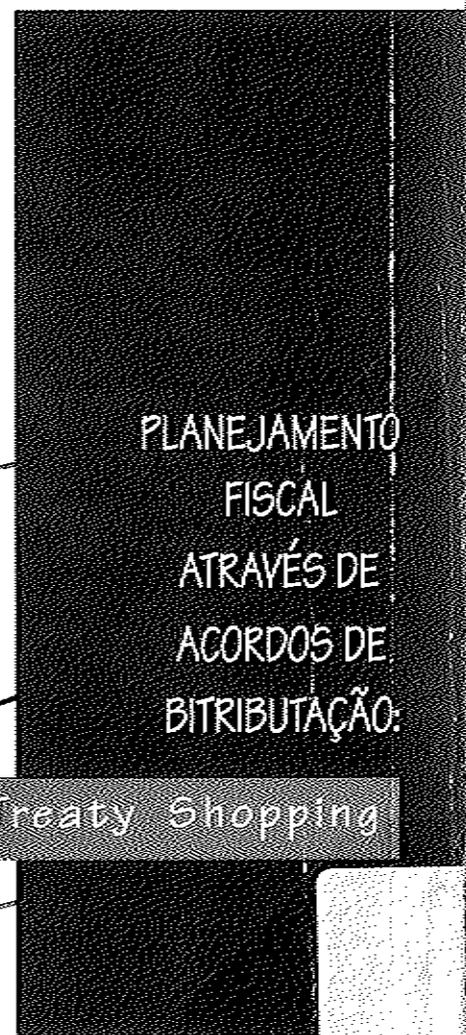


A obra, com a qual o Autor conquistou o título de Doutor em Direito na Universidade de São Paulo, é resultado de dois anos de pesquisas efetuadas na Universidade de Munique, Alemanha.

Com o objetivo de examinar, nos âmbitos internos, internacional e comparado, a licitude do planejamento tributário internacional por meio de acordos de bitributação, a obra trata, entre outros tópicos, dos limites do planejamento fiscal legítimo e do abuso de formas em diversos países e no direito brasileiro. Analisa, ainda, a questão da hierarquia dos acordos internacionais em relação ao direito interno, dos princípios de direito internacional aplicáveis aos acordos de bitributação e das formas com que se vem evitando, no direito internacional e comparado, a prática do *treaty shopping*.

Luís Eduardo Schoueri



PLANEJAMENTO  
FISCAL  
ATRAVÉS DE  
ACORDOS DE  
BITRIBUTAÇÃO:

Treaty Shopping

EDITORA **RFP**  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISBN 85-203-1274-8

Luís Eduardo  
Schoueri

PLANEJAMENTO  
FISCAL  
ATRAVÉS DE  
ACORDOS DE  
BITRIBUTAÇÃO:

Treaty Shopping

5.2  
89  
85  
2

6948



Lacaz Martins

EDITORA **RFP**  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

**PLANEJAMENTO FISCAL  
ATRAVÉS DE ACORDOS  
DE BITRIBUTAÇÃO:  
*Treaty Shopping***

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Schoueri, Luís Eduardo  
Planejamento fiscal através de acordos de bitributação : treaty shopping /  
Luís Eduardo Schoueri. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.  
Bibliografia.  
ISBN 85-203-1274-8  
1. Direito tributário internacional I. Título. II. Título: Treaty shopping

94-3819

CDU-341:336.2

Nº TOMBO

6948

Nº DE CHAMADA

336.227

1995

5399.12

opping : Bitributação : Direito tributário

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

RICARDO LAÇAZ MARTINS

**PLANEJAMENTO FISCAL ATRAVÉS DE ACORDOS  
DE BITRIBUTAÇÃO: *Treaty Shopping***

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

000154

© Desta edição: 1995

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

*Diretor Presidente:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

*Diretor Superintendente:* ANTONIO BELLINELLO

*Diretor Editorial:* AFRO MARCONDES DOS SANTOS

*Diretor de Produção:* ENYL XAVIER DE MENDONÇA

**MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO**

*Diretor:* ROBERTO GALVANE

*Gerente:* KUNJI TANAKA

*Assistente:* MELISSA TREVIZAN CHBANE

*Capa:* MÁRCIA

**CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR:** Tel. (011) 607-2433

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802

CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art.184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Leis 6.895, de 17.12.80 e 8.635, de 16.3.93) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 122, 123, 124, 126, da Lei 5.988, de 14.12.73, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (04-1995)

ISBN 85-203-1274-8

Para Denise, com amor.

## APRESENTAÇÃO

Se há um curso em que o professor universitário tem a maior possibilidade de acompanhar em profundidade e avaliar com conhecimento e longa experiência a habilitação científica, profissional, como os dotes de capacidade e inteligência do aluno, é precisamente o curso de pós-graduação.

Luís Eduardo Schoueri foi, dentre nossos alunos do curso de pós-graduação em Direito Tributário Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, não só um dos mais brilhantes, mas daqueles alunos que cativam e conquistam a admiração e amizade de seu professor, precisamente pela comprovação diuturna de sua máxima dedicação, aproveitamento e progresso.

Sem dúvida, além de seus dotes de inteligência e de amor ao trabalho, devemos ressaltar o excepcional preparo que, antes de ingressar para o curso de pós-graduação a si se impôs o jovem Luís Eduardo, isto é, dedicou-se ao estudo e prática dos idiomas mais necessários às suas pesquisas, e completou, não apenas uma, mas duas graduações, ou seja, concomitantemente em Administração, com concentração em Administração Pública, pela Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas e em Direito, com concentração em Direito Empresarial, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Foi assim que, ingressando e concluindo as respectivas etapas do curso de pós-graduação, veio a obter inicialmente o título de Mestre em Direito (*Legum Magister — LL.M*) perante a Faculdade de Direito da Universidade de Munique, com dissertação na área de Direito Tributário Internacional.

Finalmente, com a conclusão de seu excelente curso de pós-graduação na Universidade de São Paulo, conquistou, com distinção, o título de Doutor em Direito Econômico e Financeiro (Direito Tributário), com a apresentação e defesa da tese, sob o título: *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: "Treaty Shopping"*.

Assim como já tivemos a grata oportunidade de apresentar e recomendar Luís Eduardo Schoueri em Munique, ao eminente colega Prof. Dr. Klaus Vogel, nosso consócio do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, por cuja recomendação fomos tão bem recompensados devido a dedicação e êxito de nosso ex-aluno, também agora é motivo para nosso maior regozijo poder apresentar aos leitores, o Autor desta magnífica obra.

RUY BARBOSA NOGUEIRA  
Professor Catedrático e Presidente  
do Instituto Brasileiro de Direito  
Tributário, entidade complementar  
à Universidade de São Paulo.

## PREFÁCIO

Apesar de o termo *treaty shopping* não expressar, *a priori*, nenhum juízo de valor, a doutrina internacional, na sua maioria, empresta-lhe um sentido pejorativo, para designar o abuso dos acordos de bitributação, situando-o no campo da evasão fiscal internacional. Considerada ilícita a obtenção das vantagens de um acordo de bitributação através da interposição de uma terceira pessoa, observa-se a tendência universal de coibir o *treaty shopping*, por diversas formas.

Como mostra o título de sua obra, com a qual conquistou o título de doutor em direito na tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Luís Eduardo Schoueri não concorda com esta colocação. Baseado em profundos estudos do Direito Tributário Internacional, realizados no Brasil e no exterior, Luís Eduardo Schoueri procura mostrar que, antes de tudo, o *treaty shopping* é uma forma lícita de planejamento fiscal. Portanto, não representa abuso mas manifestação da liberdade do contribuinte de estruturar seus negócios de maneira a economizar impostos.

Revelando elevado espírito crítico e notável capacidade de expor, com clareza, temas da maior complexidade, Luís Eduardo Schoueri trata da problemática delimitação entre evasão fiscal e elusão fiscal, ou economia legítima de imposto, no campo do Direito Tributário Internacional. Partindo da premissa de que o aproveitamento das possibilidades de estruturação fiscal não constitui abuso, Luís Eduardo Schoueri apresenta uma análise profunda das diversas medidas de contenção do abuso dos acordos de bitributação, apresentadas pela legislação, doutrina e jurisprudência de vários países. No que se refere ao Brasil, onde a matéria ainda não havia merecido um estudo mais aprofundado, Luís Eduardo Schoueri nos leva à conclusão de que o *treaty shopping* pode ser considerado como legal e legítimo, um verdadeiro instrumento de planejamento fiscal internacional.

Com este trabalho, escrito em linguagem concisa e fluente, Luís Eduardo Schoueri dá uma valiosa contribuição, ao mesmo tempo científica e prática, que, certamente, será muito bem recebida por todos que se interessam pelo Direito Tributário Internacional.

São Paulo, dezembro de 1994.

GERD WILLI ROTHMANN  
Professor da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo.

## AGRADECIMENTOS

O presente estudo é o resultado de dois anos de pesquisas realizadas junto ao Centro de Pesquisas em Direito Tributário e Financeiro Comparado e Internacional (*Forschungsstelle für ausländisches und internationales Finanz-und Steuerrecht*) da Universidade de Munique. Meu primeiro agradecimento é, naturalmente, ao Prof. Dr. Klaus Vogel, que permitiu que, durante todo esse período, eu tivesse uma mesa reservada na biblioteca daquele Centro de Pesquisas. Em suas aulas, em especial em Direito Tributário Internacional e em seus seminários, aprendi e discuti muitos dos conceitos aqui materializados. Também merecem meu agradecimento, pelo apoio constante, os seus assistentes, Rainer Prokisch e Michael Rodi, com os quais discuti, quase diariamente, os rumos de minha pesquisa.

A minha estada na Alemanha não teria sido possível, entretanto, sem a bolsa de estudos que me foi oferecida pelo Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico — DAAD (convênio DAAD/CAPES), complementada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento — CNPq. A estes órgãos, meu reconhecimento.

A meu orientador, Dr. Gerd W. Rothmann, agradeço pelo resultado do meu trabalho. Sua atuação não se limitou a acompanhar a minha pesquisa, de longe. Em janeiro de 1991, tive sua visita, em Munique, quando foi acompanhar a evolução de minha pesquisa “in loco”.

Qualquer reconhecimento, entretanto, não seria justo, se omitisse a figura daqueles que, com seu entusiasmo, torcida e apoio, possibilitaram que eu atingisse este grau. A meus pais, um muito obrigado, cheio de carinho.

“Last but not least”, meu agradecimento a minha esposa, Denise, a quem dedico este trabalho, pelas horas sacrificadas, em prol do meu estudo.

Dezembro de 1992.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	7
PREFÁCIO.....	9
AGRADECIMENTOS .....	11
1. INTRODUÇÃO.....	19
1.1 Os Acordos de Bitributação .....	19
1.2 O Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: o <i>Treaty Shopping</i> .....	20
1.2.1 O Conceito de <i>Treaty Shopping</i> .....	20
1.2.2 A Expressão <i>Treaty Shopping</i> .....	22
1.2.3 Exemplos de <i>Treaty Shopping</i> .....	24
1.2.4 Definição de Termos .....	27
1.3 Plano do Estudo .....	27
2. A CONTENÇÃO DO TREATY SHOPPING, ATRAVÉS DE MEDIDAS DE DIREITO INTERNO (TRATAMENTO UNILATERAL).....	29
2.1 Medidas de Direito Interno, contra o Abuso de Direito	30
2.1.1 Transformação, Adoção e Ordem de Execução de Acordos de Bitributação .....	31
2.1.2 A Contenção do <i>Treaty Shopping</i> a partir de Regras Internas de Interpretação: Exame do Direito Comparado .....	40
2.1.2.1 República Federal da Alemanha e Áustria .....	40
2.1.2.1.1 O Abuso de Formas Jurídicas .....	40

2.1.2.1.2	O Alcance do § 42 AO a Estruturas Formadas no Exterior .....	42
2.1.2.1.3	Abuso de Formas Jurídicas e <i>Treaty Shopping</i> .....	43
2.1.2.2	Estados Unidos da América .....	50
2.1.2.2.1	Economia Fiscal na Jurisprudência .....	51
2.1.2.2.2	<i>Treaty Shopping</i> na Jurisprudência .....	52
2.1.2.3	França .....	57
2.1.2.4	Reino Unido .....	59
2.1.2.4.1	Era "Pré-Ramsay" .....	59
2.1.2.4.2	"Doutrina Ramsay" .....	60
2.1.2.4.3	"Furniss v. Dawson" .....	61
2.1.2.4.4	Era "Pós-Furniss" .....	61
2.1.2.5	Argentina .....	63
2.1.2.6	Canadá .....	64
2.1.2.7	Itália .....	64
2.1.2.8	Bélgica .....	66
2.1.2.9	México .....	68
2.1.2.10	Austrália .....	68
2.1.2.11	Japão .....	69
2.1.2.12	Outros Países .....	69
2.1.3	Abuso de Formas no Direito Tributário Brasileiro .....	70
2.1.3.1	Abuso de Formas e a Analogia .....	71
2.1.3.2	Abuso de Formas e a Consideração Econômica .....	75
2.1.3.3	Abuso de Formas e o Art. 51 da Lei n. 7.450/85 .....	79
2.1.3.4	Jurisprudência .....	81

2.1.3.5	Simulação e <i>Treaty Shopping</i> .....	85
2.1.3.6	Conclusão .....	86
2.2	O Combate ao <i>Treaty Shopping</i> por Medidas de Direito Interno .....	87
2.2.1	Oponibilidade de Normas de Direito Interno aos Tratados Internacionais .....	88
2.2.1.1	Monismo x Dualismo .....	88
2.2.1.2	Conflito entre a Lei Interna e os Tratados Internacionais: Direito Comparado .....	93
2.2.1.2.1	Tratado Internacional Não Reconhecido na Ordem Interna .....	94
2.2.1.2.2	Sistema Britânico .....	94
2.2.1.2.3	Lei e Tratado Internacional em Igual Posição Hierárquica .....	94
2.2.1.2.4	Prioridade de Tratados Internacionais sobre a Lei Interna — Reconhecimento Fora da Alçada do Judiciário .....	98
2.2.1.2.5	Tratado Internacional Prevalendo sobre a Lei Nacional — Exame pelo Judiciário .....	99
2.2.1.2.6	Prevalência dos Tratados Internacionais sobre o Texto Constitucional....	99
2.2.1.3	Conflito entre a Lei Interna e os Tratados Internacionais: Sistema Brasileiro .....	100
2.2.2	Medidas de Direito Interno contra o <i>Treaty Shopping</i> .....	103

2.2.2.1	Medidas no Direito Comparado .....	104
2.2.2.1.1	Suíça .....	104
2.2.2.1.2	Estados Unidos da América .....	107
2.2.2.2	Medidas no Direito Interno Brasileiro .....	109
2.2.2.2.1	Direito Positivo .....	109
2.2.2.2.2	Posição Crítica sobre a Adoção de Medidas Unilaterais .....	109
2.3	Conclusões .....	111
3.	A CONTENÇÃO DO "TREATY SHOPPING" COMO MEDIDA DE DIREITO INTERNACIONAL (TRATAMENTO GLOBAL) .....	113
3.1	A tese do "Princípio Anti-Abuso" — Principais Contornos .....	114
3.2	Exame da Tese .....	115
3.2.1	Os Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pelas Nações Civilizadas e o "Princípio Anti-Abuso" .....	115
3.2.1.1	Fontes dos Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pelas Nações Civilizadas .....	116
3.2.1.2	Acordos de Bitributação e os Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pelas Nações Civilizadas ...	120
3.2.2	A Proibição do Abuso, no Direito Internacional Público .....	124
3.2.2.1	O Princípio da Boa-Fé e seu Corolário: o Princípio da Proibição do Abuso .....	124
3.2.2.2	A Proibição do Abuso do Direito e as Relações entre Fisco e Contribuinte .....	127

3.2.2.3	O "Princípio Anti-Abuso" e o <i>Treaty Shopping</i> .....	133
3.3	Conclusões .....	138
4.	A CONTENÇÃO DO "TREATY SHOPPING" ATRAVÉS DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO (TRATAMENTO BILATERAL) .....	140
4.1	Sistematização das Formas de Combate ao <i>Treaty Shopping</i> , por Medidas Bilaterais .....	141
4.1.1	Consideração da Qualidade dos Sócios .....	141
4.1.2	Exclusão de Benefícios .....	143
4.1.3	Mínimo de Tributação .....	145
4.1.4	Canalização de Recursos .....	148
4.1.5	Cláusula de Salvaguarda .....	149
4.1.6	"Internacionalização" do Direito Interno .....	151
4.2	Modelos de Acordos de Bitributação .....	154
4.2.1	O Modelo OCDE/ONU .....	154
4.2.1.1	Artistas e Atletas .....	155
4.2.1.2	Beneficiário Efetivo .....	156
4.2.1.3	Empresas Associadas .....	160
4.2.1.4	Outros dispositivos .....	160
4.2.2	O Modelo Norte-Americano .....	161
4.3	Tendência .....	169
4.4	Limitação de Benefícios nos Acordos de Bitributação Assinados pelo Brasil .....	170
4.5	Conclusões .....	171
5.	CONCLUSÕES .....	175
	BIBLIOGRAFIA .....	181

## INTRODUÇÃO

1.1 Os Acordos de Bitributação — 1.2 O Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: o *Treaty Shopping*; 1.2.1 O conceito de *Treaty Shopping*; 1.2.2 A expressão *Treaty Shopping*; 1.2.3 Exemplos de *Treaty Shopping*; 1.2.4 Definição de termos — 1.3 Plano de Estudo.

### 1.1 Os Acordos de Bitributação

A bitributação internacional é, sob o seu aspecto jurídico, estudada pelo Direito Tributário Internacional (Rothmann, s.d./5). Compreende “a exigência de impostos semelhantes, por dois (ou mais) Estados, incidentes sobre o mesmo contribuinte e referentes ao mesmo fato e a idêntico período” (OCDE, 1977/7).

Embora não se reconheça, no atual estágio do Direito Tributário Internacional, a existência de um Princípio que proíba a bitributação internacional (*BS:BI*, II 1975, p. 497; Vogel, 1965/351-356; Tipke e Lang, 1989/146; Mössner, 1991/248), a doutrina se refere a outro, universalmente observado, segundo o qual ela deve ser evitada ou eliminada (Rothmann, s.d./77), para o que se adotam medidas unilaterais ou são utilizados os acordos internacionais.

Os acordos internacionais em matéria tributária se apresentam, pois, como o instrumento de que se valem os Estados para, através de concessões mútuas, diminuir ou impedir a ocorrência do fenômeno da bitributação internacional em matéria do imposto sobre a renda, além de meio para o combate à evasão fiscal (Rothmann, s.d./87; 150).

A eliminação ou atenuação da bitributação internacional dá-se através do que Vogel denomina “normas de repartição” (*Ver-*

*teilungsnormen*, 1983/25; *Distributive Rules*, 1986/24).<sup>1</sup> Através de tais normas, os Estados contratantes limitam sua própria competência tributária (Vogel, 1983/22; 1986/22), valendo-se dos métodos que Rothmann (s.d./154) assim classifica: a) método da isenção (geralmente, com reserva de progressividade); b) método do crédito fiscal; e c) tributação reduzida no Estado da fonte.

Temos, por consequência, que os acordos de bitributação descrevem hipóteses abstratas (*Metatatsbestand*, Vogel, 1983/24; 1986/25), na presença das quais um Estado contratante se compromete a deixar de exigir, em parte (crédito fiscal ou tributação reduzida no Estado Fonte) ou no todo (isenção), o tributo definido no seu texto.

## 1.2 O Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: o *Treaty Shopping*

### 1.2.1 O Conceito de *Treaty Shopping*

As concessões de que são objeto os acordos de bitributação têm, para Victor Uckmar (1983/4,5), um "caráter pessoal", i.e., destinam-se a beneficiar os residentes do outro Estado contratante, numa base de reciprocidade (Kraft, 1991/3), não se prevendo, portanto, sua extensão a residentes de terceiros Estados.

Falhas na redação dos referidos acordos, ou limitações impostas pelos direitos internos dos Estados contratantes, ou, mesmo, pelo Direito Internacional, possibilitam a contribuintes que, a princípio, não se incluíam no rol dos destinatários daquelas normas, *delas se beneficiarem* (Kraft, 1991/2-3). Este planejamento fiscal, a doutrina internacional vem denominando *Treaty Shopping* (Vogel, 1983/59; Kraft, 1991/6).

Numa primeira aproximação, podemos, com Becker (1985/172), reconhecer a ocorrência do *Treaty Shopping*, quando alguém, através da interposição (*Zwischenschaltung*) de uma pessoa, obtém

1. Debatin (1985/2) critica esta expressão, preferindo falar em "normas de renúncia" (*Verzichtsnormen*). Vogel (1986a/508) mostra que se trata de mera polêmica de palavras, não havendo porque considerar um termo melhor que outro. Também Mössner (1988/415-417) mostra serem ambos os termos válidos, embora adote "repartição" (*Zuteilung*). O mesmo termo é usado no Brasil por Xavier (1977/29).

a proteção de um acordo de bitributação que, de outro modo, não seria devida.

O exame da doutrina revela, entretanto, que o conceito acima expresso não satisfaz, por completo, o entendimento da questão.

O conceito de Becker não se refere à intenção do contribuinte. Conforme se verificará neste estudo, não há que se falar em *Treaty Shopping* quando o contribuinte é movido por motivos extrajurídicos. O *Treaty Shopping* exige que não haja outra explicação para a interposição do terceiro beneficiário do acordo, senão a obtenção das vantagens oriundas deste. Temos, portanto, que admitir, com Krabbe (1985/44), que a interposição de terceiro se deveu à intenção, por parte do contribuinte, de obter uma redução da carga fiscal. No mesmo sentido, Wegmann (1984/787) refere-se a situações estruturadas pelo contribuinte (*von Steuerpflichtigen bezeichnet*).

Krabbe (1985/44) inclui em seu conceito, a interposição de uma sociedade localizada num Estado signatário de um acordo de bitributação.

O *Treaty Shopping* não exige que a pessoa colocada como interposta seja uma sociedade, embora seja o mais freqüente. De início, é possível conceber um *Treaty Shopping* pela interposição de uma pessoa física, contratualmente obrigada a repassar ao destinatário final os recursos assim obtidos. Também verificaremos<sup>2</sup> que não há necessidade, sequer, de que o terceiro seja uma pessoa distinta do investidor, podendo ser mera filial deste.

Tampouco a residência do terceiro interposto deve ser apresentada como relevante, já que, embora a maioria dos acordos de bitributação se valha do critério da residência, para a concessão de benefícios, não se trata de algo obrigatório, observando-se que os Estados Unidos, México e Filipinas mantiveram a nacionalidade do beneficiário como critério relevante. Desta forma, o que importa é que a pessoa interposta seja beneficiária do acordo, pouco valendo, na conceituação, onde está localizada.

Podemos, portanto, para fins do presente estudo, dizer que o *Treaty Shopping* ocorre quando, com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte que, de início, não estaria incluído entre seus beneficiários, estrutura seus negócios, interpondo, entre si e a fonte do rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento permanente, que faz jus àqueles benefícios.

2. Cf. *infra* p. 26.

Por outro lado, excluimos do conceito do *Treaty Shopping* as hipóteses em que o benefício fiscal não decorreu da existência do acordo de bitributação, mas de outro artifício de que se valeu o contribuinte e que, independentemente daquele acordo, já traria a vantagem. Assim, por exemplo, os casos de simulação não se incluem no conceito de *Treaty Shopping*, já que nestes casos, a vantagem não decorre da existência do acordo, mas do mero "manto jurídico" criado pelo contribuinte, que produziria igual efeito, se o "planejamento" não envolvesse um país signatário de um acordo de bitributação.

### 1.2.2 A Expressão Treaty Shopping

Embora a preocupação com o *Treaty Shopping* não seja nova, podendo-se encontrar cláusula específica sobre o assunto já no acordo de bitributação celebrado entre os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha, datado de 1945,<sup>3</sup> o tema somente passou a ser debatido, segundo Rosenbloom (1983/763), a partir de abril de 1979, quando foi objeto de discussões em sessões (*hearings*) do Congresso norte-americano.

A expressão *Treaty Shopping* nasceu nos Estados Unidos. Sua origem deve ser buscada no termo *forum shopping* (Becker e Wurm/1988,2), que Black, no seu "Law Dictionary", diz ocorrer quando uma parte procura ter sua ação julgada por uma corte ou jurisdição em particular, onde ela acredita obter a decisão mais favorável. No *forum shopping*, uma parte tenta "comprar" (*shop*) uma jurisdição para o seu caso. Do mesmo modo, diz-se que, no *Treaty Shopping*, o contribuinte "compra" os benefícios do acordo de bitributação, através da interposição de terceiros.

A utilização da expressão *Treaty Shopping* não é uniforme. O Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais da ONU (1988/2), por exemplo, refere-se a "abuso de acordos de bitributação", embora no Relatório do Grupo "ad hoc" de especialistas em cooperação internacional em assuntos fiscais tenha, em seu primeiro relatório (ONU, 1983/29), empregado indistintamente as expressões *treaty abuse* e *Treaty Shopping*.

Rosenbloom, que foi Conselheiro Fiscal Internacional do Departamento do Tesouro norte-americano, de 1977 a 1981, critica

3. Cf. *infra* p. 161.

aqueles que tratam da questão a partir da expressão "abuso de tratados" (*treaty abuse*), porque a julga *um termo fortemente carregado (a heavily loaded term)* (1983/766). Também não aceita o termo *paraísos fiscais (tax heaven countries)*, quando se estuda o assunto, já que o *Treaty Shopping* não exige a interposição de paraísos fiscais, podendo dar-se, em certos casos, mediante a interposição de empresas localizadas em Estados com alta taxaço. Finalmente, o autor rejeita a expressão *Treaty Shopping*, por considerá-la enganosa, já que implica um esforço premeditado, por parte do contribuinte, de se valer da rede de acordos internacionais.

Em nosso entender, o autor não tem razão, no que concerne à censura ao último termo. Embora este possa ser criticado (e o é, como mostraremos abaixo), não se há de censurar o fato de o contribuinte, no *Treaty Shopping*, se ter procurado valer da rede de acordos internacionais. Na verdade, como já mencionamos acima, a intenção do contribuinte é elemento constante do próprio conceito de *Treaty Shopping*.

Não obstante, a crítica às expressões *Treaty Shopping* e "treaty abuse" também é feita por Guttentag (1984/3), para quem se trata de termos "obviamente pejorativos". Neste sentido, o autor julga que não se pode examinar a questão, se se parte da premissa de que se está diante de um abuso ou fraude. Por este motivo, ele entende que se deve utilizar uma expressão mais longa, mas que lhe parece mais neutra. Teríamos, pois: "até que ponto os não residentes de um país signatário de um acordo podem e deveriam ser autorizados a beneficiar-se de acordos de bitributação daquele país" (*the extent to which non-residents of a treaty country can and should be benefit from the tax treaty of that country*). Segundo este autor, é justamente para evitar uma abordagem pejorativa, que o Departamento do Tesouro norte-americano não se refere, em suas publicações, a "abuso de tratados" (*treaty abuse*) mas a "limitação dos benefícios do acordo" (*limitation of treaty benefits*).

A mesma preocupação em não ventilar a questão dentro de uma perspectiva pejorativa revela Becker (1985/172), que não aceita que se fale em "obtenção sorrateira de benefícios" (*Erschleichung*), já que tal expressão implicaria a ocorrência de fraude. Daí por que ele prefere se referir à "utilização do acordo através de pessoas interpostas" ("Gebrauch der Abkommen durch Zwischenpersonen").

Nossa opinião é no sentido de que a expressão *Treaty Shopping* deve ser empregada para descrever o fenômeno em exame. Embora,

por sua origem, o termo possa vir carregado de sentido pejorativo, trata-se, hoje, de expressão consagrada na doutrina jurídica comparada e, mesmo, em manifestações oficiais,<sup>4</sup> desvinculada, pois, do "forum shopping" ou de qualquer outro artifício.

### 1.2.3 Exemplos de Treaty Shopping

As principais estruturas de que se valem os contribuintes no *Treaty Shopping* são as "empresas-canais" (*conduit companies*) e as "empresas-trampolins" (*stepping stone companies*).

A estrutura de canalização de recursos (*conduit companies*) é exemplificada, no Relatório do Grupo de *Experts* em Cooperação Internacional em Matéria Fiscal, do Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais da ONU (1988/3 e 4), como segue:

"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 uma outra subsidiária integral, que é constituída no País B. Esta 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 de uma subsidiária integral. Deste modo, os frutos do investimento efetuado pela empresa situada no País C são transferidos para a empresa situada no País B, onde podem ser acumulados pela controladora (ou reinvestidos em outros países, ou "emprestados" à própria controladora)."

No caso da estrutura "trampolim", temos o seguinte exemplo fornecido pelo mesmo Grupo (ONU, 1988/4):

"Nos termos do acordo 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

4. O termo foi utilizado, inclusive, pelo governo alemão, na exposição de motivos ("Denkschrift") que acompanhou o seu acordo de bitributação com o Kuwait, em 1988 (Bundestag-Drucksache, 11/2553, p. 26).

A ou com B. A fim de se valer dos benefícios do acordo, uma empresa localizada no País C transfere à sua subsidiária, no País B, o crédito decorrente de empréstimo efetuado a uma 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".

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

Ambas as estruturas possuem em comum, entretanto, o envolvimento de empresas localizadas em três países.

Becker e Wurm alertam que a triangulação de países não é necessária, para que se dê o *Treaty Shopping*. 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.

Num primeiro caso, examina-se uma estrutura em que se cria uma empresa de participações, no mesmo país em que estão localizados os beneficiários finais dos rendimentos (*same country holding structure*). 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 daquela que os 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, 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 localizada 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.

A outra estrutura bilateral ficou conhecida, na Alemanha, como "quinteto", já tendo sido objeto, inclusive, de exame pela jurisprudência daquele país.<sup>5</sup> Diversos acordos de bitributação assinados pela República Federal da Alemanha dispõem que a isenção do imposto sobre os dividendos distribuídos somente se aplica no caso de o investidor estrangeiro deter menos de vinte e cinco por cento do capital da empresa alemã que distribui o rendimento. Assim, 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, vinte por cento das ações da empresa alemã. Deste modo, cada uma das "novas" acionistas passa a deter menos de vinte e cinco por cento do capital da empresa alemã, fazendo jus, pois, aos benefícios do acordo.

Merece consideração a estrutura que se relata (ALI, 1991/138) ser possível através da mera instalação de uma filial, sucursal ou outro estabelecimento permanente. Especificamente, os Estados Unidos denunciaram parcialmente o seu acordo de bitributação com os Países Baixos, no que se refere à sua extensão às Antilhas Holandesas, em virtude de estas serem consideradas um paraíso fiscal, o que possibilitava que rendimentos oriundos dos Estados Unidos se sujeitassem a uma tributação final de cerca de três por cento. Diante desta circunstância, passou a ser prática comum a criação de uma empresa sediada na Holanda (em cujo âmbito o acordo de bitributação continuou em vigor), a qual, por sua vez, instalava uma filial nas Antilhas Holandesas. A legislação holandesa, semelhantemente à brasileira (Parecer Normativo (CST) n. 62/75) não tributa os lucros transferidos do exterior por filiais. Deste modo, os rendimentos oriundos dos Estados Unidos, mas auferidos pelas filiais localizadas nas Antilhas Holandesas continuaram gozando dos privilégios do acordo de bitributação, já que a pessoa jurídica receptora do valor tem sede (é "residente") na Holanda. Neste estudo, denominaremos esta estrutura de "colocação de filial",

5. Cf. *infra*, p. 44.

embora se compreenda a interposição de qualquer estabelecimento permanente, que possibilite um "Treaty Shopping".

#### 1.2.4 Definição de Termos

No decorrer do presente estudo, algumas expressões serão utilizadas com frequência, quando nos referirmos aos casos de *Treaty Shopping*. Serão as seguintes:

*Investidor* — Referir-se-á à pessoa física ou jurídica, residente em um Estado que não possua acordo de bitributação com o país onde estiver localizada a fonte pagadora dos rendimentos, ou, existindo tal acordo, este não seja tão vantajoso quanto aquele que o mesmo país assinou com outro Estado, ou, por algum motivo, o *Investidor* não faz jus aos benefícios do acordo de bitributação.

*Terceiro Interposto* — Será a pessoa física ou jurídica (ou, mesmo, o estabelecimento permanente) que será colocada entre o *Investidor* e a fonte pagadora dos rendimentos. Será o *Terceiro Interposto* quem receberá os rendimentos pagos pela última e os repassará ao *Investidor*. É um "diafragma cuja razão de ser não tem qualquer fundo substancial, antes obedeceu ao propósito de auferir vantagens fiscais" (Xavier, 1977/87). O *Terceiro Interposto* é, nos termos de um acordo de bitributação, beneficiário de vantagens tributárias quando da remessa de recursos pela fonte pagadora.

*Fonte* — Será a pessoa física ou jurídica, localizada em um Estado que mantenha, com o Estado do *Terceiro Interposto*, um acordo de bitributação, cujos benefícios convenham ao *Investidor*. A *Fonte* paga ao *Terceiro Interposto* rendimentos cobertos pelo acordo de bitributação.

### 1.3 Plano do Estudo

O presente estudo enfoca os aspectos jurídicos do *Treaty Shopping*, examinando a sua legalidade, em face do direito brasileiro e do Direito Internacional Público, bem como examinando o modo de combatê-lo.

Considerando o intenso debate doutrinário, a respeito do confronto de normas de direito interno com aquelas decorrentes de acordos de bitributação, nosso estudo apresenta as diversas correntes

em que se desdobra a questão, procurando as soluções que se encontrariam em cada uma delas, ainda que não se trate, necessariamente, da linha que seguimos. De todo o modo, buscamos, sempre, deixar clara a nossa opinião sobre as premissas adotadas para cada tratamento do tema.

Embora o *Treaty Shopping* possa afetar três Estados diferentes e diversas etapas, nosso estudo se limitará aos reflexos, no Estado da *Fonte*, quando esta paga um rendimento ao *Terceiro Interposto*, mediante uma estrutura de *Treaty Shopping*. Do ponto de vista brasileiro, trata-se do aspecto da questão que mais pode afetar o país que, na qualidade de nação predominantemente captadora de recursos no exterior, pode ver-se na condição de Estado da *Fonte*, numa situação como as acima descritas.

Iniciaremos com o exame das medidas de direito interno contra o abuso de direito e aquelas específicas contra o *Treaty Shopping* (denominamos "tratamento unilateral"). Nossa análise partirá do direito comparado, sempre confrontando com o direito brasileiro. A questão básica, aqui, será o exame da possibilidade, no sistema jurídico brasileiro, de medidas de direito interno limitarem a utilização de benefícios decorrentes de acordos de bitributação.

No segundo tratamento do tema, que denominamos "global", examinaremos a doutrina, que se vem desenvolvendo na Alemanha, segundo a qual o *Treaty Shopping* seria incompatível com os Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pelas Nações Civilizadas, que fazem parte do direito internacional público. Tal doutrina assume a existência de um princípio geral de direito, aplicável àqueles acordos, que proibiria a prática do *Treaty Shopping*.

Num último tratamento do tema, "bilateral", examinaremos o combate ao *Treaty Shopping* através dos próprios acordos de bitributação. Aqui, serão examinados, também, os progressos que já se efetuaram neste campo e a posição do Brasil.

Na conclusão, apresentamos um resumo do que foi tratado em cada Capítulo deste estudo.

## A CONTENÇÃO DO *TREATY SHOPPING*, ATRAVÉS DE MEDIDAS DE DIREITO INTERNO (TRATAMENTO UNILATERAL)

2.1 Medidas de Direito Interno, contra o Abuso de Direito: 2.1.1 Transformação, adoção e ordem de execução de Acordos de Bitributação; 2.1.2 A Contenção do *Treaty Shopping* a partir de Regras Internas de Interpretação: Exame do Direito Comparado; 2.1.2.1 República Federal da Alemanha e Áustria; 2.1.2.1.1 O Abuso de formas jurídicas; 2.1.2.1.2 O Alcance do § 42 AO a Estruturas formadas no exterior; 2.1.2.1.3 Abuso de formas jurídicas e *Treaty Shopping*; 2.1.2.2 Estados Unidos da América; 2.1.2.2.1 Economia fiscal na jurisprudência; 2.1.2.2.2 *Treaty Shopping* na Jurisprudência; 2.1.2.3 França; 2.1.2.4 Reino Unido; 2.1.2.4.1 Era "Pré-Ramsay"; 2.1.2.4.2 "Doutrina Ramsay"; 2.1.2.4.3 "Furniss V. Dawson"; 2.1.2.4.4 Era "Pós-Furniss"; 2.1.2.5 Argentina; 2.1.2.6 Canadá; 2.1.2.7 Itália; 2.1.2.8 Bélgica; 2.1.2.9 México; 2.1.2.10 Austrália; 2.1.2.11 Japão; 2.1.2.12 Outros Países; 2.1.3 Abuso de formas do Direito Tributário brasileiro; 2.1.3.1 Abuso de Formas e Analogia; 2.1.3.2 Abuso de Formas e Consideração Econômica; 2.1.3.3 Abuso de formas e o art. 51 da Lei 7.450/85; 2.1.3.4 A Jurisprudência; 2.1.3.5 Simulação e *Treaty Shopping*; 2.1.3.6 Conclusão — 2.2 O combate ao *Treaty Shopping* por medidas de Direito Interno; 2.2.1 Oponibilidade de Normas de Direito Interno aos Tratados Internacionais; 2.2.1.1 Monismo x Dualismo; 2.2.1.2 Conflito entre a Lei Interna e os Tratados Internacionais: Direito Comparado; 2.2.1.2.1 Tratado Internacional não reconhecido na Ordem Interna; 2.2.1.2.2 Sistema Britânico; 2.2.1.2.3 Lei e Tratado Internacional em igual posição hierárquica; 2.2.1.2.4 Prioridade de Tratados Internacionais sobre a Lei Interna — Reconhecimento fora da Alçada do Judiciário; 2.2.1.2.5 Tratado Internacional prevalecendo sobre a Lei Nacional — Exame pelo Judiciário; 2.2.1.2.6 Prevalência dos Tratados Internacionais sobre o Texto Constitucional; 2.2.1.3 Conflito entre a Lei Interna e os Tratados Internacionais: Sistema Brasileiro; 2.2.2 Medidas de Direito Interno, contra o *Treaty*

*Shopping*; 2.2.2.1 Medidas no Direito Comparado; 2.2.2.1.1 Suíça; 2.2.2.1.2 Estados Unidos da América; 2.2.2.2 Medidas no Direito Interno Brasileiro; 2.2.2.2.1 Direito Positivo; 2.2.2.2.2 Posição crítica sobre a adoção de Medidas Unilaterais — 2.3 Conclusões.

## 2.1 Medidas de Direito Interno, contra o Abuso de Direito

Em diversos países, uma das formas com que se busca combater o *Treaty Shopping* é o recurso às normas que vedam o abuso do direito. Neste caso, procura-se, através de recursos de interpretação e aplicação do direito, limitar o alcance dos acordos internacionais, de modo que os benefícios por eles proporcionados não possam ser utilizados por pessoas que, de modo imediato, não seriam favorecidas pelo acordo de bitributação mas pretendem sua fruição, através da interposição de terceiros.

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

Deste modo, passamos a examinar, a título preliminar, se os acordos internacionais podem ser considerados como parte do direito interno do Estado contratante e, como tal, sujeitos às normas de interpretação desta órbita jurídica. De imediato, já afirmamos que somente neste caso, é que se poderão utilizar as normas referentes ao abuso do direito, eventualmente existentes nos direitos internos, para a limitação de benefícios decorrentes de acordos de bitributação, já que se os acordos de bitributação não se submeterem às categorias próprias do direito interno, as normas internas referentes ao abuso do direito serão de nenhuma força, diante deles.

Depois deste exame inicial, verificaremos como a questão vem sendo resolvida no direito comparado e, por fim, examinaremos a existência de normas do direito tributário brasileiro que sirvam para a contenção do abuso do direito e que, sendo vencedora a posição segundo a qual os acordos de bitributação se incluiriam no direito interno, poderiam ser utilizadas para a contenção do *Treaty Shopping*.

### 2.1.1 Transformação, Adoção e Ordem de Execução de Acordos de Bitributação

A questão da incorporação dos tratados internacionais em geral ao direito interno de cada Estado contratante é matéria de que se vem ocupando o direito internacional público. As várias manifestações doutrinárias vêm sendo reunidas em torno de duas correntes, a saber, a teoria da “transformação” e a da “adoção”, colocando-se entre ambas, os que defendem a necessidade de uma “ordem de execução”.

Segundo os defensores da teoria da “transformação”, o tratado internacional, quando de sua celebração, não poderia ser aplicado pelos tribunais nacionais, exigindo-se, antes, um processo de “transformação”, através do qual seu texto seria incorporado na ordem interna (Verdross e Simma, 1976/436). O “ato de transformação” modificaria a norma, no que se refere à sua fonte (passaria a ser direito estatal, em vez de direito internacional), seus destinatários (indivíduos, em vez dos sujeitos do direito internacional) e sua estrutura (ordem jurídica de subordinação, em vez de coordenação) (Menzel e Ipsen, 1962/54).

A conseqüência desta corrente doutrinária é que, uma vez concluído o processo de “transformação”, o acordo de bitributação passaria a ter natureza de norma de direito interno e, como tal, sujeitando-se aos critérios de interpretação válidos para qualquer norma interna. Como esclarece Triepel (1923/17), um dos maiores defensores desta corrente, a “apropriação das disposições de direito internacional público pela legislação do Estado não pode ser concebida como simples translação de uma regra do direito internacional para o direito interno”. Haveria, na “transformação”, uma mudança no conteúdo da norma e em seu destinatário. Para Triepel, o tratado internacional não deveria ser visto sequer como uma fonte de direito interno, mas, no máximo, como uma solicitação para a formação deste direito, o qual, sempre, repousaria no Estado.

Contraopondo-se a este pensamento, encontramos os defensores da teoria da “adoção”. Para estes pensadores, o fato de uma norma ser aplicável no direito interno de um Estado contratante não lhe faz perder sua natureza internacional. Deste modo, na lição de Seidl-Hohenveldern (1987/139), o tratado internacional, mesmo quando aplicável pela ordem interna, ainda se submete a critérios de direito internacional, no que se refere à sua entrada em vigor (*Wirksamwer-*

den), sua interpretação (*Auslegung*) e sua rescisão (*Erlöschen*). Daí por que, conforme os defensores da teoria da "adoção", o tratado internacional não deve ser interpretado segundo as normas de direito interno, mas sim do direito internacional público, a cuja ordem eles continuam a pertencer.

