix J. Treaty Shopping – An Emerging Tax Issue and its Presents Status in Various Countries, 1988. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRISHNA, Vera. **Canadian Current Tax**. Canada: LexisNexis. v. 19. Ago.2009.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MOLINA, Pedro M. H. e CARRETERO, Belén García. Imposición Directa, no Discriminación y Libertades Comunitarias. **Direito Tributário Internacional Aplicado – Coordenação Heleno Taveira Tôrres – São Paulo: Quarter Latin, 2003.**

NOVOA, César García. Relexiones sobre la Influencia de la Globalización en los Principios Tributarios. **Direito Tributário Internacional Aplicado – Coordenação Heleno Taveira Tôrres – São Paulo: Quarter Latin, 2003.**

*Organisation for Economic Co-operation and Development. Tax Haven Criteria.* Disponível em: <[http://www.oecd.org/document/23/0,3343,en\\_2649\\_33745\\_30575447\\_1\\_1\\_1\\_1,00.htm](http://www.oecd.org/document/23/0,3343,en_2649_33745_30575447_1_1_1_1,00.htm)> . Acesso em 22 fevereiro 2012.

PINTO, Edson. **Lavagem de Capitais e Paraísos Fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

RUIZ, Javier G.e ONDARZA, José A. **Convenios de Doble Imposición Internacional. Análisis del Caso Español**. Madrid: *Instituto de Estudios Fiscales*,

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

\_\_\_\_\_. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v.5.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.