A teoria da "transformação" já vem sendo questionada há muito tempo (Kelsen, 1936/5), demonstrando-se que suas premissas carecem de lógica. Seu questionamento, na verdade, acaba por se dar no contexto da discussão maior no direito internacional público, a saber, o "monismo" e o "dualismo", em cujo mérito entraremos mais adiante.<sup>6</sup>

Mesmo no campo do direito tributário internacional, a teoria da "transformação", embora adotada por alguns autores (entre outros, Debatin, 1989/81) e base de decisões das Cortes Constitucional e de Finanças, na Alemanha (Preuninger, 1980/76), já não é mais aceita pela doutrina dominante, no direito comparado. Neste sentido, Vogel (1983/20; 1986/21) esclarece que se a teoria da "transformação" já teve, na Alemanha, aceitação no passado, ela já não vingou, já que não é capaz de explicar por que um tratado internacional, ainda que aprovado pelo órgão legislativo interno, somente entra em vigor a partir de procedimentos exigidos pelo direito internacional público, bem como não esclarece por que um tratado perde sua força internamente, quando é rescindido ou extinto nos termos do direito internacional. Assim, o autor afirma que a teoria da "transformação" já foi abandonada, sendo o consentimento parlamentar visto como um procedimento incluído na própria celebração do tratado internacional. Mössner (1987/5-6), também partidário da teoria da "adoção", sustenta que mesmo os que se apresentam como defensores da teoria da "transformação", como Debatin e Fisher-Zemin, não se baseiam, na realidade, nesta linha. Para Mössner, os autores usam equivocadamente a expressão "transformação", já que os mesmos não divergem, dogmaticamente, dos princípios da teoria da "adoção".

No Brasil, encontramos, defendendo a imediata "adoção" dos tratados internacionais, sem necessidade de "transformação", Alberto Pinheiro Xavier (1977/36-37). De sua validade, enquanto norma internacional, no direito interno, Xavier extrai não só sua supremacia hierárquica, como a possibilidade de o contribuinte invocar direta-

6. V. pp. 88 e ss.

mente o texto do acordo de bitributação e, no que interessa ao presente estudo, que "à interpretação de seus preceitos são aplicáveis as regras de hermenêutica que vigoram quanto aos tratados, e não as que respeitam à legislação interna de cada Estado Contratante."

Contrariando este entendimento, encontramos como defensor da teoria da "transformação", o Prof. Gerd W. Rothmann (s.d./27-32), que vê na obrigatoriedade de promulgação do acordo de bitributação, pelo Presidente da República, contendo norma expressa de execução, a necessidade de "transformação" do tratado em lei interna. Além disso, do próprio princípio da legalidade, decorreria a necessidade de existência de uma "lei interna", o que seria ratificado pelo artigo 96 do CTN, que se refere aos "tratados e convenções internacionais" como parte da "legislação tributária". Neste sentido, seria imprópria a redação do art. 98 do CTN, no que se refere à supremacia dos tratados sobre a "legislação tributária interna", da qual, afinal, eles fariam parte. Como corolário de seu raciocínio, defende Rothmann (s.d./31-32) que os acordos de bitributação devem ser interpretados de acordo com o CTN (legislação interna). Finalmente, Rothmann (s.d./158-164) se vale do próprio texto dos acordos de bitributação, em cujo art. 3.º, § 2.º estaria a remissão à lei interna dos Estados contratantes, para a sua interpretação.

Não podemos acompanhar a defesa da teoria da "transformação".

Com efeito, ao se valer do princípio da legalidade para sustentar a sua posição, Rothmann (s.d. 29) afirma que o art. 97 do CTN reserva à lei a elaboração de normas que afetem diretamente a obrigação tributária. Como os acordos de bitributação contêm, segundo o autor, ao lado de normas de conflitos, outras de natureza material, que introduzem alterações na legislação interna dos Estados, como, p. ex., "a isenção de impostos, a redução de alíquotas, a alteração da base de cálculo, a assim chamada reserva de progressão, etc.", o autor conclui que o acordo de bitributação é lei, no sentido do referido art. 97, já que, de outro modo, "cada uma dessas normas do acordo de bitributação deveria ser introduzida na legislação interna, através de leis ordinárias internas, o que pela prática observada não é o caso".

Em nossa opinião, os acordos de bitributação não introduzem alterações no direito interno material. Se fosse verdade que, através do acordo de bitributação, alíquotas fossem alteradas, não haveria

como se explicar o fato de que, deixando de valer o acordo, as alíquotas presentes no direito material voltariam a valer em sua plenitude. Se estas tivessem sido revogadas pelo acordo de bitributação, passando a valer como direito interno material as alíquotas do acordo de bitributação, a resolução deste (e conseqüentemente, das alíquotas ali previstas) deveria implicar a inexistência de alíquota, nunca a reprivatização daquelas revogadas pelo acordo.

O que se verifica é que o direito material interno dos Estados contratantes não é modificado pelo acordo de bitributação. Num exemplo figurativo, Vogel (1983/27) compara o acordo de bitributação a um modelo, recortado num cartão, o qual é colocado sobre o direito interno, como uma máscara. Os dispositivos do direito material interno que continuarem visíveis (por corresponderem aos buracos recortados no cartão) são aplicáveis; os demais, não. Assim, os acordos de bitributação, em vez de modificar o direito interno, limitam-se a restringir a sua aplicação aos casos por ele contemplados (Knechtle, 1976/188-189). É inexato, p. ex., dizer que o acordo de bitributação fixa alíquotas. Esta matéria é de competência da lei (art. 97 do CTN). No texto dos acordos, verifica-se que estes apenas restringem a tributação, fixando alíquotas máximas. Se é exato dizer que os acordos limitam a aplicação da lei, não se deve dizer que eles a substituem, já que, inexistindo lei interna, não há tributação, ainda que prevista no acordo (Vogel, 1983/23).

Tampouco merece prosperar a argumentação de que o próprio texto dos acordos de bitributação (art. 3, § 2, do modelo da OCDE) prevendo sua interpretação pelo direito interno, confirma a teoria da "transformação". Primeiramente, se esta afirmativa fosse exata, ela corroboraria o entendimento de que os acordos não se "transformam" em direito interno, podendo esta norma, igualmente, significar que, por não serem "transformados", os acordos de bitributação necessitam de cláusula "transportando" os meios interpretativos do direito interno para a órbita internacional.

Entendemos que o alcance do art. 3, § 2, do modelo da OCDE não é, entretanto, tão grande, como fazem crer os que vêem no dispositivo uma remissão irrestrita à interpretação segundo critérios da *lex fori*. Como mostra Vogel (1983/156 e ss.), seu alcance é limitado à determinação do significado de uma expressão, não definida no acordo de bitributação. Ainda assim, o recurso às normas do direito interno se limita àquelas referentes aos impostos de que é objeto o acordo (e não às regras interpretativas,

em geral) e apenas se o contexto não impuser interpretação diferente. Assim, o § 2 do art. 3 do modelo da OCDE não autoriza o uso das regras interpretativas do direito interno, mas apenas a busca limitada do significado de expressões empregadas no acordo de bitributação (idem, Mössner, 1987/18; contra Kluge, 1985/96, Diehl, 1978/517).

No entanto, são inegavelmente procedentes os argumentos de Rothmann, no que se refere à exigência do Decreto presidencial, para que o ato internacional passe a ser aceito imediatamente, descartando-se, pois, a teoria da "adoção" na sua forma "pura".

Não obstante, tal argumentação não leva à aceitação da teoria da "transformação" mas à escola dos que defendem a obrigatoriedade de uma "ordem de aplicação" (*Anwendungsbefehl* — Vogel, 1968/429). Segundo esta doutrina ("teoria da execução" — *Vollzugstheorie*), o "ato de execução" teria unicamente o significado de liberar a aplicação, no interior do Estado, da norma de Direito Internacional, sem por isso modificar seu fundamento de validade, seus destinatários e seu contexto sistêmico (Menzel e Ipsen, 1962/55-56; Preuninger, 1980/74-75). Trata-se, pois, de uma *ampliação do campo de aplicação* (Mössner, 1991/246) da norma, que passa a ser obrigatória, *também*, nas relações internas.

Também é esta a conclusão de Lang (1991a/20). Este autor, ao estudar o tema dos acordos de bitributação, defende que estes devem passar por uma "transformação". No entanto, a "transformação" a que o autor se refere não acarretaria qualquer modificação na natureza do acordo, enquanto fonte jurídica (*ein völkerrechtlicher Vertrag durch die Übernahme in die innerstaatliche Rechtsordnung (erfährt) keine Änderung seiner Rechtsquellenqualität*). A nosso ver, é imprópria a denominação "transformação" para o fenômeno, já que o termo deve ser guardado para a corrente que defende uma mudança na natureza jurídica do acordo. Lang, ao contrário, afirma que o acordo de bitributação, apesar da "transformação", continua internacional, apenas passando a valer, também, na ordem interna.

Efetivamente, não nos parece que o fato de o Presidente da República determinar que seja cumprido o acordo de bitributação, tal como se lê no texto publicado caracterize, necessariamente, uma "transformação" em direito interno. Trata-se, antes, de uma ordem de execução, (*Vollzug*) do acordo, no direito interno. Não implica, pois, sua perda de natureza.

É claro que, com isso, não estamos ratificando o entendimento de Xavier (1977/37), segundo o qual os acordos de bitributação entram em vigor na ordem interna imediatamente. Como bem esclareceu Rothmann (s.d./27), a ordem de execução é procedimento exigido, para que se dê a obrigatoriedade do acordo.

Não concordamos, na lição de Rothmann, que o acordo de bitributação, a partir da ordem de execução, dada pelo Presidente da República, tenha sido “transformado”, adquirindo natureza de lei interna. Em nosso entender, apesar da ampliação do campo de aplicação dos acordos de bitributação, estes mantêm, sempre, sua natureza internacional e segundo esta ordem, é que devem buscar sua validade e interpretação. Daí nossa opção pela “teoria da execução” (*Vollzugstheorie*).

Na verdade, o que se verifica, modernamente, é uma coincidência entre as correntes, no que se refere à interpretação. Assim, Bleckmann (1975/290), criticando a teoria da “adoção” e mesmo a “ordem de aplicação”, e manifestando seu entendimento, no sentido de que os acordos internacionais são “transformados” em direito interno, afirma que, na “transformação”, o legislador teria desejado a aplicação do tratado, internamente, de igual modo como ele vale na órbita internacional. Assim, o autor acaba por concluir que as regras de interpretação do direito internacional são válidas no direito interno, aplicando-se as próprias deste, apenas, a nível subsidiário. Também se referindo a uma “transformação” dos acordos de bitributação em direito interno, mas defendendo a aplicação do direito interno, apenas, de modo subsidiário, encontramos Strobl (1988/640 e 642), que baseia sua afirmação em vasta jurisprudência alemã.

No mesmo sentido, ensina Mössner (1977/57-58) que os defensores da teoria da “transformação”, verificando que seu raciocínio levaria a resultados absurdos (*ungereimten Ergebnissen*), passaram a incluir em sua escola uma série de condições (*Bedingungen*) e argumentos auxiliares (*Hilfsargumenten*), de modo que, no seu resultado final, já não mais difeririam da teoria da “adoção” ou da “Ordem de Execução”. Partsch (1987/250-251) dá por quase desaparecida a corrente segundo a qual os tratados internacionais deveriam ser interpretados, na ordem interna, de acordo com os princípios desta ordem, sendo uma regra quase universal, sua interpretação de acordo com os princípios desenvolvidos no direito

internacional público. No Brasil, verificamos que Rothmann (s.d./33-34), embora defenda a teoria da “transformação”, manifesta-se que não há necessidade de “transformação” das “normas gerais de Direito Internacional Público (...) tendo as mesmas primazia sobre a lei, fazendo nascer diretamente direitos e obrigações para os habitantes do Estado”, posto serem “de aceitação praticamente universal”.

No que se refere à interpretação, incluímo-nos entre aqueles que julgam que os acordos de bitributação devem ser aplicados segundo as regras válidas no direito internacional público. O único limite ao emprego de tais normas é o imposto pelo respeito à Constituição, cujas normas devem ser respeitadas pelo aplicador da lei, ainda que este se valha do direito internacional.

De todo modo, confirmando o que já foi acima dito, quanto ao desenvolvimento da disputa teórica, na órbita internacional, constatamos que, também no que se refere à doutrina pátria, não há muita divergência, entre os critérios para a interpretação dos acordos, a partir da teoria da “transformação” ou da “adoção”.

Com efeito, mesmo adotando a teoria da “transformação”, verifica-se que Rothmann (s.d./35) não conclui pela perda da natureza contratual dos acordos internacionais: “5. o tratado é interpretado: a) conforme as regras de interpretação dos atos jurídicos, tendo em vista sua natureza de tratado no plano internacional, e b) conforme as regras de interpretação de leis, considerando sua natureza de lei especial interna”.

O autor, embora exigindo o respeito às normas de direito interno, no que se refere à interpretação dos acordos de bitributação, não abdica daquelas de direito internacional. O recurso às normas do direito interno, para a interpretação dos tratados internacionais, em complementação àquelas do Direito Internacional é, aliás, também defendido por Wengler (1964/365), que propõe que se deve procurar uma interpretação que concilie os princípios do direito internacional, com aqueles do direito interno.

O que não fica claro, entretanto, é a existência, ou não, de prevalência de um critério sobre o outro. Em outras palavras: havendo uma interpretação razoável, a partir do direito dos tratados (direito internacional público), deve o intérprete socorrer-se, também, da legislação interna?

Bleckmann (1975/290) responde negativamente: tendo o tratado sido “transformado” com idêntico conteúdo que o existente no direito

internacional, não de prevalecer as regras de interpretação deste (que também teriam sido, simultaneamente, "transformadas"), somente cabendo o recurso às normas de direito interno, quando nenhuma solução satisfatória fosse encontrada, a partir do próprio direito internacional.

Do mesmo modo, a Corte Fiscal alemã, que tradicionalmente adota a teoria da "transformação" (Preuninger, 1980/76), já decidiu que: "Deve-se partir de que o direito interno, de um lado, e o direito da bitributação (*Recht der Doppelbesteuerung*), de outro, são duas esferas jurídicas que se encerram em si mesmas (*zwei in sich geschlossene Rechtskreise*), tendo suas próprias delimitações e conceituações. Daí, segue que o direito da bitributação não complementa o direito interno, nem cria categorias de tributação desconhecidas pelo direito interno; ao contrário, (o direito da bitributação) determina qual, dentre várias competências tributárias colidentes, deve ser afastada. A autonomia do campo normativo de um acordo de bitributação impõe que conceitos (por ele empregados) cuja definição não esteja no próprio acordo sejam determinados através da interpretação a partir de sua finalidade, dentro de seu contexto. O recurso ao direito interno somente será permitido e obrigatório, quando for impossível uma interpretação, a partir do próprio acordo" (Weber-Fas, 1978/121).

Argumenta Spitaler (1936/562-563) que, ao celebrar um acordo de bitributação, o Estado renuncia a dispor autonomamente sobre as regras para a limitação de seu direito tributário material, comprometendo-se com o outro Estado a estabelecer em conjunto sobre tais limites. Ao mesmo tempo, o outro Estado também já não regula autonomamente certos limites de seu direito tributário material. Assim, a fim de se alcançarem os objetivos do acordo de bitributação e facilitar ao máximo sua aplicação, os conceitos empregados no acordo devem ser buscados nele mesmo ou em seu Protocolo final. Não sendo isso possível, deve-se buscar uma interpretação igual em ambos os Estados. Somente na impossibilidade de uma interpretação comum, é que se deve utilizar, em caráter subsidiário, a lei nacional.

Também para Lang (1991a/23), a busca do significado de um termo, no "direito da bitributação", deve ser completamente isolada do direito interno. Justificando sua afirmação, o autor afirma que um termo deve ter seu significado extraído do contexto em que está

inserido. Se uma mesma expressão é encontrada no direito interno e no da bitributação, a autonomia das esferas jurídicas exige que não necessariamente lhe seja dado, em ambos os casos, o mesmo significado.

Assim, seja para os defensores da teoria da "adoção", seja para os que acreditam ocorrer uma "transformação" em direito interno, prevalecem, na interpretação dos tratados internacionais (nos quais se incluem os acordos de bitributação: Rothmann, s.d./15), as regras do Direito Internacional Público.

Em conseqüência, as normas de direito interno, referentes à interpretação de regras tributárias têm, no máximo, um caráter subsidiário em relação às regras de Direito Internacional (Davies, 1985/52).

Deve, portanto, o intérprete buscar primeiramente a solução no direito internacional público, sendo subsidiárias as normas de direito interno, no que se refere ao abuso de normas de acordos de bitributação.

Ratifica esta conclusão a autoridade de Vogel (1985/378), para quem, superada a teoria da "transformação", o tratado internacional passa a ser visto, na ordem interna, como *lex specialis* e, como tal, superior ao próprio Código Tributário alemão. Deste modo, a não aplicação de normas incluídas em acordos internacionais somente poderia decorrer do próprio Direito Internacional Público.

Nossa posição não nos desobriga, entretanto, do exame da solução da questão do *Treaty Shopping*, a partir das regras de abuso de direito, nos ordenamentos internos. Este exame nos parece necessário, primeiramente, porque, como mostrado, parte da doutrina entende que as regras de direito interno têm importância (ainda que secundária) na interpretação dos tratados internacionais. Além disso, verificaremos que, de fato, há, no direito comparado, casos de aplicação de normas internas sobre o abuso de direito, para a contenção do *Treaty Shopping*. Finalmente, porque entendemos que um estudo que verse sobre o planejamento fiscal internacional não pode fugir à responsabilidade de examinar como o direito brasileiro trata a questão da elusão<sup>7</sup>/evasão fiscal e os limites do nosso direito, no que se refere ao tema.

7. Embora o "Vocabulário Ortográfico Brasileiro" desconheça o termo "elusão", adotamo-lo, para nos referirmos ao ato ou efeito de eludir. O termo é, de resto, amplamente empregado pela doutrina.

### 2.1.2 A Contenção do Treaty Shopping a partir de Regras Internas de Interpretação: Exame do Direito Comparado

Em diversos países, a questão do *Treaty Shopping* tem sido objeto de manifestações doutrinárias e pretorianas, a partir de critérios de interpretação de normas do direito interno e, em especial, do abuso do direito. Passamos a examinar a evolução desta corrente.

#### 2.1.2.1 República Federal da Alemanha e Áustria

2.1.2.1.1 O Abuso de Formas Jurídicas — No campo tributário, a questão do abuso do direito, na Alemanha, é objeto de regulamentação pelo § 42 do seu Código Tributário (“Abgabenordnung” — 1977 — AO), que assim dispõe: “A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas. Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos, tivesse sido adotada a forma jurídica adequada” (Schmidt et alii 1978/17)

Referida norma (§ 42 AO), na autorizada lição de Tipke e Kruse (1988/71), determina que, na aplicação da lei tributária, não se limite o intérprete ao seu texto, mas procure sua finalidade (*Zweck*). Note-se, de imediato, que não se trata de uma norma que anula os efeitos da estrutura criada pelo contribuinte e, por isso, não trata de casos de simulação. Antes, permite a adoção da referida estrutura mas confere-lhe efeitos equivalentes aos que se dariam, se fosse adotada a estrutura “adequada” (Hübschmann, Hepp e Spitaler, 1989/§42-5). Aliás, não é demais mencionar que o *Treaty Shopping* não se confunde com a simulação. Como mostraremos oportunamente,<sup>8</sup> no *Treaty Shopping*, os efeitos da estruturação jurídica escolhida pelos contribuintes são desejados.

Na Áustria, o § 22 de seu Código Tributário (BAO) inclui norma semelhante à do § 42 AO, valendo para aquele país o raciocínio empregado no estudo do sistema alemão.

Exatamente da existência de norma relativa ao abuso, é que se extrai, na doutrina de fala alemã, uma diferenciação entre a economia fiscal (*Steuervermeidung*) e a elusão<sup>9</sup> fiscal (*Steuerumgehung*), reservando-se o primeiro termo para a economia de imposto

8. Cf. *infra* p. 85.

9. Cf. nota *supra* n. 7.

lícita (não abusiva) (Tipke e Kruse, 1988/72; Schlegel, 1946/106-107).

Fala-se em abuso de formas jurídicas quando a estrutura adotada pelo contribuinte não é adequada (*angemessen*), em relação a seus pressupostos econômicos (Hübschmann, Hepp e Spitaler, 1989/§42-10). Há o abuso, portanto, quando a situação se conforma a um exame literal da norma, mas não se alcança a função da regra jurídica (*ibd.*, 11).

O § 42 AO alcança, conforme se verifica na recente jurisprudência alemã, as estruturas criadas pelo contribuinte que não encontrem motivos econômicos, ou quaisquer outras causas relevantes para a sua composição, senão a redução da carga tributária daí decorrente (Rothmann e Paciello, 1988/399).

Mencione-se que, mesmo na doutrina alemã, já se alerta que nem toda estrutura incomum (*ungewöhnlich*) é inadequada (*unangemessen*). A escolha de um caminho inusitado serve de indício para a sua inadequação, mas não é, de qualquer modo, decisivo. O que importa é a busca de um sentido econômico (ou qualquer outro sentido) para a estrutura, diverso da mera economia fiscal daí decorrente (Hübschmann, Hepp e Spitaler, 1989/12). Tal entendimento também já é confirmado por jurisprudência antiga do Tribunal Fiscal Alemão, cuja II turma assim declarou: “Considerando que é permitido, em princípio, ao contribuinte, estruturar suas relações jurídicas como prefera e, especialmente, de modo a conseguir a menor carga fiscal, somente se poderá falar em abuso de formas jurídicas (...) quando não só o objetivo econômico tenha sido alcançado por meio de uma forma inusual, mas é decisivo que por esta estrutura se tenha alcançado um resultado fiscal que, considerando o objetivo e sentido da norma, seja reprovável. (...) o abuso das formas jurídicas e, principalmente, a intenção de elusão<sup>10</sup> fiscal devem ser claramente comprovados” (BStBl 1966, III/509-511).

Mais recente, a decisão da IV turma: “O abuso das formas jurídicas dá-se, entre outros casos, quando é escolhida uma estrutura que, tendo em vista o fim objetivado, revela-se inadequada (*unangemessen*) e, portanto, incomum (*ungewöhnlich*), devendo servir para a redução da carga tributária, não se explicando por motivos econômicos ou por outros fundamentos, que não os de natureza tributária” (BStBl 1981, II/223-225).

10. Cf. nota *supra* n. 7.

2.1.2.1.2 *O Alcance do § 42 AO a Estruturas Formadas no Exterior* — Da existência de uma norma relativa ao abuso de formas jurídicas, na Alemanha e na Áustria, não decorre, de imediato, a sua aplicabilidade a estruturas jurídicas “abusivas” formadas no exterior.

Com efeito, sendo o § 42 AO (ou o § 22 BAO, na Áustria) uma norma de direito interno, há que se examinar seu alcance, i.e., se seria possível aplicá-la a abusos de formas jurídicas em geral, ocorridos no exterior.

No campo da bitributação internacional, a Corte Fiscal Alemã já, em 1973,<sup>11</sup> firmou posição sobre o assunto, manifestando-se que, na interpretação de acordos de bitributação, devem considerar-se o direito interno e o “direito da bitributação”, duas esferas autônomas (*zwei in sich geschlossene Rechtskreise*), com conceitos e limites próprios, de modo que os conceitos utilizados nos acordos internacionais devem ser buscados no seu texto, somente se admitindo o recurso ao direito interno, no caso de não ser possível uma interpretação a partir do próprio acordo (*BSiBl* II 1973, p. 810). Com base nesta decisão, Piltz (1986/9-10) sustenta que o § 42 AO não se aplica aos casos de abusos de acordos de bitributação, ressaltando, no entanto, que tal entendimento somente se aplica, caso no próprio acordo se encontre uma solução diversa da legislação interna, para os casos de abuso. Em nosso entender, tal ressalva não decorre do julgado da Corte alemã, caracterizando opinião própria do autor.

Quanto à aplicação do § 42 AO aos acordos de bitributação, Vogel (1985/379) se manifesta no sentido de que normas de direito interno referentes à elusão<sup>12</sup> fiscal não podem implicar não aplicação dos acordos de bitributação, declarando que tais normas somente valem para a legislação tributária interna: *Umgehungsvorschriften des innerstaatlichen Rechts gelten eben auch nur für die Steuernormen des innerstaatlichen Rechts*. Na verdade, Vogel defende a proibição do *Treaty Shopping* a partir do próprio direito internacional público, conforme se verá no próximo Capítulo.

A questão da extensão do disposto no § 42 AO aos acordos de bitributação chegou aos tribunais quando do exame da licitude da criação de “sociedades-base”, i.e., a criação de pessoas jurídicas em diversos territórios, sujeitos a ordenamentos tributários distintos,

11. Cf. *supra* p. 82.

12. Cf. nota *supra* n. 7.

a fim se obter menor tributação que a decorrente de uma atividade desenvolvida dentro das fronteiras de um só Estado (Xavier, 1977/69-70).

Especificamente, contribuintes alemães passaram a constituir sociedades de investimentos (*holdings*) em países com baixa tributação, encarregadas, exclusivamente, de receber os frutos dos investimentos dos contribuintes, retendo-os ou reaplicando-os, sem que chegassem às mãos dos primeiros investidores que, assim, escapavam da pretensão tributária do fisco alemão.

Em julgamento ocorrido em 21.1.76 (*BSiBl* 1976 II, pp. 513 a 515), a I turma da Corte Fiscal Alemã examinou o caso de uma sociedade, constituída na Suíça, cujos sócios eram alemães. Referida sociedade pleiteava a proteção do acordo de bitributação celebrado entre a Alemanha e a Suíça, sobre o rendimento de sua participação em empresas situadas na Alemanha. Concluiu o tribunal que ocorre a hipótese descrita em lei como abuso de formas jurídicas, quando se cria uma “sociedade-base” no exterior, cuja fundação não apresenta motivos de ordem econômica, ou de outra natureza, e que não desenvolve qualquer atividade econômica. Em decisão de 5.3.86 (*BSiBl* 1986, II/496-499), a I turma da mesma Corte esclareceu que caso a “sociedade-base” desenvolva atividades econômicas no exterior, ou tenha qualquer fundamento para a sua existência, não há que se falar em abuso.

Já do exposto, verifica-se que a jurisprudência alemã indicava, no caso das “sociedades-base”, que 1) é possível se falar em abuso de formas jurídicas (e, portanto, aplicar-se o direito nacional) para estruturas internacionais, inclusive no que se refere à aplicação de acordos de bitributação, mas; 2) somente em casos extremos, é que se pode falar em abuso.

2.1.2.1.3 *Abuso de formas jurídicas e Treaty Shopping* — Referindo-se à jurisprudência austríaca sobre “sociedades-base”, Loukota (1989/209, 1990/4) julga que esta se estende aos casos de *Treaty Shopping*. Tal entendimento é contestado por Lang (1991/55-56), sob o fundamento de que a Corte, quando recusa a aplicação de dispositivos de acordos de bitributação a “sociedades-base”, inicia pela negação da personalidade jurídica destas, perante o direito austríaco. O mesmo pressuposto não é válido, segundo o autor, no caso de *Treaty Shopping*, inexistindo, portanto, base para a aplicação

da referida jurisprudência ao caso. Não há notícia de precedente jurisprudencial, na Áustria, específico para o *Treaty Shopping*.

No que se refere à Alemanha, o *Treaty Shopping* foi, pela primeira vez, objeto de exame por parte dos tribunais, num caso que se tornou conhecido como "Quinteto".

Conforme o art. 13 do acordo de bitributação celebrado entre a Alemanha e a Holanda em 16.6.59, os dividendos remetidos por residentes de um Estado contratante, a residentes em outro Estado contratante, não poderiam ser tributados pelo primeiro (Estado da *Fonte*) em alíquota superior a 15%. No entanto, o Protocolo final anexado àquele acordo dispunha que, enquanto vigorasse, na Alemanha, imposto maior sobre os dividendos distribuídos que sobre os acumulados, a tributação das remessas de dividendos a residentes na Holanda poderia alcançar até 25 %, caso a investidora possuísse mais de 25% do capital votante da empresa pagadora dos rendimentos. Deste modo, uma empresa com uma participação minoritária sofreria menor tributação que aquela que detivesse mais de um quarto do capital votante.

Nestas circunstâncias, uma sociedade holandesa, que possuía participação significativa em uma empresa alemã, constituiu, na Holanda, uma subsidiária, a quem foram conferidas ações representando 23 1/2 % do capital votante da empresa alemã, restando para a Investidora outros 24% das ações com direito a voto. O fisco alemão considerou haver um abuso de formas jurídicas e, com base no § 42 AO, pretendeu exigir o imposto como se a Investidora ainda tivesse participação significativa no capital da empresa distribuidora dos dividendos.

A I turma da Corte Fiscal alemã decidiu, em julgamento de 13.9.72, que o texto do acordo não compreendia as participações indiretas no capital da empresa distribuidora e, portanto, julgou ser a remessa sujeita à proteção do acordo de bitributação. No que se refere ao abuso de formas jurídicas, nota-se que o tribunal não se manifestou sobre a aplicabilidade do § 42 AO aos acordos de bitributação, optando por afastar a própria hipótese do abuso, no caso, e declarando que os investidores têm, em princípio, o direito de estruturar suas relações jurídicas como melhor lhes convier, inclusive do ponto de vista fiscal (*BSiBl* 1973, II/57-59). O assunto se tornou matéria de jurisprudência pacífica na Alemanha (*Mössner*, 1991/302).

Foi no caso "Mônaco", entretanto, que a questão do *Treaty Shopping* foi examinada com maior vagar pela Corte Fiscal alemã.

Uma sociedade constituída sob as leis de Mônaco (*Investidor*), pretendendo efetuar um investimento na Alemanha (*Fonte*), constituiu uma sociedade de capital (*Kapitalgesellschaft*) na Suíça (*Terceiro Interposto*), a qual, por sua vez, efetuou o investimento na Alemanha. Se o investimento tivesse sido feito diretamente, pelo *Investidor*, o imposto alemão sobre a remessa de dividendos seria mais alto que aquele a que se submeteriam as remessas protegidas pelo acordo de bitributação celebrado entre a Alemanha e a Suíça, datado de 1931.

Neste julgamento, a I Turma daquela Corte foi clara, ao enunciar: "A constituição de uma sociedade de capital no exterior, por um estrangeiro, é pressuposto que não afeta o direito tributário interno, e a presente decisão se abstém de examinar se houve um abuso de formas ou de estruturas do Direito Civil (§ 6 Abs. 1 da Lei de Adaptação Fiscal — *StAnpG*) ou de formas jurídicas (§42 AO)." (*R/W*, fev.82, pp. 135 a 139).

No exame da íntegra da referida decisão, verifica-se que a Corte confirma que o § 42 AO se aplica no campo dos acordos de bitributação. Entretanto, os critérios não são os mesmos, caso se trate de um contribuinte sujeito à tributação sobre sua renda global (*unbeschränkt Steuerpflichtiger* — sujeição ilimitada) ou apenas tributado sobre os rendimentos produzidos no território alemão (*beschränkt Steuerpflichtiger* — sujeição limitada) (*Becker*, 1985/187). Como regra, estão sujeitos à tributação limitada as pessoas que não são residentes ou sediadas na Alemanha, mas que recebem rendimentos produzidos naquele país. Assim, o *Terceiro Interposto*, sociedade de capital, constituída de acordo com as leis da Suíça, somente está sujeito à pretensão do fisco alemão, sobre os rendimentos (dividendos) oriundos da Alemanha, não sobre sua renda total.

Segundo *Becker* (1985/190), a diferenciação efetuada pela Corte se fundamenta no fato de que a sujeição limitada é claramente menor que a ilimitada. Se o fisco tem menor pretensão tributária sobre os contribuintes sujeitos à tributação limitada, *Becker* entende que esta menor pretensão não pode ser indiferente à disciplina do abuso do direito. Deste modo, quanto menor a responsabilidade tributária, maiores devem ser os indícios exigidos para que se configure o abuso. Segundo o raciocínio do autor, se o Estado optou por limitar a sua pretensão tributária, deve o intérprete ser muito cuidadoso, ao aplicar a regra do § 42 AO. Tal entendimento é

apoiado por Egon Schlütter, para quem o abuso só se pode configurar quando, antes, está bem definido o que é uma “estrutura jurídica adequada” (*angemessene rechtliche Gestaltung*) e o espectro de opções “adequadas” é bem mais amplo, quando se trata de contribuintes com sujeição tributária limitada, já que está em jogo a aplicação de regras de mais de um ordenamento jurídico (Vogel (org.), 1985a/265).

Igualmente entendendo que as regras de direito interno, referentes ao abuso do direito, não se devem estender aos casos de *Treaty Shopping*, encontramos o autor austríaco Michael Lang (1991/58), que chama a atenção para o fato de que a norma referente ao abuso (§ 22 BAO) é incompatível com os acordos de bitributação, já que estes visam a restringir o campo de aplicação do direito tributário interno, enquanto a primeira procura ampliar o seu alcance.

Também aprovando a decisão da Corte Fiscal alemã, encontramos a opinião de Georg Crezelius (1984/534), para quem o § 42 AO tem efeito de analogia. Deste modo, não se pode, através do § 42 AO, ir além do alcance da lei que se pretende aplicar analogicamente. Ora, se, no caso, se pretendia aplicar a norma de tributação com sujeição limitada, conclui o autor que a aplicação do § 42 AO deve cingir-se a iguais limites, isto é, não pode ultrapassar as fronteiras do território alemão. Em virtude do princípio da territorialidade da tributação, manifesta-se Crezelius no sentido de que a lei tributária alemã somente poderia alcançar os fatos ocorridos no exterior, se os mesmos tivessem alguma relação econômica (*wirtschaftliche Zugehörigkeit*) com a Alemanha. Inexistindo tal relação, o fato não é alcançado pela lei tributária alemã e, por conseguinte, também é indiferente para o § 42 AO.

Becker continua seu raciocínio (1985/191), mencionando que um acordo de tributação não pode ter parâmetros de interpretação próprios do direito interno. O § 42 AO tem por fundamento a igualdade entre os contribuintes, justificando-se por buscar evitar que contribuintes com igual capacidade contributiva se sujeitem a tributação diferenciada. Para Becker, tal critério (justiça tributária) não serve de base para a interpretação dos acordos de bitributação, que são redigidos com base em parâmetro diverso, i.e., o equilíbrio de interesses entre os Estados contratantes.

Assim, afirma Becker que os acordos de bitributação devem ser tomados tal como se lêem. Se o art. 1.º do acordo dispõe que

este alcança as pessoas sediadas nos Estados contratantes, e se o terceiro interposto está sediado no Estado contratante, não há que se questionar a que tributação está o mesmo sujeito, decorrendo isto claramente do acordo.

Em outra oportunidade, Becker menciona que o direito dos acordos de bitributação deve ser visto como *lex specialis*, em relação ao direito interno e, deste modo, é no acordo que se deve verificar se houve abuso. Não se prevendo, no acordo de bitributação, hipótese de abuso, aplica-se seu texto e se afasta qualquer consideração referente ao direito interno. Portanto, já a partir do acordo, se exclui a possibilidade de exame do abuso de direito, nos termos do § 42 AO, o qual, como direito interno, não se aplica a casos que, pelo texto do acordo, são excluídos de sua esfera de atuação (Gaddum, Hofmann *et alii*, 1985/63).

A seu raciocínio, Becker (1988/383-385) acrescenta o fato de que a própria OCDE (1987/101) já se manifestou no sentido de que, na ausência de cláusula específica sobre o uso impróprio dos acordos de bitributação, os Estados são obrigados a aplicá-los, com base no Princípio *pacta sunt servanda*: “43. Os acordos de bitributação existentes podem ter cláusulas de salvaguarda, contra o uso impróprio de seus dispositivos. Onde não haja disposição semelhante, os benefícios do acordo devem ser concedidos, por força do princípio “*pacta sunt servanda*”, ainda que isto seja considerado impróprio.”

Por estes fundamentos, Becker aplaude a decisão da Corte Fiscal alemã, concluindo que, a partir do ordenamento em vigor e dos acordos celebrados, não há fundamento jurídico para que a extensão dos benefícios de acordos de bitributação, através da interposição de terceiros, possa ser considerada abusiva. Ao contrário, considera o *Treaty Shopping* legal e legítimo (1985/193).

Igualmente em claro apoio ao entendimento da Corte Fiscal alemã, encontramos a autoridade de Mössner (1986/213), para quem é altamente problemática qualquer consideração sobre o abuso do direito, no campo dos acordos de bitributação. Segundo este autor, a OCDE, ao incluir em seu modelo de acordo de bitributação, a noção de “beneficiário efetivo”,<sup>13</sup> ou, na terminologia alemã, “com direito à fruição” (*Nutzungsberechtigung*) do rendimento, excluiu qualquer questionamento sobre ter o contribuinte direito ao próprio

13. V. discussão mais detalhada, sobre o conceito de “beneficiário efetivo” e *Treaty Shopping* *infra*, p. 156.

acordo (*Abkommensberechtigung*), de modo que, no texto do acordo, o "beneficiário efetivo" é, sem qualquer outra ordem de consideração, "beneficiário do acordo".

Discordando do entendimento da I Turma da Corte Fiscal alemã, apresenta-se Wassermeyer (1985/71), juiz daquela Corte e docente da Universidade de Bonn, que se manifesta no sentido de que o § 42 AO vale para todo o Direito Tributário, inclusive para as normas relativas à sujeição limitada, não se podendo, a partir do texto desta norma geral, fazer qualquer diferença entre sujeição limitada ou ilimitada. Deste modo, o autor não vê fundamento para se dizer que os limites da liberdade de estruturação jurídica, impostos para os contribuintes com sujeição passiva limitada, sejam diferentes daqueles a que se submetem os demais contribuintes. Em nosso entender, Wassermeyer ignora, em seu raciocínio, o que foi bem defendido por Becker e Crezelius, no sentido de que a norma de efeitos analógicos não pode ultrapassar os limites impostos à própria norma que se pretende aplicar analogicamente (no caso, as barreiras do princípio da territorialidade).

Possivelmente, o maior argumento que se poderia apresentar para contestar a afirmação de que na Alemanha, a jurisprudência entende não ser aplicável o § 42 AO ao *Treaty Shopping*, é a decisão da IV turma da Corte Fiscal Alemã, que confirmou a ocorrência do abuso (*BStBl* 1984 II/605 a 607).

Uma sociedade em nome coletivo (OHG), constituída na Alemanha, tinha por sócios duas pessoas físicas holandesas. Esses sócios constituíram uma S/A na Suíça (AG) que, nos termos do acórdão, era uma mera "sociedade de domicílio" (*Domizilgesellschaft*), não possuindo empregados nem uma linha telefônica própria. A AG adquiriu a participação oculta na OHG. Nos termos do direito alemão, uma sociedade em nome coletivo pode considerar despesa dedutível do lucro sujeito ao imposto de renda, os juros e lucros pagos ao sócio oculto, mas não aos sócios ostensivos. A estruturação ocorrida no exterior foi considerada abusiva, nos termos do § 42 AO, desconsiderando-se a existência da AG e sendo os rendimentos tratados como pagamentos aos sócios ostensivos e, portanto, indedutíveis do lucro tributável.

Segundo a IV turma da Corte Fiscal, o entendimento da I turma, segundo o qual "a fundação de uma empresa no exterior, por estrangeiros, não é matéria alcançada pelo direito interno" é excepcionada (*obiter dictum*), no caso de haver uma consequência (uma relação) no direito interno.

Além disso, segundo o acórdão ora em exame, o princípio da igualdade não admitiria que se considerasse a ocorrência do abuso para nacionais e, em iguais circunstâncias, se deixasse de aplicar o § 42 AO para contribuintes com sujeição limitada.

O argumento da IV Turma, relativo ao princípio da igualdade é diretamente rebatido por Kilius (1985/19-23), que, citando jurisprudência de 1963, demonstra que residentes e não residentes são diferentes e, por isso, é inaplicável o princípio da igualdade, no caso de diferenciação. A tal argumento se poderia somar o de Becker, acima referido<sup>14</sup> sobre a inaplicabilidade de critérios de justiça aos acordos de bitributação.

Ainda segundo Kilius, não se há de dar importância ao fato de a empresa não ser operativa ("sociedade de domicílio"), pois, se isso fosse um aspecto decisivo, diversas empresas multinacionais, com filiais espalhadas por todo o mundo, seriam incluídas no § 42 AO, ou seriam obrigadas a colocar uma empresa operativa, intermediando sua participação numa afiliada alemã.

Elucidativo, no caso, o esclarecimento de Becker (1988a/136), que menciona que o caso examinado pela IV turma não é de *Treaty Shopping*, mas de *Corporation Shopping*, já que a Corte chegaria a igual resultado se a sociedade interposta não tivesse sido estabelecida em um país signatário de um acordo de bitributação (Suíça), mas na própria Alemanha. Como lembra o autor, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa interposta nada teve a ver com o acordo de bitributação e a estrutura não foi criada para o fim de se valer de benefícios do acordo, mas para benefícios da própria legislação interna alemã.

Além disso, Becker acrescenta que, se a questão envolvesse o acordo de bitributação, a IV turma da Corte Fiscal alemã se declararia incompetente, eis que se trata de matéria exclusiva da I turma daquela Corte. Assim, conclui o autor que o precedente não deve ser considerado e, em face da jurisprudência alemã, o *Treaty Shopping* não é considerado abuso, sujeito às regras do § 42 AO. Wolff (1989/142) e Runge (1987/172) confirmam o entendimento de que o *Treaty Shopping* não se considera entre as hipóteses de abuso, na Alemanha. Também Mössner (1984/917-924) tece críticas semelhantes ao julgado da IV turma da Corte Fiscal alemã, contestando, no próprio mérito, o entendimento da ocorrência do abuso.

14. Cf. *supra* p. 46.

Deste modo, podemos concluir que, na jurisprudência alemã, está aceito o entendimento de que o *Treaty Shopping* não se submete às regras gerais referentes à proibição de abuso do direito.

### 2.1.2.2 Estados Unidos da América

A disciplina do *Treaty Shopping* no direito norte-americano desenvolveu-se, como é próprio daquele sistema, através da jurisprudência, à qual coube definir os parâmetros para a matéria.

Diferentemente do direito continental, que trata a questão a partir de princípios gerais de direito (boa-fé, abuso de direito etc.), o direito anglo-saxão busca seus argumentos em casos julgados no passado (*leading cases*), os quais, como diz Vogel (1985/372), têm menos função de parâmetros e mais de convencimento. Deste modo, enquanto o juiz, no direito continental, examina se a determinado caso se aplica certo princípio geral, o juiz norte-americano parte do caso concreto e o julga, em coerência com casos similares. Não obstante, Frommel (1991/62) alerta que, em tal sistema, o que é, hoje, um princípio pode ser, amanhã, “uma mera afirmação, a ser lida à luz dos fatos em que se deu” (*a mere statement to be read only in the light of the facts of the case in which it was made*).

Verifica-se que o direito norte-americano desenvolveu a aplicação do direito a partir da substância das relações jurídicas, não de suas formas (*substance v. form*), o que, para Vogel (1985/372) não difere do que o juiz europeu busca na doutrina do abuso de forma.

A comparação entre o resultado da jurisprudência americana, na aplicação do “teste do objetivo empresarial” (*business purpose test*) e a doutrina do abuso de direito já foi, aliás, objeto de um estudo de uma comissão de 12 juristas de diversos países, nos quais se adotam, alternativamente, os sistemas, concluindo-se existir uma “similaridade notável no tratamento e no resultado, entre as jurisdições do sistema de direito codificado que aplicam a doutrina do abuso do direito em casos tributários e as do sistema de direito consuetudinário que aplicam o teste do objetivo comercial” (Ward, Avery Jones, *et al.*, 1985/69).

Passamos a examinar a evolução de jurisprudência americana nos casos de abuso do direito em geral e, em seguida, serão

estudados casos de *Treaty Shopping*. A evolução legislativa da matéria será objeto de outro item deste Capítulo<sup>15</sup> e o exame dos acordos de bitributação, que, nos EUA, tiveram um papel marcante na solução de casos de *Treaty Shopping*, será “feito” em outro Capítulo,<sup>16</sup> quando se “verificarão” as soluções bilaterais.

2.1.2.2.1 Economia Fiscal na Jurisprudência — Não é nova a postura do judiciário norte-americano, contra tentativas, por parte dos contribuintes, no sentido de escapar à tributação, através do emprego de estruturas inusuais, que não correspondem à realidade econômica.

Já em 1935, a Corte teve a oportunidade de examinar o caso *Gregory v. Helvering* (USTC, v. 35-1/9.043). Tratou-se de uma reestruturação societária, com a criação de uma nova empresa, visando a se obter uma vantagem fiscal. Para a Corte, a nova empresa não tinha qualquer “propósito empresarial ou societário” (*business or corporate task*), tendo sido criada apenas para cumprir um objetivo limitado do contribuinte, destinando-se a ser abandonada, assim que este fim fosse atingido. Deste modo, o reconhecimento de uma sociedade, para fins fiscais, dependeria, segundo o judiciário, do que se passou a denominar “teste do objetivo empresarial” (*business purpose test*), isto é, a empresa criada deveria ter alguma finalidade empresarial, não podendo ser utilizada, meramente, como instrumento de evasão fiscal.

Em 1940, o Judiciário norte-americano examinou o caso *Higgins v. Smith* (USTC, v. 40-1/9.160), em que o contribuinte pedia a dedutibilidade da perda de capital decorrente de uma transação que efetuará com uma empresa da qual era o único sócio. Para o “Justice Reed”, autor do voto vencedor, não havia, na transação, “substância suficiente, em tal venda, para afinal determinar um prejuízo” (*enough of substance in such a sale finally to determine a loss*). Assim, manifestava-se a Corte no sentido de que se deveria atentar para a substância do negócio praticado pelo contribuinte, ainda que fosse formalmente correto (*substance v. form*), desconsiderando-se, no caso, a separação da pessoa física da pessoa jurídica.

A limitação da liberdade de estruturação do contribuinte, entretanto, não foi total. No caso *Moline Properties, Inc. v. Com.*

15. V. *infra* p. 107.

16. V. *infra* p. 161.

(*USTC*, v. 43-1/9.644), extrai-se, do voto do *Justice Reed*, a noção de que a pessoa jurídica deve ter sua autonomia reconhecida, inclusive para fins fiscais, ainda que o objetivo de sua criação tenha sido a obtenção de vantagens fiscais, ou de proteção contra pretensões de credores, desde que tal propósito seja o equivalente à atividade empresarial, ou seguido pela execução de negócios pela sociedade (*that purpose is the equivalent of business activity or is followed by the carrying on of business by the corporation*). Deste modo, concluiu-se que somente se poderia desconsiderar (*disregard*) uma pessoa jurídica, quando ela fosse uma simulação ou irreal (*a sham or unreal*). Caso a pessoa jurídica criada pelo contribuinte tivesse existência real, desenvolvendo atividade empresarial, haveria de ser respeitada a forma adotada pelo contribuinte, pouco importando a sua intenção de economizar impostos.

Pode-se concluir, portanto, que no direito norte-americano, o contribuinte não se pode valer de meras estruturas formais, para o fim de economizar impostos, quando a estrutura não corresponde à substância do negócio. Entretanto, havendo "o objetivo empresarial" (*business purpose*), na pessoa jurídica criada, sua existência autônoma é garantida, ainda que sua criação tenha sido motivada por fins fiscais.

2.1.2.2.2 *Treaty Shopping na Jurisprudência* — Já em 1968, as Cortes americanas examinaram o caso *Perry R. Bass (RUSTC, v. 50 (1968), pp. 595 a 602)*, em que um contribuinte criava uma estrutura jurídica, para o gozo dos benefícios de um acordo de bitributação. O contribuinte detinha os direitos de exploração de um campo produtor de petróleo. A fim de fugir da tributação norte-americana, o contribuinte constituiu uma sociedade na Suíça, a qual foram transferidos todos aqueles direitos de exploração. Os lucros oriundos desta sociedade, por sua vez, estariam isentos da tributação, tendo em vista o acordo de bitributação entre os EUA e a Suíça.

No caso, a Corte reconheceu a validade da estrutura criada pelo contribuinte, admitindo a separação da pessoa jurídica da pessoa física, já que se comprovou que a sociedade suíça exercia atividades, tais como a celebração de contratos de trabalho, recebimento de *royalties*, investimentos etc.

O que merece nota, neste caso, é que a Corte não se colocava contra a intenção do contribuinte, de escapar da tributação, através da interposição de uma sociedade beneficiária de um acordo de bitributação. A condição, entretanto, era que a estrutura criada pelo

contribuinte fosse real (isto é, que a sociedade suíça tivesse uma existência efetiva), aproximando-se do "teste do objetivo empresarial" (*business purpose test*), acima referido.

Também se deve mencionar o caso *Johansson et al. v. U.S. (USTC, v. 64-2/9.743)*, que trata do lutador sueco Ingemar Johansson, que, para se utilizar dos benefícios do acordo de bitributação entre os EUA e a Suíça, valeu-se de uma sociedade anônima constituída naquele mês na Suíça (*Scanart*), da qual se tornou empregado, a fim de que a *Scanart* recebesse a renda decorrente de uma luta efetuada nos EUA. Nos termos do acordo de bitributação entre os EUA e a Suíça, uma pessoa física residente na Suíça, que prestasse serviços nos EUA, por um período inferior a 183 dias, e cujo rendimento fosse percebido da empresa empregadora suíça, não estaria sujeita à tributação nos EUA.

A decisão da Corte foi de que *Johansson* não era residente da Suíça, visto ter mantido laços sociais e econômicos com a Suécia, tendo passado, em um ano e meio, apenas 79 dias na Suíça, contra 120 na Suécia e 218 nos EUA. Além disso, no entender da Corte, a *Scanart* foi formada somente como modo de fugir à tributação norte-americana. A Corte ponderou que *Johansson* era o único empregado da *Scanart* e, nos termos de seu contrato, tinha direito a 70% da renda bruta da *Scanart*, além de um fundo de pensão. Em nota de rodapé, chega-se a mencionar que o contrato de *Johansson* com a *Scanart* teria sido celebrado duas semanas antes da constituição desta. A atuação de *Johansson* foi completamente independente do diretor ou dos acionistas da *Scanart*. Para a Corte, faltou à *Scanart* o *legitimate business purpose*. Finalmente, a Corte menciona (embora não se aprofunde muito no tema e não cite o argumento, na ementa da decisão) que o acordo de bitributação deve ser interpretado em conformidade com sua finalidade e, neste sentido, atua através do estabelecimento de regras para a determinação do ente tributante, para cada situação. Assim, a regra é que os serviços sejam tributados onde foram prestados. O caso de um empregado suíço, prestando serviços para uma empresa suíça, é uma exceção. No caso de *Johansson*, os elementos do caso não teriam sido suficientes para justificar a aplicação desta exceção.

Segundo o que nos parece, no caso, a Corte não questionou, com a devida profundidade, o *Treaty Shopping*, visto que a pretensão do lutador já se via impedida, a partir da constatação de que ele não era residente na Suíça, nem recebera rendimentos decorrentes

de seu contrato com a Scanart. Assim, a Corte compreendeu que o caso não se encaixava na hipótese prevista no acordo de bitributação e, por isso, recusava-se a vantagem fiscal. A questão dos objetivos do acordo de bitributação, entretanto, não foi suficientemente explorada no acórdão, para que pudesse servir de base a uma discussão mais profunda sobre o *Treaty Shopping*.

O *Treaty Shopping*, com a interposição de um *Terceiro Interposto entre Investidor e Fonte*, foi, de forma clara examinado pela jurisprudência norte-americana, no caso *Aiken Industries, Inc.* (*RUSTC*, v. 56 (1971), pp. 925 a 936). No caso, MPI, uma sociedade norte-americana, tomara um empréstimo de sua controladora, ECL, sediada nas Bahamas. Os juros de tal empréstimo estariam sujeitos à tributação norte-americana, à alíquota de 30%. A fim de evitar a incidência deste imposto, ECL transferiu as notas promissórias representativas do crédito a sua subsidiária recém-constituída, *Indústrias*, localizada nas Honduras. Naquela época, estava em vigor, entre Honduras e os EUA, um acordo de bitributação, que isentava do imposto norte-americano, os pagamentos de juros àquele País. Pleiteava-se, em juízo, a aplicação do acordo, nos pagamentos efetuados por MPI a *Indústrias*.

O juiz William H. Quealy baseou sua decisão no fato de que para a aplicação do acordo, se devem interpretar os termos ali empregados, de acordo com as verdadeiras intenções compartilhadas pelas partes contratantes (*the genuine shared expectations of the contracting parties*), cabendo examinar não só a linguagem, mas também o contexto do acordo. No acordo de bitributação entre Honduras e EUA, dizia-se que os juros "recebidos por" (*received by*) uma empresa hondurenha estariam protegidos. Para o juiz, os termos "recebidos por" deveriam ser compreendidos como "juros recebidos por uma sociedade de alguma das partes contratantes, como algo seu, não com a obrigação de transmiti-lo a outrem". Assim, os termos "recebidos por" não poderiam significar a mera posse física do valor, temporariamente, mas teriam que significar seu domínio e controle completos. Para a Corte, *Indústrias* não havia, neste sentido, "recebido" os juros, já que os repassaria a ECL. Portanto, a Corte decidiu pela não aplicação do acordo.

Cabe destacar, desta decisão, que a Corte norte-americana não nega a aplicação do acordo de bitributação, com base em princípios relativos à proibição do abuso. Ao contrário, seu fundamento é o próprio texto do acordo e a sua finalidade. Neste sentido, o *Treaty*

*Shopping* foi impedido, a partir de uma técnica de interpretação, sem a necessidade de uma legislação específica a respeito.

Finalmente, merece referência, na jurisprudência norte-americana, o caso *Compagnie Financiere De Suez Et De L'Union Parisienne v. U.S.* (*USTC*, v. 74-119.254). A *Compagnie Financiere de Suez et de l'Union Parisienne* era a sucessora da *Universal Company of the Suez Canal*. Sua Constituição, em 1957, decorreu da iminente dissolução daquela, que era uma companhia constituída por prazo certo.

A *Universal Company of the Suez Canal*, por sua vez, era uma sociedade constituída em 1858, com a finalidade de explorar, por um período de concessão de 99 anos, o Canal de Suez. Sua formulação jurídica era *sui generis*: tinha sede em Alexandria e "escritório administrativo" na França, onde se declarava ser seu domicílio, para fins de jurisdição. Seu quadro diretor era indicado pelo governo egípcio. O Decreto do sultão que aprovou o funcionamento da sociedade declarava que a sociedade seria governada pelas leis e costumes do Egito; entretanto, no que se refere à sua constituição como uma companhia e ao relacionamento de seus acionistas entre si, aplicar-se-ia a lei francesa. No caso de lide entre a sociedade e pessoas residentes no Egito, aplicar-se-ia a lei egípcia. Também os contratos trabalhistas seriam regidos pela legislação egípcia. No texto da decisão, mencionam-se declarações da sociedade para com o governo egípcio, na qual esta diz "jamais ter discutido o fato de que é uma companhia egípcia". Igualmente, se menciona que em 1955, a sociedade apresentara declaração de imposto de renda, na França, na qual se definia como uma companhia civil, pleiteando isenção do imposto francês, por não haver desenvolvido atividades na França.

A *Compagnie Financiere de Suez et de l'Union Parisienne*, conforme se verifica no acórdão, era uma sociedade nova, cuja sede era na França. Em 1959, ela apresentou um pedido junto às autoridades americanas, referente ao imposto retido nos EUA, de 1952 a 1956, por rendimentos recebidos por sua antecessora. O fundamento de seu pleito era o acordo de bitributação entre os EUA e a França, cuja "Convenção Suplementar" (*Supplementary Convention*), assinada em 1956, continha uma disposição retroativa, referente a juros e dividendos recebidos por residentes na França e pagos por fontes norte-americanas.

A decisão da Corte foi no sentido de que a requerente era, no período, uma sociedade egípcia e, como tal, não se incluía no conceito de "residente", para os fins do acordo. O Tribunal baseou-se no fato de que a sociedade dependia de ato de concessão do governo egípcio, para funcionar, revelando-se o exercício da soberania deste. A lei francesa somente se aplicava para os relacionamentos dos acionistas entre si, não afetando o poder do Egito. A Corte desconsiderou o fato de que a administração da sociedade se encontrava em solo francês.

O caso acima mencionado não trata, a nosso ver, de *Treaty Shopping*, nos termos que foram definidos neste estudo. Entretanto, serve de precedente, para exame da postura das Cortes norte-americanas, diante da pretensão de extensão do alcance de acordos de bitributação, para casos em que a concessão do benefício não era "intencionada".

Verifica-se que a maioria dos casos citados pela doutrina norte-americana, como precedentes de *Treaty Shopping*, deve ser tomada com cautela. No último caso citado, não há qualquer estrutura jurídica, criada pelo contribuinte, para auferir vantagens decorrentes de um acordo de bitributação. No caso de *Johansson*, o que se viu foi uma desconsideração da estrutura criada pelo lutador, por não corresponder à realidade. Tal desconsideração, no entanto, está limitada, conforme se verifica em *Perry R. Bass*, já que, em se comprovando a existência efetiva do *Terceiro Interposto*, são concedidos os benefícios.

Em nosso entender, resta, como relevante, o caso *Aiken Industries, Inc.*, onde, efetivamente, houve um *Treaty Shopping*, sem que se possam apontar argumentos próximos da ocorrência de simulação, já que os títulos representativos do crédito foram, efetivamente, transferidos para o *Terceiro Interposto*. Aqui, verificamos que a jurisprudência norte-americana se valeu de uma redução teleológica<sup>17</sup> do texto do acordo, concluindo que os termos recebidos por somente compreendem aquele que tem completo domínio sobre o valor recebido. Por outro lado, ressalta-se a cautela do julgador, que não concluiu pela inaplicabilidade do acordo de bitributação, em virtude da estrutura criada. Assim, não há como se afirmar que o juiz norte-americano condenaria o *Treaty Shopping*, diante de um acordo cujos termos não permitam uma limitação semelhante à

17. Cf. *infra* p. 73.

conferida à expressão recebidos por. Ao contrário, o caso *Perry R. Bass* fica como alerta de que, perante a jurisprudência daquele país, o *Treaty Shopping* seria admitido, em certas circunstâncias. Não se pode, entretanto, negar a importância do caso *Aiken Industries, Inc.*, diante de opiniões como a de Kramer (1983/108) de que o precedente jurisprudencial é uma mostra de que a Corte norte-americana não necessitou de uma modificação do acordo de bitributação, para impedir o *Treaty Shopping*. Trata-se de uma opção pelo abandono das soluções negociadas, preferindo o combate unilateral.

### 2.1.2.3 França

A questão do *Treaty Shopping*, na França, vem sendo tratada como abuso do direito (Le Gali, 1989/364), cujo fundamento legal se encontra no art. L.64 do Livro dos Procedimentos Fiscais (*Livre des Procédures Fiscales*), que assim dispõe:

"IV — "Procedimento de repressão dos abusos de direito":

Art. L.64 — Não podem ser opostos à administração dos impostos os atos que dissimulam o conteúdo verdadeiro de um contrato ou de uma convenção, mediante o emprego de cláusulas:

- a) Que gerem direitos de registro ou uma taxa de publicidade fundiária menos elevada;
- b) Ou que disfarcem uma realização ou uma transferência de lucros ou de receitas;
- c) Ou que permitam evitar, no todo ou em parte, o pagamento de taxas sobre o valor dos negócios correspondentes às operações efetuadas em execução de um contrato ou de uma convenção."

Na interpretação de Cozian (1983/39), o referido dispositivo legal não poderia, por seu teor, atingir outros casos, senão os de simulação (*dissimulations juridiques*).

Entretanto, o mesmo autor menciona que o Conselho de Estado francês já se manifestou no sentido de que "o direito fiscal abriga a posição tradicional do direito civil, que reprime, com fundamento nos princípios gerais de direito, as manobras que constituem uma fraude à lei".

O conceito de fraude à lei, na jurisprudência francesa, já é antigo. Conforme lembram Cozian (1983/41) e Frommel (1991/58), remonta ao caso julgado em 1878, quando a Princesa de Beauvremont,

querendo se divorciar (o que, então, não era admitido no direito francês), naturalizou-se no ducado de "Saxe-Altembourg", para, assim, se poder casar em Berlim com "o eleito de seu coração, o Príncipe Bibescu". A corte julgou sem efeito o divórcio, fundamentando sua decisão no conceito de fraude à lei.

Conforme esclarece Cozian (1983/41), o conceito de fraude à lei não se confunde com a simulação, já que a administração não toma os contribuintes por mentirosos (*menteurs*), mas restringe sua liberdade de pagar menos tributos, em virtude de uma estrutura (*montage*) jurídica "sábia demais, artificial demais, numa palavra, livrando-se à custa de equilíbrio jurídico" ("trop savant, trop artificiel, en un mot de s'être livrés à un exercice de haute volée juridique"). Na feliz expressão do autor, ao reprimir o abuso do direito, a administração estaria dizendo ao contribuinte: "Você não é, sem dúvida, mentiroso mas pode ser pior, você é ilusionista; você conseguiu fazer desaparecer a matéria tributável por um "passe de mágica" jurídico; você é astuto demais e eu o tributo como fraudador."

Não obstante tenha a jurisprudência francesa estendido o alcance do Art. L.64 do *Livre des Procédures Fiscales* aos casos de fraude à lei, um exame específico das questões de *Treaty Shopping* revela que a Corte vem restringindo bastante a aplicação da referida teoria nos casos de "abuso" de tratados (Plagnet, 1986/1529). Neste sentido, cite-se a decisão do Plenário do Conselho de Estado, em 10.6.81, que assim se manifestou (in *DF*, v. 33, 1981, Comentário n. 2.187, pp. 1.435 a 1.441): "Considerando (...) que, já que a Administração usa poderes que lhe vêm deste texto em condições tais que o ônus da prova lhe incumbe, ela deve, para poder descartar, como não lhe sendo oponíveis, certos atos praticados pelo contribuinte, demonstrar que tais atos têm um caráter fictício ou, a princípio, que eles não poderiam ter sido praticados por qualquer outro motivo, senão o de escapar de, ou atenuar, as cargas fiscais que o interessado, não fosse a ocorrência de tais atos, suportaria normalmente, tendo em vista sua situação e suas atividades reais"

O que se verifica é que a jurisprudência francesa diminui a margem do abuso do direito, optando por se utilizarem dispositivos específicos da legislação interna francesa contra a evasão, tais como o art. 155A do *Code Générale des Impôts* (CGI), que trata de artistas e desportistas; o art. 57 do CGI, referente a transferências indiretas de lucros entre sociedades interdependentes; o art. 209B do CGI,

referente à tributação da matriz, na França, por lucros da filial e a taxa patrimonial de 3%, incidente sobre pessoas jurídicas estrangeiras, proprietárias de imóveis na França (Plagnet, 1986/1529).

Em nosso entender, as medidas acima referidas não devem ser consideradas como repreensivas do *Treaty Shopping*, posto que objetivam qualquer tentativa de elusão, não importando se através de acordo de bitributação, ou não. Tampouco se trata de legislação referente à interpretação da legislação tributária, mas de conseqüências para situações específicas.

Assim, podemos concluir que, no que se refere ao direito francês, há a repreensão ao abuso do direito. Entretanto, tendo em vista se tratar de mera construção pretoriana, sem base em texto de lei, a aplicação da teoria é bastante restringida, na prática, havendo a repreensão ao *Treaty Shopping* somente em casos específicos em que, de resto, não sobressai o uso de acordos de bitributação por terceiros (*Treaty Shopping*), mas a elusão (ou evasão) ao próprio direito interno francês.

#### 2.1.2.4 Reino Unido

Ao contrário da França, o Reino Unido não dispõe de normas gerais relativas à evasão ou à elusão fiscal (Frommel, 1991/60).

No que se refere à jurisprudência britânica, a questão do abuso do direito deve ser dividida em quatro etapas: a) Era "Pré-Ramsay"; b) "Doutrina Ramsay"; c) "Furniss v. Dawson"; e d) Era "Pós-Furniss" (Ross, 1989/482 a 484).

2.1.2.4.1 — Era "Pré-Ramsay" — Até o início da década de 80, vigorava no Reino Unido o princípio da ampla liberdade de estruturação fiscal, por parte do contribuinte, celebrado pela decisão de Lord Tomlin, no caso *Duke of Westminster* (Ross, 1989/482; Frommel, 1991/61 a 64), segundo a qual "Todo homem tem direito, se conseguir, de ordenar seus negócios de tal modo que o tributo incidente sobre atos apropriados seja inferior ao que doutro modo incidiria". Curiosamente, esta decisão, firmando a prevalência da forma sobre a substância, se deu no mesmo ano (1935) em que, nos EUA, o Caso *Gregory v. Helvering*<sup>18</sup> pontificava "o teste do objetivo empresarial" (*business purpose test*).

18. Cf. *supra* p. 51.

Efetivamente, cita-se decisão de 1895 (in Ward, Avery Jones *et all*, p. 77; Frommel, 1991/56), quando a doutrina do abuso do direito foi examinada pelos tribunais britânicos e expressamente rejeitada, declarando-se, num caso referente ao abuso do direito do proprietário, que “se foi um ato lícito, por piores que sejam suas razões, ele teria o direito de praticá-lo; se foi um ato ilícito, por melhores que sejam suas intenções, ele não teria tido o direito de praticá-lo”. A rejeição da aplicação da doutrina estendeu-se, também, ao direito dos contratos, sendo igualmente descartada, firmando-se o princípio de que “um ato que, por si, seja legal, não se tornará ilegal porque seu propósito seja mau” (Ward, Avery Jones *et all*, p.77).

Reporta-se que nesta era, floresceu a denominada “indústria da elusão fiscal” (*tax avoidance industry*), na qual consultores fiscais tinham em suas mãos um mercado para “esquemas pré-empacotados para evitar a tributação” (*pre-packaged schemes for avoiding tax*), que eram vendidos “de prateleira” (*off-the-shelf*) (Ross, 1989/482; Frommel, 1991/61 a 64).

2.1.2.4.2 “Doutrina Ramsay” — Foi no caso *Ramsay*,<sup>19</sup> que se iniciou, no Reino Unido, o que se denominou *New Approach*, quando, conforme Wiggan (1990/91) as Cortes teriam declarado guerra à indústria do planejamento fiscal.

No Caso *Ramsay*, examinou-se uma série de transações, da qual se valera o contribuinte para criar uma perda de capital, dedutível do imposto sobre ganhos de capital. Conforme se extrai do julgado, a Corte não questionou a autenticidade de cada empréstimo, não havendo, pois, que se falar em simulação (*sham*) para o caso. As transações foram apontadas como “auto canceláveis” (*self-cancelling*), ou circulares: em cada caso, o “esquema” se constituía de uma transação, objetivando produzir uma perda, que seria contraposta ao ganho de capital tributável, previamente auferido pelo contribuinte, enquanto, por outra transação, se produzia um ganho correspondente, o qual não estaria sujeito à tributação.

Em sua decisão, a *House of Lords* estabeleceu o princípio, segundo o qual as transações “pré-ordenadas” (*pre-ordained*) deveriam ser vistas no seu efeito global, abstraindo-se seu efeito

19. Mais especificamente, *WT Ramsay Ltd. v. IRC*, in (1981) *STC*, pp. 174 a 192.

individual. Nos termos do julgado, tem-se que: “... onde o contribuinte usou um esquema compreendendo um número de transações com o objetivo de evitar a tributação, os comissários e as cortes não estariam limitados a examinar a genuinidade ou outra característica de cada passo ou transação individual do esquema mas poderiam considerá-las como um todo e se este fosse considerado uma transação composta, não uma série de transações individuais, que não produza nem ganho nem perda, nem tampouco afete de modo substancial o interesse do contribuinte, então poderia ser considerado como uma nulidade, para fins fiscais” (1981, *STC*, p. 176).

2.1.2.4.3 “*Furniss v. Dawson*” — O caso *Furniss v. Dawson* (1984, *STC* pp. 153 a 167) representou a consolidação do “Novo Tratamento” (*New Approach*).

Examinou-se o caso em que contribuintes negociaram a venda de suas ações no capital de duas empresas familiares a terceiro. A fim de diferir sua sujeição à tributação, e reduzir o imposto sobre o selo cobrado na transferência das ações, os contribuintes constituíram uma empresa de investimentos (*holding*) na Ilha de Man, a quem foram transferidas as ações das empresas familiares e, no mesmo dia, as referidas ações foram vendidas pela *holding* ao terceiro interessado. Também neste caso, não houve qualquer dúvida quanto à efetividade de cada transação, não havendo que se falar em simulação (*sham*).

A Corte, valendo-se do princípio estabelecido no caso *Ramsay*, manifestou-se no sentido de que “se os passos inseridos numa série de transações pré-ordenadas não tiveram qualquer propósito comercial ou empresarial, além do de evitar a exigência de impostos, então tais passos devem ser desconsiderados para fins fiscais, ainda que as transações objetivassem um fim comercial legítimo” (1984, *STC*, p. 154).

Conforme se manifesta Ross (1989/485), este caso representou um alargamento do princípio expresso no caso *Ramsay*, já que passou a não ser aplicável, apenas, a transações circulares, mas se estendeu a todas aquelas cujos passos se destinem a mitigar a obrigação tributária.

2.1.2.4.4 Era “Pós-*Furniss*” — Após a decisão do caso *Furniss v. Dawson*, houve grande expectativa a respeito de qual seria a extensão do “Novo Tratamento” (*New Approach*) (Ross, 1988/485).

Foi no caso *Craven v. White* (1988, *STC*, pp. 476 a 523) que a Corte britânica firmou seu posicionamento sobre os limites do "Novo Tratamento" (*New Approach*). Conforme a opinião de Lord Oliver (1988, *STC*, p. 507a), o caso *Furniss v. Dawson* importaria 4 circunstâncias: 1) que a série de transações fosse pré-ordenada, de modo a produzir um determinado resultado; 2) que a transação não tivesse outro propósito, senão a economia fiscal; 3) que as transações, individualmente consideradas, não tivessem qualquer significado prático, não havendo como considerar a transação interposta como independente das demais e 4) que os fatos pré-ordenados tivessem, efetivamente, ocorrido. Somente nestas condições, a Corte estaria autorizada a ligar a primeira transação à última, considerando-as como um todo. Comentando o caso, Frommel (1991/61) se refere à volta do pêndulo para o lado do contribuinte.

No caso *Craven v. White*, tratou-se de uma economia fiscal, mas não pré-ordenada. O contribuinte estruturou suas relações jurídicas (constituiu uma empresa na ilha de Man e lhe transferiu as ações de uma empresa operativa), sem que estivesse em negociação para a obtenção do lucro tributável, que se deu em um momento posterior àquela estruturação. Foi reconhecida a estrutura criada pelo contribuinte.

Lord Goff (1988, *STC*, p. 512) distinguiu, no caso, entre o planejamento fiscal estratégico e a evasão fiscal inaceitável: "... deve-se fazer uma distinção entre uma transação composta daquele tipo e uma série de transações, na qual a primeira constitua um passo para impedir a tributação, a qual só é evitada pelos passos posteriores e independentes. É este último tipo de esquema que se chama comumente de planejamento fiscal estratégico, que deve ser distinguido da evasão fiscal inaceitável."

Portanto, atualmente, no Reino Unido, a jurisprudência tem admitido a desconsideração de estruturas jurídicas criadas pelo contribuinte, mas somente quando estas tenham sido pré-ordenadas, i.e., não se conceba a adoção de qualquer passo, sem que esteja imediatamente ligado ao todo, permitido, entretanto, o planejamento fiscal estratégico.

Assim, veja-se Lord Keith (1988, *STC*, p. 481): "ambas as transações nas séries podem ser tidas por pré-ordenadas mas tão-somente se o contribuinte, quando da ocorrência da primeira, estiver

em posição, para todos os efeitos práticos, de garantir que a segunda também ocorrerá"

Especificamente no que tange ao *Treaty Shopping*, Davies (1985/53), escrevendo antes do caso *Craven v. White*, manifesta opinião no sentido de que "parece que, em certas circunstâncias, os princípios firmados em *Ramsay v. IRC* poderiam ser aplicados". Entretanto, Tomsett (1990/107-111) esclarece que o "Novo Tratamento" (*New Approach*) nunca chegou a ser aplicado a casos de *Treaty Shopping*, não havendo, pois, posição jurisprudencial sobre o assunto.

### 2.1.2.5 Argentina

Na Argentina, a denominada "interpretação econômica" foi acolhida no art. 11 da Lei n. 11.683, cujo texto inserido em 1978 determinou que, na interpretação das normas tributárias, "se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica", dispondo o art. 12 que se terão em conta "los actos, situaciones y relaciones económicas que efetivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes", prescindindo-se das formas ou estruturas jurídicas inadequadas (Fonrouge, 1962/103).

Também na doutrina, encontramos aceitação do uso do critério econômico como "la herramienta necesaria para apartarse del formalismo conceptual en los casos de evasiones fraudulentas y prescindiendo de las formas o apariencias jurídicas engañosas" (Villegas, 1972/170), proporcionando aos juízes um meio adequado para "la correcta interpretación de las normas fiscales" (Fonrouge, 1962/103).

Na jurisprudência, encontram-se casos como o *Parke Davis, Mellor Goodwin e Ford Motor Argentina* (Fonrouge, 1962/116-117), em que se verifica que foi desconsiderada a personalidade jurídica das empresas criadas na Argentina que formavam um conjunto econômico com suas controladoras.

Não temos notícias de caso de aplicação da consideração econômica para casos de *Treaty Shopping*. No entanto, os precedentes jurisprudenciais acima citados e a linha adotada pela doutrina autorizam a afirmar que, na possibilidade de se aplicar a legislação interna para estes casos, a hipótese de *Treaty Shopping* seria vedada na Argentina.

### 2.1.2.6 Canadá

Seguindo a tradição dos Países da *Commonwealth*, o Canadá, até o passado recente, vinha adotando, em sua jurisprudência, o raciocínio liberal prevalecente no Reino Unido, na "Era Pré-Ramsay", permitindo-se, pois, o planejamento fiscal na sua forma mais ampla.

Contra esta linha jurisprudencial, Trotter (1989/183) relata que foi editado, em 1989, a "Norma Geral contra a Elusão Fiscal" (*General Anti-Avoidance Rule — GAAR*), que dispõe sobre a possibilidade de se autorizarem ou proibirem deduções de despesas, realocação de pagamentos ou sua recharacterização, ou outras sanções, no caso de o contribuinte praticar uma "transação elusiva" (*avoidance transaction*). Nesta categoria, entendem-se as transações (ou parte das mesmas), que visem exclusivamente à obtenção de um benefício fiscal.

Não obstante, o mesmo autor esclarece que nas manifestações oficiais do Governo, não se cogita de sua aplicação aos acordos de bitributação.

Deste modo, não nos parece, atualmente, que o Canadá possa ser incluído entre os países que adotaram legislação específica anti-*Treaty Shopping*, ressaltando-se um exame da jurisprudência que advirá da edição desse ato.

### 2.1.2.7 Itália

Tradicionalmente, a Itália sempre se incluiu entre os países nos quais a preponderância do princípio da legalidade afastava a pretensão tributária, no caso de atitude elusiva não fraudulenta, por parte do contribuinte (Maisto, 1991/93). Um bom exemplo, neste sentido, é a decisão da Comissão Tributária de 1.º Grau, em Milão, de 6.1.81 (in *DPT*, v. LV (1984), parte II, pp. 281 e ss.), na qual se decidiu ser válida a transação, "ainda quando houvesse motivações economicamente inconvenientes, ou de pura elusão fiscal (...), isto é, mera escolha de fatos alternativos, que consista em percorrer a via menos onerosa para o contribuinte".

Esta rigidez do sistema italiano já não pode ser sustentada, a partir da entrada em vigor da Lei n. 408, de 29.12.90, cujo art. 10 assim dispõe: "É permitido à administração fazendária desconsiderar, para fins fiscais, a parte do custo de participações sociais havidas,

bem como as vantagens tributárias conseguidas em operações de fusões, concentrações, transformações, cisões e reduções de capital, feitas sem razões econômicas válidas e com escopo exclusivo de obter fraudulentamente uma economia de impostos (...)".

Conforme se verifica, a lei admite desconsiderarem-se atos elusivos por parte do contribuinte, aplicando conceitos de "razões econômicas válidas" e "escopo exclusivo de obter, fraudulentamente, uma economia de impostos". É evidente a aproximação destes conceitos com a linha jurisprudencial do "teste do objetivo empresarial" (*business purpose test*), desenvolvido pelos tribunais norte-americanos,<sup>20</sup> confirmando-se o que já mencionamos, sobre a semelhança entre o direito continental e o sistema anglo-saxão, em matéria de planejamento fiscal.<sup>21</sup>

Por outro lado, a regra da legislação italiana não pode ser vista como uma norma de alcance amplo, como o § 42 AO alemão,<sup>22</sup> já que se aplica exclusivamente às transações ali elencadas (transformação, fusão etc.). Especialmente, deve-se notar que esta norma não abrange um caso de *Treaty Shopping*, que não pressupõe as operações previstas pelo legislador.

De maior interesse para a matéria de tributação internacional é a Lei n. 413, editada um dia após a Lei n. 408, introduzindo regras aplicáveis a transações com pessoas ligadas, que estejam submetidas à tributação com carga fiscal acentuadamente mais baixa que a italiana. A Lei n. 413 proíbe a dedutibilidade de pagamentos efetuados a estas pessoas, além de determinar a tributação, na Itália, dos dividendos distribuídos por tais pessoas a contribuintes italianos. (Mayr, 1992/290). Mesmo esta norma, entretanto, não deve ser vista como uma limitação ao *Treaty Shopping*, já que o *Treaty Shopping* não pressupõe, necessariamente, que o *Terceiro Interposto* resida em um país com baixa tributação.<sup>23</sup> Segundo o que compreendemos, o fato de um Estado aplicar alíquotas reduzidas, em virtude de um acordo de bitributação, não o caracteriza como um país de baixa tributação, no sentido da referida lei. Evidentemente, a Lei n. 413 aplicar-se-ia no caso em que o *Investidor* residisse na Itália e o *Terceiro Interposto*, em um país com baixa tributação. Esta hipótese,

20. Cf. p. 51.

21. Cf. p. 50.

22. Cf. pp. 40 e ss.

23. Assim, p. ex., a estrutura de "trampolim" (cf. *supra*, p. 24).

entretanto, se afastaria do escopo de nosso trabalho, que se limita aos reflexos do *Treaty Shopping* no Estado da Fonte.<sup>24</sup>

Encontram-se, ainda, na legislação italiana, outros casos de normas anti-elusivas, tais como a ampliação do conceito de domicílio fiscal, normas para a fixação de um preço mínimo para transações entre pessoas ligadas (*transfer pricing*) etc., que não abrangem as hipóteses de *Treaty Shopping*. Uma norma anti-elusiva de caráter geral não existe na Itália (Mayr, 1992/289-290).

Por não se incluir nas hipóteses previstas pelas normas anti-elusivas de caráter específico, podemos concluir que o *Treaty Shopping* não seria tributado, na Itália, na hipótese de se aplicar o direito interno para a solução de seus casos.

### 2.1.2.8 Bélgica

Na Bélgica, a teoria da fraude à lei foi expressamente rejeitada pela Corte de Cassação em 1961, quando se consagrou a liberdade de escolha da via menos onerosa para o contribuinte, desde que lícita e eficaz, ainda que haja a intenção de economia fiscal: "Considerando que não ocorre nem simulação proibida perante o fisco nem, portanto, fraude fiscal, quando as partes, visando a se beneficiar de um regime fiscal mais favorável e usando da liberdade das convenções, sem, todavia, violar qualquer obrigação legal, praticam atos cujas consequências elas aceitam, ainda que a forma que as partes lhe dão não seja a mais normal" (Colaert, 1989/198).

Mais recentemente, examinando o caso de uma venda de barcos por uma sociedade a outra pertencente ao mesmo grupo, a que se seguiu a locação dos mesmos pela segunda à primeira, gerando prejuízos à alienante-locatária, a 1.ª Câm. da Corte de Cassação belga decidiu que a operação foi real e, portanto, confirmaram-se os efeitos fiscais desejados pelas partes (acórdão de 27.2.87, PAS, 1987, IV 777; RG F 1.257 N).

Em igual sentido, mencione-se o caso em que uma sociedade locou imóvel pertencente ao seu único administrador. O fisco sustentou a tese, segundo a qual o aluguel pago pela sociedade constituiria uma remuneração disfarçada a seu administrador, pretendendo tributar desta forma o valor. A 1.ª Câm. da Corte de Cassação, em Acórdão de 19.1.8 (RG F 1393 N), assim se manifestou: "Não há qualquer princípio geral de direito em virtude

24. Cf. *supra* n. 28.

do qual se deve ter em conta uma realidade econômica da empresa diversa da realidade objetivada pelo art. 23, § 2 do Código dos Impostos sobre os Rendimentos, qual seja, a realidade do que foi convencionado pelas partes, sem simulação, e em que elas aceitam todas as consequências"

Finalmente, mencione-se o caso em que uma sociedade deficitária incorporou uma sociedade lucrativa e adotou imediatamente a razão social desta, compensando-se os prejuízos da incorporadora com os lucros da nova atividade. Em decisão de 22.3.90 (RG F 997 F), a 1.ª Câm. da Corte de Cassação assim se manifestou: "Não há nem simulação proibida perante o fisco, nem, portanto, fraude fiscal, quando as partes, visando a se beneficiar de um regime fiscal mais favorável, valendo-se da liberdade de convenções, sem todavia violar qualquer obrigação legal, praticam atos cujas consequências elas aceitam, mesmo se tais atos são feitos com o único fim de reduzir a carga fiscal.

Outros casos decidiram-se no mesmo sentido, firmando-se uma linha jurisprudencial, sendo rejeitados os antecedentes em contrário (Malherbe *et alii* 1991/91).

Portanto, na Bélgica, não há que se falar em abuso de formas, no direito tributário, exceto o caso de simulação (Delahaye, 1983/270).

Conforme esclarece o Prof. Claeys Bouúaert,<sup>25</sup> há alguns anos, o Secretário de Estado de Finanças anunciou a intenção de apresentar projeto de lei, no qual se procurava reformar o direito belga, no que se refere a esta questão, admitindo-se a interpretação dos fatos segundo sua "realidade econômica", cujo conceito, por sua vez, seria bastante impreciso. Tal projeto não foi, entretanto, sequer apresentado. Bouúaert confirma que, no que se refere à jurisprudência belga, a doutrina da liberdade de escolha, pelo contribuinte, da via menos onerosa continua sendo aplicada.

Hinnekens (1989/360), num estudo específico sobre *Treaty Shopping*, em relação à Bélgica, afirma que é no acordo de bitributação que se pode buscar a ocorrência de abuso, condenando os países que se valem de suas legislações internas para tanto. Inexistindo norma sobre o assunto, no texto do acordo de bitributação, não há que se falar em abuso. No mesmo sentido, Bouúaert<sup>26</sup> informa que inexistente, na Bélgica, precedente jurisprudencial referente

25. Cf. correspondência de 29.6.92, em poder do autor.

26. Cf. *supra* n. 25.

ao *Treaty Shopping*. No entanto, o autor diz não ter dúvida de que os mesmos princípios desenvolvidos pela jurisprudência se aplicariam a semelhante caso.

### 2.1.2.9 México

O México deve ser incluído entre aqueles países nos quais a ordem tributária permite o prevailecimento da “forma” sobre a “substância” das transações. Neste sentido, ensina Cortiñas-Pelaez (1988/136) que o formalismo, no campo tributário, se estende, inclusive, às hipóteses de abuso do direito. Segundo o autor, se, naquele sistema, um ato não se “encuadra en los supuestos imponibles establecidos formalmente por el legislador, no podrá ser motivo para el cobro del tributo, *por más que dicho acto haya sido realizado de mala fe, con malicia y dolo, precisamente con el propósito de no incurrir en la obligación del pago de tal tributo*” (grifos no original).

Diante do exposto, é forçoso concluir que, no México, o *Treaty Shopping* não seria repreendido, fosse aplicada à legislação interna para a interpretação dos acordos de bitributação.

### 2.1.2.10 Austrália

Adotando um sistema baseado no *common law* britânico, a Austrália revela uma tradição jurisprudencial semelhante às decisões da *House of Lords*, na Era “Pré-Ramsay”, rejeitando a doutrina do abuso de direito (Ward, Avery Jones *et al.*, p. 78). Ficou famoso, ali, o caso *Cridland v. FCT* (1977) 8 ATR 169, que tratou de um *trust* que atuava, de forma modesta, no campo agrícola e emitiu ações, de valor baixíssimo, que foram distribuídas a centenas de estudantes universitários. Tais estudantes, valendo-se de tais ações, pleiteavam a tributação favorecida, conferida a produtores primários. A jurisprudência decidiu ser válido o esquema (Prebble, 1991/59).

Exatamente em virtude desta tradição jurisprudencial, houve na Austrália, em 1981, uma mudança na legislação, com a edição da *Part IVA* (regras gerais anti-elusão fiscal) e *Division 13* (específica para a elusão internacional).

Tais dispositivos legais, no entanto, não abrigam, na opinião de Langford-Brown (1988/19) os casos de *Treaty Shopping*, devendo sua efetiva extensão ser testada pelas Cortes.

Deste modo, não se pode concluir, na atual jurisprudência australiana, que o *Treaty Shopping* possa ser incluído nas disposições gerais acerca de planejamento fiscal.

### 2.1.2.11 Japão

O art. 11 da lei japonesa sobre imposto de renda determina que um rendimento deve ser atribuído a seu *beneficiário efetivo*, não à pessoa que age meramente como uma “pessoa indicada para representar a outrem” (*nominee*). Do mesmo modo, possuem limitações a remuneração de administradores, as contribuições e doações e outros tipos de despesas. Entretanto, não há, naquele país, dispositivo legal específico para o combate ao *Treaty Shopping*, que se possa equiparar aos adotados por outros países (Kawada, 1989/361).

Por outro lado, a jurisprudência tem aplicado os critérios de “substância ou forma” e “teste do objetivo empresarial” a casos de elusão fiscal (Lanman e Anderson, 1989/33), devendo, portanto, ser reconhecida a possibilidade de se aplicarem tais precedentes judiciais a uma estrutura de *Treaty Shopping*, embora não se noticie que semelhante caso já tenha sido examinado por aqueles tribunais.

2.1.2.12 Outros Países — Em um estudo de Direito Comparado, focalizando medidas contra a elusão fiscal nos países da Ásia e Oceania, Prebble (1991/57 e ss.) revela a crescente tendência destes países pela adoção de tais normas.

Assim, mencionam-se, além da Austrália, que foi objeto de nosso comentário, acima, os seguintes países:

Nova Zelândia: desde 1974, possui uma “norma geral anti-elusão” (*general anti-avoidance provision*), no campo do imposto de renda;

Hong Kong: adotou, em 1986, a *section 61A*, na sua legislação do imposto de renda, permitindo a desconsideração de qualquer transação “artificial ou fictícia”, que trouxesse um *benefício fiscal*;

Malásia: Já na legislação do imposto de renda, de 1967, encontrava-se a *section 140*, que permite desconsiderar ou modificar uma transação, fazendo-se os acertos que a administração julgar adequados, a fim de reverter os seus efeitos, no que se refere a um benefício fiscal obtido;

Singapura: Em 1988, modificou a *section 33* de sua legislação de imposto de renda, permitindo a desconsideração, modificação ou ajustes apropriados, inclusive a consideração ou reconsideração de ganhos ou lucros, a fim de reverter uma vantagem fiscal obtida ou passível de obtenção pelo contribuinte, em virtude de um "arranjo". O autor ressalta que, curiosamente, embora se tratando de legislação mais recente e, certamente, inspirada no direito comparado, não trata, como o fazem outros países, da hipótese de mero diferimento, no pagamento do tributo, mas apenas de sua falta ou insuficiência (Prebble, 1991/63).

Os casos de jurisprudência citados por Prebble, entretanto, não abrangem hipóteses de *Treaty Shopping*, não sendo possível uma manifestação sobre o alcance das medidas a esta hipótese. Além disso, o autor esclarece serem recentes as últimas modificações, de modo que diversos precedentes judiciais devem, agora, ser revistos, à luz da nova legislação.

### 2.1.3 Abuso de Formas no Direito Tributário Brasileiro

Já nos manifestamos no sentido de que, em nossa opinião, o *Treaty Shopping* é assunto que se refere à interpretação de acordos de bitributação e, como tal, sujeito às regras de interpretação de tratados internacionais em geral, não àquelas específicas da legislação interna.

Entretanto, tendo em vista a respeitável corrente que defende valer, no país, a teoria da "transformação", propomo-nos a examinar qual seria o tratamento jurídico do *Treaty Shopping*, fosse esta a corrente vencedora no judiciário. Neste caso, os acordos de bitributação estariam sujeitos, no que se refere à sua interpretação e aplicação, aos limites impostos pelo CTN (Rothmann, s.d/163). É claro que mesmo esta corrente admite que as normas de direito internacional foram "transformadas" em direito interno. No entanto, neste caso teremos conclusões semelhantes àquelas a que chegam os defensores da teoria da "adoção" e, portanto, desconsideraremos os seus resultados, nesta análise que denominamos "tratamento unilateral".

A questão passa pelo exame dos limites entre o planejamento fiscal lícito (elusão fiscal) e a evasão fiscal. Trata-se de examinar se, no direito tributário brasileiro, o "abuso de formas jurídicas" justifica a desconsideração da estrutura criada pelo contribuinte, para a consideração da realidade econômica de suas transações.

#### 2.1.3.1 Abuso de Formas e a Analogia

Iniciamos pelo exame do conceito de aplicação analógica, a fim de se examinar se o "abuso de formas jurídicas" é conceito admitido em nosso sistema.

Partimos do magistério de Ruy Barbosa Nogueira (1964/78) que, com base nas lições de Hensel e Lion, conceitua a aplicação analógica como aquela em que "a situação de direito é clara, mas a de fato obscura, ou melhor, o texto descreve com clareza uma situação de fato e o intérprete pretende aplicá-lo a outra situação de fato, por ser análoga à descrita pelo texto".

Como explica Van Houtte (1968/II-28), na aplicação analógica, já não se busca descobrir qual era a vontade do legislador, mas se procuram estabelecer, *de similibus ad similia*, normas que o legislador logicamente deveria ter estabelecido, mas que não o foram.

Fica claro, portanto, pelo menos teoricamente, o limite entre o que se pode denominar interpretação e o que entra no campo da analogia: na interpretação, se examina qual era a vontade do legislador; na analogia, conclui-se qual teria sido o mandamento do legislador, se ele tivesse tratado do assunto. Em outras palavras, a analogia se refere a situações não previstas pelo legislador.

Cabe examinar se o *Treaty Shopping* pode ser excluído dos benefícios do acordo de bitributação, com base na mera interpretação, ou se é necessário ir além, reconhecendo-se que se trata de situação não imaginada pelos Estados contratantes mas que, se o fosse, teria sido rejeitada.

A inclusão da teoria do "abuso de formas", tal como concebida no § 42 AO alemão, no campo da analogia foi indicada por Lehner (1983/196) que, tratando especificamente deste dispositivo do ordenamento alemão, aponta-o como uma exceção, que naquele sistema se admite, ao princípio da proibição da analogia. Logicamente, se há de concluir que, para o autor, a doutrina do abuso de formas é uma espécie do gênero "analogia", que o legislador, naquele país, expressamente admitiu. Igual posição é defendida por Kraft (1991/54).

Kruse (1991/145) e Kramer (1991/100) se referem a uma diferença teórica entre a aplicação do § 42 AO e a analogia: enquanto na analogia, a norma é estendida a fatos não cobertos

por suas palavras, no § 42 AO, não há extensão das normas aos fatos, mas os fatos são, por ficção, adaptados aos termos da norma. De qualquer modo, Kramer reconhece que a consequência da aplicação do § 42 AO é a mesma da analogia. Igualmente, cabe mencionar a posição de Crezelius (1984/534), que afirma ter o § 42 AO efeito de analogia.

Não é demais ressaltar que, no sistema alemão, a existência de um princípio de proibição de analogia não é pacífica, chegando Tipke e Kruse (1989/63-67) a considerar tal proibição tênue, ou, mesmo, inexistente. Neste sentido, o § 42 AO seria meramente declaratório (1989/120). Os mesmos autores esclarecem, no entanto, que a importância do § 42 AO estaria no fato de afastar o questionamento sobre a licitude da analogia, pois, mesmo que esta fosse geralmente proibida, o § 42 AO constituiria uma exceção. Já Friedrich (1985/152) se manifesta pela inconstitucionalidade da adoção da analogia, quando desta decorrer consequência mais gravosa ao contribuinte, em virtude dos princípios da tipicidade do fato gerador e da democracia. O mesmo autor (1985/154-156) mostra que a jurisprudência alemã não é pacífica a respeito, por vezes recusando a analogia, por vezes admitindo-a, mas neste caso, exigindo que se demonstre, claramente, que se está diante de uma lacuna legal.

Deste modo, verifica-se que o que é questionada, na Alemanha, é a existência de uma proibição de analogia e sua extensão. No entanto, não é colocado em dúvida, seja por Lehner e Kraft, seja por Tipke e Kruse, que a aplicação do § 42 AO é uma hipótese de ocorrência de analogia, ou, como preferem Kramer e Crezelius, norma com efeito de analogia. Também a Corte Fiscal da Alemanha se refere ao § 42 AO como uma analogia admitida pelo direito, e que pode fundamentar uma imposição tributária (*BStBl* II, 1980, p. 365).

Para corroborarmos o entendimento de que estamos diante de um caso de analogia (ou equivalente), citamos o autor suíço, Schlegel (1946/13), que esclarece que o emprego da denominada consideração econômica não é uma interpretação ou aplicação razoável (*sinngemässe Auslegung und Anwendung*) da lei tributária, mas uma correção, uma mudança (*eine Korrektur — eine Änderung*) do resultado da interpretação razoável da lei tributária, a partir de um ponto de vista econômico, e não jurídico (*nach einem nichtjuristischen, sondern wirtschaftlichen Gesichtspunkt*).

Na verdade, no caso da aplicação da teoria do abuso de formas ao *Treaty Shopping*, não se teria, propriamente, uma analogia, mas uma redução teleológica. Na aplicação analógica, a norma tem seu alcance ampliado para fatos que não se compreendem no significado possível das suas palavras. Na redução teleológica, diz-se que a aplicação literal da norma ultrapassaria a intenção do legislador e, por isso, não ocorre (Kramer, 1991/98-99). Como explica Larenz (1960/377), enquanto a analogia ultrapassa o sentido possível dos termos, a redução teleológica o restringe. Em ambos os casos, no entanto, tem-se uma ampliação da compreensão do texto, fora dos limites que suas palavras impõem. Assim, no caso do acordo de bitributação, a teoria do abuso implicaria verdadeira redução teleológica, já que se pretende deixar de aplicar seus dispositivos, embora o *Terceiro Interposto* esteja, no seu texto, compreendido entre os beneficiários. Não nos parece errôneo, entretanto, equiparar-se, no que se refere à sua disciplina jurídica, a proibição da analogia à da redução teleológica, como casos de aplicação da lei a campo diverso do previsto em seu texto.

Aceitando-se que a adoção da teoria do "abuso de direito", nos termos do § 42 AO alemão, se trata de um caso de analogia, é imediata a sua repulsa, no direito tributário do Brasil.

Decorre nossa afirmação do próprio texto do § 1.º do art. 108 do CTN, que é taxativo:

"§ 1.º — O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei."

É evidente que o preceito também se aplica, quando a exigência do tributo está prevista na lei mas esta não se dá, em virtude de limitação imposta ao legislador, através de acordo de bitributação. Daí porque, constatando-se a impossibilidade de uso de analogia para a extensão da hipótese de incidência tributária, ter-se-á igual impossibilidade, para a extensão do campo de atuação do legislador ordinário, em face das limitações do acordo, ou para a redução da sua extensão.

Ruy Barbosa Nogueira (1964/77) esclarece que a analogia, no campo do direito tributário, somente se aplica a seu aspecto formal, não a seus elementos constitutivos. O mesmo autor deixa claro, em outra oportunidade (1983/509), que a proibição da analogia decorre do princípio constitucional da legalidade: a obrigação tributária é

*ex lege* e o aplicador da lei, nessa função, não tem poderes para substituir o legislador. "Se a hipótese de incidência não descreveu, necessária e suficientemente, a situação impositiva, a incidência ou obrigação não pode existir." No mesmo sentido, menciona-se a lição de Rothmann (1973/168-169).

A extensão da proibição da analogia aos acordos de bitributação é defendida por Rothmann (s.d./185), baseando sua afirmação não apenas no CTN, mas no princípio da estrita legalidade tributária, que, para o autor, se reflete na interpretação dos acordos internacionais contra a bitributação.

Já podemos afirmar, pois, que, sendo correta a teoria da "transformação", os acordos de bitributação não podem ser interpretados analogicamente. Sendo a teoria do "abuso de formas" uma espécie de analogia, esta não se pode aplicar, no campo dos acordos de bitributação. Em consequência, o *Treaty Shopping* não pode ser combatido por meio de aplicações analógicas.

Por fim, deve ser mencionada a lição de Alberto Xavier (1974/272-275), que critica a aplicação da tese do abuso do direito, no campo tributário, alegando que, por um lado, as partes não pretendem, numa transação elusiva, afetar a posição do Estado-credor do imposto, mas apenas utilizar, do ordenamento jurídico-tributário, aquele negócio que lhes seja fiscalmente menos oneroso, somente se podendo falar, rigorosamente, em dano ao Estado, se fosse reconhecido ter este um interesse tributário geral, o que não sucede, já que seu interesse tributário é limitado pela lei.<sup>27</sup> Por outro lado, continua o autor, a teoria do abuso somente se aplica ao campo da aplicação de um direito subjetivo, para fins diversos daqueles para os quais a lei o atribuiu. No caso de uma elusão fiscal, inexistente, segundo Xavier, direito subjetivo, mas apenas uma liberdade do particular, na escolha dos meios oferecidos pelo Direito. Vale lembrar que Xavier (1974/275-281) se manifesta no sentido de que o negócio fiscalmente menos oneroso se integra na categoria dogmática do "negócio indireto", que pode ser prevenido pela lei (e, por vezes o é), através da própria configuração do tipo legal, ou pela técnica das presunções; não, entretanto, pela aplicação analógica.

27. Por essa razão, Frommel (1991/57) diz que, no campo fiscal, o abuso de direito não pode ter o sentido do Direito Civil, já que o contratante não pretende causar danos a ninguém, mas apenas deixar de pagar impostos.

### 2.1.3.2 Abuso de Formas e a Consideração Econômica

Apesar de já nos termos pronunciado no sentido de ser a teoria do "abuso de formas" uma mera espécie do gênero analogia, inadmitida, pois, no ordenamento nacional, a realidade é que os limites entre a interpretação, enquanto busca da vontade do legislador, e analogia são pouco precisos. Deste modo, um estudo que pretenda examinar a situação jurídica do *Treaty Shopping* em face do ordenamento brasileiro não pode deixar de considerar a hipótese de a teoria do "abuso de formas" não ser pacificamente aceita como tipo analógico, mas de interpretação econômica.<sup>28</sup> Passamos, portanto, a examinar se a doutrina alemã que sustenta o § 42 AO seria aceita num sistema jurídico como o nosso.

Nenhum estudo da doutrina brasileira acerca do tema da inclusão da "teoria do abuso de formas" no sistema jurídico tributário brasileiro estaria completo, se não mencionasse, de início, seu maior defensor na doutrina pátria: Arnílcar de Araújo Falcão.

Efetivamente, escrevendo antes da edição do CTN, Falcão (1964/50) chegou a se manifestar ser dever do intérprete "concluir pela incidência do tributo toda vez que ficar demonstrada a propositada alteração da *intentio juris*, a utilização de forma jurídica não típica ou atípica em relação ao fim visado (...), o abuso da forma jurídica, para empregar a expressão germânica (...) abuso, forma atípica ou alteração de intenção jurídica concretamente só explicáveis pelo desejo de lograr uma vantagem fiscal, a do não pagamento, a do adiamento do pagamento ou a redução do pagamento de tributo". Desta forma, há de se concluir que o autor considerava válido, no Brasil, tecerem-se considerações econômicas, (Falcão, 1964/71) para a interpretação da lei tributária, com o emprego da teoria do abuso de formas, à semelhança do § 42 AO acima examinado.<sup>29</sup>

Não obstante se trate de autor de importância ímpar no desenvolvimento do Direito Tributário pátrio, o exame da doutrina posterior à edição do CTN revela que este diploma legal não abrigou a doutrina da consideração econômica e do abuso de formas jurídicas, defendida por Falcão.

Na verdade, antes da edição do CTN, a teoria do abuso de formas parecia contar com a simpatia, inclusive, de Ruy Barbosa Nogueira

28. Embora esta também seja uma espécie de analogia. Cf. *supra* p. 72.

29. Cf. 2.1.2.1.1 *supra*.

(1965/65-66), que chega a afirmar que “se o contribuinte, abusando do direito ao uso das formas jurídico-privadas, empregar formas anormais, formas inadequadas, na estruturação de suas relações, com o intuito de impedir ou fraudar a tributação, tributação esta que, ao contrário, se o contribuinte tivesse seguido o caminho jurídico-privado correto, seria devida, estaremos frente ao caso do abuso de formas com o fito de evasão, neste caso inoponível ao fisco.”

Nogueira, em outra passagem (1964/79), esclarece que “não será admissível basear-se no escopo (*ratio legis*) para pretender-se restringir ou ampliar uma tributação prevista em lei. A interpretação da norma material tributária deve, pois, ser estrita”. E, para pôr uma pá-de-cal sobre a questão, conclui: “Se houver omissão da lei, deve ser sentenciada a inexistência da obrigação tributária”.

Deste modo, Ruy Barbosa Nogueira, embora admitindo (insista-se: antes da edição do CTN) a adoção da teoria do “abuso de formas” (somente para impedir uma tributação “que seria devida”), impõe-lhe tamanhos limites, que já não se equipararia ao que a doutrina alemã hodierna extrai do § 42 AO. Se Nogueira recusava até mesmo a aplicação extensiva da lei tributária, é claro que a limitação dos benefícios de um acordo de bitributação a uma hipótese como a do *Treaty Shopping* seria inadmissível.

Numa primeira leitura, poderia o intérprete acreditar que a teoria da consideração econômica teria sido esposada pelo próprio autor do anteprojeto do CTN. Com efeito, Rubens Gomes de Sousa (1952/79-80) assim se manifestou:

“B) Os atos, fatos, contratos ou negócios previstos na lei tributária como base de tributação devem ser interpretados de acordo com seus efeitos econômicos e não de acordo com a sua forma jurídica; este é o princípio básico e dele decorrem os restantes;

C) Os efeitos tributários dos atos, contratos ou negócios são os que decorrem da lei tributária e não podem ser modificados ou alterados pela vontade das partes, ao contrário do que acontece no direito privado, em que as partes, pelo menos em certos casos, podem alterar ou modificar os efeitos jurídicos dos atos, contratos ou negócios, mudando-lhes a forma, embora sem lhes alterar a substância;

D) Por conseguinte, os atos, contratos ou negócios cujos efeitos econômicos sejam idênticos devem produzir efeitos tributários também idênticos, muito embora as partes lhes tenham atribuído formas jurídicas diferentes.”

Da leitura destas lições, o estudioso tende a acreditar que a interpretação da lei tributária deve basear-se na essência econômica das hipóteses descritas em lei, afastando qualquer abuso de forma. Neste sentido, poder-se-ia acreditar que um caso como o do *Treaty Shopping* deveria ser considerado abusivo e, portanto, não incluído na norma tributária do acordo de bitributação, por não estar na “intenção do legislador” o benefício de terceiros.

Para afastar tal entendimento, cumpre citar a autoridade de Fanucchi (1971/100), que, reproduzindo a lição de Sousa acima transcrita, alerta:

“...para evitar que pensem que estamos endossando regras interpretativas muito ao gosto de algumas autoridades fazendárias, que costumam, com base no que chamam de interpretação econômica das leis tributárias, encontrar fato gerador de tributos onde ele não existe” (esclarecendo que o) “que está ali dito não significa, absolutamente, que se a lei tributária escolhe um determinado acontecimento jurídico como fato gerador de obrigação tributária, todo e qualquer outro acontecimento jurídico diferente que produza, afinal, o mesmo resultado econômico, deverá ser trazido para a esfera de incidência do tributo.

(...)

O significado verdadeiro da afirmativa do autor do projeto do CTN é o de que, se a lei prevê determinado acontecimento como fato gerador e determinado indivíduo como sujeito passivo da obrigação tributária, não é porque esse sujeito passivo revista o acontecimento com outra feição jurídica imprópria, que irá escapar às consequências tributárias que visa elidir.”

Deste modo, Fábio Fanucchi não deixa dúvidas sobre a extensão que se deve dar à posição doutrinária de Rubens Gomes de Sousa, com quem diz concordar. Em nenhum momento, se está apoiando a doutrina da consideração econômica, mas apenas se está atacando a simulação (feição jurídica imprópria) que, de resto, já é passível de anulação, nos termos da legislação civil.

Para que não perdue qualquer questionamento acerca da opinião de Rubens Gomes de Sousa a respeito da interpretação econômica, nada melhor que se referir a seu Parecer (1976/221), no qual o autor cita doutrina e jurisprudência que fundamentam a “repulsa total” à doutrina alemã da interpretação “funcional ou econômica”, esclarecendo que o art. 108 do CTN não autoriza — muito menos determina — a adoção de tal corrente hermenêutica.

Também descartando a adoção da teoria do abuso de formas pelo CTN, encontramos a autoridade de não menos ilustre integrante da Comissão responsável por sua elaboração. Gilberto de Ulhoa Canto (1988/16) aponta o “desacerto” desta teoria, eis que seria “absurdo (...) dizer que para efeitos tributários pode ser abusivo o recurso a formas de direito privado que neste são legítimas, pois a abusividade não decorre de prescrição de lei alguma, senão, e apenas, da convicção de algum agente da administração pública ou de magistrado de que o legislador teria querido dizer, ao expedir a lei, muito mais do que ele efetivamente disse”. Para Canto, somente se pode falar em abuso, no caso de simulação, o que já não é legitimado pelo direito civil. Se, entretanto, a forma adotada pelo contribuinte é válida no direito civil, não há de ser considerada abusiva somente para seus efeitos tributários.

Entendimento equivalente manifesta Ricardo Mariz de Oliveira (1988/155 e 163), que somente aceita o abuso de forma, no caso de simulação ou de falsidade ideológica documental que oculta realidade diversa, considerando, nos demais casos, perfeitamente legítimos os recursos utilizados pelo contribuinte. Mariz de Oliveira equipara, pois, o abuso de forma ao tipo legal do crime de sonegação fiscal, esclarecendo que se os documentos do contribuinte retratam a realidade, o fato de o contribuinte haver contornado o fato gerador, ou retardado sua ocorrência, é legal, caracterizando a “elisão fiscal legítima”. Adotando a noção do “negócio indireto”, o autor (1988/157) considera legal a economia fiscal produzida, se o negócio indireto elide a ocorrência do fato gerador, não representando abuso de forma jurídica.

Igualmente, o estudo de Liz Cabral Nogueira (1974/382), onde se lê que, mesmo no caso de manipulação das formas de direito privado, com o fito de fugir ao pagamento do imposto, a interpretação econômica, em relação aos institutos de direito privado, somente pode ser aplicada “a casos seguramente prefixados por elaboração sedimentada, como é o caso da *simulação*” (g.n.), estando esta consideração econômica cerceada, no direito positivo brasileiro, pelos arts. 109 e 110 do CTN, além da limitação do emprego da analogia ao campo do direito tributário formal.

Também Rothmann (1973/174) chegou a defender ser admissível, dentro da observância dos princípios da legalidade tributária e da isonomia, a consideração econômica, “nas hipóteses de negócios

simulados, ilegais ou ofensivos aos bons costumes, nulos ou anuláveis e *daqueles que representam um abuso das formas e conceitos do Direito Civil*” (g. n.). No entanto, num estudo em que comparavam o sistema jurídico tributário brasileiro como o alemão, no qual teve nascimento a teoria do abuso de forma, Rothmann e Paciello (1988/414-419) concluem inexistirem, em nosso País, normas gerais que disciplinem “a atividade ilícita ou imoral, a simulação e o *abuso de formas jurídicas*, para os efeitos da tributação” (g. n.). Conforme estes autores, não há de se confundir o abuso de formas jurídicas, previsto na legislação alemã, com os negócios simulados,<sup>30</sup> já que nestes as declarações de vontade são simuladas, enquanto no primeiro, as partes, por pressuposto, querem e realizam a estruturação jurídica inadequada. Desta forma, temos que embora a “consideração econômica” não possa ser afastada, por inconstitucionalidade, sua aplicação não é possível, por falta de previsão legal, *in casu*, em lei complementar, disciplinadora das “normas gerais em matéria de legislação tributária” (CF, art. 146, III).

Portanto, ainda que seja desconsiderada a proibição da analogia, a conclusão acima exposta há de ser mantida: a ser vencedora a corrente defensora da teoria da “transformação” e, portanto, devendo o aplicador da lei interpretar os acordos de bitributação a partir de critérios válidos para as leis tributárias em geral, não há que se falar em abuso de formas jurídicas. Pelo exposto, não dispõe o hermeneuta de recursos para concluir pela ilicitude do *Treaty Shopping*, no direito brasileiro.

### 2.1.3.3 Abuso de Formas e o Art. 51 da Lei n. 7.450/85

Um estudo que pretenda afastar o recurso, na órbita do direito brasileiro, à teoria do abuso de formas, não pode deixar de se referir à existência, em nosso ordenamento, do art. 51 da Lei 7.450/85, que tributa os ganhos e rendimentos de capital, “qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência de imposto de renda”.

30. Cf. também *infra*, p. 85.

Conforme ressalta Costa (1989/216), referido dispositivo legal se aplica, apenas, na órbita do imposto de renda, afastando-se a idéia de que se trate de um "princípio geral", admitindo a consideração econômica.

As autoridades fazendárias, procurando basear-se naquele dispositivo, editaram o Parecer Normativo (CST) n. 46/87, que, tratando de um caso de remessa de lucros ao exterior, a considerava ilegítima, buscando-se "levantar o véu" da operação e descobrir sua realidade econômica.

Não obstante, o art. 51 da Lei n. 7.450/85 já foi objeto de exame de juristas pátrios, concluindo-se tratar de "norma de aplicação por analogia, não podendo prevalecer no direito tributário" (Canto, 1988/111), sendo um dispositivo "inútil" ou "de notória inconstitucionalidade" (Martins, 1988/145), "inaceitável no ordenamento jurídico plasmado no princípio da tipicidade fechada" (Mello, 1988/522).

Conforme esclarecem Rothmann e Paciello (1988/418), uma norma geral, como a do art. 51, deveria, por força da Constituição (atualmente, art. 146, III), revestir-se da forma de lei complementar, caracterizando-se, portanto, a sua inconstitucionalidade formal. Se, por outro lado, o objetivo do legislador era editar norma que correspondesse à atual conformação do CTN, o art. 51 da Lei 7.450/85 caracteriza inconstitucionalidade, por ferir o princípio da estrita legalidade, do qual decorre a exigência de uma *lex certa*, e a conformidade do tipo com o fato gerador.

Em nosso entender, têm razão os doutrinadores acima citados, que concluem pela inconstitucionalidade do art. 51 da Lei 7.450/85. Efetivamente, tendo-se demonstrado, acima, que a teoria da "consideração econômica" não foi abrigada pelo sistema delineado pelo CTN, é mandatória a conclusão de que o art. 51 está inovando, na matéria e, portanto, deveria ter revestido a forma de lei complementar. Razão, pois, assiste a Rothmann e Paciello, no exame da matéria.

Da inconstitucionalidade (formal ou material) do art. 51 da Lei 7.450/85, é imediata a conclusão pelo erro do entendimento manifestado no Parecer Normativo (CST) n. 46/87, que carece de qualquer sustentação (Braga, 1987/249, Canto, 1988/109; Martins, 1988/141).

Excetua-se, conforme Mariz de Oliveira (1988/182), o caso de simulação (embora caso examinado no referido Parecer não fosse

de simulação). Neste caso, o ato simulado não pode prevalecer, perante o Fisco, nos termos estritos do art. 102 do CC.<sup>31</sup>

#### 2.1.3.4 Jurisprudência

Antes de concluirmos pela inexistência de disciplina legal do abuso de formas — ou de figura semelhante — no direito brasileiro, julgamos oportuno um exame da jurisprudência (administrativa e judiciária) sobre a matéria.

É desnecessário o exame da jurisprudência referente ao abuso de direito no direito privado, já que a matéria é objeto de norma legal, não merecendo maior discussão. Tampouco colecionamos os acórdãos que abrigam a desconsideração da personalidade jurídica, para efeitos de direito privado, uma vez que nosso objetivo é examinar a existência de figura semelhante, no Direito Tributário.

No que se refere à jurisprudência administrativa, merece nota o acórdão n. 61.269, do Segundo Conselho de Contribuintes, que tratava de operações de compra e venda de ORTN (in *Res. ABDF*, n. 5/2.5.2). Do voto do Relator, no acórdão, destaca-se:

"De se levar em consideração que no CTN não se encontram disposições semelhantes às dos §§ 41 n. 2 e 42 do Código Tributário Alemão.

(...)

Nessas condições, no nosso sistema jurídico o problema resolver-se-á segundo o princípio da legalidade, das teorias do fato gerador e da tipicidade legal.

Se o fato gerador, no sentido de hipótese de incidência, for mera situação de fato, só quando concretamente ocorrer a situação prevista em lei, com todos os seus elementos, haverá incidência do tributo.

Se a hipótese de incidência for uma situação jurídica, da mesma forma, só se verificando a situação prevista em lei, estabelecer-se-á a relação jurídica tributária."

Na decisão, por maioria de votos, aprovava-se a tese — a nosso ver correta — da inexistência da figura do abuso de formas, no direito tributário brasileiro.

31. V. *infra* p. 85.

Em outros acórdãos, no entanto, a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica, para fins tributários, foi acolhida por aquele Conselho. Vejamos:

No acórdão n. 101.71566, de 3.3.80 (*apud* Mariz de Oliveira, 1988/169), declarou-se que “o abuso de formas jurídicas em prejuízo da Fazenda Nacional não é tolerado pelo sistema jurídico...” Conforme ressalta Mariz de Oliveira, o acórdão citado se baseia em teoria de Araújo Falcão, publicada anteriormente à edição do CTN, a qual já foi objeto de discussão, acima.<sup>32</sup>

Outro caso em que se costuma apontar o reconhecimento, a nível administrativo, do abuso de formas, é o de prática de preços diferenciados para faturamento de uma mesma mercadoria, em datas coincidentes ou próximas (acórdão da 1.ª Câm. do 1.º Conselho de Contribuintes, n. 101-77162, *DOU* de 5.6.87, p. 8.688). Em nosso entender, não se trata de consideração econômica, mas de verdadeira constatação de indícios de fraude. A presunção de subfaturamento, adotada nos referidos acórdãos, baseia-se em um raciocínio lógico, mas que, inegavelmente, pode ser desmentido, mediante prova do contribuinte. Não se trata, no caso, de abuso de formas, mas de emissão de documentos falsos (fraude). É importante ter-se sempre em mente, no estudo do abuso de formas, que, neste, as declarações do contribuinte são verdadeiras; apenas a forma adotada não corresponde àquela mais apropriada, ou imaginada pelo legislador tributário.

Igual raciocínio deve ser empregado no exame do acórdão n. 103-06885, de 13.6.85, do 1.º Conselho de Contribuintes, cuja 3.ª Câm. (*in Suplemento IOB — Imposto de Renda*, n. 7/85), assim julgou: “IRPJ — Distribuição Disfarçada de Lucros. Caracterizada a interposição de pessoa em alienação pela pessoa jurídica a pessoa ligada, de bem por valor notoriamente inferior ao de mercado, com o propósito evidente de desfigurar a tipificação legal em detrimento do fisco, resulta a distribuição disfarçada de lucros. Preliminares rejeitadas”.

Torna-se evidente, também aqui, que o motor do raciocínio do Conselho de Contribuintes não foi a figura do abuso de formas, mas a presunção de falsidade das informações oferecidas pelo contribuinte. O Conselho não questiona a interposição de terceiros, mas, pelo que se extrai do acórdão, acredita-se que nunca se desejou

32. Cf. *supra* p. 76.

que a venda ao terceiro se realizasse. Trata-se, pois, de raciocínio de simulação e fraude, não de abuso de formas.

Finalmente, cumpre mencionar a decisão da 3.ª Câm. do 1.º Conselho de Contribuintes, no acórdão n. 103-07.260 (*DOU* de 5.4.88), onde se examinava a criação de oito empresas, com os mesmos sócios, criadas simultaneamente, com a finalidade de vender os produtos de uma única empresa. Costa (1989/218) se refere, com razão, a este caso, como um exemplo de desconsideração da personalidade jurídica, pela nossa jurisprudência administrativa. A nosso ver, no entanto, neste caso, como nos demais examinados, o julgador não cogita de abuso de formas jurídicas, ou de consideração econômica, mas de verdadeira prática de fraude, já que as empresas criadas não tinham existência real. Cumpre lembrarmos o cerne da distinção entre a simulação e o abuso de formas jurídicas: neste, os fatos e negócios declarados pelo contribuinte efetivamente ocorreram, embora não correspondam à forma mais adequada por que eles se dariam.<sup>33</sup> No caso, não haveria que se falar em simulação, caso os sócios das empresas tivessem desejado, desde o começo, ter oito pequenos empreendimentos. Neste caso, haveria uma coincidência entre sua vontade e o ato jurídico. Erraram, no entanto, ao pretender criar um único negócio, mas simularam oito outros atos jurídicos. Não é difícil imaginar que igual solução não se daria, caso cada empresa fosse encarregada de atuar em determinado território, possuindo carteira de clientes e vendedores próprios, ainda que a repartição dos negócios fosse movida por razões exclusivamente fiscais.

No âmbito de nossos tribunais, encontramos diversos casos que, à semelhança dos descritos na análise dos acórdãos administrativos, não cogitam de abuso de formas, mas de verdadeira simulação.

Assim, p. ex., a decisão da 4.ª T. do TFR, na Ap. em MS 94.918-RS (*LEX-39/242*), em que se analisou a realização de dois negócios jurídicos com a mesma data, no primeiro dos quais, se efetuava uma operação tributável, mencionando preço ínfimo e outro, por preço maior, referente a operação não tributável. Concluiu-se pela falsidade dos documentos, que seriam apenas “formalmente distintos”, sem se revestir de seriedade. Mais uma vez, tem-se um raciocínio baseado na simulação, não na teoria do abuso de formas ou na consideração econômica.

33. V. *infra* p. 85.

Igual raciocínio merece o exame da Ap. Cív. 110.406-RJ (in *RJJ* 8/87, p. 104), que examinava as operações conhecidas por "Day Trade". O TFR concluiu pela ocorrência de simulação e, a partir daí, descaracterizou os negócios praticados pelo contribuinte. Do mesmo modo, não se aplica o raciocínio do abuso de formas, ou consideração econômica, à espécie.

Como decisão que merece análise mais cuidadosa, cita-se a Ap. em MS 92.966-RJ (in *Suplemento do Guia IOB-IR* 5/86), na qual a 4.<sup>a</sup> T. do TFR assim deliberou: "Direito Tributário. Empréstimo entre empresa "holding", no exterior, e subsidiária no Brasil, que não passa de filial. Efeitos. Possível desconsiderar-se a personalidade jurídica da subsidiária, sob controle absoluto da empresa *holding* estrangeira, se comprovado que ambas estão em conluio para fraudar o Fisco. Desnecessidade de norma expressa autorizando a aplicação da *disregard doctrine*, para a tributação das reservas formadas visando à variação de câmbio e das deduções realizadas a título de pagamento e juros.

Conforme ressalta Mariz de Oliveira (1988/169), ao examinar o referido acórdão, embora a ementa admita a aplicação da *disregard doctrine*, o julgamento aplicou os arts. 102 e 105 do CC. Deste modo, mais uma vez, não temos uma consideração econômica, ou um reconhecimento da teoria do abuso de formas, mas um caso de simulação, restrito, pois, à disciplina do Código Civil. Igual, a ponderação de Canto (1988/91), para quem a aplicação da linha argumentativa levaria "ao deslinde desfavorável ao contribuinte, sem dependência da *disregard*, citando, para sustentar seu raciocínio, passagens do voto do relator, que confirmam que o assunto está disciplinado no campo dos vícios nos atos jurídicos e, em especial, no campo da simulação".

Semelhante é o caso do RE 94.066, no qual a 1.<sup>a</sup> Turma do STF assim decidiu (*DJU*, 2.4.82, p. 2.885): "...Personalidade Jurídica. Possível desconsiderar-se a personalidade da pessoa jurídica sob controle absoluto de pessoa física, se ambas em conjunto para fraude a direito de terceiros. Aplicação da teoria inglesa e norte-americana da *disregard of legal entity*, surgida no direito mercantil mas aplicável igualmente no civil, como tributação..."

Conforme ressalta Canto (1988/89), examinando o acórdão, a hipótese trata de fraude ou conluio, não se devendo, pois, a decisão, à aplicação da doutrina alienígena, mas a preceitos legais de nosso ordenamento.

Costa (1989/219) cita o *obiter dictum* do referido acórdão como a abertura do STF à doutrina do *disregard* ao campo da tributação. Em nosso entender, entretanto, até que haja algum caso de aplicação da doutrina, no direito tributário, deve-se manter a afirmação de que a jurisprudência brasileira não admite a "consideração econômica", ou o "abuso de formas", no campo do direito tributário.

Concluimos, portanto, que, por não se tratar de casos de simulação ou fraude, cujos limites estão expressos na legislação civil, os julgados examinados não levam a admitir a aplicação da teoria do "abuso de formas" ou da "consideração econômica".

### 2.1.3.5 Simulação e Treaty Shopping

Na análise da disciplina jurídica do abuso de formas no Brasil, efetuamos ressalva, sempre aos casos de simulação. Embora não seja a simulação um caso de abuso de formas, julgamos oportuno tecermos os seus contornos, posto tratar-se de figuras bastante assemelhadas. Nosso objetivo é confirmarmos que o *Treaty Shopping*, tal como descrito, caracteriza, na verdade o abuso de formas, não se tratando de mero caso de simulação.<sup>34</sup>

Segundo o que compreendemos, a figura da simulação não implica "consideração econômica". Trata, antes, de um vício dos atos jurídicos e, por este motivo, desconsidera-se o ato em seus fundamentos jurídicos.

Conforme esclarece Dória (1971/77), nos casos de simulação, há o conflito entre a forma jurídica aparente e a forma jurídica real, não entre a forma jurídica e a substância econômica. Para este autor, a teoria do abuso de formas configuraria a simulação, em sua incidência fiscal, sendo desnecessário adotar tal teoria (abuso de formas), "perigosa e imperfeita", já que a simulação já é reprimida pelo direito brasileiro.

Ensinam Tipke e Lang (1989/117) que, no negócio simulado, as partes não desejam os efeitos do negócio, encobrendo um outro, cujos efeitos são almejados. As partes do negócio estão de acordo com que este apenas externamente, principalmente em relação às autoridades fiscais, parecerá ter valor, mas, no que se refere à sua essência, as partes não querem o negócio (Meili, 1976/18). Não é

34. Já na conceituação do *Treaty Shopping*, excluímos as hipóteses de simulação. Cf. *supra* p. 22.

difícil verificar que foi este o caso da criação, pelos contribuintes, de oito empresas, com a finalidade de vender os mesmos produtos aos mesmos clientes.<sup>35</sup> As partes não desejavam que oito atividades econômicas se desenvolvessem paralela e autonomamente, nem estavam dispostas a enfrentar os custos decorrentes de oito empresas concorrentes. Queriam apenas uma atividade.

Não há, pois, que se falar em simulação, quando as partes escolhem uma forma "atípica". No caso de "abuso de formas", os efeitos do negócio escolhido pelas partes são desejados (e, por isso mesmo, se escolheu toda a estruturação). Para que se fale em abuso de formas, a estrutura adotada pelo contribuinte deve corresponder à realidade fática (Tipke e Lang, 1989/122).

Em igual sentido, manifesta-se Xavier (1974/269), para quem, nos casos de planejamento fiscal, as partes querem, realmente, o negócio a que dão origem: "Não há divergência entre a vontade real e a vontade declarada, mas sim uma divergência entre a estrutura do acto, definida pela sua causa típica e a finalidade última a que se propõem e que não é a que normalmente caracteriza aquela causa. Por outras palavras: há a utilização de uma dada estrutura ou de uma dada forma para atingir *indirectamente* um resultado que não é o típico daquela estrutura e daquela forma. O fim típico é, porém, realmente querido pelas partes; só que se limita a funcionar como instrumento ou pressuposto para a realização de outro escopo ulterior e que é essencial na determinação volitiva das partes".

O *Treaty Shopping*, conforme descrito, não caracteriza a simulação, já que não há qualquer vício de vontade das partes. É certo que as partes são movidas por razões de índole fiscal, inexistindo outro fundamento para a estrutura jurídica escolhida. Entretanto, as partes assumem as consequências (econômicas e jurídicas) de sua escolha, descaracterizando-se a hipótese de simulação. Daí, pois, ser inaplicável a legislação referente à simulação, ao caso.

### 2.1.3.6 Conclusão

Pelo exposto, concluímos que, ainda que se aceitasse que o acordo de bitributação "transformado" se devesse submeter aos

35. V. p. 83, *supra*.

limites válidos para a fruição de benefícios tributários decorrentes da legislação interna, o direito brasileiro não ofereceria, ao jurista, instrumento referente à interpretação e aplicação da lei que pudesse impedir a prática do *Treaty Shopping*.

## 2.2 O Combate ao *Treaty Shopping* por Medidas de Direito Interno

Ainda dentro do campo do denominado "tratamento unilateral", constatamos que diversos países optaram por incluir, em seus ordenamentos, normas específicas restringindo a concessão de benefícios de acordos de bitributação, no caso de *Treaty Shopping*.

No direito internacional público, a adoção de medidas de direito interno que contrariem obrigações assumidas em tratados internacionais é matéria disciplinada pelo art. 26 da Convenção de Viena, que consagrou o princípio *pacta sunt servanda*, e pelo art. 27, que não permite à parte invocar normas legais internas, como justificativa para haver deixado de cumprir obrigação decorrente de tratado internacional.

Com base nestes dispositivos legais, concluem Becker e Würm (1988a/261), que, do ponto de vista do direito internacional público, não pode subsistir qualquer norma que seja inconsistente com o texto de um tratado internacional.

Do mesmo modo, nos países que ratificaram a Convenção de Viena, há de se concluir, de imediato, não ter qualquer valia, perante os tratados internacionais, as normas internas que lhes sejam opostas. Isto vale, também, para o Brasil, já se podendo afirmar, com base nesta Convenção, que nenhum efeito teria uma lei que impusesse limites aos benefícios decorrentes de acordos de bitributação, além daqueles constantes nos próprios acordos.

A verdade, no entanto, é que a questão não vem sendo resolvida de modo uniforme, encontrando-se, em países signatários da Convenção de Viena, normas limitativas de acordos de bitributação, que vêm sendo aplicadas pelas Cortes internas, na contenção de *Treaty Shopping*.

Passamos, portanto, a estudar a questão da possibilidade de uma norma de direito interno contradizer ou limitar um tratado internacional para, em seguida, expormos as medidas relativas à contenção do *Treaty Shopping*, no direito comparado.

### 2.2.1 Oponibilidade de Normas de Direito Interno aos Tratados Internacionais

#### 2.2.1.1 Monismo x Dualismo

A questão da oponibilidade de normas do direito interno aos tratados internacionais é objeto de discussão, na teoria do direito internacional público, resumindo-se na polêmica "monismo" x "dualismo".

O "dualismo" encontra sua origem na Alemanha, com Triepel e na Itália, com Anzilotti (Rousseau, 1979/4). Parte da existência de duas ordens jurídicas independentes, que nunca se sobrepõem: a do direito internacional e a do direito interno.

Segundo Triepel (1923/9-16), a classificação das normas jurídicas pode ser feita a partir das relações sociais de que tratam, distinguindo-se, então, em ramos diferentes, (v.g., direito penal, direito administrativo etc.), ou a partir da vontade de que emanam (fontes). Neste último caso, as normas jurídicas se dividem em sistemas jurídicos diferentes (v.g., direito francês e direito italiano; direito estatal e direito canônico etc.). O autor defende que o direito interno e o direito internacional são opostos nos dois sentidos acima.

Quanto às relações jurídicas a que se referem, Triepel entende serem diversas, já que as normas jurídicas estatais tratam de relações entre indivíduos (direito privado), ou entre o Estado e os seus súditos ou demais submetidos à sua ordem (direito público). Em contraposição, o direito internacional público rege relações entre Estados soberanos.

Quanto às suas fontes, continua Triepel, são distintas, uma vez que o direito interno parte da vontade do próprio Estado, enquanto no direito internacional, a fonte é uma vontade comum de vários, ou de numerosos Estados.

Com esses argumentos, que Rousseau (1979/4) denomina "considerações de princípio", Triepel (1923/15) conclui que não se trata, apenas, de ramos distintos do direito, mas de sistemas jurídicos diversos.

A tais argumentos, acrescentam-se os que Rousseau denomina "considerações de fato". Nesta linha, estariam os fatos de ambos os "sistemas" disporem de estruturas internas próprias, inclusive no que se refere à aplicação do direito e a inegável validade das normas internas, ainda que irregulares, do ponto de vista do direito internacional público.

Da existência de dois sistemas, ter-se-ia por conseqüência ser impróprio cogitar-se de conflitos entre os acordos do direito internacional e normas do direito interno: se não há pontos de contato, não há conflitos. Uma norma não poderia valer, ao mesmo tempo, em ambos os sistemas, precisando ser transferida de uma para outra.

Note-se, de imediato, que a necessidade, no "dualismo", de uma norma passar de um sistema jurídico para outro não o identifica, de imediato, com a teoria da "transformação", acima exposta.<sup>36</sup> É verdade que Triepel (1923/17) se manifesta no sentido de que não seria possível a "apropriação" de uma norma do direito internacional público pelo direito interno, concluindo pela validade da teoria da "transformação". No entanto, o mesmo autor manifesta ser possível que determinado sistema adote o direito internacional público (1923/25). No mesmo sentido, a Sociedade Alemã para o Direito Público, em seminário realizado em 1964, examinou as bases da polêmica "dualismo" x "monismo", e os argumentos dos defensores das teorias da "transformação" e da "adoção", concluindo que não há uma relação necessária entre ambas as polêmicas, sendo possível, a partir da teoria "dualista", defender-se a doutrina da "adoção" (Parsch, 1964/24-27).<sup>37</sup>

Os argumentos dos defensores do "dualismo" são criticados pelos "monistas".

A diversidade de fontes entre os dois sistemas é rebatida por Scelle (*apud* Rousseau, 1979/6), para quem os "dualistas" confundem, em seu raciocínio, a origem da norma e os fatores de expressão. Para este autor, a origem das normas do direito interno e do direito internacional público é a mesma: são produto da vida social.

O mesmo autor vai além, mostrando que tampouco as relações sociais tratadas são distintas, a ponto de não permitir que se considere serem normas de um único sistema. Neste sentido, o fato de o direito público e o direito privado serem destinados a relações jurídicas diversas não impede que ambos pertençam ao mesmo sistema. Em nosso entender, este segundo argumento seria desnecessário, pois, conforme acima exposto, Triepel considerava a diversidade de relações jurídicas critério para a distinção de ramos

36. Cf. pp. 31 e ss., *supra*.

37. Com opinião contrária, cite-se Preuninger (1980/73), para quem a teoria da "transformação" está estritamente ligada ao *dualismo*.

de um mesmo sistema. Não se trata de argumento que suporte a existência de um outro sistema.

Ainda ao rol de críticas ao "dualismo", costuma-se acrescentar o argumento de que existem regras que se aplicam tanto ao direito interno, quanto ao direito internacional público, tal como é o caso daquelas que dispõem sobre a competência para celebrar tratados internacionais e seu procedimento (Dinh, Daillier e Pellet, 1975/101).

Finalmente, à questão da estrutura diversa de "ambos" os sistemas é contraposto o argumento de que não se trata de estruturas diversas em sua natureza, mas apenas em grau. Concordamos com esse argumento, já que também no direito interno, há estruturas diversas, em virtude da existência de esferas independentes em uma federação, p. ex., sem que este fato sirva de suporte para que se pretenda concluir pela existência de diversos sistemas jurídicos.

Não obstante se posicionem contrários ao "dualismo", Dinh, Daillier e Pellet (1975/100) reconhecem certo valor nele, por conciliar-se com o princípio da soberania, reconhecido na ordem internacional. Estes autores apontam como principal conclusão do "dualismo", a de que uma regra interna contrária ao direito internacional não é anulável, mas sujeita, apenas, à responsabilização internacional do Estado, configurando-se o contencioso internacional como juízo de responsabilidade, não de anulação.

Em virtude das críticas recebidas, os "dualistas" evoluíram para o chamado "dualismo moderado" (*gemildeter Dualismus*), o qual, mesmo defendendo uma divisão fundamental entre a ordem estatal e a ordem internacional, reconhece que as relações Estado x indivíduo e indivíduo x indivíduo também são objeto do direito internacional (Bleckmann, 1975/292).

O "dualismo moderado" admite a possibilidade de um conflito entre ambas as ordens. Assim, seria possível que o direito internacional público criasse poderes, direitos e obrigações na ordem do direito interno. Entretanto, não teria como evitar que, a qualquer momento, a ordem interna contrariasse o disposto internacionalmente, necessitando-se, pois, de regras para a harmonização de ambos os ordenamentos (Menzel e Ipsen, 1962/50). Neste sentido, adotar-se-ia o princípio de que o direito estatal não contraria o direito internacional, a menos que o faça expressamente. Havendo conflito inconciliável, entretanto, valerá a norma de direito interno, na ordem interna, e de direito internacional, na ordem internacional, não

podendo esta sobrepor-se àquela, na ordem interna, em virtude do princípio da soberania (Bleckmann, 1975/292).

Contrapondo-se ao "dualismo", o "monismo" entende que direito interno e direito internacional público são ramos integrantes de um único sistema.

A teoria "monista" não é, entretanto, uniforme, no que se refere à primazia do direito interno ou do direito internacional, na hipótese (sempre possível) de um conflito.

Os "monistas" que defendem a primazia do direito interno sobre o direito internacional, baseando-se na ausência de uma autoridade supra-estatal e na necessidade de uma fundamentação constitucional para a conclusão dos tratados são duramente criticados pelos demais, que apontam a fragilidade de seus argumentos, uma vez que o direito internacional não se constitui apenas de tratados, mas também de princípios e normas consuetudinárias, cujo nascimento independe da ordem estatal, além do argumento de que o direito internacional sobrevive a qualquer mudança constitucional, provando sua superioridade (Rousseau, 1979/8).

A isto se acrescenta que uma tal postura contraria a norma da convivência pacífica entre os povos, abrigada pelo direito internacional (Seidl-Hohenveldern, 1987/133).

Por tais motivos, Verdross e Simma (1976/66) afirmam que a teoria "monista" que defende o primado do direito interno sobre o direito internacional já não encontra, nas últimas décadas, quem a sustente. Não obstante, registre-se artigo publicado por José Alfredo Borges (1984/165), em que defende a inexistência de um direito internacional regulador dos tratados internacionais e apóia a teoria "monista" nos moldes atacados pela doutrina internacional (com prevalência do direito interno).

Tampouco os "monistas" que defendem a primazia do direito internacional sobre o direito interno escaparam de críticas.

De início, os "dualistas" afirmam que o "monismo" é "anti-histórico", já que se os direitos internos fossem fundados em uma única ordem internacional, esta deveria ter existido desde o começo do mundo ou, "pelo menos, desde o tempo em que Deus expulsou do paraíso os primeiros seres humanos" (Triepel, 1923/21). Tal oposição é de imediato rebatida pelos monistas, que reivindicam a possibilidade de raciocinar a partir de uma "abstração histórica", não se exigindo do jurista uma ordem cronológica (Rousseau, 1979/10).

Mais forte é a crítica feita ao "monismo", no que se refere ao fato de ignorar ser possível a existência de leis internas, contrárias à ordem internacional que, entretanto, são válidas no âmbito do Estado (Rousseau, 1979/10).

Em virtude desta falha em seu raciocínio, os "monistas" evoluíram para o que se chama, hoje, "monismo moderado" (*gemilderten "ou" gemäßigten Monismus*), à semelhança do "dualismo moderado", acima referido. Esse reconhece ser possível que, ao mesmo tempo, haja normas internas e de direito internacional contrárias, ambas em vigor. No entanto, tal situação é vista como precária (*nicht endgültig*), devendo o conflito ser resolvido de acordo com procedimento previsto no direito internacional público (Verdross e Simma, 1976/67; Menzel e Ipsen, 1962/52). Mössner (1977/55-56) se manifesta no sentido de que o "monismo moderado" é, hoje, o que prevalece na doutrina.

A evolução de ambas as correntes para a sua versão "moderada" permite-nos concluir, com Geiger (1985/16), que, hoje, suas divergências são, apenas, quanto aos princípios jus-filosóficos, não trazendo qualquer efeito quanto à solução das questões individuais, concluindo Wissenlink (1979/315) que não há razão para diferenciar-se as correntes, no que se refere à interpretação de acordos de bitributação.

Deste modo, podemos afirmar que, em princípio, é possível um conflito entre normas de direito interno e normas do direito internacional. Neste caso, as primeiras prevalecerão, na ordem interna, até que sejam revogadas, em função de exigência das últimas que, afinal, se lhes sobrepõem, caracterizando-se uma unidade sistêmica.

Esta resistência "precária" da norma de direito interno, contrária a um mandamento do direito internacional, não é, entretanto, necessária, sendo possível que, em determinada ordem, seja inadmitida norma interna, contrária ao direito internacional. Franceschini (1982/35), neste sentido, defende que "monismo e dualismo" devem ser encarados como meros "sistemas" e não como realidades universais, cabendo à "lei maior" (não necessariamente a Constituição) de cada país dispor sobre a primazia dos tratados sobre as leis ordinárias posteriores ou, mesmo, sobre a própria "lei maior". No mesmo sentido, Mössner (1960/55-56) afirma que no "monismo moderado", direito internacional e direito interno já não são vistos como um só sistema, mas como duas esferas, cujos

campos de atuação são parcialmente coincidentes. Assim, torna-se admitido que, no campo do direito nacional, haja (precariamente) duas normas válidas (embora no direito internacional nunca nasça o conflito), cabendo ao ordenamento interno de cada país decidir sobre a prevalência. A equivalente conclusão já chegara o oitavo "American Scientific Congress", que, em 1940, afirmava ser matéria da legislação interna de cada país, decidir qual o instrumento de que o Estado se vale para cumprir suas obrigações internacionais (Berber, 1960/107).

Como esclarece Verdross (1950/112), é um princípio geral de interpretação, que toda lei deve ser interpretada, na medida do possível, à luz do direito internacional público, de modo que somente no caso de uma lei contrariar, de modo expreso, dispositivo do direito internacional público, é que ela deve ser aplicada pelo juiz interno. Ainda neste caso, há que ver se o direito interno não dispõe diferentemente.

De todo modo, entendemos que a permanência de uma norma interna contrária ao direito internacional não se deve admitir, com base nos princípios de direito internacional público. Especialmente no caso de tratados internacionais, tal impossibilidade decorre do já mencionado art. 27 da Convenção de Viena.<sup>38</sup>

Vale ressaltar que o referido dispositivo da Convenção sobre tratados internacionais é utilizado por Partsch (1987/244) para sustentar a afirmação de que nele estaria reconhecida a possibilidade de uma norma de direito interno contrária ao direito internacional possa não ser imediatamente nula, valendo na esfera doméstica. Segundo este autor, se é necessário estabelecer-se que o dispositivo da ordem interna não pode ser invocado perante a ordem internacional, é porque, pelo menos em outra esfera, tal dispositivo é tido por válido. Em nosso entender, o art. 27 da Convenção não autoriza esse raciocínio. É estabelecida a prevalência do direito internacional sobre as normas internas. Nada mais.

#### 2.2.1.2 Conflito entre a Lei Interna e os Tratados Internacionais: Direito Comparado

Constatado, na teoria, ser possível a existência de um conflito (ainda que provisório) entre as normas de direito internacional e

38. V. supra p. 87.

de direito interno, passamos a examinar como a questão da prevalência de normas vem sendo resolvida no direito comparado.

Partsch (1987/248) propõe que a questão da fixação da hierarquia dos tratados internacionais na ordem interna seja classificada em seis grupos, todos verificados no direito comparado.

*2.2.1.2.1 Tratado internacional não reconhecido na ordem interna* — Como primeira hipótese, Partsch (1987/248) sugere países nos quais os tratados internacionais, nesta condição, não são reconhecidos pela ordem interna, de tal modo que as obrigações oriundas de tratados internacionais devem ser implementadas através de normas emanadas dos órgãos legislativos internos.

Como exemplo, o autor cita a extinta União Soviética, que assim tratava a matéria, no art. 24 da Lei sobre o Procedimento para Conclusão, Execução e Denúncia de Tratados Internacionais.

Adotando o “dualismo” na sua forma pura, é claro que em tais Estados, não há que se falar em conflitos entre normas de direito internacional e de direito interno.

*2.2.1.2.2 Sistema britânico* — Na Grã-Bretanha e na maioria dos países da “Commonwealth”, Partsch reconhece um sistema próprio, no qual é reconhecida plena soberania ao Parlamento, de modo que as leis dele emanadas, anteriores ou posteriores à entrada em vigor do tratado internacional, devem prevalecer sobre os tratados. Deste modo, estes estão localizados em posição hierárquica inferior às leis internas.

Vale esclarecer que, em tais países, a celebração de tratados internacionais independe de autorização parlamentar (Vogel, 1986/17) para entrar em vigor, daí porque o mesmo somente passa a ser aplicável internamente depois de haver uma lei interna, originada do Parlamento e posterior à sua entrada em vigor (Vogel, 1986/20).

*2.2.1.2.3 Lei e tratado internacional em igual posição hierárquica* — Como sistema válido nos EUA e na maioria dos países da Europa Continental, Partsch (1987/249) aponta a colocação de tratados em igual posição hierárquica às leis internas, sujeitando-se ao princípio *lex posterior derogat legi priori*.

Na Suíça, tal entendimento é confirmado pela doutrina (Knechtle, 1976/187) e jurisprudência (BGE 94 I 678; BGE 99 Ib 39).

Na Alemanha, a colocação do tratado em igual posição hierárquica à lei interna já não mais causa polêmica.

Quando da promulgação da Lei Fundamental alemã, discutiu-se a questão, chegando-se a acreditar na prevalência dos tratados, inclusive sobre a lei posterior, em virtude do art. 25 daquela Carta, segundo o qual “as normas gerais do direito internacional público são parte do direito da Federação. Elas prevalecem sobre as leis e impõem direitos e obrigações diretamente aos habitantes do território federal”.

Em 1973, a Corte Fiscal Alemã se manifestou no sentido de que “uma modificação na legislação interna, referente ao Imposto sobre o Patrimônio, ocorrida após a celebração de um acordo de bitributação, não pode modificar o conteúdo de uma regra oriunda deste, que se extrai da vontade dos Estados contratantes, objetivada no acordo” (in Weber-Fas, 1978/123).

Na doutrina, tal discussão foi concluída em 1964, quando Bühler (1964/66-68) esclarecia que o referido dispositivo constitucional somente se aplica aos princípios gerais de direito público, concluindo que, na Alemanha, uma lei nacional posterior pode derogar os tratados internacionais. Bühler defendia que tal possibilidade é ainda mais evidente, no campo do direito tributário, no qual é urgente ser conferida agilidade (*Beweglichkeit*) ao legislador interno. Para Bühler, tal mobilidade se perderia, se um Estado, tendo firmado vinte ou mais acordos de bitributação, ficasse impedido de introduzir inovações em sua legislação interna.

Do mesmo modo, Weber-Fas (1982/74) se manifestava não serem os acordos de bitributação hierarquicamente superiores à legislação interna. Para o autor, que seguia a escola da “transformação”, o fato de que uma vez “transformados”, os acordos derogam a legislação que lhes é contrária, não se deve basear numa prevalência dos mesmos sobre a ordem interna, *ipso iure*, mas nas regras *lex posterior* ou *lex specialis*.

Na verdade, no campo do direito tributário, a defesa da primazia dos acordos de bitributação sobre a lei posterior era defendida com base no § 2 AO, que assim dispõe: “Tratados com outros Estados, no sentido do art. 59, n. 2, período 1, da Lei Fundamental, que dispuserem sobre tributação, prevalecem sobre as leis tributárias, desde que se tenham tornado direito interno de aplicação imediata” (Schmidt *et all.*, 1978/3-4)

Conforme Eilers (1990/296-297), a pesquisa histórica da edição deste dispositivo legal revela que era intenção do legislador de 1977, que nenhuma lei pudesse revogar o contratado pela República Federal, internacionalmente. Citando jurisprudência da Corte alemã, o autor conclui pela validade do dispositivo, com a conclusão de que, naquele país, o tratado internacional prevalece sobre as leis anteriores e posteriores.

Contrariando este entendimento, temos a lição de Vogel (1983/20-21; 1985a/266), que se manifesta no sentido de que tal dispositivo, na qualidade de lei federal, não é instrumento hábil para dar aos acordos de bitributação prevalência sobre as leis. Portanto, a única interpretação razoável para o mesmo, é a de que ele exige que o referido acordo seja considerado como *lex specialis*, em relação à legislação interna.<sup>39</sup> Deste modo, o autor conclui ser possível que uma lei federal posterior modifique ou revogue dispositivo do acordo de bitributação. No entanto, a lei deve ser expressa sobre o assunto, já que em caso contrário, o acordo será tido por lei especial e, como tal, prevalecerá sobre a lei federal posterior: *Wenn also das zu einem völkerrechtlichen Vertrag in Widerspruch stehende spätere innerstaatliche Gesetz nicht ausdrücklich erklärt, daß es vertragsbrüchig sein will, dann gehen wir davon aus, daß, soweit der Vertrag reicht, er auch im innerstaatlichen Rechtskreis für die durch ihn geregelten Fälle als lex specialis anwendbar bleibt*. No mesmo sentido, manifestam-se Klein e Orlopp (1977/15-16), Debatin (1989/98), Hübschmann, Hepp e Spittaler (1989/§2, Anm. 15), Weigell (1987/124-125) e Mössner (1988/413).

Vogel, refletindo opção pelo "monismo moderado", manifesta-se no sentido de que a lei interna ferindo o acordo de bitributação iria contra o direito internacional (1983/20).

O entendimento de que uma norma de direito interno, contrária ao tratado internacional, tem validade internamente, ao mesmo tempo que constitui uma infração no âmbito do direito internacional público, sujeitando o Estado infrator a reparações e obrigando-o a modificar sua legislação interna, não se restringe ao campo do direito

39. A expressão "especial" é discutida por Mössner (1987/7), sob o argumento de que, na dogmática jurídica, uma norma está em situação de especialidade em relação a outra, quando preenche todos os elementos da hipótese de incidência da última, aos quais acrescenta outras próprias. Tal não seria o caso dos acordos de bitributação, cujas normas são incompletas, dependendo das regras do direito interno, para a sua aplicação. No entanto, mesmo Mössner (1988/413) usa o conceito da especialidade para a interpretação do § 2 AO.

tributário internacional, mas é comum aos demais ramos do direito alemão (Berber, 1960/107).

Langbein (1984/531-540; 1985/145-157), num estudo de legislação, doutrina e jurisprudência comparadas, conclui que são válidas, para a Alemanha, Canadá e EUA, as conclusões de que: a) os três sistemas dão prevalência ao tratado internacional sobre a lei interna, no caso de conflito; b) tal prevalência pode, entretanto, ser sustada pelo legislador interno, ainda que ferindo o direito internacional público; e c) exige-se, entretanto, que o legislador interno seja inequívoco, ao determinar a não aplicação do tratado internacional.

Confirmando tal entendimento, no que se refere aos EUA, menciona-se o art. VI, "Clause" 2, da Constituição daquele país, que dispõe: "Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos que serão feitas de acordo com ela e todos os tratados feitos, ou que serão feitos, sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão o direito supremo do País".

Shay (1989/12) apresenta este dispositivo constitucional como base para a sua conclusão de que naquele país, as leis e os tratados internacionais *stood on an equal footing*, citando jurisprudência sobre o assunto.

No mesmo sentido, encontramos Langer (1980/553), que cita jurisprudência de 1902, no caso *Lee Yen Tai v. United States*, que decidiu pela igual posição hierárquica de ambos, embora cabendo à lei posterior declarar expressamente sua intenção de modificar a norma decorrente do tratado: "O propósito da lei de superar parte ou todo o tratado não será simplesmente assumido. Deve aparecer de forma clara e distinta, a partir das palavras usadas na lei."

Langer (1980/553) cita, também, o *Restatement Second of Foreign Relations*, de 1979, que assim dispõe: "uma lei do Congresso editada depois de que um acordo internacional entra em vigor, que seja inconsistente com o acordo, sobrepõe-se ao acordo, enquanto direito interno, se a intenção do Congresso de se sobrepor ao acordo está expressa claramente."

No entanto, este entendimento, no que se refere aos EUA, já não mais é pacífico, desde 1988, quando foi editado o "Technical and Miscellaneous Revenue Act" (TAMRA), que introduziu, na *Section 7852 (d) (1)* do Código de Finanças daquele País (*U.S. Internal Revenue Code*), a regra *posterior no tempo (later in time)*, dispondo que "para fins de determinar a relação entre uma disposição de um tratado internacional e qualquer lei dos EUA, referente a finanças, nem o tratado nem a lei terão preferência, em virtude de sua qualidade de tratado ou de lei".

Segundo Schade (1989/215), após a edição do TAMRA, o intérprete se vê obrigado a buscar uma interpretação harmoniosa, na medida do possível, entre o tratado internacional e a lei. Não sendo possível, deve prevalecer a norma posterior. A autora já não vê, pois, a necessidade de o legislador mencionar, expressamente, seu desejo de revogar o tratado. No mesmo sentido, a conclusão de Langbein (1989/245) que, entretanto, ressalta inexistir precedente judicial sobre a questão.

Diverso é o entendimento de Eilers (1990/301), para quem o TAMRA não modificou o teor da regra *posterior no tempo*, antes prevalecente: “as leis fiscais emanadas pelo Congresso dos Estados Unidos devem identificar conflitos potenciais com tratados e mostrar o propósito de se sobrepor à disposição do acordo em conflito, a fim de prevalecer”. O autor conclui, pois, pela permanência da necessidade de revogação expressa.

*2.2.1.2.4 Prioridade de tratados internacionais sobre a lei interna — reconhecimento fora da alçada do judiciário* — A outra categoria, segundo Partsch (1987/249), pertencem os países cujas constituições determinam que os tratados internacionais devem prevalecer sobre a lei interna. Neste caso, Partsch ressalta que importa verificar a quem cabe reconhecer a prioridade.

É possível que tal reconhecimento caiba ao órgão legislativo, não tendo o Judiciário o poder de rever este entendimento, ou de efetuar, diretamente, tal reconhecimento. Além disso, pode ocorrer de a própria interpretação dos tratados internacionais caber ao executivo, como Partsch (1987/249) e Strobl (1988/655) apontam ser o caso da França.

Efetivamente, no art. 55 da Constituição francesa de 1958, está estabelecido que as convenções internacionais, uma vez ratificadas, prevalecem sobre as leis internas. Trotabas (1960/290) esclarece, entretanto, que a questão da interpretação de tais convenções é assunto de competência do Executivo, devendo o juiz restringir-se a aplicar o tratado internacional, em conformidade com a interpretação oficial. Conforme Trotabas, esta limitação da liberdade do juiz se explica porque o tratado internacional é visto como um ato diplomático e, como tal, fora da esfera de atuação do Judiciário.

Mencione-se, no entanto, que, recentemente, o Conselho de Estado se dispôs a examinar a compatibilidade de uma norma interna

com um tratado internacional. Relatando o caso, Kergall (1990/134) diz que, embora não se tratasse de uma questão fiscal e, apesar de, afinal, a Corte se ter decidido pela compatibilidade de ambas as normas, o mero fato de se admitir o exame da questão pode revelar a possibilidade de se modificar a posição jurisprudencial.

*2.2.1.2.5 Tratado internacional prevalecendo sobre a lei nacional — exame pelo judiciário* — Partsch (1987/249) levanta como outro sistema, aquele cuja Constituição dispõe que a norma legal interna não deve ser aplicada, se incompatível com os tratados internacionais que estabeleçam normas vinculativas gerais, conferindo-se às Cortes internas, a competência para o exame e interpretação da matéria.

Nesta categoria, deve ser incluído o texto constitucional espanhol, de 1978, cujo art. 96, n. 1, dispõe que “los tratados válidamente celebrados, una vez válidamente publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Conforme Alegria Borrás (1979/52), tal dispositivo se estende aos acordos de bitributação, devendo-se concluir que estes prevalecem sobre a lei interna espanhola.

*2.2.1.2.6 Prevalência dos tratados internacionais sobre o texto constitucional* — Finalmente, Partsch (1987/250) levanta o caso dos sistemas em que os tratados internacionais prevalecem, inclusive, sobre o próprio texto constitucional.

Geralmente, nestes casos, conforme o autor, a Constituição dispõe sobre um procedimento diverso para a sua aprovação, exigindo-se, na Holanda, que o Parlamento aprove os tratados em conflito com a Constituição, com a maioria de votos exigida para emendas constitucionais. Partsch inclui a Áustria no mesmo grupo.

Na América Latina, encontramos exemplo equivalente na Constituição peruana, de 1979, na qual, segundo Berenguel (1989/31), está prevista a hipótese de conflitos dos tratados internacionais com a legislação interna, inclusive com a Constituição, disciplinando-se o procedimento para a sua aprovação e fixando-se o princípio da prevalência do tratado sobre a norma interna.

### 2.2.1.3 Conflito entre a Lei Interna e os Tratados Internacionais: Sistema Brasileiro

Da análise acima, pode-se extrair a inexistência de uniformidade de critérios, no Direito Comparado, no que se refere à solução de conflitos entre uma norma de Direito Internacional (tratados) e uma norma interna.

O texto constitucional brasileiro de 1988, seguindo a tradição dos que lhe antecederam, não disciplina a questão de modo explícito, cabendo ao intérprete concluir a partir de dispositivos isolados.

De início, pode-se afirmar que, no ordenamento brasileiro, um tratado não pode contrariar a Constituição. Tal afirmativa se extrai da alínea "b" do n. III, do art. 102 da CF que, tratando da competência do STF, dispõe caber-lhe "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (...) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal" (grifos nossos).

Foi reconhecida, pelo próprio constituinte, a possibilidade de um tratado ser inconstitucional, de onde se pode extrair a conclusão de que o texto da norma internacional que contrariar dispositivo da Carta será taxado de inconstitucional. Daí, portanto, a colocação da Constituição, hierarquicamente acima dos tratados internacionais.

No que se refere ao conflito do tratado internacional com norma infraconstitucional, a doutrina brasileira não é pacífica.

Segundo Rothmann (s.d./20-23), a doutrina dominante, no Brasil (Marotta Rangel, Haroldo Valladão, Oscar Tenório e Celso Mello) defende a concepção "monista", com prevalência do direito internacional público. A igual conclusão chegou a pesquisa doutrinária de Franceschini (1982/29), que acrescenta títulos de Accioly e Pontes de Miranda. Ambos os autores ressaltam, em suas conclusões, a existência de outros autores, com posição diversa.

No plano jurisprudencial, Franceschini (1982/30) revela a tradição brasileira no sentido do primado do direito internacional sobre as normas internas. O mesmo autor, no entanto, cita a decisão do plenário do STF, no RE 80.004-SE (DJU 29.12.77), em que se concluiu, embora por maioria de votos, pela revogabilidade do tratado internacional por lei ordinária posterior.

Na análise de Franceschini, verifica-se que naquele julgado, alguns Ministros (Xavier de Albuquerque e Eloy da Rocha) defendiam a postura tradicional do Pretório, no sentido da absoluta

primazia do direito internacional público. Pela posição afinal vencedora, tomaram partido os Ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu, Rodrigues de Alckmin e Thompson Flores.

É interessante notar, entretanto, que o "dualismo moderado", que poderia parecer ter sido a luz dos votos vencedores, não é tomado por todos os Ministros de igual maneira, no referido acórdão.

Cordeiro Guerra, p. ex., baseia seu voto na existência de duas ordens jurídicas independentes (externa e interna), para afirmar que a lei interna, ainda que contrária ao tratado internacional, continua a valer no âmbito de sua atuação. Entretanto, o "dualismo" do julgador é "moderado", já que considera a possibilidade de tal lei interna contrariar a ordem internacional, ensejando reparações e, portanto, reconhecendo-se influências recíprocas de ambas as ordens.

Leitão de Abreu, por outro lado, menciona que a lei federal e o tratado internacional, embora colocados, ambos, abaixo do nível constitucional, mantêm suas especificidades, não se tratando, pois, da mesma categoria, e não se podendo falar que uma "lei posterior" revoga um "tratado anterior". Antes, o Ministro prefere falar que a lei "afasta" a aplicação do tratado pelos Tribunais, o qual, entretanto, não é revogado e voltará a ser aplicado, caso a lei que lhe seja contrária seja revogada.

Se o STF adotou nova postura, no que se refere ao conflito entre tratados internacionais em geral e lei ordinária posterior, importa esclarecer que isso não se estende, necessariamente, ao campo do direito tributário. Neste, como ressaltaram os Mins. Xavier de Albuquerque e Cunha Peixoto, há o art. 98 do CTN, que se refere à primazia do acordo de bitributação sobre a lei interna posterior. Na verdade, o último chega a colocar em dúvida a constitucionalidade da norma complementar mas, de qualquer modo, aceita sua validade, embora restrita ao campo da legislação tributária, cujos preceitos internacionais seriam de natureza contratual, e não normativa.

Deste modo, a "nova tendência" jurisprudencial não se estende, de imediato, à ordem tributária.

Com efeito, é expresso o art. 98 do CTN, ao dispor: "Art. 98 — Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

Houve por bem o legislador complementar tributário, portanto, não admitir que uma lei interna revogasse os compromissos

assumidos pela República Federativa do Brasil, junto aos demais membros da Comunidade Internacional, no que se refere aos preceitos de natureza tributária.

A validade do art. 98 do CTN é apresentada, de modo incisivo, por Ruy Barbosa Nogueira (1983a/354), que assim escreve: "Isto é inconcusso e o Brasil não pode deixar de honrar o que contratou e assinou como Tratado Internacional. Aprovou, ratificou e incorporou como supra-ordenado à sua legislação interna, quando sua legislação tributária complementar à Constituição já reconhecia e reconhece como revogatório da legislação tributária interna e imperativamente manda que os tratados e convenções internacionais também serão observados pela legislação interna que lhes sobrevinha. A disposição do art. 98 do CTN, além de legislação paraconstitucional, é texto imperativo, dirigido ao legislador ordinário e regulativo da limitação do poder de tributar".

Não deixa dúvidas, portanto, o Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sobre a colocação do art. 98 do CTN como legislação "paraconstitucional" e, o que é mais importante, como texto que deve ser observado, já que regula as limitações ao poder de tributar, na competência que lhe foi conferida pelo atual n. II do art. 146 da CF.

Expressando o mesmo entendimento, temos a lição de Rothmann (s.d./81), que se manifesta no sentido de que "na existência de um acordo contra a bitributação, as partes contratantes não podem tomar medidas unilaterais, autônomas ou nacionais, modificando o conteúdo do acordo contra a bitributação". O mesmo autor vai além, mencionando que mesmo as medidas administrativas, por gerarem suspeitas de poderem modificar o acordado internacionalmente, vêm sendo incluídas nos acordos de bitributação, como itens sujeitos a prévios entendimentos entre as partes contratantes, reforçando-se o princípio *pacta sunt servanda*.

Também Xavier (1977/37), que defende o "monismo", na sua versão absoluta, conclui, coerentemente, pela validade do art. 98 do CTN, embora faça ressalvas a sua redação, dizendo ser inexato que os acordos internacionais "revoguem" a legislação interna, sendo mais correto dizer que os mesmos "prevalecem" sobre aquela, no caso concreto.

Nogueira (1983a/355) declara que o STF, "através de numerosos acórdãos", já fixou sua orientação, no sentido da observância do art. 98 do CTN, em matéria tributária.

Efetivamente, no que se refere à legislação tributária, há de se mencionar o julgamento do Plenário do STF, no RE 90.824 (RTJ 95/350), no qual Moreira Alves, pronunciando o voto vencedor, não deixa dúvidas de que "de fato, em matéria tributária, independentemente da natureza do tratado internacional, se observa o princípio contido no art. 98 do CTN".

É importante ressaltar a observação de Rothmann (s.d./184) que, embora reconhecendo plena eficácia ao art. 98 do CTN, sustenta que a primazia dos acordos de bitributação sobre o restante da legislação tributária poderia ser defendida, com igual êxito, mesmo na ausência daquele dispositivo complementar, com base nos princípios gerais de direito internacional público (*pacta sunt servanda*) e de direito interno (a regra *lex specialis derogat generali* e o "princípio de que um ato só pode ser desfeito por outro que tenha obedecido a mesma forma").

Acompanhando a melhor doutrina e a jurisprudência, concluímos, portanto, pela validade da norma do art. 98 do CTN, já afirmando que, no Brasil, não seria válida uma lei ordinária, de âmbito infraconstitucional, que pretendesse limitar a aplicação de um acordo de bitributação.

### 2.2.2 Medidas de Direito Interno contra o Treaty Shopping

Já mostramos que não se encontra, no direito tributário comparado, uma uniformidade, no que se refere à prevalência de normas do direito internacional, sobre aquelas oriundas do direito interno, concluindo pela solução país-a-país.

Em virtude da diferença de critérios adotados, encontramos, dentre os sistemas legais pesquisados, unicamente nas legislações suíça e norte-americana, normas de direito interno visando, especificamente, ao combate do *Treaty Shopping*. Neste caso, não se trata de normas de aplicação geral, cuja extensão aos casos de *Treaty Shopping* seria matéria de interpretação, e cuja análise já efetuamos acima,<sup>40</sup> mas de normas emanadas do poder legislativo interno, visando ao combate específico do *Treaty Shopping*.

Julgamos oportuno o exame das medidas de direito comparado, já que as mesmas devem servir de parâmetro para a busca de semelhantes no direito interno, ou inexistindo tais medidas, para a

40. V. item 2.1, *supra*.

discussão da validade, limites e conveniência da adoção de tais normas no ordenamento jurídico nacional.

### 2.2.2.1 Medidas no Direito Comparado

2.2.2.1.1 Suíça — Coube à Suíça ser a primeira nação a adotar, em seu ordenamento interno, normas específicas, visando ao combate ao *Treaty Shopping*.

Na verdade, já no início da década de 60, apontava-se o risco de a Suíça sofrer retaliações por parte de seus parceiros, na ordem internacional, em virtude dos abusos de que terceiros se vinham valendo, para aproveitar a rede de acordos de bitributação, firmados por aquele País. Schmid (1961/241) defendia a adoção de medidas unilaterais, por parte da Suíça, sob o risco dos demais Estados contratantes de acordos de bitributação tomarem medidas punitivas (*Retorsionsmaßnahmen*), que se refletiriam na denúncia (*Kündigung*) dos acordos existentes, ou recusa em renová-los (*Nichternewerung*) ou, finalmente, na revisão daqueles em vigor.

Em 14.12.62, o Conselho Federal Suíço adotou uma Resolução (*Bundesratsbeschluss*), que dispôs sobre a utilização injustificada dos acordos de bitributação (*Treaty Shopping*). Seu art. 2.º definia sua utilização abusiva e elencava quatro casos em que o abuso ocorria.<sup>41</sup> O abuso de acordos foi apresentado, de uma forma genérica, como o caso em que uma pessoa residente ou sediada na Suíça requer o favor fiscal, o qual acaba por beneficiar a terceiros, não sujeitos ao acordo. A título exemplificativo, citam-se os casos de: a) sociedades canalizadoras de recursos; b) sociedades controladas por estrangeiros, com grande distribuição de lucros; c) relações fiduciárias; e d) fundações ou empresas familiares, administradoras de patrimônio próprio.

No dia 31.12.62, foi baixada uma Circular da Administração Tributária Federal, na qual se teciam esclarecimentos, acerca do alcance da referida Resolução, além de se apresentarem exemplos de situações em que se concluiria pela ocorrência do abuso.<sup>42</sup>

Conforme esclarecem Grossfeld (1974/145) e Knechtle (1976/130), a Resolução do Conselho Federal Suíço foi uma resposta aos reclamos de outros Estados, no sentido de que os rendimentos

41. V. Anexo I.

42. V. Anexo II.

incluídos nos acordos celebrados pela Suíça estariam beneficiando a terceiros. Também Wisselink (1979/320) manifesta tal entendimento, concluindo que o texto da referida Resolução abrange as situações que os parceiros da Suíça (em especial, EUA, Alemanha e França) consideravam abusivas.

A primeira crítica que se poderia fazer à referida Resolução é o fato de esta, na qualidade de ato normativo interno, não ter força para limitar o alcance de um acordo de bitributação assinado pela Suíça, válido nos termos do Direito Internacional.

Tal questão não pode, entretanto, ser apresentada, já que o Poder Judiciário Federal daquele país (*Bundesgericht*), em julgamento de 22.11.68, manifestou seu entendimento, no sentido de que aquela Resolução é legal e constitucional, além de compatível com os acordos de bitributação (in DB, n. 33, 1970, pp. 512-513).

No caso concreto, examinava-se o fato de uma sociedade limitada (GmbH) suíça, controlada por alemães, cobrar "royalties" de uma empresa localizada no Reino Unido. A sociedade, valendo-se do acordo de bitributação celebrado entre a Suíça e o Reino Unido, pretendia que o referido rendimento não fosse tributado.

A Corte suíça se manifestou no sentido de que as partes de um acordo de bitributação devem poder interpretá-lo. Em especial, no caso, o Conselho Federal poderia assumir que o objetivo dos Estados contratantes, ao celebrar o acordo, era afastar a bitributação, que incidiria sobre residentes de um dos Estados contratantes. Na medida em que os benefícios fiscais passassem a atingir a residentes de terceiros Estados, haveria um abuso. Conclui, portanto, ter razão o Conselho Federal, ao tomar por abusiva a utilização de um favor fiscal, sem que haja bitributação. Daí porque foi aplicada a Resolução ao caso, não se concedendo o benefício.

Referida decisão encontra oposição em parte da doutrina suíça (Rivier, 1983/250) mas há de ser tomada por parâmetro para a análise do direito daquele país. Não se pode, no âmbito do direito interno suíço, questionar a validade da Resolução do Conselho Federal.

Tampouco o conteúdo da Resolução do Conselho Federal escapou de críticas.

Assim, Ryser (1973/60) menciona que sequer os países que criticavam a postura suíça e que motivaram a edição da Resolução (Alemanha, França e EUA) consideraram decisivas as medidas unilaterais, já que estes países introduziram medidas de direito

interno em suas próprias legislações, para prevenir o abuso, ou julgaram conveniente que as normas do direito interno suíço fossem incorporadas em seus acordos de bitributação, para que as mesmas tivessem força. Assim, o autor conclui que aqueles Estados somente confiam “nos seus próprios alquimistas para tratar de seus males”, não parecendo ao autor que os mesmos tomam as medidas suíças por suficientes. No mesmo teor, menciona-se a crítica de Horak (1987/78) àquela Resolução.

Especificamente no que se refere ao conteúdo das medidas, Ryser (1973/63) afirma que estas, ao adotarem critérios objetivos, acabam por atingir casos em que não ocorre o abuso. Exemplificativamente, o autor se refere à presunção, na Circular acima referida, de que o pagamento a terceiros de mais de 50% do rendimento recebido caracterizaria o abuso. O autor menciona o caso de editoras suíças, controladas por residentes suíços. É da própria natureza deste ramo de negócios que o editor pague ao autor uma percentagem geralmente superior à metade do rendimento recebido a título de *royalties* do exterior. Ryser menciona que este fato é reconhecido pelas próprias autoridades, que admitem o pagamento dos direitos autorais. O autor não vê sentido em não se conferir igual tratamento a situação idêntica, quando a editora é controlada por capital estrangeiro.

Finalmente, julgamos conveniente adicionar ao rol de limitações da legislação suíça o fato de que neste país se localizam, em regra, os *Terceiros Interpostos*, e não as *Fontes*, daí porque é discutível o efetivo interesse na repreensão do *Treaty Shopping*, excetuado o temor a repreensões internacionais.

Por outro lado, justificando as medidas unilaterais suíças, encontramos a autoridade de Lüthi (1984/341), com base no fato de que o objetivo do acordo de bitributação é evitar uma dupla ou pluri-incidência tributária, não qualquer tributação sobre um contribuinte. O autor reconhece que a Resolução tem sido alvo de críticas (1989/339) e ele mesmo condena o fato de não se prever que, em determinado caso, se possa provar que não houve o abuso (1984/357). No entanto, Lüthi (1989/339) imputa tais falhas à utilização de critérios objetivos, em vez de regras subjetivas. Por outro lado, o autor pondera que testes subjetivos são de mais difícil implantação e os critérios objetivos são de mais fácil administração e podem ser aplicados igualmente, além de permitirem ao contribuinte estruturarem suas operações em *safe haven areas*, garantindo-

lhe boa margem para o planejamento fiscal. Assim, Lüthi conclui que, apesar das críticas, a Resolução tem sido geralmente aceita e vem causando um impacto positivo, quando da negociação de novos acordos de bitributação, por parte da Suíça.

2.2.2.1.2 *Estados Unidos da América* — A questão do *Treaty Shopping* nos EUA, que, de início, foi matéria da jurisprudência e, depois, de cláusula específica no “modelo” de acordo de bitributação, tornou-se objeto da legislação interna norte-americana a partir da “Tax Reform Act”, de 1986, que introduziu dispositivos específicos referentes à limitação de benefícios decorrentes de acordos de bitributação, emendando-se a *Section 884* do *Internal Revenue Code* daquele País.

Referido dispositivo trata da tributação de filiais de empresas estrangeiras, instaladas nos EUA (*branch profits tax*). Conforme se extrai do Relatório que acompanhou o projeto de reforma (Silverstein, 1986/454) com a lei de 1986, buscou-se corrigir uma falha do sistema de tributação da renda naquele país, que dava vantagens à instalação de meras filiais no País, em relação à criação de subsidiárias. O objetivo do ato era, portanto, uma equiparação, para efeitos fiscais, de ambas as situações. Para isso, criava-se um “imposto, cobrado das filiais, sobre o lucro de empresas estrangeiras, operando nos EUA”.<sup>43</sup> No entanto, reconheceu-se que tal modificação na legislação interna norte-americana poderia entrar em conflito com alguns dos acordos de bitributação em vigor, manifestando-se o legislador (Silverstein, 1986/455-456) no sentido de que não se pretendia revogar o que fora contratado pelo país, com seus parceiros internacionais.

Apesar da não intenção de diminuir a aplicação dos acordos de bitributação, cogitou-se da possibilidade de que terceiros, não residentes nos países com os quais os EUA mantinham acordos de bitributação, pretendessem se valer dos privilégios destes, que eram expressamente mantidos (*Treaty Shopping*). A fim de impedir o *Treaty Shopping*, portanto (Silverstein, 1986/878), foram adotadas normas específicas limitando o alcance dos acordos de bitributação.

Segundo a redação da *Section 884* (e), do Código de Finanças dos EUA, o *branch profits tax* somente poderia ser afastado, em

43. V. uma explicação mais detalhada do “Branch Profits Tax” in Estes, 1991/17 e ss.

virtude de acordos de bitributação, se, entre outros casos, a empresa receptora dos rendimentos fosse a *qualified resident* do Estado contratante do acordo de bitributação. Na mesma "Section" (884-e-4-A), é definido o *qualified resident* como a empresa na qual mais de 50% de seu capital não pertencem a pessoas físicas não residentes do Estado contratante, ou dos EUA. Ao mesmo tempo, caso se comprove que, em virtude de outro dispositivo legal, foi efetuada a retenção do imposto na fonte (que o acordo de bitributação evitaria), ou no caso de se tratar de empresas de capital aberto, com títulos negociados na bolsa de valores do Estado contratante (ainda que através de sua controladora), a lei presume se tratar de *qualified resident*.

A introdução de dispositivos unilaterais, pelos EUA, foi condenada pelo "Grupo dos Seis", da Comunidade Econômica Européia (França, Bélgica, Alemanha, Reino Unido, Luxemburgo e Países Baixos), em *memorandum* dirigido ao Secretário do Tesouro norte-americano (in *TN*, v. 36/436-438, 27.7.87).

No referido *memorandum*, o "Grupo dos Seis" reconhece a existência e a importância do *Treaty Shopping*, dispondo-se a cooperar com os EUA, no que se refere ao seu combate. No entanto, julgam aqueles Países que o combate ao *Treaty Shopping* deve ser objeto de renegociação bilateral, e não de medidas unilaterais pelos EUA. Manifestam-se os governos, no sentido de que "a violação de um acordo de bitributação, por ação unilateral de uma das partes, corrói (*undermines*) a base de confiança que existe entre os dois países envolvidos, erodindo a certeza e segurança objetivada nos tratados internacionais e permite o questionamento quanto a se o afastamento da bitributação é de qualquer valia, se puder ser modificado pela vontade de uma das partes contratantes". Os seis signatários do *memorandum* apresentam, pois, objeção às disposições da legislação norte-americana que limitam o alcance dos acordos de bitributação, impondo *standards* que podem não se adaptar às realidades econômicas de seus países.

Também a OCDE adotou uma Recomendação, em 2.10.89 (in *TNI*, jan./1990, p. 33), no sentido de que os países membros devem evitar a edição de leis cujos efeitos pretendidos contrariem obrigações assumidas em acordos de bitributação. Na mesma oportunidade, a OCDE (*TNI*, jan./1990, p. 31) dizia que ainda que uma medida seja adotada com a finalidade de impedir o uso impróprio de acordos de bitributação, ela estará ferindo o acordo, se limitar seus benefícios.

### 2.2.2.2 Medidas no Direito Interno Brasileiro

2.2.2.2.1 *Direito Positivo* — Uma vez examinadas as medidas, na órbita do Direito Comparado, adotadas contra o *Treaty Shopping*, resta completar o tema das "Medidas de Direito Interno", com o exame das providências adotadas pelo legislador pátrio, com referência ao tema.

Pode-se afirmar que, no ordenamento interno do Brasil, inexistem medidas contra o *Treaty Shopping*.

Com efeito, é inegável que o nosso legislador vem adotando medidas destinadas a diminuir o campo do planejamento fiscal, podendo-se mencionar, dentre as inúmeras existentes, a repreensão à distribuição disfarçada de lucros (Dec.-lei 1.598/77, arts. 60 e ss.). No entanto, a mera leitura de seus dispositivos revela que o legislador não cogitava da hipótese específica de planejamento fiscal através de acordos de bitributação (*Treaty Shopping*), sendo, antes, medidas válidas igualmente para transações de caráter interno, ou para transações internacionais não incluídas no âmbito de um acordo de bitributação.

Já concluímos, também, pela inaplicação, no Brasil, da teoria do "abuso de formas" ou da "consideração econômica".<sup>44</sup>

Assim, ressalvados os casos de simulação, que já foram excluídos de seu conceito,<sup>45</sup> o *Treaty Shopping* não é reprimido pelo direito interno brasileiro.

2.2.2.2.2 *Posição Crítica sobre a Adoção de Medidas Unilaterais* — Mesmo desconsiderando a impossibilidade, diante do ordenamento positivo brasileiro, da adoção de medidas unilaterais, manifestamo-nos, agora, sobre a sua conveniência, de *lege ferenda*.

Em nosso entender, não é o caminho mais adequado para a contenção do *Treaty Shopping* a adoção de medidas unilaterais.<sup>46</sup>

A primeira, e mais imediata, razão para a nossa opinião, é o fato de tal passo ser contrário à ordem internacional. Ao editar lei limitando os benefícios previstos em um acordo internacional, o Brasil estaria indo contra o que contratou com seus parceiros internacionais, ferindo dispositivo expresso no art. 27 da Convenção de Viena.

44. Cf. *supra* 2.1.3.

45. Cf. *supra* p. 22.

46. Cf. *supra* p. 103.

Ao mesmo tempo, a adoção de medidas unilaterais é prática condenada pela comunidade internacional. Já se mencionou que o "Grupo dos Seis" da Comunidade Econômica Européia, em *memorandum* dirigido ao Secretário do Tesouro Norte-Americano, posicionou-se no sentido de que o combate ao *Treaty Shopping* por meio de medidas unilaterais não se justifica, constituindo violação do acordo de bitributação (in *TN*, v. 36/437, n. 4). Conforme o raciocínio daqueles países, as medidas unilaterais, por terem caráter geral, não se adaptam às especificidades de cada contratante. Considerando que o Brasil celebrou acordos de bitributação com a maioria desses países, é de se esperar igual reação, por parte de nossos parceiros, caso adotemos legislação interna contra o *Treaty Shopping*.

Também a OCDE, em Recomendação de 2.10.89 (in *TNI*, v. 2/32, n. 1), posiciona-se contra a adoção de medidas unilaterais, limitando a aplicação de tratados. Embora o Brasil não faça parte desta Organização, é fato que suas Recomendações representam, no mais das vezes, o pensamento da comunidade internacional. Assim, mais uma vez se confirma o risco de o Brasil vir a sofrer represálias, se adotar medidas unilaterais, contra o *Treaty Shopping*.

Igualmente a doutrina critica a adoção de medidas unilaterais. Assim, Victor Uckmar (1983/48), na qualidade de redator do Relatório Geral da reunião da International Fiscal Association (IFA), entidade que congrega grande número de tributaristas, a nível mundial, manifesta-se pela não adoção de medidas unilaterais, contra a elusão internacional.

Já em 1960, Trotabas (1960/278) manifestava opção pelos meios internacionais, mencionando que "as soluções de direito interno são apenas paliativas, não conseguindo resolver todas as dificuldades que possam surgir da aplicação da lei tributária, quando tratar de situações de direito internacional. É na ordem internacional, que o problema deve ser resolvido".

Finalmente, deve-se lembrar que uma das virtudes do direito comparado, para o jurista, é possibilitar o exame da experiência que outras nações tiveram, na solução de problemas semelhantes aos que são enfrentados na ordem nacional, revelando-se sábia prática evitar incorrer em erros já vivenciados por outros.

Neste sentido, nada melhor que lembrar a experiência suíça, cujas medidas internas anti-*Treaty Shopping* são trintenárias.

Conforme mostraram Wisselink (1979/320) e Ryser (1973/60), as medidas internas adotadas pela Suíça foram de pouca valia prática,

uma vez que seus parceiros acabaram por exigir a inclusão de medidas semelhantes em seus tratados, ou as adotaram em seus ordenamentos, para lhes conferir a *força da lei*.

Horak (1987/131), na mesma linha, diz que, se um Estado pretende combater o *Treaty Shopping* através de medidas de direito interno que julga eficazes, deve incluí-las em seus acordos de bitributação. No entanto, o mesmo autor ressalta que, mesmo assim, não se terá a solução ideal, já que poderão surgir conflitos de interpretação. Neste sentido, recomenda-se que se adotem medidas específicas no acordo, a partir da realidade de ambos os Estados contratantes. Este tema será estudado no Cap. IV, que trata das medidas bilaterais.

### 2.3 Conclusões

1 No presente cap., estudou-se o *Treaty Shopping* num tratamento unilateral, buscando-se determinar os remédios de que o aplicador da lei se poderia valer, na ordem interna, para a contenção do *Treaty Shopping*.

2 De início, estudou-se a questão das normas internas referentes à interpretação e aplicação das leis, a que se poderia recorrer, em princípio, para a limitação da prática do *Treaty Shopping*.

2.1 Na parte preliminar, questionou-se a possibilidade de se interpretar ou aplicarem os acordos de bitributação, a partir de normas válidas para o direito interno.

2.2 Apresentadas as teorias da "transformação" e da "adoção", concluímos que, no Brasil, o ato do Presidente da República, publicando o acordo de bitributação, é mera "ordem de execução" e, deste modo, não desliga o acordo de bitributação da ordem internacional, de onde se originou.

2.3 De todo modo, ficou claro que mesmo os defensores da teoria da "transformação" já aceitam que os princípios da ordem internacional são "transformados" juntamente com a norma internacional e, portanto, são prioritariamente aplicados para a interpretação dos tratados celebrados na ordem internacional.

2.4 Mesmo concluindo pela impropriedade do uso de normas de direito interno, para a interpretação dos acordos de bitributação, visando à contenção do *Treaty Shopping*, nossa análise foi além, verificando se, no direito comparado, são adotados os critérios da ordem interna, para o tratamento da matéria.

2.5 Examinamos se, no campo da legislação interna brasileira, há alguma norma de interpretação que possa limitar o recurso ao

*Treaty Shopping*. Concluímos que, ressalvados os casos em que há simulação (e, portanto, não ocorre o *Treaty Shopping*), não há, no ordenamento pátrio, norma jurídica a ser aplicada para a contenção de planejamentos fiscais, na forma do *Treaty Shopping*.

3 A segunda linha de medidas internas contra o *Treaty Shopping* inclui as normas específicas para a limitação de benefícios de acordos internacionais. Aqui, já não se trata da aplicação de uma norma interna válida para todo o ordenamento. O combate é direcionado.

3.1 Verificamos que o direito internacional público repugna a adoção de medidas unilaterais que possam restringir a aplicação de tratados internacionais.

3.2 Entretanto, constatamos que existem, na doutrina, teorias opostas, com referência à possibilidade de uma norma interna contrariar aquilo a que o Estado se obrigou, perante a comunidade internacional: o “dualismo” e o “monismo”. Estudamos ambas as correntes, constatando que estas, na doutrina, já se aproximam, em suas versões “moderadas”.

3.3 Não obstante, a análise do direito comparado revela que há diversas soluções para a hipótese de conflito. Destacamos os seis grupos em que se podem classificar as soluções.

3.4 Concluímos que, no Brasil, prevalece, tradicionalmente, o “monismo”, com primazia do direito internacional. Mencionamos uma tendência à sua versão “moderada”, na atual jurisprudência, ressaltando, entretanto, que tal tendência não se estende ao campo do direito tributário, no qual é reconhecida plena vigência e validade ao art. 98 do CTN.

3.5 Não obstante nossa conclusão, julgamos oportuna a análise do direito comparado, no que se refere à adoção de medidas unilaterais contra o *Treaty Shopping*.

3.6 Constatamos que tais medidas são adotadas, unicamente, dentre os sistemas pesquisados, pela Suíça e pelos EUA, sendo alvo de críticas, por parte da doutrina e da própria comunidade internacional.

3.7 Verificamos que, no Brasil, inexistem medidas de direito interno, limitando a aplicação dos acordos de bitributação, no caso de *Treaty Shopping*.

3.8 Numa análise sobre a conveniência das medidas unilaterais, posicionamo-nos contrário ao tratamento do *Treaty Shopping*, através de medidas de direito interno.

## A CONTENÇÃO DO *TREATY SHOPPING* COMO MEDIDA DE DIREITO INTERNACIONAL (TRATAMENTO GLOBAL)

3.1 A tese do “Princípio Anti-Abuso” — Principais contornos — 3.2 Exame da tese: 3.2.1 Os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações Civilizadas e o “Princípio Anti-Abuso” — 3.2.1.1 Fontes dos Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pela Nações Civilizadas; 3.2.1.2 Acordos de Bitributação e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações Civilizadas; 3.2.2 A proibição do abuso, no Direito Internacional Público; 3.2.2.1 O Princípio da Boa-Fé e seu Colorário: o Princípio da Proibição do Abuso; 3.2.2.2 A Proibição do Abuso de Direito e as relações entre Fisco e Contribuinte; 3.2.2.3 O “Princípio Anti-Abuso” e o *Treaty Shopping* — 3.3 Conclusões.

No capítulo precedente, já se mostrou que, pela doutrina dominante, os acordos de bitributação são hoje submetidos a critérios de direito internacional, para a sua interpretação. Tal conclusão se faz mandatória, seja segundo a teoria da “adoção”, seja a da “transformação”, em seus contornos atuais.

Prendemos, pois, no presente capítulo, examinar se as normas gerais do direito tributário internacional oferecem ao intérprete e ao aplicador da lei alguma ferramenta, para o exame do *Treaty Shopping* e seu combate. Denominamos este “tratamento” de “global”, já que a existência de um tal recurso dispensaria a adoção de normas de direito interno (“tratamento unilateral”) ou a previsão da matéria nos acordos de bitributação (“tratamento bilateral”), posto que válido para todos os acordos celebrados à luz da ordem internacional.

### 3.1 A tese do "Princípio Anti-Abuso" — Principais Contornos

É a Klaus Vogel, Prof. da Universidade de Munique, que se deve conferir o mérito de haver buscado, no âmbito do direito internacional, norma suficiente para a conclusão da proibição do *Treaty Shopping*.

Em seu trabalho, Vogel (1983/20) esclarece que a teoria da "transformação" já está ultrapassada na Alemanha. Por esta premissa, o autor renuncia aos critérios de interpretação de acordos de bitributação, baseados na legislação interna alemã. Além deste argumento, o autor (1985/378) menciona que, de qualquer modo, a qualidade de *lex specialis* conferida ao acordo de bitributação permite-lhe prevalecer, inclusive, sobre as normas gerais do Código alemão (*Abgabenordnung*). Conclui, pois, que "somente através do direito internacional público, é que se pode justificar a não aplicação de disposições de um tratado" (*Die Nichtanwendung von Abkommensvorschriften kann deshalb nur mit Völkerrecht gerechtfertigt werden*).

Diante desta premissa, o autor convida o jurista a buscar, no campo do direito internacional, as limitações para o *Treaty Shopping*.

De início, Vogel (1985/375) esclarece que, em sua opinião, é um erro metodológico o raciocínio segundo o qual seria necessário que houvesse uma cláusula expressa nos acordos de bitributação, autorizando a consideração da "substância" das transações, para que se pudesse deixar de respeitar a "forma" adotada pelo contribuinte. Na sua opinião, o raciocínio deve ser o oposto: somente quando um acordo de bitributação possuir uma cláusula sobre o assunto, é que a consideração da "substância" se limitará aos parâmetros daquela cláusula. Em caso contrário, a liberdade para considerar a "substância", e não a "forma", das transações será ampla.

Segundo menciona Vogel (1985a/260), o direito internacional público inclui em suas fontes (art. 38 do Estatuto da Corte de Haia), além do direito consuetudinário e dos tratados internacionais, os denominados "Princípios de Direito Geralmente Reconhecidos pelas Nações Civilizadas" (que, doravante, denominaremos "PDGRNC"). Trata-se, para o autor, de princípios jurídicos que são confirmados faticamente em todos os Estados civilizados. Os mesmos princípios devem ser capazes de obrigar os Estados, em suas relações com os demais Estados, do mesmo modo que são vinculantes dentro da ordem intra-estatal.

Em seu raciocínio (1985/376), Vogel parte da constatação de que todos os Estados, em maior ou menor grau, e apesar de diferenças dogmáticas, admitem que o intérprete deve buscar a "substância" das transações, e não a sua "forma", quando o raciocínio oposto contrariar drasticamente a busca da justiça (*wenn das Ergebnis anderenfalls Gerechtigkeitserfordernissen grob widerspräche*). Se este princípio é observado dentro da ordem interna de cada Estado, o autor opina que um Estado não pode, perante outro Estado contratante, alegar que não reconhece igual princípio.

Entende o autor, por conseguinte, que, quando um Estado celebra um acordo de bitributação, pressupõe que os princípios por ambos reconhecidos em suas ordens internas hão de valer nas relações oriundas do acordo.

Ora, se é geralmente reconhecido por todos os Estados, que um contribuinte não se pode valer da forma em que estruturou seus negócios, para escapar à tributação com base em sua "substância", há aí um PDGRNC, que vincula os Estados em suas relações com os demais contratantes.

Por conseguinte, Vogel (1985/376) afirma que, se dois Estados celebram um acordo, e ambos conhecem, em seus direitos internos, um dispositivo contra a evasão fiscal, deve-se reconhecer que tais Estados, ao aplicar as cláusulas do acordo a uma situação concreta, não estarão obrigados a conceder os benefícios, sem antes examinar se houve a evasão.

Com estes fundamentos, Vogel se refere a uma "Cláusula não escrita referente à Evasão Fiscal" (*ungeschriebene Umgehungsklausel*),<sup>47</sup> que estaria incluída em todos os acordos de bitributação, quando não houvesse outra cláusula específica sobre o tema.

### 3.2 Exame da Tese

#### 3.2.1 Os Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pelas Nações Civilizadas e o "Princípio Anti-Abuso"

O fundamento central da tese de Vogel é a existência de um PDGRNC, em cujo teor estaria a proibição de evasão fiscal, por

47. O termo foi usado pelo autor na primeira edição de seu Comentário (1983, p. 42). Na segunda edição (1990, p. 64), o Autor optou por falar numa "exceção geral de Direito Público referente à Evasão Fiscal" ("allgemeinen völkerrechtlichen Umgehungsvorbehalt").

parte do contribuinte. Para nos limitarmos ao caso de *Treaty Shopping*, poderíamos dar contornos mais nítidos ao PDGRNC de Vogel, como um "princípio anti-abuso".

Esta limitação do tema não prejudica, em nosso ver, a análise. Se existe um princípio geral, que impeça qualquer evasão fiscal (*Umgehungsvorbehalt*), é claro que o abuso de formas está compreendido em seu teor. Ao mesmo tempo, entendemos que, se nossa pesquisa se reduzisse à busca do princípio geral, um resultado negativo na mesma (e, portanto, a conclusão de que inexistente um PDGRNC que proíba a evasão fiscal) não impediria que se alegasse a existência de um PDGRNC, específico para o caso de "abuso de formas" e, portanto, para o *Treaty Shopping*.

O "princípio anti-abuso" é, para Vogel, parte do direito internacional público, por consistir num PDGRNC e, como tal, fonte da ordem internacional, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Para a sua afirmação, Vogel adota o seguinte raciocínio: a) um PDGRNC, fonte do direito internacional público, pode ser extraído, a partir de seu reconhecimento pela grande maioria dos Estados; b) a grande maioria das nações civilizadas reconhece, em seus ordenamentos internos, que o abuso não deve ser admitido, como forma de reduzir a carga fiscal; c) portanto, é um PDGRNC e, como tal, válido para toda a ordem internacional, que o contribuinte não se pode valer do abuso, na busca de seus direitos decorrentes de mandamentos da ordem internacional; d) o acordo de bitributação, enquanto mandamento da ordem internacional, deve ser interpretado segundo os PDGRNC; e) deste modo, o contribuinte não se pode valer de expedientes "abusivos", para pleitear os benefícios decorrentes de um acordo de bitributação.

Propomo-nos a testar as premissas de Vogel, acima elencadas, para podermos opinar sobre as conclusões a que chega o Prof. de Munique.

### 3.2.1.1 Fontes dos Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pelas Nações Civilizadas

Nossa análise se inicia por testar a validade da premissa de Vogel, segundo a qual o fato de se constatar a existência de um princípio, em diversas ordens nacionais, é suficiente para que o jurista daí extraia a conclusão de que o referido princípio é um

PDGRNC, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Para confirmarmos a existência, ou não, de um PDGRNC, com o teor de um "princípio anti-abuso", devemos examinar, de início, onde devem ser buscados os PDGRNC. Falamos, então, nas fontes dos PDGRNC.

Uma das formas de se estudarem os PDGRNC é através da pesquisa dos diversos ordenamentos internos. Tal método, que se pode denominar "indutivo", posto que parte de sua aplicação generalizada, para concluir por sua validade no direito internacional, é apresentado por diversos doutrinadores.

Segundo Lammers (1980/60), a inclusão dos PDGRNC, entre as fontes do direito internacional público foi, historicamente, uma opção dos redatores do Estatuto da então Corte Permanente de Justiça, para evitar que os juizes recorressem a princípios de direito natural, para basearem suas decisões. Neste sentido, o reconhecimento do princípio pelos integrantes da comunidade internacional seria mandatário. Em igual sentido, manifesta-se Rousseau (1979/88). Também a partir de uma análise do trabalho dos redatores daquele Estatuto, Din, Daillier e Pellet (1975/316) concluem que o poder concedido ao juiz é de *constatação* dos princípios estabelecidos *in foro domestico*.

Também defendendo a utilização do direito comparado de diversos Estados, para a constatação dos PDGRNC, encontramos Bothe (1976/282), esclarecendo, entretanto, que não se devem buscar todos os sistemas, mas uma grande quantidade (*Vielzahl*) de Estados, tomando-se os mais representativos ordenamentos jurídicos do mundo (1976/292).

Do mesmo modo, Mosler (1984/95) esclarece que, hoje, as "nações civilizadas" são todos os Estados, sendo um PDGRNC aquele que for observado por uma significativa maioria dos Estados do mundo, incluindo os principais sistemas legais do mundo. No mesmo sentido, manifesta-se Rotter (1983/87).

Se os PDGRNC são colhidos a partir da análise da "maioria" dos sistemas representativos, não se poderá censurar o raciocínio de Vogel, que está sob exame, no sentido de que o "princípio anti-abuso" constitui um PDGRNC, uma vez que é observado, em maior ou menor grau, por diversos sistemas por ele elencados.

A questão que surge, entretanto, é se a tal raciocínio se pode opor que, em determinado sistema, o PDGRNC assim abstraído não é observado e, por conseguinte, negando-se o próprio PDGRNC.

Defendendo esta possibilidade, encontramos Guttenridge, a quem Schwarzenberger (1956/151) imputa a afirmação de que "uma comparação de normas de diversos sistemas de direito privado só serve para negar uma ocorrência" (*a comparison of the rules of the various private-law systems can only have the result of proving that this is not the case*), não servindo o direito comparado como prova com efeitos positivos.

Mais específico, temos Tunkin (1971/524), que critica aqueles que examinam o Estatuto da Corte Internacional de Justiça a partir de interpretações que valiam para seu antecessor, o Estatuto da Corte Permanente de Justiça. Para o autor, trata-se de um novo tratado, concluído em condições diversas do primeiro e celebrado entre partes diferentes. Assim, a coincidência na redação de alguns dos artigos de ambos os Estatutos não permite se estenda o raciocínio válido em um caso, para o outro, sem a devida cautela.

Neste sentido, Tunkin (1971/525) denuncia que a tomada dos PDGRNC a partir de seu reconhecimento pelas "nações civilizadas" viria sendo usado como argumento contra Estados socialistas e alguns países em desenvolvimento, que se veriam obrigados a submeter-se a princípios válidos na ordem "burguesa". Tunkin considera tal imposição sem qualquer fundamentação legal, não sendo tais princípios, portanto, obrigatórios para as nações que não os observam internamente. Assim, somente se teria um PDGRNC, quando observado por todos os Estados, "burgueses" ou não.

Já Hailbronner (1976/207-209) argumenta, convincentemente, que a comparação dos sistemas mais relevantes, apenas, há de ser tida por suficiente para a comprovação da existência de um PDGRNC, mesmo que se demonstre que algum sistema jurídico ("menos desenvolvido") não adota o princípio. Para sustentar a sua afirmação, a autora se vale do exemplo da África do Sul, onde até há pouco vigia o sistema do "apartheid". Para a autora, a constatação da existência de tal anomalia não impediu que se afirmasse constituírem os direitos humanos PDGRNC. Do mesmo modo, a autora se refere à possibilidade de um país adotar medidas de emergência, quando não valem, em seu território, determinados PDGRNC que, entretanto, são reconhecidos pela maioria das nações civilizadas. Evidentemente, a questão da determinação, se um dado ordenamento é relevante, normal ou "desenvolvido" não fica resolvida, restando a decisão ao juiz, no caso concreto. Na verdade, Bothe (1976/252 e ss.) denuncia que nem sempre os juízes de cortes

internacionais efetuam uma pesquisa suficientemente exaustiva, quando pretendem confirmar a existência de um PDGRNC, recorrendo, no mais das vezes, a sua própria formação jurídica.

Mesmo havendo uma divergência entre os sistemas, quanto a determinado princípio, não deve ser descartada a sua existência eis vez que, segundo Bothe (1976/292), se pode falar em princípios regionais (geralmente reconhecidos entre países de uma determinada região) e, mesmo, em princípios bilaterais, que seriam válidos na decisão de uma disputa entre dois Estados. No entanto, o próprio autor reconhece que tamanha redução do grau de generalidade exigido demandaria um compromisso de ambos os Estados contratantes, no sentido de aceitarem a aplicação de princípios comuns a suas ordens internas, para a solução de sua contenda. Segundo o que entendemos, se é exigido o compromisso entre os Estados, já não há que se falar em um PDGRNC enquanto fonte do direito internacional público, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tratando-se, antes, de uma norma decorrente de obrigação contratual dos Estados. No mesmo sentido, ensina Sorensen (1960/31) que o fato de que determinados princípios são reconhecidos na ordem nacional de dois Estados não os transforma em princípios de direito internacional, cuja validade é geral. Deste modo, um princípio reconhecido por poucos países não é um PDGRNC. A análise de direito comparado deve basear-se em uma amostra significativa.

Parece-nos correto concluir, portanto, com a maior parte da doutrina, que não é necessária uma pesquisa que esgote o universo de sistemas jurídicos, para a conclusão da existência de um PDGRNC. No entanto, também fica evidente que devem ser examinados os sistemas mais representativos, constatando-se uma uniformidade nestes. Inexistindo tal uniformidade, restará verificar o "grau de desenvolvimento" do sistema jurídico divergente e, sendo este relevante, poder-se-á desmentir a existência do PDGRNC.

Retornando ao "princípio anti-abuso", cuja existência, enquanto PDGRNC se pretende testar, podemos concluir que o método de que se valeu Vogel para a sua indução, i.e., o exame dos ordenamentos internos, é amplamente aceito pelos doutrinadores do direito internacional público.

O acerto de seu método depende, entretanto, da amostra observada, i.e. se todos os sistemas significativos, na ordem internacional foram examinados.

O recurso ao direito comparado não é, no entanto, o único instrumento de que se pode valer o jurista para constatar a existência de um PDGRNC. A esta pesquisa empírica (indutiva), pode substituir uma análise do próprio direito internacional público que conclua pela existência de um princípio, como inerente ao seu sistema. Aqui, já não nos preocupamos com os princípios gerais reconhecidos em cada ordem interna, mas com princípios geralmente reconhecidos (pelas nações civilizadas) como válidos na órbita internacional.

Assim, ainda que constatemos que, em determinado(s) sistema(s) significativo(s) na ordem internacional, o "princípio anti-abuso" é desconhecido para a ordem interna, não poderemos descartar a possibilidade de ele existir, enquanto um PDGRNC. Neste caso, entretanto, será necessário que fique demonstrado o seu reconhecimento, junto aos doutrinadores ou à jurisprudência, na própria esfera do direito internacional público (Dinh, Daillier e Pellet, 1975/316).

Em conclusão, podemos afirmar que os PDGRNC podem ser comprovados: a) a partir da demonstração de que eles se observam, internamente, nos sistemas jurídicos "representativos" e "desenvolvidos"<sup>48</sup>; ou b) a partir do seu reconhecimento, dentro do próprio Direito Internacional Público.<sup>49</sup>

### 3.2.1.2 Acordos de Bitributação e os Princípios Gerais de Direito Reconhecidos pelas Nações Civilizadas

Não só da existência de um PDGRNC, nos termos do "princípio anti-abuso", depende a validade da tese de Vogel. É necessário, também, que se comprove que semelhante "princípio" se incorporaria aos acordos de bitributação.

Trata-se, em suma, de se determinar se, no campo do direito internacional, no qual se hão de interpretar os acordos de bitributação, os preceitos contratados pelos Estados se interpretam literalmente ou, ao contrário, há a possibilidade de se estender ou limitar o alcance de uma norma, mediante o recurso da interpretação extensiva ou, mesmo, da aplicação ou redução analógica.

Defendendo uma interpretação literal dos tratados internacionais, encontramos Rudolf (1963/66), que corrobora seu entendimento a

48. V. pp. 133 e ss.

49. Cf. pp. 124 e ss.

partir de diversas decisões de tribunais internacionais. Para o autor, a interpretação deve buscar o que as partes pretendiam durante a celebração do tratado. O melhor meio para alcançar esta vontade das partes, segundo Rudolf, é o exame daquilo que as partes, em conjunto e por escrito, estabeleceram (o texto contratual). Assim, deve o intérprete partir do que está escrito e, em princípio, deve o texto ser suficiente para se estabelecer o resultado da interpretação.

Também a favor da prevalência do texto do tratado, e colocando-se expressamente contra o recurso à analogia, encontramos Anzilotti, a quem Bleckmann (1978/167) imputa a lição de que embora se admita, no direito internacional, uma aplicação extensiva de seus preceitos, deve-se considerar que, por outro lado, "os Estados ainda têm tanto ciúme de sua autonomia que certamente não se pode presumir que eles a quiseram limitar, se outra conclusão puder resultar das normas adotadas".

Deste modo, verifica-se que a fundamentação para a recusa da aplicação de critérios extensivos ou analógicos, na interpretação de tratados internacionais, se encontra na noção de que os Estados, submetendo-se aos preceitos de direito internacional público, limitam a sua soberania. Sendo esta, em princípio, guardada com ciúmes pelos Estados, entende-se que estes não pretenderiam limitá-la mais que o quanto foi expressamente acordado.

Também confirmando a primazia do texto, encontramos a Convenção de Viena, cujo art. 31 dispõe:

"1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, inclusive seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo concernente ao tratado e que foi ajustado entre todas as partes a respeito da conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes por ocasião de conclusão do tratado e aceito pelas outras como instrumento relativo ao tratado.

3. Será levado em conta, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior ajustado entre as partes concernentes à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática posterior na aplicação do tratado pela qual fique estabelecido o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) qualquer regra pertinente de direito internacional aplicável nas relações entre as partes.

4. Será atribuído um sentido especial a um termo se fica estabelecido que essa era a intenção das partes."

Segundo Rothmann (s.d./65), a Convenção de Viena, neste dispositivo, consagra o princípio da primazia do texto, devendo a interpretação "estabelecer o sentido do próprio texto e não pretender reconstituir o que os estados possam ter originariamente intencionado".

Rothmann menciona que, na verdade, este entendimento não é imediato do texto da Convenção, citando (s.d./145) Sur, para quem "a disputa sobre a primazia do texto ou a intenção real das partes não foi definitivamente resolvida".

No mesmo sentido, D'Amato (1984/107) opina que o fato de o art. 31 (1) da Convenção se referir ao contexto e à finalidade do tratado seria a negação da interpretação literal das palavras, sem consideração da vontade das partes, já que esta poderia levar uma das partes a ter uma vantagem injusta sobre a outra.

Entretanto, Rothmann (s.d./165) conclui que a consideração da primazia do texto "é mais consentânea com a interpretação dos acordos de bitributação."

Não obstante seja fundamental o texto, na interpretação, há que se considerar, com Bleckmann (1978/169), que, na verdade, já há muito o direito internacional público vem admitindo o emprego da analogia, na aplicação de seus preceitos. Como exemplo, entre outros, Bleckmann cita o caso da proibição da pirataria aérea, a qual foi considerada ilícita, a partir do que já se conhecia da pirataria marítima. O autor defende esta aplicação analógica, posto que a ela serve ao princípio da igualdade, além de permitir, a partir da consideração do objetivo do instituto jurídico analogicamente aplicado (*Zweck der analog angewendeten Rechtsinstitute*), que se impeçam casos de abuso de direito e de arbítrio.

Especificamente analisando a tese de Vogel, temos Fischer-Zernin (1987/363), para quem os PDGRNC são uma fonte subsidiária de direito internacional público, sendo criticável, pois, que Vogel se tenha valido de tal recurso, existindo, no ordenamento internacional, o Art. 26 da Convenção de Viena, que prevalece sobre os PDGRNC, e que já sustenta a existência do princípio da boa-fé. A crítica, a nosso ver, não merece ser apoiada, já que a melhor doutrina, representada, dentre outros, na lição de Dinj, Daillier e Pellet (1975/313), não vê, nos PDGRNC, uma fonte subsidiária, mas

autônoma e primária. Além disso, conforme mostraremos abaixo,<sup>50</sup> o princípio da boa-fé não seria suficiente para impedir a prática do *Treaty Shopping*.

Em nosso entender, no que se refere ao direito tributário internacional, é válida a consideração de Anzilotti, a respeito da presunção de que os Estados são ciumentos de sua soberania (tributária), não devendo o intérprete estender sua limitação, além daquilo que ficou contratado. Neste sentido, em regra geral, não há que se admitir a utilização da analogia, na interpretação dos acordos de bitributação.

Entretanto, há que se verificar até que ponto o "princípio anti-abuso" seria mera aplicação analógica, decorrente do raciocínio do intérprete, ou, ao contrário, trata-se de um preceito de direito internacional público.

Se o "princípio anti-abuso" for um PDGRNC, conforme defende Vogel, seu emprego não refletirá uma arbitrariedade do intérprete. Ao contrário, será parte do direito internacional público e, como tal, sua aplicação será cogente, sob o risco de, pela sua não aplicação, fugir-se dos parâmetros do jurídico. Mesmo neste caso, entretanto, há que se ter presente a lição acima mencionada de Dinj, Daillier e Pellet (1975/313) que, embora esclareçam que os PDGRNC constituem uma fonte autônoma de direito internacional público, primária e não subsidiária, em igualdade de condições com os tratados internacionais ou os costumes, não se tratando de meros instrumentos para o preenchimento de lacunas, lembram que os PDGRNC, enquanto normas gerais, têm caráter supletivo, não prevalecendo, no caso de existência de regras contratuais.

Deste modo, confirma-se o que Vogel (1985/375) já defendera que, quando os acordos de bitributação tiverem uma cláusula (escrita) específica para as hipóteses de evasão fiscal, não há que se recorrer aos PDGRNC para a consideração de outras hipóteses de abuso de direito.

Mesmo assim, Vogel esclarece que caso a hipótese de evasão fiscal contemplada no acordo seja específica, haverá que se aplicar a "cláusula anti-abuso", enquanto PDGRNC, para os demais casos.

Segundo o que compreendemos, o que foi exposto acima, a respeito da interpretação de acordos de bitributação, não contraria a idéia de Vogel.

50. Cf. pp. 124 e ss.

Se, por um lado, o recurso aos PDGRNC é supletivo, devendo-se dar preferência ao texto do acordo, a omissão deste, por outro, não impede o recurso aos PDGRNC. É o que Vogel defende.

O recurso a um PDGRNC não deve ser considerado um emprego de analogia. Ao contrário. A analogia se aplica, quando não há norma jurídica a regular determinada situação, "emprestando-se" recursos de outro mandamento legal. No caso, enfrenta-se hipótese em que *existe* um PDGRNC regulando a situação. Não há, pois, no caso, lacuna jurídica.

Portanto, não vai contra o direito internacional público, valer-se o aplicador da lei, do "princípio anti-abuso", desde que este constitua um PDGRNC, no caso de um abuso de acordos de bitributação.

### 3.2.2 A Proibição do Abuso, no Direito Internacional Público

Já nos manifestamos no sentido de que o método de que se valeu Vogel, para constatar a existência de um "princípio anti-abuso" no direito internacional público, ("método indutivo"), embora válido, não é o único modo para se localizarem os PDGRNC. Esclarecemos que, para tal tarefa, é também de muita valia a doutrina internacional.

Propomo-nos, agora, a examinar se, do ponto de vista dos princípios do direito internacional, a proibição do abuso já seria algo reconhecido. A resposta afirmativa a esta pesquisa já traria uma confirmação à teoria de Vogel e, por conseguinte, o *Treaty Shopping* se veria combatido, pelo tratamento "global", dispensando-se as medidas "unilaterais" ou "bilaterais". Por outro lado, caso concluamos que inexistente um "princípio anti-abuso", na doutrina internacional, deveremos retornar ao método indutivo de Vogel, para confirmarmos sua existência. Somente na hipótese de uma resposta negativa, na aplicação de ambos os métodos, é que poderemos concluir pela inexistência de um "princípio anti-abuso", enquanto PDGRNC.

#### 3.2.2.1 O Princípio da Boa-Fé e seu Corolário: o Princípio da Proibição do Abuso

O reconhecimento do princípio da boa-fé, no direito internacional público já é antigo. Já em Bynershoek, em seu *Questionum*

*iuris publici libri duo*, Verdross e Simma (1976/61) encontraram o reconhecimento de que se for desconsiderado o princípio da boa-fé, estar-se-á destruindo, igualmente, o direito internacional.

Para Verdross e Simma (1976/61), o princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*) é a própria base do direito internacional público, já que a comunidade internacional não se estabeleceu com base em uma relação de dominação (*Herrschaftsverband*), mas num desejo comum de cooperação (*auf dem einvernehmlichen Zusammenwirken der Staaten*).

Do mesmo modo, Cheng (1953/124) se manifesta no sentido de que o princípio da boa-fé se estende às relações contratuais do Estado, enquanto uma limitação geral ao exercício de seus direitos.

Tal reconhecimento pela Doutrina, da existência do princípio da boa-fé, no Direito Internacional Público, foi corroborado pela Convenção de Viena, cujo art. 31 (1), acima transcrito, impõe a consideração da boa-fé, na interpretação dos tratados internacionais.

Partimos da constatação do princípio da boa-fé, no Direito Internacional Público, porque a teoria do abuso de direito é considerada uma aplicação daquele princípio, ao exercício dos direitos e, como tal, reconhecida pela Corte Internacional Permanente de Justiça e pela Corte Internacional de Justiça (Cheng, 1953/121; Verdross e Simma, 1976/235).

Para Cheng (1953/123), decorre da aplicação do princípio da boa-fé, a proibição, no Direito Internacional, de um Estado deixar de cumprir uma obrigação estabelecida em um tratado, sob o manto de um alegado exercício de direito. O princípio da boa-fé, segundo o autor, "exige que todo direito seja exercido de modo honesto e leal. Qualquer exercício fictício de um direito, com o propósito de fugir seja de uma norma legal, seja de uma obrigação contratual, não será tolerada. Tal exercício constitui um abuso de direito proibido por lei".

A existência de um princípio proibitivo do abuso do direito, no campo do direito internacional público, foi objeto de uma pesquisa de Alexandre C. Kiss (1953), que concluiu pela existência de tal princípio.

Não é pacífico, entretanto, na doutrina do direito internacional público, o reconhecimento da proibição do abuso de direito.

Neste sentido, Neuhaus (1984/183), numa pesquisa sobre a existência de um princípio de proibição de abuso do direito, no direito internacional, conclui que inexistente uma norma com tal teor,

atualmente, embora reconheça que os direitos subjetivos, no campo do direito internacional público, não possam ser exercidos de modo ilimitado.

Também Lauterpacht (1970/423) nega a existência de uma proibição do abuso de direito, cuja aplicação dependeria da boa vontade dos Estados em conferir aos tribunais internacionais poderes menos restritos que os atuais. Entretanto, o mesmo autor (1970/384) reconhece existirem sinais de que a doutrina do abuso de direito vem ganhando reconhecimento, no campo do direito internacional público.

No mesmo sentido, a opinião de Schüie (1962/71), para quem a proibição do abuso (ainda não) faz parte do direito internacional público vigente.

Não obstante, o fato é que a proibição do abuso de direito já encontra precedentes junto às Cortes Internacionais.

Neste sentido, ficou famoso o caso *Nottebohm*, julgado em 6.4.55 (in RA, *Affaire Nottebohm 2me Phase*, 1955). *Nottebohm* era um cidadão alemão estabelecido na Guatemala há 34 anos. Em virtude da 2.ª Guerra, a Guatemala decidiu recusar o visto a cidadãos alemães. *Nottebohm* naturalizou-se cidadão de Liechtenstein, pretendendo, com isto, obter o visto de outro modo descabido. O expediente de que se valeu *Nottebohm* não foi reconhecido pelo governo da Guatemala, originando o conflito internacional.

O caso foi julgado pela Corte Internacional de Justiça, que entendeu inexistir, entre *Nottebohm* e Liechtenstein, qualquer laço, ao mesmo tempo que a naturalização não mudou em nada a relação de *Nottebohm* e a Guatemala. Para a Corte, a naturalização não decorreu de uma ligação efetiva de *Nottebohm*, que já existisse anteriormente, nem mudou seu modo de viver. Para a Corte, *Nottebohm* não buscou, com a naturalização, comungar com as tradições, os interesses ou o gênero de vida do povo de Liechtenstein, nem tampouco assumir suas obrigações (exceto as fiscais), ou exercer os direitos decorrentes desta cidadania. Seu único objetivo teria sido trocar sua qualidade de cidadão de um Estado beligerante, pela de cidadão de um Estado neutro. Por esta razão, foi julgada correta a decisão da Guatemala, de recusar o visto.

Na opinião de Grossfeld (1974/193), o caso *Nottebohm* representa a adoção da teoria do "vínculo genuíno" (*genuine-link*), que poderia ser utilizada, também, no campo da interpretação dos acordos de bitributação, para se recusarem os seus benefícios a

empresas que não exerçam atividades no Estado contratante, i.e., as chamadas "empresas-caixa-postal" (*Briefkastenfirmen*).

De nossa parte, optamos por maior cautela, na avaliação do caso *Nottebohm*. É verdade que o tribunal desconsiderou a forma adotada, buscando a "substância" que se encontrava por trás. No entanto, há que se considerar que não se tratava de caso envolvendo o direito tributário internacional, e não se questionava a aplicação de qualquer acordo internacional. Examinava-se, exclusivamente, a licitude do comportamento da Guatemala, na aplicação de sua legislação interna, referente à concessão de vistos para estrangeiros. Além disso, não houve verdadeiro abuso de *Nottebohm* mas, conforme se nota na decisão, ele apenas formalmente mudou sua cidadania, não desejando as conseqüências de sua ligação à nova pátria.

Na nossa opinião, portanto, o caso *Nottebohm* deve ser tomado como um *indício* da existência de uma proibição do abuso no direito internacional. No entanto, não permite, de imediato, sua extensão ao direito tributário internacional.

### 3.2.2.2 A Proibição do Abuso do Direito e as Relações entre Fisco e Contribuinte

A existência de um princípio de direito internacional público, segundo o qual as partes não podem utilizar-se de um direito subjetivo de modo abusivo, conforme aceita hoje boa parte dos doutrinadores e da jurisprudência, não é suficiente para avalizar a afirmação de que o "princípio anti-abuso" é um PDGRNC e, como tal, incluído no direito internacional público.

Efetivamente, o intérprete deve, antes, comparar o alcance e o conteúdo do princípio da proibição do abuso, no direito internacional, com o "princípio anti-abuso", para ver se a teoria de Vogel se abriga naquele conceito.

O exame do alcance do princípio da proibição do abuso exige que se verifique se ele é pertinente a uma relação que se estabelece entre fisco e contribuinte, isto é, entre Estado e particular ou se, ao contrário, no direito internacional público, onde foi concebido, o princípio somente se aplica a relações entre Estados soberanos.

Segundo o que compreendemos, o princípio da proibição do abuso, presente no direito internacional, não pode, por sua origem

e fundamentação, ser confundido com as hipóteses de abuso de formas, que ocorrem no direito tributário interno.

Primeiramente, há que se considerar que a defesa da existência do princípio da boa-fé se faz a partir de uma hipótese de um relacionamento entre Estados, e não entre um Estado e um particular. Em outras palavras, a relação abrangida na hipótese é de coordenação, não de subordinação.

Neste sentido, já em 1900, a comissão arbitral *ad-hoc*, formada para dirimir uma contenda entre os EUA e o Haiti, no Caso Metzger & Co. (cit. por Cheng, 1953/112), fundamentou a existência do princípio da boa-fé, a partir de uma comparação com o direito privado: "A boa-fé não pode ser menos obrigatória entre nações que entre indivíduos cumprindo seus contratos".

Não se cogitava, portanto, de uma relação em que uma das partes estivesse numa situação diversa da outra (relação de subordinação).

Do mesmo modo, Schüle (1962/70) define o abuso do direito, no direito internacional público, como uma "prática do sujeito de direito internacional público" ("... die Ausübung eines einem Völkerrechtssubjekt..."), isto é, somente se examina a hipótese de o Estado (ou organismo internacional) abusar de seu direito. Em igual sentido, o conceito de Cheng (1953/130).

Mesmo a pesquisa de Kiss, na qual o autor concluiu pela existência de um princípio proibitivo do abuso do direito, se limitava a determinar (1953/179) "se o exercício de uma competência conferida pelo direito internacional aos governos dos Estados pode ser ilícita internacionalmente, isto é, se o abuso de competência é proibido no direito internacional", donde se conclui que não cuidava de relações entre Estado e particular. O mesmo autor, em outra oportunidade (1984/1), definia o abuso do direito, no direito internacional, como "um Estado exercendo um direito, seja de um modo que impede o exercício, pelos outros Estados, de seus direitos, seja com um fim diverso daquele para o qual o direito foi criado, a fim de ferir outro Estado". Conforme se constata, não se cogita de um abuso do direito, praticado por um particular.

Temos, portanto, que a doutrina que defendeu a existência de um princípio referente à proibição do abuso, concebeu-o como uma prática de Estados; não, de particulares, contra o Estado. Deste modo, não nos parece que se possa utilizar a autoridade destes doutrinadores, para se defender a existência de tal princípio.

Confirmando tal conclusão, valemo-nos da lição de Lang (1991/57), que afirma que os PDGRNC, enquanto normas de direito público, são endereçadas aos sujeitos de direito internacional público. As pessoas individuais, continua o autor, somente podem ser consideradas sujeitos de direito internacional público em casos excepcionais, que se compreendem no campo dos direitos humanos. Assim, Lang entende que se existisse um PDGRNC, como pretende Vogel, que impedisse a prática do abuso, ele somente poderia obrigar os Estados contratantes, na sua relação interestatal, mas não impedir uma prática dos sujeitos individuais, no campo do direito estatal.

Não bastasse o já exposto, entendemos que outro raciocínio deve ser somado ao já tecido, para corroborar o entendimento de que o princípio da proibição do abuso, conforme concebido no direito internacional público, não serve de guarda para a repreensão do abuso de formas, praticado pelo contribuinte, no campo do direito tributário internacional.

O princípio da proibição do abuso, no direito internacional, decorre da existência do princípio da boa-fé, ou, como diz Cheng (1953/121), é uma aplicação daquele princípio ao exercício de direitos.

Deve o jurista examinar se o "princípio anti-abuso", defendido por Vogel, também é corolário daquele princípio ou, ao contrário, trata-se de um instituto próprio do direito tributário. Conseguindo-se demonstrar que a questão do abuso do direito, no direito tributário, está desvinculada do princípio da boa-fé, imediata será a conclusão que a expressão "abuso do direito" possui, no direito tributário, outra conotação, em relação àquela desenvolvida no direito internacional e, por conseguinte, a doutrina deste campo não pode servir de resguardo para a aplicação do instituto, no direito tributário, sem a devida cautela.

A aplicação do princípio da boa-fé, no campo do direito público, já não oferece mais dificuldades. Exemplificativamente, cite-se uma decisão de 9.7.75 (BGE, v. 101/116, Ia), na qual o Tribunal Federal Suíço examinou o caso de um contribuinte que seguiu um procedimento recomendado pela administração do cantão de Argóvia, mas que não era compatível com a lei. A Corte, baseando-se no princípio da boa-fé, deu razão ao contribuinte.

Para Geering (1946/137-139), a proibição da evasão fiscal, juntamente com a obrigação da administração de se portar de acordo

com o convenicionado, em um acordo fiscal, são as duas linhas em que o princípio da boa-fé se firmou, no direito tributário.

Não obstante reconheça a validade do princípio da boa-fé no direito público, Höhn (1984/296-298) esclarece que a sua aplicação somente se pode dar quando, entre o fisco e o contribuinte, existe uma relação concreta. Isto, porque a boa-fé protege direitos subjetivos. Do mesmo modo, Alberto Xavier (1974/190) manifesta que o princípio da boa-fé somente rege as relações entre Estado e contribuinte, após constituída a obrigação tributária.

No direito tributário, entretanto, continua Höhn (1984/296-298), o abuso do direito somente se compreende em seu sentido objetivo.

Na verdade, na doutrina tradicional de Blumenstein (1971/28-29), a elusão fiscal (*Steuerumgehung*) se caracterizaria a partir da conjunção de três elementos: *subjetivo* (a administração deve provar que o contribuinte não agiria do mesmo modo, se não fossem as razões fiscais), *objetivo* (o procedimento adotado deve ser inusual) e *efetivo* (a partir do ato do contribuinte, deve surgir uma economia fiscal). Blumenstein (1949/197) chega, inclusive, a criticar uma monografia de Jacob Wackernagel, que se manifestara no sentido de que a elusão fiscal não exigiria para sua tipificação o elemento subjetivo. Para Blumenstein, a exigência do elemento *subjetivo* decorreria do princípio da legalidade, em virtude do qual não cabe, no direito tributário, a interpretação extensiva ou a solução analógica. Para Blumenstein, se a administração comprovar que o próprio contribuinte considerava-se sujeito à tributação, fica justificado que a administração também o considere alcançado pela norma de incidência, não se admitindo que ele se valha de estruturas inusuais para escapar da tributação. Se, por outro lado, havia dúvidas quanto ao alcance da lei (e o ato do contribuinte não foi movido por sua certeza de que doutro modo seria tributado), não há que haver tributação.

Não obstante Höhn (1974/150) reconheça que a jurisprudência dominante acolha a doutrina de Blumenstein, quanto à exigência dos três elementos, para a caracterização da elusão fiscal, o autor pondera que também a economia fiscal lícita (*Steuervermeidung*) pressupõe os elementos subjetivo (intenção de economia) e efetivo (economia real). Deste modo, Höhn conclui que somente o elemento objetivo é que pode caracterizar uma elusão fiscal.

Deste modo, no raciocínio de Höhn (1978/296-298), o abuso do direito, que é proibido no direito administrativo, não é o mesmo instituto jurídico que se faz presente no direito civil. O abuso do direito, no direito público, tem um pressuposto objetivo, "que inclui, entre outras coisas, a produção de conseqüências juridicamente relevantes através do emprego de meios inusitados, não reconhecidos pelo ordenamento jurídico." Por este motivo, Höhn conclui que o relacionamento entre o abuso de direito, e a violação da boa-fé, do direito público, é diferente do direito civil, conforme traduzimos: "enquanto no direito civil, o abuso do direito também é conceituado, ao mesmo tempo, como violação da boa-fé, o abuso do direito, no direito público, não representa absolutamente, ao mesmo tempo, também uma violação da boa-fé. A aplicação da proibição do abuso do direito no direito público não pressupõe, como a do princípio da boa-fé, uma relação jurídica concreta entre o cidadão e a administração."

O raciocínio de Höhn pode ser confirmado na lição de Imboden e Rhinow (1976/481-484). Os referidos autores comentam uma decisão do Tribunal Federal Suíço, de 07.9.65, versando sobre o abuso de direito no direito administrativo. Em síntese, trata-se de caso de um construtor que inicia uma obra poucos dias antes da edição de lei restritiva de construções, permanecendo a obra, em seguida, parada por vários meses. O Tribunal confirmou o entendimento das autoridades, no sentido de que o construtor se deveria submeter à nova regulamentação. No comentário, os autores mencionam que o Tribunal confirma a existência de uma proibição de abuso no direito administrativo, como ocorre no direito civil. Entretanto, a semelhança é ilusória (*täuschend*), já que no direito administrativo, a hipótese de ocorrência do abuso tem componentes objetivos (e não subjetivos), a saber: a) o particular passa a agir de modo diferente do que agia no passado; b) as condições impostas pela lei para o exercício do direito foram cumpridas apenas aparentemente; e c) o resultado foi alcançado através de meios incomuns, ou não reconhecidos pela ordem jurídica. Para os autores, portanto, confirmando o que pensa Höhn, não se confunde a hipótese de abuso do direito, no direito administrativo, com a hipótese prevista no direito civil.

Na verdade, o fundamento do raciocínio de Höhn deve ser buscado em sua pesquisa anterior (1963/398a400), quando se questionava a existência, dentro do direito interno suíço, de uma

“cláusula anti-elusão fiscal não escrita” (*ungeschriebene Steuerumgehungs-klausel*). A referida cláusula, segundo aquele trabalho, seria limitada ao abuso do direito e, portanto, não levaria, de todo modo, a consideração econômica para outras questões de direito tributário. Assim, falava-se em uma cláusula com campo de aplicação limitado (*mit beschränktem Anwendungsbereich*) e, ao mesmo tempo, somente se aplicaria contra o contribuinte (*nur zuungunsten des Steuerpflichtigen wirkt*).

Trata-se, evidentemente, de uma idéia bastante semelhante à hoje defendida por Vogel, no campo do direito tributário internacional e, por isso, devem-se levar em conta as ponderações de Höhn sobre o tema.

Conforme Höhn (1963/398-400), mesmo os fundamentos não escritos devem ter base constitucional. Por isso, em sua análise, o autor se propõe a buscar a fundamentação do “princípio anti-abuso”, no sistema jurídico interno suíço.

De imediato, descarta-se sua fundamentação nos princípios da igualdade ou da capacidade contributiva, já que é tarefa do legislador definir os contornos da tributação, esgotando-se aí o preceito constitucional. Além disso, não atenderia à igualdade, ou à capacidade contributiva, uma regra que só valesse a favor do fisco (lembra que uma tributação considerada “injusta” não deixa de ter validade).

Diante deste primeiro resultado de sua pesquisa, Höhn se propõe a examinar se o “princípio anti-abuso” poderia estar baseado no princípio da boa-fé e, aí, suas conclusões são de bastante valia para nossa análise da tese de Vogel.

Confirmando o que já havíamos ponderado acima, Höhn se manifesta no sentido de que a aplicação do princípio da boa-fé, numa relação entre o legislador (ou a norma) e o destinatário da norma deve ser feita com muita cautela, já que aquele só tem cabimento numa relação entre partes de uma relação jurídica determinada (*denn er ist seiner Natur nach eine ausschliesslich an die Rechtsanwender, an die Parteien eines Rechtsverhältnisses gerichtet Regel*). Não se pode, a partir da boa-fé, obrigar o cidadão a deixar de se valer das lacunas da lei. Para Höhn, o princípio da boa-fé não é uma carta branca (*Freipass*) para a Administração remediar leis com falhas de redação. O princípio da boa-fé não pode valer somente para um lado da relação jurídica (*Treu und Glauben verpflichtet beide*

*Parteien*) e, por isso, sua aplicação deveria obrigar a administração, também, a usar as lacunas da lei contra si.

Para Höhn, a idéia de uma “cláusula não escrita”, semelhante ao “princípio anti-abuso” decorre da tendência de se interpretarem os conceitos do direito tributário, a partir de critérios válidos para o direito civil. Tal visão, para o autor, está ultrapassada. Höhn conclui que a “cláusula não-escrita” do direito interno suíço carece de fundamentação e é inconciliável com o Estado liberal de direito (1963/400).

Parece-nos oportuna a análise de Höhn, já que suas conclusões se adaptam a nosso raciocínio sobre a tese de Vogel. Conforme ficou demonstrado por Höhn, a proibição do abuso no direito tributário, não decorre do princípio da boa-fé, sendo algo independente.

Se não se trata de uma consequência do princípio da boa-fé, é evidente que o “princípio anti-abuso” não se escora na doutrina de direito internacional público, a qual, como ficou demonstrado, defende a existência de uma proibição de abuso, com base no princípio da boa-fé.

Temos por aceito, portanto, que os estudos que se efetuaram, no campo do direito internacional público, sobre o abuso do direito não podem servir de fundamentação para uma conclusão de que o “princípio anti-abuso”, no direito tributário, seja um PDGRNC e, como tal, de aplicação no caso de acordos de bitributação.

### 3.2.2.3 O “Princípio Anti-Abuso” e o “Treaty Shopping”

Descartada a possibilidade de o “princípio anti-abuso” decorrer de um reconhecimento unânime ou majoritário na doutrina do direito internacional público, como inerente ao próprio sistema e válido para a órbita internacional, vê-se o jurista forçado a se voltar ao método indutivo, acima discutido, para a afirmação de que ele é um PDGRNC.

Torna-se possível, portanto, afirmar-se que se o “princípio anti-abuso” for um PDGRNC, seu conteúdo não poderá abranger hipóteses além daquelas abrigadas pela maioria dos (ou principais) sistemas jurídicos existentes. Retorna-se, portanto, ao direito comparado, a fim de se examinar se o *Treaty Shopping* é geralmente alvo de repreensão, por um PDGRNC contra o abuso.

O fato de que o "princípio anti-abuso" não é tão amplo quanto o dispositivo referente a abuso de formas jurídicas, do § 42 AO da Alemanha, é reconhecido por Vogel (1985 a 260), que se manifesta no sentido de que seu "princípio" somente se aplicaria nos casos reconhecidos como abuso por todas as nações civilizadas: "Para o comportamento dos Estados, a figura jurídica do abuso de direito não vale exatamente do mesmo modo que o nosso § 42 do Código mas de toda maneira, vai nesta direção; no todo, de qualquer forma, um pouco mais cauteloso, já que se deve limitar aos casos em que todas as nações civilizadas reconheceriam como abusos"<sup>51</sup>

Quando Vogel (1985/372) defende a existência de um "princípio anti-abuso", levanta três elementos que, em todos os países pesquisados, se exigem para a caracterização do abuso e que, portanto, estariam incluídos no "princípio": a) A forma adotada e o conteúdo econômico de um (ou vários) negócio(s) jurídico(s) ou figura(s) jurídica(s) devem ser divergentes; b) O contribuinte era livre para escolher a forma jurídica e foi ele quem a escolheu; e c) Se o tributo fosse apurado a partir da forma adotada, este seria menor (ou inexistente) que aquele que se daria, caso a tributação se baseasse no conteúdo econômico.

Mesmo Vogel, no entanto, reconhece que a estes três elementos comuns, há de se acrescentar um quarto elemento que é variável, de Estado-a-Estado (*von Staat zu Staat verschieden*). Este elemento é o ponto a partir do qual a estrutura se torna inaceitável, ou "hidrômetro de intolerância" (*Unerträglichkeitspegel*), definido pelo autor como as "circunstâncias, que por razões de justiça, fazem com que pareça inaceitável a tributação a partir da forma jurídica".

Em nosso entender, já na existência do quarto elemento de Vogel, há de se reconhecer que, atualmente, o conteúdo de um "princípio anti-abuso" é bastante limitado, posto que o "hidrômetro de intolerância", para utilizar a ilustração de Vogel, não está "regulado em iguais níveis" e não ficou demonstrado que, para todos os Estados, o *Treaty Shopping* se incluiria neste campo.

Oportuno, nesta questão, se faz retomarmos o estudo do Capítulo anterior, quando verificávamos se o *Treaty Shopping* é alvo de punição, nos direitos nacionais.

Constatamos que os EUA encontram precedentes, em sua jurisprudência, nos quais casos de *Treaty Shopping* são reprimidos.<sup>51</sup>

51. Cf. *supra* p. 52.

No Reino Unido, verificamos que a jurisprudência "pós-Furniss"<sup>52</sup> reprime as estruturas "pré-ordenadas", visando à economia fiscal. Embora não haja precedentes de *Treaty Shopping*, mencionamos a opinião de Davies (1985/53), para quem a jurisprudência se aplicaria, também, a estes casos.

No Canadá, a jurisprudência recusou-se a seguir a linha britânica, mas a edição do GAAR (General Anti-Avoidance Rule) cria a possibilidade de que, também naquele sistema, o *Treaty Shopping* venha a ser incluído entre as hipóteses não aceitas.<sup>53</sup>

Na Alemanha, o § 42 AO deve servir de base para se afirmar que o País conta com dispositivo proibitivo do abuso de formas jurídicas.<sup>54</sup>

Também podem ser citados dispositivos relativos ao abuso, no Direito Tributário, na Argentina,<sup>55</sup> Austrália,<sup>56</sup> Áustria (Reiter, 1988/47), Dinamarca (Kriegbaum, 1988/101), Espanha (Albi, 1988/209), França,<sup>57</sup> Hong Kong,<sup>58</sup> Japão (Ward, Avery Jones *et al.*, 1985/97-98),<sup>59</sup> Luxemburgo (Reid, 1988/167), Malásia,<sup>60</sup> Noruega (Brandt-Rasmussen, 1988/199), Nova Zelândia,<sup>61</sup> Países Baixos (Lagendaal, 1988/175), Singapura (Fosi, 1988/201) e Suécia (Petersen, 1988/223).

Não obstante, verificamos que a repreensão ao abuso de formas jurídicas, no Direito Tributário, não é tão geral.

Como primeiro exemplo, citamos a Bélgica, onde, conforme mostrado, o abuso somente se reconhece nos casos de simulação.<sup>62</sup>

Também no Chipre (Joannides, 1988/87), verifica-se que o *Treaty Shopping* não é considerado impróprio, sendo suas únicas restrições as decorrentes de dispositivos específicos em alguns acordos de bitributação.

Tampouco o sistema italiano admite a aplicação da doutrina do abuso do direito, no que se refere a assuntos fiscais (Ward, Avery

52. Cf. *supra* p. 61.

53. Cf. *supra* p. 64.

54. Cf. *supra* p. 40.

55. Cf. *supra* p. 63.

56. Cf. *supra* p. 68.

57. Cf. *supra* p. 57.

58. Cf. *supra* p. 69.

59. Cf. *tb. supra* p. 69.

60. Cf. *supra* p. 69.

61. Cf. *supra* p. 69.

62. Cf. *supra* p. 66.

Jones *et alli*, 1985/100). Verifica-se, ali, a aplicação de normas anti-elusivas apenas para transações expressamente previstas (e delimitadas) pelo legislador.<sup>63</sup> Se a lei restringe os casos em que a administração pode desconsiderar as estruturas constituídas pelo contribuinte, parece-nos certo afirmar que aquele sistema não dispõe de um princípio geralmente aplicável aos casos de elusão fiscal.

No que se refere à América Latina, citou-se o exemplo do México,<sup>64</sup> onde prevalece o formalismo na interpretação das normas tributárias, sendo inaplicável a teoria do abuso de formas jurídicas.

Igualmente no Brasil, como já foi mostrado acima,<sup>65</sup> afora os casos de simulação (onde não se inclui o *Treaty Shopping*), a elusão fiscal é tida por legítima.

Além disso, como lembra Horak (1987/65), ainda que se demonstre que diversos países têm disposições específicas referentes ao abuso do direito, não há uma uniformidade quanto ao próprio conceito de "abuso". O mesmo argumento é usado por Lang (1991/57; 1991 a 44), para quem a idéia de uma proibição de "abuso" aplica-se, nos diversos países, em casos muitos diversos, colocando-se em dúvida a afirmação de que as normas vigentes em cada ordenamento possam levar a um PDGRNC, como pretende Vogel. Aliás, tal questionamento se aproxima da questão do "hidrômetro de intolerância", que VOGEL mesmo já reconhecia.<sup>66</sup>

Deste modo, concluímos, com Ward, Avery Jones *et alli* (1985/117) por uma evidente tendência, crescente, para a aplicação das doutrinas do abuso do direito e do "propósito empresarial" (*business purpose*), em matéria fiscal. Entretanto, opinamos que não é possível, ainda, falar na existência de um PDGRNC, abrangendo os casos de *Treaty Shopping*, visto que seu reconhecimento não é, ainda, tão generalizado como se faria exigir. A existência de sistemas jurídicos "representativos"<sup>67</sup> que desconhecem a proibição do *Treaty Shopping* desmente a existência de um PDGRNC.

Mencione-se, finalmente, a opinião de Ernst Höhn (1984/298-299), para quem, em virtude do princípio da legalidade, não há de se falar em proibição do abuso do direito, nos casos que poderiam

63. Cf. *supra* p. 64.

64. Cf. *supra* p. 68.

65. Cf. *supra* item 2.1.3.

66. Cf. *supra* p. 134.

67. Cf. *supra* p. 120.

ser alcançados "por uma adequada elaboração da legislação que disciplina a obrigação tributária". Neste sentido, no caso do *Treaty Shopping*, como veremos no próximo capítulo, é perfeitamente possível o seu combate através de medidas bilaterais. Por este motivo, é descabida a aplicação da figura do abuso de direito à hipótese.

Não há, tampouco, que se falar em uma "cláusula geral anti-abuso". Tal idéia se aproxima muito, a nosso ver, do "princípio anti-abuso". No entanto, em vez de se buscar a sua base nos PDGRNC, pretende-se encontrar uma "cláusula não escrita", no próprio acordo de bitributação, que impediria o *Treaty Shopping*. Negando tal possibilidade, fundamentando-se no princípio da legalidade e da tipicidade ("Bestimmtheit"), encontramos Pilz (1986/13), que se manifesta, com o apoio de Kraft (1991/19), no sentido de que considerar a hipótese do *Treaty Shopping* dentro de um acordo de bitributação seria ultrapassar o limite da interpretação possível de suas palavras (*über den möglichen Wortsinn des DBA hinausgeht*). Igualmente negando a existência de uma "cláusula não-escrita", veja-se a posição de Diehl (Gaddum, Hofmann *et alli*, 1985/71) e Lang (1991/56-57).

Conforme Farkholz (1985/53) a idéia de uma "cláusula não escrita", contra a evasão fiscal, pode ser aceita. No entanto, seus pressupostos não de ser muito restritos. Neste sentido, o autor diz que, na prática, não consegue lembrar-se de nenhum caso, no qual uma estrutura criada pelo contribuinte tenha sido desconsiderada, com base em semelhante cláusula. Também Becker (Gaddum, Hoffmann *et alli*, 1985/74-75) se manifesta pela existência de uma "cláusula não escrita", mas cujos pressupostos não de ser muito restritos (Vogel, 1985 a 263). Esta opinião é, também, ratificada por Mössner (Vogel, 1985 a 270). Ainda mais limitativa é a opinião de Hofmann (Gaddum, Hoffmann *et alli*, 1985/76-77), que prefere que sequer se fale em uma "cláusula não-escrita", já que, na sua opinião, o único caso em que não se poderiam conceder os benefícios do acordo (sem que houvesse exceção expressa) seria o de uma manipulação fraudulenta (*betrügerische Manipulation*).

Concluímos, portanto, que, atualmente, ainda não é possível se falar na existência de um PDGRNC, cujo conteúdo abrangeria uma hipótese de *Treaty Shopping*. Do mesmo modo, não se pode aceitar a existência de uma "cláusula não escrita" com igual teor. Por outro lado, não afastamos a possibilidade de existência de um

"princípio anti-abuso", de aplicação bastante restrita, posto que somente seria válido para os raros casos em que se verifica uma convergência nos diversos sistemas jurídicos nacionais. O que não é possível, atualmente, é afirmar-se que existe um PDGRNC, que impeça a prática do *Treaty Shopping*, por considerá-lo abusivo.

Não é demais, para ratificar este entendimento, mencionar que a própria OCDE (1987/101) reconhece que o *Treaty Shopping* somente pode ser combatido no caso de se incluir uma cláusula de salvaguarda, no texto do acordo, sob pena de não se poder deixar de se concederem os benefícios, com base no princípio do *pacta sunt servanda*:

"43. Existing conventions may have clauses with safeguards against the improper use of their provisions. Where no such provision exist, treaty benefits will have to be granted under the principle of *pacta sunt servanda* even if considered to be improper."

### 3.3 Conclusões

1. No presente capítulo, estudou-se o *Treaty Shopping* num tratamento global, i.e., questionou-se a possibilidade da existência, no direito internacional público, de um princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas (PDGRNC), cujo conteúdo alcançaria a proibição do *Treaty Shopping*.

1.1 Serviu de base para a nossa análise, a doutrina de Vogel, que se refere a um "princípio anti-abuso", válido para todos os acordos de bitributação e que determinaria que os benefícios destes não alcançariam as hipóteses de abuso.

2. Constatamos que um PDGRNC pode ser extraído, na doutrina do direito internacional público, por dois métodos, discutidos e testados separadamente.

2.1 Pelo primeiro método, o PDGRNC é buscado na própria doutrina e jurisprudência do direito internacional público, onde deve ser reconhecido de maneira generalizada, como princípio formador dos próprios fundamentos desta ordem jurídica.

2.2 O método indutivo parte da análise concreta. Neste sentido, um PDGRNC deveria ser encontrado no direito comparado, a partir do teste de sua presença em diversos sistemas nacionais.

3. Concluímos que, caso existisse, efetivamente, um PDGRNC, cujo conteúdo incluísse a hipótese de abuso do direito, na forma

do *Treaty Shopping*, este seria aplicável aos acordos de bitributação, posto não se tratar de uma fonte secundária do direito internacional (embora seja de aplicação geral e, enquanto tal, não prevaleça sobre disposição específica dos acordos internacionais).

4. Na busca do PDGRNC, pelo primeiro método acima discutido, concluímos que a boa-fé e seu corolário, a proibição do abuso de direito, são geralmente reconhecidos como PDGRNC.

4.1 Entretanto, ficou claro que o abuso de direito, tal como concebido pelo direito tributário, não se confunde com o princípio da boa-fé, visto que este exige um pressuposto subjetivo, enquanto no direito tributário, o que é relevante para caracterizar o abuso é o seu elemento objetivo.

4.2 Além disso, a proibição do abuso, no campo da doutrina e jurisprudência de direito internacional, parte do pressuposto de um abuso praticado pelo Estado, numa relação de coordenação (entre iguais), e não de subordinação (Estado x particular).

4.3 Por estes motivos, concluímos que a doutrina do direito internacional que reconhece o PDGRNC referente à proibição de abuso não cogita da hipótese examinada no direito tributário.

4.4 Recusamos, pois, a existência de um PDGRNC referente ao abuso do direito, no direito tributário internacional, a partir da análise da doutrina.

5. Na análise pelo método indutivo, constatamos uma tendência geral à proibição do abuso, no direito tributário.

5.1 Entretanto, o conceito de abuso é bastante variável, havendo diversos sistemas, entre os quais o do Brasil, nos quais somente os casos de fraude e simulação é que são motivo para a recusa da forma adotada pelo contribuinte.

5.2 Deste modo, se existe um PDGRNC ou uma "cláusula não-escrita", referente ao abuso no direito tributário, seu alcance é bastante restrito, atualmente, não abrangendo a hipótese de *Treaty Shopping*.

5.3 Concluímos que, atualmente, o direito internacional público não oferece um PDGRNC que impeça a prática do *Treaty Shopping*.

4

## A CONTENÇÃO DO *TREATY SHOPPING* ATRAVÉS DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO (TRATAMENTO BILATERAL)

4.1 Sistematização das Formas de Combate ao *Treaty Shopping*, por medidas Bilaterais; 4.1.1 Consideração da qualidade dos sócios; 4.1.2 Exclusão de benefícios; 4.1.3 Mínimo de Tributação; 4.1.4 Canalização de recursos; 4.1.5 Cláusula de Salvaguarda; 4.1.6 "Internacionalização" do Direito Interno — 4.2 Modelos de Acordos de Bitributação; 4.2.1 O Modelo OCDE/ONU; 4.2.1.1 Artistas e Atletas; 4.2.1.2 Beneficiário Efetivo; 4.2.1.3 Empresas Associadas; 4.2.1.4 Outros dispositivos; 4.2.2 O Modelo Norte-Americano — 4.3 Tendência — 4.4 Limitação de benefícios nos Acordos de Bitributação assinados pelo Brasil — 4.5 Conclusões.

Nos capítulos precedentes, o combate ao *Treaty Shopping* foi analisado em tratamentos "unilateral" (medidas de direito interno) e "global" (princípios do direito internacional público). Concluímos pela inconveniência e, mesmo, ineficácia do primeiro e pela inaplicabilidade à hipótese do último, no atual estágio do direito internacional.

É nosso intuito, agora, estudar o modo como o *Treaty Shopping* vem sendo combatido a partir do consenso entre os Estados contratantes de sua inconveniência, no âmbito de validade do acordo de bitributação celebrado.

De início, já se revela feliz a solução "bilateral", posto que cria uma norma de direito internacional público, dispensando o recurso aos princípios gerais deste (cuja eficácia, para o *Treaty Shopping*, não é pacífica) ou a categorias do direito interno de cada país (cujos reflexos já foram examinados anteriormente, neste estudo). O art. 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça

apresenta os tratados internacionais em primeiro lugar, dentre as fontes do direito internacional público. Daí porque o combate ao *Treaty Shopping* por esta forma deve ser aplaudido, enquanto a mais conveniente, afastando dúvidas quanto à aplicabilidade das medidas adotadas.

Iniciaremos por uma exposição dos tipos de cláusulas que se encontram, no direito tributário internacional, criadas com o objetivo de combater o *Treaty Shopping*.

Em seguida, estudaremos alguns modelos de acordos de bitributação, que prevêem a adoção de medidas contra o *Treaty Shopping*.

Finalmente, examinaremos a postura brasileira, na negociação de seus acordos de bitributação, diante do *Treaty Shopping*.

### 4.1 Sistematização das Formas de Combate ao *Treaty Shopping*, por Medidas Bilaterais

No seu estudo publicado em 1987, a OCDE (1987/95-101) sistematizou os dispositivos dos acordos de bitributação, cuja redação se deu a partir da hipótese de *Treaty Shopping*.

#### 4.1.1 Consideração da qualidade dos sócios

Como primeiro caso de combate ao *Treaty Shopping*, a OCDE se refere ao que denomina "tratamento minucioso" (*look-through approach*). Como explicam Becker e Wurm (1988/6), trata-se do caso em que os benefícios de um acordo de bitributação são condicionados a que a empresa beneficiária pertença a residentes do Estado no qual ela foi organizada. Desconsidera-se a pessoa jurídica e o critério para a concessão dos benefícios passa a ser o da residência de seus sócios/acionistas.

A OCDE (1987/96) oferece um exemplo de cláusula que poderia ser incluída nos acordos, caso se quisesse adotar tal postura: "Uma sociedade residente em um Estado contratante somente terá direito, em virtude deste acordo, à redução da carga fiscal no outro Estado contratante, incidente sobre qualquer tipo de rendimentos, ganhos ou lucros, caso não pertença a pessoas que não sejam residentes do Estado mencionado em primeiro lugar, diretamente ou através de uma ou mais companhias sediadas em qualquer lugar"

Conforme a própria OCDE (1987/96), a cláusula acima representa uma solução "radical", o que se torna evidente, já que um dispositivo desta natureza impediria o acesso aos benefícios do acordo a pessoas que, agindo de boa-fé, não se encaixassem nos requisitos descritos. Além disso, um tal ataque ao *Treaty Shopping* não seria compatível com o princípio da independência das pessoas jurídicas, que é reconhecido por todos os membros da OCDE (1987/96).

Também, conforme lembra a OCDE em seu estudo, uma cláusula com tal redação não impede o *Treaty Shopping*, sob a forma "trampolim", que foi descrito na parte inicial deste estudo.<sup>68</sup> A esta limitação, podemos acrescentar os casos de *Treaty Shopping* através de estruturas bilaterais, quando o *Investidor* e o *Terceiro Interposto* se encontram no mesmo país,<sup>69</sup> ou o caso de colocação de filial.<sup>70</sup>

Tampouco a implementação de semelhante cláusula seria fácil. Como menciona a OCDE (1987/96), exigir-se-ia uma sofisticada máquina administrativa, para detectar as estruturas "de fato", ou, alternativamente, dever-se-ia inverter ao ônus da prova, cabendo ao interessado no benefício, comprovar que não está excluído deles. A dificuldade de implementação é especialmente ampliada, no caso de a legislação do Estado contratante admitir a emissão de ações ao portador, quando não se consegue determinar, com facilidade, o controle societário da empresa, ou no caso de companhias com ações negociadas em bolsas de valores.

Rosenbloom (1988/180) critica este critério, no qual aponta algumas dificuldades técnicas, para a determinação da propriedade da empresa que pleiteia os benefícios do acordo (quando e como se deve fazê-lo).

Lüthi (1989/337), igualmente, vê problemas nesta solução, já que contraria um princípio que se estaria firmando no direito tributário internacional, por voltar à prevalência do critério "nacionalidade" sobre a "residência" do contribuinte. Efetivamente, o exame dos acordos de bitributação modernos revela que, em sua maioria, os benefícios são concedidos aos residentes de um Estado Contratante, e não a seus nacionais. Os EUA devem ser mencionados como a grande exceção a esta regra. Para Lüthi, a aplicação de semelhante

68. Cf. *supra* p. 24.

69. Cf. *supra* p. 25.

70. Cf. *supra* p. 26.

cláusula exigiria extensos dispositivos salvaguardando os casos de boa-fé, o que dificultaria a sua implementação.

Não obstante, podem ser encontrados exemplos de acordos em que foi adotada tal solução. Assim, cite-se o caso do acordo de bitributação celebrado entre a Áustria e a Suíça (Reiter, 1988/61), que limita os seus benefícios, no caso de sociedades de pessoas (*Personengesellschaften*), àquelas nas quais pelo menos três quartos dos rendimentos beneficiem pessoas residentes do Estado em que a sociedade está sediada.

Ao que nos parece, o combate ao *Treaty Shopping* através de semelhante cláusula pode ser eficaz, apesar das dificuldades administrativas, que devem ser ponderadas. Entretanto, o risco de se excluírem dos benefícios, também operações legítimas deve ser considerado, formulando-se, conjuntamente, uma cláusula de salvaguarda,<sup>71</sup> nos termos que se verão adiante.

A OCDE (1987/96) recomenda a adoção de semelhante cláusula, no caso de acordos de bitributação celebrados com países de baixa carga fiscal. Segundo o que compreendemos, tal recomendação é justificada, já que a colocação de um *Terceiro Interposto* em tais países, é bem mais fácil que a adoção de estratégias de *Treaty Shopping* em países de elevada carga tributária, que exigiriam um planejamento mais cuidadoso.

#### 4.1.2 Exclusão de Benefícios

Trata-se do caso de acordos de bitributação assinados com países que concedem a determinados tipos de contribuintes, benefícios fiscais que não se estendem aos demais membros da comunidade. Conforme a OCDE (1987/97), tais sociedades têm, na prática, quase o tratamento de "não-residentes", no Estado onde estão sediadas. Neste caso, torna-se especialmente conveniente ao *investidor*, residente em um terceiro Estado, que o *Terceiro Interposto* goze de tais privilégios.

A hipótese é considerada pela OCDE (1987/96-97), que aponta, como primeira solução, excluir, já do escopo do acordo, as sociedades constituídas sob a forma que goza de privilégios fiscais. Tal solução já foi adotada pelo Brasil, no acordo assinado com Luxemburgo, em 8.11.78, cujo art. I dispõe:

71. Cf. *infra* p. 149.

1. A presente convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados contratantes.

2. Fica entendido que a convenção não se aplicará nem à renda nem ao capital das sociedades "holdings" residentes do Luxemburgo que gozem de tratamento fiscal especial em virtude da legislação luxemburguesa vigente, ou de qualquer outra lei similar que entre em vigor no Luxemburgo após a assinatura da convenção, nem aos rendimentos que um residente do Brasil receba daquelas sociedades, nem às participações deste residente nas mencionadas sociedades."

Igualmente, o Brasil adotou, em seus acordos, as disposições do art. 17 da convenção modelo da OCDE/ONU, que trata da exclusão de benefícios, no caso de artistas e atletas, que será comentada abaixo.<sup>72</sup>

Por outro lado, é conveniente mencionar que o Brasil optou por não excluir, em seu acordo assinado com o Canadá, as *nonresident-owned investment corporations*, que foram excluídas dos benefícios dos acordos de bitributação assinados pelo Canadá com a Bélgica (Art. XXVIII, 4), Alemanha (Art. 29,3) e EUA (Art. XXIX, 6, "b") (Rieh e Bouwers, 1988/73).

Do mesmo modo, o acordo de bitributação assinado pelo Brasil com Portugal inclui, expressamente, a região da Ilha da Madeira, embora as empresas ali situadas estejam isentas do imposto, sobre os dividendos recebidos do exterior (Camara, 1990/88).

Tampouco foram excluídos do acordo que o Brasil assinou com a Bélgica, os *Co-ordination Centers*, que Hinnekens (1989/351-352) apresenta como uma "empresa-canal adequada" (*suitable conduit company*) existente em seu país, cuja tributação incidente sobre juros, aluguéis e outros rendimentos é pequena ou nula, além de inexistir imposto na fonte, sobre as remessas de dividendos, juros ou *royalties*, efetuadas por tais empresas.

Outra solução que a OCDE (1987/97) recomenda é que, em vez de se excluírem, por completo, as referidas sociedades dos benefícios dos acordos de bitributação, sejam limitados os benefícios apenas para determinados tipos de rendimentos, tais como dividendos, juros, ganhos de capital, remuneração de administradores etc, não as excluindo, entretanto, de proteções tais como as do art. 24

72. Cf. *infra* p. 155.

(não discriminação) e 25 (entendimento mútuo) e sujeitando-as ao art. 26 (troca de informações).

Conforme a OCDE (1987/97), a opção da exclusão de benefícios é de simples aplicação, em regra, constituindo um meio importante para que os Estados que criam, em sua legislação interna, benefícios fiscais, impeçam que tais vantagens possam ser utilizadas para a finalidade de obtenção indevidas de benefícios oriundos dos acordos de bitributação assinados pelo mesmo Estado. Por outro lado, no mesmo estudo se reconhece que o escopo de tal dispositivo é muito limitado, não sendo de valia, perante as estratégias modernas de *Treaty Shopping*.

#### 4.1.3 Mínimo de Tributação

Na maioria dos casos de *Treaty Shopping*, o *Investidor* procura constituir um *Terceiro Interposto* que, por um lado, faça jus aos benefícios do acordo de bitributação, quando receber os rendimentos pagos pela *Fonte* e, por outro, sofra o mínimo de bitributação, em sua residência, ao repassar os rendimentos ao *Investidor*.

Com a exclusão de benefícios, descrita no tópico anterior, frustram-se os casos em que o *Terceiro Interposto* goza de privilégios, no Estado em que foi constituído. Entretanto, nem sempre um *Terceiro Interposto* com baixa tributação é, necessariamente, uma sociedade constituída sob uma forma facilmente identificável, e generalizável, numa cláusula do acordo de bitributação.

Em vista desta realidade, a OCDE (1987/97) propõe a consideração de um dispositivo no acordo de bitributação, conforme o qual um rendimento pago pela *Fonte* somente estará abrangido no acordo, caso o valor esteja sujeito a (um mínimo de) tributação, no Estado onde reside o *Terceiro Interposto*. Em outras palavras, o acordo só "vale", quando se estiver numa situação de bitributação. Um exemplo de cláusula com este teor é indicado pela OCDE, com o seguinte teor:

"Quando um rendimento oriundo de um Estado contratante for recebido por uma sociedade residente em outro Estado contratante, e uma ou mais pessoas não residentes neste outro Estado contratante:

a) tiverem, direta ou indiretamente, ou através de uma ou mais sociedades, residentes ou não, um interesse substancial naquela sociedade, seja através de participação, seja por outra forma; e

b) exercitarem, direta ou indiretamente, isolada ou conjuntamente, a gerência ou o controle daquela sociedade qualquer dispositivo deste Acordo que conferir uma isenção ou redução de tributos somente será aplicável no que se referir a rendimentos que forem submetidos à tributação ordinária, no Estado mencionado em último lugar.”

O conceito de “interesse substancial” é algo que deve ser definido, conforme o exigirem as circunstâncias dos Estados contratantes (percentual do capital ou das ações com direito a voto etc.).

Na análise que a OCDE (1987/98) faz de semelhante cláusula, fica claro que seu objetivo não se restringe aos casos de *Treaty Shopping*, mas alcança, também, os casos de “sociedades-base” e outros planejamentos fiscais internacionais. Entretanto, a OCDE reconhece que uma tal cláusula não chega a combater as “técnicas avançadas” de *Treaty Shopping*, tais como a estrutura “trampolim”,<sup>73</sup> quando o *Terceiro Interposto* repassa os recursos ao *Investidor* a título de despesas dedutíveis da sua renda tributável. Por outro lado, a OCDE menciona que uma tal cláusula pode afetar, juntamente com os casos de *Treaty Shopping*, os de associações de caridade, fundos de pensão e assemelhados, que gozam de uma carga fiscal reduzida, no país do *Terceiro Interposto*, sem se caracterizar um uso indevido de acordos de bitributação.

Ao mesmo tempo, a OCDE menciona o caso de o país do *Terceiro Interposto* conceder incentivos fiscais, visando a desenvolver a sua economia. Na opinião da OCDE, também esta circunstância deve ser excluída, na cláusula referente ao mínimo de tributação.

Em sua crítica ao estudo da OCDE, Rosenbloom (1988/180) manifesta-se no sentido de que a OCDE não esclarece o porquê de estes casos deverem ser excluídos da cláusula. Evidentemente, Rosenbloom parte da idéia de que a finalidade do acordo é apenas evitar a bitributação internacional e a evasão fiscal, desconsiderando que a doutrina já aponta, também, entre seus objetivos, o de possibilitar que os incentivos fiscais concedidos pelos países em desenvolvimento para atrair o investimento estrangeiro surtam efeito, sem que sejam anulados pela legislação fiscal do outro país (Borrás, 1974/85; Rothmann, s.d./149).

Outra crítica de Rosenbloom (1988/180) é quanto à identificação do “mínimo de tributação”. Segundo o que compreendemos,

73. Cf. *supra* p. 24.

a crítica não é pertinente, já que a fixação deste “mínimo” não é matéria da OCDE, devendo ser objeto da negociação entre os Estados contratantes, a partir de suas realidades e conveniências, cabendo-lhes determinar a partir de que ponto o *Treaty Shopping* passa a ser uma situação incompatível com seus objetivos.

A estas críticas, deve-se acrescentar o fato de que semelhante cláusula não cogita de casos de estruturas bilaterais,<sup>74</sup> quando inexistente um controlador, residente em um terceiro Estado, ou o caso de colocação de filial,<sup>75</sup> quando a “matriz” está sujeita a alta tributação, embora a “filial” não o esteja.

Conforme a OCDE (1987/99), a exigência do mínimo de tributação afigura-se conveniente no caso de Estados com uma estrutura econômica bem desenvolvida, e legislação tributária bastante complexa. Efetivamente, trata-se de cláusula geralmente adotada por países tais como o Reino Unido (Doód, 1988/287), Canadá (Riehl/Bouwers, 1988/74) e Alemanha (Becker, 1988 a 139; Vogel, 1986/23).

Verifica-se que a cláusula referente ao mínimo de tributação é uma alternativa válida, para os países que pretendem afastar o *Treaty Shopping*. Entretanto, a sua adoção depende de especial consideração para com os casos não cobertos (estruturas bilaterais, “trampolim” e “colocação de filial”) e os casos de boa-fé, incluindo-se, entre estes, os em que a tributação reduzida decorre de incentivos fiscais.

Caso os parceiros do Brasil venham a exigir a adoção de semelhante cláusula, deverá ser ponderado o reflexo de tal medida no que se refere ao Parecer Normativo (CST) n. 62/75, segundo o qual o Coordenador do Sistema da Tributação considera isentos os lucros transferidos do exterior por filiais e subsidiárias de sociedades brasileiras. Se tais valores não são tributados no País, o investidor brasileiro passaria a não contar com os benefícios do acordo de bitributação, quando recebesse seus rendimentos do exterior. Ao mesmo tempo, o Brasil possivelmente continuaria a reduzir a sua tributação, no caso de investidor estrangeiro, que recebesse valor oriundo do Brasil. Neste caso, teríamos uma redução na arrecadação brasileira sem equivalente sacrifício, por parte do outro Estado contratante.

74. V. *supra* p. 25.

75. Cf. *supra* p. 26.

#### 4.1.4 Canalização de Recursos

Trata-se da hipótese em que se negam os benefícios do acordo ao *Terceiro Interposto*, quando um certo percentual de sua renda bruta é utilizado para pagamentos a não-residentes dos Estados contratantes. Conforme a OCDE (1988/99), o dispositivo enfoca, diretamente, a canalização de recursos através do *Terceiro Interposto ao Investidor*. Neste caso, sugere-se uma cláusula com o seguinte teor:

“Quando um rendimento originado de um Estado contratante for recebido por uma sociedade residente no outro Estado contratante, e uma ou mais pessoas não residentes no outro Estado contratante:

- 1) tiver, direta ou indiretamente, ou através de uma ou mais sociedades, residentes ou não, um interesse substancial naquela sociedade, seja na forma de participação, seja em outra forma, e
- 2) exercer, direta ou indiretamente, isolada ou conjuntamente, a gerência ou o controle daquela sociedade, qualquer dispositivo deste acordo, que conferir uma isenção ou redução do imposto não será aplicado, se mais de cinquenta por cento daquele rendimento for utilizado para cobrir débitos junto àquelas pessoas (inclusive juros, *royalties*, pesquisa e desenvolvimento, propaganda, despesas iniciais e de viagens, depreciação ou amortização de quaisquer tipos de ativos, inclusive os intangíveis, processamento etc.)”

A referida cláusula atinge uma ampla gama de casos de *Treaty Shopping*, inclusive os de estrutura “trampolim”.<sup>76</sup> Entretanto, conforme lembra a OCDE (1988/100), exige-se especial atenção para os casos de boa-fé, já que várias estruturas “legítimas” podem ser afetadas por tal dispositivo. Também a administração e a aplicação de uma cláusula com redação assemelhada àquela não é fácil, seja no que se refere ao seu controle, seja no estabelecimento de critérios, para a determinação dos pagamentos que serão computados, no cálculo do percentual, seja na fixação do período durante o qual os pagamentos não poderão ser efetuados ao *Investidor*. Além disso, merecem especial consideração os serviços tais como os de bancos e seguradoras, quando os pagamentos ao exterior costumam ultrapassar as médias das demais atividades, sem que se configure um caso de *Treaty Shopping*.

76. Cf. *supra* p. 24.

Como exemplos de acordos em que se adotou cláusula semelhante, citem-se os celebrados pela Suíça com a Alemanha, França, Itália e Bélgica (Coulon, 1988/241).

Na sua crítica ao relatório da OCDE, Rosenbloom (1988/180) considera “quase uma brincadeira” (*relative child's play*), para um especialista em planejamento fiscal internacional, criar uma estrutura na qual os pagamentos feitos pelo *Terceiro Interposto* se destinem a uma sociedade que “não pertença” ao *Investidor*.

A esta crítica se deve acrescentar que, tampouco com a adoção de uma cláusula com termos tão amplos, evitou-se, por completo, o *Treaty Shopping*, já que o critério para a exclusão de benefícios se manteve no fato de o *Investidor* manter residência em outro Estado, desconsiderando-se os casos de estruturas bilaterais,<sup>77</sup> ainda em aberto. Também a hipótese de colocação de filial<sup>78</sup> não nos parece resolvida, por tal cláusula.

Do modo como está redigida, a cláusula não esclarece se a limitação de benefícios também se dá, quando o Estado do *Terceiro Interposto* impõe alta tributação aos pagamentos feitos a residentes no exterior. Parece evidente, entretanto (ALI, 1991/156) que, em tal hipótese, não há que se falar em *Treaty Shopping*, não havendo razão para se negar o benefício.

Enfim, a cláusula tem o inegável mérito de enfrentar a maioria dos casos de *Treaty Shopping*, inclusive os de estrutura “trampolim”, podendo ser adotada pelos países que consideram indesejável a sua ocorrência, devendo, entretanto, fazer-se acompanhar de uma cláusula de salvaguarda.

#### 4.1.5 Cláusula de Salvaguarda

A adoção de cláusulas, nos acordos de bitributação, que limitam a concessão de benefícios, como forma de prevenir o *Treaty Shopping*, traz consigo o risco de que operações legítimas possam ser conjuntamente afetadas, por se encaixarem no tipo definido genericamente no acordo. Por esta razão, a OCDE (1987/100-101) propõe que se redijam cláusulas que garantam a concessão dos benefícios, caso se demonstre que a operação se deu de boa-fé. Em termos gerais, a OCDE recomenda uma cláusula com o seguinte

77. V. *supra* p. 25.

78. Cf. *supra* p. 26.

teor: "O acima disposto não se aplicará, quando a sociedade demonstrar que o seu objeto principal (*principal purpose*), a condução de seus negócios e a aquisição ou manutenção das ações ou outros ativos que propiciaram a obtenção do rendimento em questão se deram em virtude de evidentes fundamentos empresariais (*sound business reasons*) e, portanto, não tiveram como principal razão, a obtenção dos benefícios deste acordo".

A esta cláusula geral, o estudo da OCDE acrescenta outras, nas quais se determina a boa-fé quando o *Terceiro Interposto* desenvolve atividades operacionais (*substantive business operations*) no Estado contratante, das quais decorreu o rendimento; quando se demonstra que o imposto que deixará de ser pago, em virtude do acordo, não seria maior que aquele que o *Terceiro Interposto* pagaria em seu Estado de sede; quando o *Terceiro Interposto* é uma companhia aberta, com ações negociadas no Estado contratante, ou quando é controlado por uma companhia aberta em tais condições; ou, finalmente, quando o *Investidor* for residente em um Estado que mantenha, com o Estado da fonte, acordo de bitributação em condições não menos vantajosas que aquelas do acordo celebrado entre o Estado do *Terceiro Interposto* e o Estado da *Fonte*.

O objetivo de tais cláusulas é claro: evitar que se negue o benefício, nas hipóteses em que não ocorre o abuso dos acordos de bitributação. Daí a semelhança com o *business purpose test*, existente na jurisprudência norte-americana<sup>79</sup> ou o abuso de formas (§ 42 AO), da jurisprudência alemã.<sup>80</sup> Quanto à exceção referente às companhias abertas,<sup>81</sup> Langer (1989/334) as fundamenta a partir da dificuldade que tais companhias teriam para demonstrar que os beneficiários dos rendimentos que elas distribuem são residentes de determinado Estado, além da improbabilidade de que uma companhia se estabeleça em um Estado, e tenha suas ações negociadas em bolsa, se o seu principal objetivo for, apenas, usufruir de benefícios de um acordo de bitributação.

Dentre outros acordos que contêm uma cláusula de salvaguarda, mencione-se o celebrado entre o Reino Unido e os Países Baixos (Lagendaal, 1988/185).

79. Cf. *supra* p. 50.

80. Cf. *supra* p. 40.

81. Sobre o assunto, v. *ib.* p. 165.

É dever dos negociadores de acordos de bitributação, que optem pela adoção de uma cláusula limitativa de benefícios, excluir as hipóteses de boa-fé. Já nos referimos, na introdução deste estudo, ao reconhecimento, pela doutrina, de um princípio, universalmente observado, segundo o qual a bitributação internacional deve ser evitada ou eliminada. Neste sentido, as hipóteses em que, efetivamente, ocorreria uma bitributação, mas a que não se concedem os benefícios do acordo, em virtude de uma possível ocorrência de *Treaty Shopping*, devem ser consideradas, restando ao contribuinte o direito de provar a sua boa-fé.

Na verdade, deve ser aplicado, para a hipótese, o conceito de "terra firme" (*safe harbour*). Neste sentido, as cláusulas limitativas de benefícios não devem ser vistas como proibitivas da concessão de vantagens do acordo de bitributação mas, antes, ao contrário, como garantia de que, cumpridas certas condições objetivas, a aplicação do acordo pode ser exigida, sem se admitir qualquer questionamento acerca dos propósitos da estrutura adotada pelo contribuinte. A intenção deste somente teria alguma relevância, na hipótese de nenhuma das condições objetivas impostas no acordo ser alcançada (ALI, 1991/167 e ss.). Assim, o elemento subjetivo (intenção do contribuinte) é tido por subsidiário, somente sendo levado em conta para eventual benefício do contribuinte (salvaguarda) e nunca sendo relevante, na hipótese de o contribuinte se enquadrar nas hipóteses de "terra firme" previstas no acordo de bitributação.

#### 4.1.6 "Internacionalização" do Direito Interno

Além das cláusulas acima elencadas, que foram objeto de estudo por parte da OCDE, o estudo dos acordos de bitributação mostra a existência de tentativas, por parte de alguns países, de permitir que suas normas internas, visando a impedir a prática do que consideram abuso, se estendam ao âmbito dos acordos de bitributação, sem ferir algum preceito do direito internacional público.

Assim, deve ser citado o acordo de bitributação entre a Alemanha e a Finlândia, assinado em 1979, cujo item 6 do Protocolo assim dispôs:

"(6) o disposto na alínea "c" do § 5 do Art. 23 não impede que a República Federal da Alemanha aplique suas normas contra

a evasão fiscal (*Steuerumgehung*) no caso de rendimentos que provenham de ou afluam a um terceiro Estado, ainda quando o rendimento seja recebido através da interposição de uma pessoa residente na República da Finlândia, ou conduzidos através dela, ainda quando o bem econômico gerador do rendimento estiver nas mãos de tal pessoa.

Na exigência do imposto, que decorrer da aplicação das referidas normas, a República Federal da Alemanha compensará o imposto finlandês que tenha incidido sobre estes rendimentos, ou sobre a distribuição dos mesmos".

Conforme se observa, trata-se de dispositivo de alcance limitado, posto que somente alcança a referida alínea, que trata de um crédito que a Alemanha deve conceder, no caso de remessa de dividendos, efetuada por empresa situada na Finlândia, a residente na Alemanha.

De todo o modo, é importante a sua consideração, primeiramente, porque se trata de uma cláusula unilateral, i.e., não outorga igual direito à Finlândia, em situação similar. Por outro lado, trata-se de uma tentativa de "internacionalizar" o direito interno alemão. Através deste dispositivo, a autoridade alemã fica possibilitada de aplicar o § 42 AO,<sup>82</sup> restringindo o alcance do acordo de bitributação. Vale notar, aqui, que o § 42 AO não será aplicado, enquanto norma de direito interno, mas como norma de direito internacional.

Semelhante dispositivo já se encontrava, aliás, em termos mais amplos, no Protocolo do acordo de bitributação assinado entre a Alemanha e a Bélgica, no item 17: "(17) Nenhum dispositivo deste acordo deve ser interpretado, de modo a impedir um Estado Contratante de aplicar as disposições de sua legislação nacional, que vise a evitar a evasão e a fraude fiscais"

Neste caso, tratava-se de norma ampla (atingia todos os benefícios do acordo de bitributação) e bilateral (valia para ambos os Estados contratantes). Por outro lado, não se especificava a hipótese de interposição, característica do *Treaty Shopping*.

No item 7, "c" do Protocolo que acompanhou o acordo que a Alemanha assinou com a Nova Zelândia, em 1978, encontra-se um dispositivo bilateral e que trata especificamente do caso de *Treaty Shopping*:

82. Cf. *supra* p. 40.

"(7) Com referência aos Artigos 6 a 23, fica entendido que nada neste acordo poderá:...

c) impedir um Estado contratante de aplicar sua legislação referente à evasão fiscal, com referência a rendimentos auferidos ou recebidos em um terceiro Estado, ainda quando tais rendimentos, ou bens ou atividades que os gerem, sejam canalizados através de uma pessoa residente no outro Estado contratante, ou sejam detidos por esta."

Outra forma de "internacionalização" do direito interno que merece nota é o caso da Suíça, que fez inserir, em alguns de seus acordos, cláusula reproduzindo os dispositivos de sua legislação interna, referente a *Treaty Shopping* (Kraft, 1991/28 e 29). Tal é o caso, p. ex., do acordo de bitributação entre a Alemanha e a Suíça, cujo art. 23 trata do abuso do acordo, impondo condições para a concessão dos benefícios, que se assemelham àquelas válidas no direito interno suíço. Igual inspiração tiveram os acordos que a Suíça celebrou com a Bélgica, França e Itália (Lüthi, 1989/338). Deste modo, em vez de os negociadores do acordo preverem a aplicação do direito interno, optaram por reproduzi-lo no acordo de bitributação, não restando, portanto, qualquer dúvida quanto à sua validade na órbita do direito internacional.

Por outro lado, a "internacionalização" do direito interno nem sempre deve ser recomendada. Se a permissão do uso do direito interno de um ou de ambos os países resolve a questão da determinação de qual o direito aplicável, traz consigo a possibilidade de diferenças nos direitos internos de ambos os Estados contratantes, permitindo que uma mesma situação seja julgada de modo diverso, conforme a Corte a que seja apresentada.

Do mesmo modo, a mera cópia de uma norma de direito interno num acordo de bitributação não implica que a interpretação deste se passe a dar de acordo com as categorias daquele direito interno. Pelo contrário, passando a ser norma de direito internacional público, a cláusula limitativa de benefícios já não se vincula à jurisprudência ou ao restante da legislação do seu Estado de origem, sendo uma norma "nova". Assim, é possível que um texto que, no direito interno de um Estado contratante seja eficaz para o combate ao *Treaty Shopping*, tenha sua eficácia reduzida, quando aplicado no âmbito do acordo de bitributação.

Deste modo, a "internacionalização" do direito interno traz, consigo, dificuldades semelhantes àquelas que a doutrina do direito

tributário internacional já aponta, no campo da questão da qualificação de conceitos empregados no acordo, que fazem com que Vogel (1983/100; 1986/65) conclua pela qualificação "autônoma", isto é, pela consideração do acordo como uma norma independente de qualquer direito interno, como a melhor solução.

#### 4.2 Modelos de Acordos de Bitributação

Passamos a examinar alguns modelos de acordos de bitributação, em cujos textos se encontram cláusulas destinadas a impedir a prática do *Treaty Shopping*.

##### 4.2.1 O Modelo OCDE/ONU

O papel da OCDE e da ONU, no desenvolvimento de um modelo de acordo de bitributação, é assunto cuja relevância se espelha na doutrina (Borges, 1989/2408-2412; Dornelles, 1978/251; *ibid.*, 1988/195 e ss. e Xavier, 1977/31-34). Como resultado de seu trabalho, a OCDE publicou, em 1963, uma convenção-modelo, cujo texto foi atualizado em 1977.\* Tendo em vista que o texto da OCDE não atendia os interesses dos países em desenvolvimento, foi publicado, pela ONU, um modelo de acordo de bitributação, cuja linha geral, entretanto, não foge em muito do padronizado pela OCDE. O texto da OCDE é o que serve de base para os acordos assinados pelo Brasil que, entretanto, levam em consideração as peculiaridades de um país em desenvolvimento (Rothmann, 1983/139).

É no comentário que acompanha a versão de 1977 do modelo da OCDE, entretanto, que se constata a preocupação que seus redatores tiveram com a hipótese de *Treaty Shopping*.

Ao comentar o art. 1.º do Modelo, que se refere às "pessoas visadas" pelo acordo, a OCDE (1977/47) já esclarece que os acordos de bitributação não devem, por sua finalidade, servir de instrumento para a economia ou evasão fiscal, referindo-se, especificamente, à possibilidade de criação de "figuras legais geralmente artificiais, de modo a se beneficiar de vantagens fiscais existentes em determinado ordenamento interno e das isenções fiscais garantidas pelos acordos de bitributação." Neste sentido, a OCDE chega a citar exemplos de *Treaty Shopping*:

\* A versão de 1992 apenas consolidou comentários publicados anteriormente pela OCDE.

"9. Tal seria o caso, p. ex., se uma pessoa (residindo ou não num Estado contratante) atuasse por meio de uma pessoa jurídica criada num Estado essencialmente para obter benefício do acordo que não seria aplicável diretamente a essa pessoa".

Algumas das situações de *Treaty Shopping* foram, expressamente, evitadas, a partir de ressalvas no próprio texto do modelo da OCDE, conforme passamos a examinar:

##### 4.2.1.1 Artistas e Atletas

Na versão de 1977 do modelo de acordo de bitributação, foi modificada a redação do art. 17, que trata dos artistas e atletas, acrescentando-se à versão de 1963 um segundo parágrafo, que contempla o caso de os pagamentos se efetuarem por meio de sociedades. Conforme o comentário da OCDE (1977/134), tal dispositivo objetiva evitar a economia fiscal, que poderia ocorrer, quando a remuneração por uma atividade de um artista ou atleta não é paga diretamente a ele mas a uma outra pessoa (p. ex., uma sociedade artística), podendo resultar que o rendimento não seja tributado no Estado onde a atividade foi exercida, seja como rendimento do trabalho pessoal, seja como rendimento da sociedade (tendo em vista a inexistência de um estabelecimento permanente). Conforme exemplifica Vogel (1983/963), o dispositivo em questão visa a casos como o de Ingemar Johansson, julgado nos EUA, a que nos referimos acima.<sup>83</sup>

Referida cláusula foi adotada, pelo Brasil, com pequenas modificações, nos acordos assinados com o Canadá, Checoslováquia, Coréia, Equador, Filipinas, Hungria, Itália, Noruega e Países Baixos. Também nos acordos assinados com a Áustria, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França e Suécia, encontra-se dispositivo semelhante, embora se trate de acordos celebrados antes da publicação do atual modelo da OCDE. Já nos acordos celebrados com a Alemanha, Argentina, Japão, Luxemburgo e Portugal, o problema foi resolvido a partir de uma ficção assumindo a existência de um estabelecimento permanente, tributável (art. 5, § 7), cujo efeito se assemelha ao proposto no modelo da OCDE (Vogel, 1983/967). Deste modo, concluímos que o único acordo de bitributação brasileiro, em vigor, no qual a questão das sociedades de artistas não foi contemplada, é o assinado com a Bélgica.

83. V. *supra* p. 53.

#### 4.2.1.2 Beneficiário Efetivo

Foi, no entanto, com a introdução do conceito de "beneficiário efetivo" (*beneficial owner*), que o modelo de 1977 inovou de modo mais claro, no combate ao *Treaty Shopping*.

Efetivamente, na redação dos arts. 10, 11 e 12 do modelo da OCDE, vê-se que os benefícios decorrentes do acordo, referentes a rendimentos de dividendos, juros e *royalties* são concedidos quando o seu destinatário é o "beneficiário efetivo" deles. Deste modo, sendo possível demonstrar-se que, no *Treaty Shopping*, o terceiro interposto não é o "beneficiário efetivo" do rendimento, poder-se-á, a partir do próprio texto do acordo, impedir que terceiros se valham de seus benefícios.

Segundo Vogel (1983/516-517), de início, pretendia-se que o combate ao *Treaty Shopping* se fizesse através da inclusão de uma cláusula "mínimo de tributação" (*subject-to-tax*), no texto do acordo. Entretanto, dificuldades práticas teriam impedido a adoção genérica daquela cláusula, recorrendo-se à figura do *beneficial owner*.

O conceito de "beneficiário efetivo", entretanto, não é pacífico.

A favor de uma aproximação pragmática do conceito, podemos encontrar a manifestação do Juiz Harmann, na Corte britânica, no caso "Wood Preservation Ltd. v. Prior" (*TC*, v. 45/112-134, 1966 a 1969), que assim definiu a "propriedade beneficiária efetiva" (*beneficial ownership*):

"Entendo que isto significa uma propriedade que não seja a mera propriedade legal, decorrente do registro mas o direito, pelo menos até certo ponto, de tratar a propriedade como sua".

Por este conceito, dir-se-ia que o *Terceiro Interposto* precisaria ter o poder de decidir sobre o destino do rendimento recebido, para ser o seu "beneficiário efetivo". Demonstrando-se que tal decisão cabe ao investidor, poder-se-ia negar a concessão das vantagens decorrentes do acordo de bitributação.

No entanto, a expressão foi definida pelo juiz Harmann fora de um caso de aplicação de acordo de bitributação e, por este motivo, sua aplicação deve ser vista com a cautela devida.

Especificamente, examinando o conceito de "beneficiário efetivo", no campo dos acordos de bitributação, encontramos a doutrina de Vogel (1983/518, 1985/374), para quem se trata daquele que "tem poderes para decidir, seja sobre a aplicação do capital ou bem econômico, seja sobre a administração de seus rendimentos".

Para apresentar o seu conceito, Vogel (1983/517) parte do princípio de que o "beneficiário efetivo" não é, em regra, definido nos direitos internos dos Estados contratantes. Por este motivo, sua interpretação deve ser buscada no próprio texto do acordo, principalmente considerando a sua finalidade. Para tanto, Vogel recorre ao comentário da OCDE (1977/92,107 e 115), que se refere ao caso de se interpor, entre o beneficiário e a fonte pagadora, "um intermediário, tal como um representante ou uma pessoa indicada" (*an intermediary, such as an agent or nominee*). Na opinião de Vogel, tal dispositivo não permite que se interprete o acordo como a busca de um beneficiário formal, mas aquele que "na verdade" tem o direito a ele. Assim, conclui Vogel, o beneficiário efetivo deve poder decidir: 1) se vai receber, ou não, o rendimento e 2) o modo como vai dispor dele. De qualquer maneira, Vogel (1983/518) ressalva que não é o fato de uma sociedade deter a totalidade do capital de outra, que a torna "beneficiária efetiva" dos seus rendimentos. Deve haver indícios de que a direção da sociedade controlada depende da concordância de sua controladora, para se manifestar sobre a destinação dos recursos recebidos do exterior.

A extensão do conceito de "beneficiário efetivo", entretanto, para coibir os casos de *Treaty Shopping*, não é tranqüila. Na verdade, não é só o comentário da OCDE, mas também a própria ONU que, em seu estudo, (1988/8) se refere ao fato de que a menção ao *beneficial owner* pretenderia impedir a concessão das vantagens do acordo, no caso de "uma mera pessoa indicada ou um representante" (*a mere nominee or agent*). Na verdade, o estudo da ONU vai mais além, concebendo um caso em que um *Terceiro Interposto* tem funções semelhantes ao do *nominee or agent*. No entanto, isto só se daria no caso em que os poderes do *Terceiro Interposto* têm "contornos tão estreitos, que se revelam como um mero fiduciário ou administrador, agindo no interesse de outras partes".

A se aceitar a conclusão da ONU, alguns casos de *Treaty Shopping* poderiam, evidentemente, ser combatidos a partir da mera menção do *beneficial owner*. Tais casos se dariam, em regra, quando o *Terceiro Interposto* não tivesse qualquer poder de decisão sobre o destino dos rendimentos.

Entretanto, conforme reconhece o International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD, 1981/150), muitos especialistas se manifestam no sentido de que o conceito de "propriedade beneficiária efetiva" objetiva, exclusivamente, permitir que as autoridades façam

uma distinção entre o "proprietário legal" e o "proprietário econômico" do rendimento, quando parecer que o "proprietário legal" está recebendo o rendimento por conta de outrem (o "proprietário econômico") e está submetido a uma obrigação direta (contratual ou não) de repassar o rendimento ao "proprietário econômico", tão logo ele o receba. Conforme o IBFD, a relação que existe entre uma sociedade (*Terceiro Interposto*) e seus sócios (*Investidor*) é de natureza diversa: ainda que a sociedade esteja obrigada a redistribuir todo o seu rendimento a seus sócios, estes somente têm direito aos lucros distribuídos pela sociedade (*Terceiro Interposto*), inexistindo qualquer pretensão *direta* sobre o rendimento recebido pela sociedade (*Terceiro Interposto*) e pago pela *Fonte*. Neste sentido, conclui-se que não há, aí, uma "propriedade beneficiária efetiva", por parte do *Investidor*, sobre os rendimentos distribuídos pela fonte.

Também por uma leitura restritiva do conceito, temos a opinião de Hinnekens (1989/359), que se manifesta no sentido de que não pode ser aceita a interpretação econômica do conceito de "beneficiário efetivo". Para este autor, o Comentário da OCDE se refere, apenas, ao caso de *nominee or agent*, i.e., uma pessoa que não é o beneficiário do rendimento, em um sentido jurídico. Além disso, o autor pondera que diversos acordos de bitributação recentes, apesar de usarem a expressão "beneficiário efetivo", não deixam de incluir cláusulas específicas contra o *Treaty Shopping*, evidenciando-se que este não se combate através do uso daquela expressão. Para Hinnekens, o "beneficiário efetivo" é o "beneficiário verdadeiro" (*true beneficiary*), e a expressão é utilizada para distinguir o caso do *nominee* ou outro, que não é o "destinatário num sentido legal" (*recipient in a legal sense*). Segundo Hinnekens, tampouco a administração belga aceita a "interpretação econômica" daquele conceito.

Também o austríaco Lang (1991/60) considera de pouco valor prático a menção ao *beneficial owner*, já que a maioria dos ordenamentos tributários ao descrever o aspecto subjetivo do fato gerador do tributo, não considera critérios econômicos ou substanciais e informais, de modo que o "beneficiário legal" é o "beneficiário efetivo".

Embora entendendo que o *Terceiro Interposto* não deve ser considerado o *beneficial owner* num acordo, Lüthi (1989/337) manifesta que a mera inclusão de tal cláusula não é um instrumento eficaz para o combate ao *Treaty Shopping*, devido às dificuldades de sua implementação, no Estado da *Fonte*.

Em nossa opinião, assiste razão aos que defendem que o conceito de *beneficial owner* restringe-se aos casos em que o rendimento é pago a quem, por obrigação contratual ou de outra natureza, deve, de imediato, repassá-lo a terceiro, já que não lhe pertence. É o caso de uma instituição financeira, que administra a carteira de investimentos de seus clientes. Ela recebe, por ordem e por conta de terceiros (os "beneficiários efetivos") o rendimento, e o repassam imediatamente.

Trata-se, portanto, de um conceito cujos contornos jurídicos são claros, e não há, no texto do acordo (base para a interpretação, conforme o art. 31 da Convenção de Viena), qualquer dispositivo que permita a conclusão de que o conceito de "beneficiário efetivo" escape dos seus limites jurídicos, invadindo a esfera da "interpretação econômica", ou semelhante.

Pelo contrário, o comentário que acompanha o modelo da OCDE não define o "beneficiário efetivo" e apenas se refere aos casos de agentes, que atuam por conta de terceiros. Além disso, não é demais lembrar que a própria OCDE reconhece, em seu estudo sobre o *Treaty Shopping* que, quando os acordos de bitributação não incluem cláusulas de salvaguarda, contra o uso abusivo de seus dispositivos, as vantagens não de ser conferidas, em virtude do princípio *pacta sunt servanda*, ainda que se considere serem impróprias (OCDE, 1987/101). Por este motivo, já no seu comentário, a OCDE recomenda que se façam as cláusulas restritivas que se tornarem necessárias, como, p. ex., no caso dos benefícios do art. 10, que será comentado adiante.<sup>84</sup>

Cumpramos mencionar, por fim, que a referência ao "beneficiário efetivo" é feita nos acordos que o Brasil assinou com os seguintes países: Canadá (4.6.84), Checoslováquia (26.8.86), Coreia (7.3.89), Equador (26.5.83), Filipinas (29.9.83), Hungria (20.6.86), Países Baixos (8.3.90), Itália (3.8.78) e Noruega (21.8.80). Por outro lado, não se encontram referências ao "beneficiário efetivo" na maioria dos acordos de bitributação: Alemanha (27.6.75), Argentina (17.5.80), Áustria (24.5.75), Bélgica (23.6.72), Dinamarca (27.8.74), Espanha (14.11.74), Finlândia (16.2.72), França (10.9.71), Japão (24.1.67), Luxemburgo (8.11.78), Portugal (22.4.71) e Suécia (25.4.75).

84. Cf. *infra* p. 160.

#### 4.2.1.3 Empresas Associadas

O art. 9 do modelo da OCDE trata de transações entre empresas associadas, permitindo que a administração inclua nos lucros de uma empresa, e tribute como tal, os lucros que teriam sido por ela obtidos, mas não o foram, em virtude de condições aceitas ou impostas, que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes.

Em nosso entender, embora se trate de dispositivo que contemple uma hipótese de evasão internacional, o caso não envolve, necessariamente, a interposição no âmbito de um acordo de bitributação, podendo ocorrer idêntica estruturação, fora do âmbito de um acordo (Horak, 1987/128). Por este motivo, não nos parece que esteja sendo ventilado um caso de *Treaty Shopping*, fugindo a sua análise do escopo deste estudo.

#### 4.2.1.4 Outros dispositivos

Embora não constem do texto do seu modelo, a OCDE contempla diversas cláusulas que poderiam ser incluídas nos acordos de bitributação, tendo em vista a hipótese de *Treaty Shopping*. Seu teor já foi objeto de nossa análise, no item 4.1 deste estudo e devem ser consideradas como uma colaboração da OCDE, para o combate ao *Treaty Shopping*.

Além daquelas cláusulas examinadas, há que se mencionar o teor do comentário ao Art. 10 de seu modelo, quando a OCDE (1977/93-94) manifesta que o privilégio concedido às empresas de investimento, de que trata a alínea "a" do § 2 (redução da tributação, quando a investidora detiver mais de 25% do capital da fonte dos dividendos) não deveria ser concedido, quando se verificar que houve "abuso" dela. Tal abuso se daria, p. ex., quando um investidor, que detivesse menos de um quarto do capital da fonte distribuidora, aumentasse a sua participação, pouco antes do pagamento, com a finalidade de garantir o privilégio. Para evitar tal hipótese, a OCDE recomenda que se acrescente à referida alínea "a", o seguinte: "desde que o investimento não tenha sido adquirido com o objetivo imediato de se valer das vantagens deste dispositivo".

O único acordo de bitributação assinado pelo Brasil, em que se dão vantagens especiais às empresas de investimento, é o assinado

com Luxemburgo. Neste acordo, verifica-se que o Brasil optou por não incluir cláusula semelhante à proposta pela OCDE.

#### 4.2.2 O Modelo Norte-Americano

A limitação de benefícios de acordos de bitributação é uma preocupação que, nos EUA, é bastante antiga. Já em 1945, o acordo assinado com o Reino Unido previu, em seu art. VI, que vantagens decorrentes do acordo não seriam concedidas se: "o relacionamento de duas empresas foi arranjado ou mantido com a intenção primeira de garantir tais alíquotas reduzidas."

A doutrina (Rosenbloom, 1983/780; Becker, 1985/175; Terr, 1989/522) refere-se a esta cláusula como a regra "arranjado ou mantido" (*arranged or maintained*), que se repetiu nos acordos de bitributação que os EUA assinaram com a Áustria (25.10.56), art. VI, 8; Dinamarca (6.5.48), art. 10; Irlanda (13.9.49), art. VI; Itália (30.3.55), art. VII, 7; Suíça (24.5.51), art. VI e Holanda (29.4.48), art. VII.

A partir da regra *arranjado ou mantido*, o fato de o contribuinte criar uma estrutura com o objetivo de auferir as vantagens do acordo impede que tais benefícios lhe sejam concedidos. No entanto, Rosenbloom (1983/780-781) se refere a "alguns problemas óbvios" na sua regra, já que seu enfoque se baseia, exclusivamente, e de modo bastante vago, na "intenção" (*state of mind*) daqueles que "arranjaram ou mantiveram" a estrutura societária. Na opinião do autor, uma cláusula tão genérica deixa muito ampla a margem de interpretação, às autoridades fiscais, a quem cabe, em última análise, fixar os parâmetros para as situações "arranjadas ou mantidas".

As décadas de 60 e 70 marcam a segunda fase da política norte-americana contra o *Treaty Shopping*, caracterizada por limitações de benefícios para situações específicas, referentes a dividendos, juros e *royalties* recebidos por determinadas sociedades de investimento e *holdings*, que gozavam de especial tratamento (Terr, 1989/522).

Assim, em 1962, os EUA fizeram incluir, em seus acordos de bitributação, pela primeira vez (Rosenbloom, 1983/781-785), uma cláusula unilateral. Foi no acordo celebrado com Luxemburgo, em que se excluía dos benefícios do acordo as sociedades que, naquele país, gozavam de tratamento fiscal privilegiado. A exclusão de benefícios, nos acordos de bitributação, é técnica de que até o Brasil

se valeu, no acordo com Luxemburgo, conforme comentado acima.<sup>85</sup> Segundo Rosenbloom, tal cláusula vem cumprindo seu objetivo, já que não é comum que *Investidores* residentes em outros Estados se valham de Luxemburgo, como base para efetuarem seus investimentos nos EUA, a baixo custo.

Em 1970, os EUA adotaram, no seu acordo de bitributação assinado com a Finlândia, o "teste em duas partes" (*two-part test*) (TT/CCH, v. 1/6.017 e 26.018), no qual se limitavam os benefícios caso ocorressem, cumulativamente, duas condições:

(a) se a sociedade pleiteando a aplicação do acordo, em virtude de normas especiais, que lhe garantam benefícios fiscais, gozar de privilégios tais que sua carga fiscal seja substancialmente menor que aquela geralmente imposta às pessoas jurídicas de seu país, e

(b) se ficar determinado que 25%, ou mais, do capital da sociedade pleiteando o benefício do acordo pertence, direta ou indiretamente, a uma ou mais pessoas que não são residentes daquele Estado.

O Departamento do Tesouro fez o acordo acompanhar-se de uma explicação técnica (TT/CCH, v. 1/26.037), na qual declara que "o propósito deste artigo é o de lidar com o abuso potencial que poderia ocorrer caso um dos Estados conferisse alíquotas tributárias especiais, para sociedades de investimento. Neste caso, uma pessoa residente em um terceiro Estado poderia constituir uma sociedade no Estado que conferisse as alíquotas especiais, com a finalidade de efetuar investimentos no outro Estado. A combinação da baixa tributação no primeiro Estado, com a isenção ou redução conferida pelo outro, poderia permitir que residentes de terceiros Estados tivessem benefícios que não foram intencionados". Vê-se, portanto, que aqui, a hipótese de *Treaty Shopping* já era conhecida das autoridades norte-americanas e foi a razão da inclusão da cláusula 27 no acordo com a Finlândia, acima referido. Conforme Rosenbloom (1983/787), os acordos que os EUA assinaram, nos anos 70, seguiram igual modelo.

Em maio de 1976, o Departamento do Tesouro dos EUA publicou seu primeiro "modelo" de acordo de bitributação, cujo art. 16, intitulado "Sociedades  *Holding* ou de Investimento" (*Investment or Holding Companies*), tratava da limitação de benefícios (v. anexo III).

85. V. *supra* p. 144.

Mantendo a linha do acordo celebrado com a Finlândia, a cláusula incluída neste modelo considerava, apenas, a hipótese em que a sociedade de investimentos ou participações gozasse de uma alíquota reduzida, em relação às demais sociedades de seu Estado, admitindo, por conseguinte, o *Treaty Shopping*, quando a vantagem não decorresse da aplicação de uma alíquota reduzida.

Segundo Freud (1982/6) este dispositivo, que se encontra na versão preliminar do acordo entre o Brasil e os EUA, aplica-se somente a *corporations* e, por isso, entidades que não tenham tais características podem ser usadas para fins de *Treaty Shopping*.

A terceira fase da política norte-americana de combate ao *Treaty Shopping* inicia-se, para Terr (1989/522), na década passada, com a introdução de cláusulas de limitação de benefícios com escopo mais geral.

Conforme Rosenbloom (1983/794-795), a primeira tentativa que se fez, de se limitarem os benefícios em geral, e não apenas às sociedades de investimento e participações com alíquotas reduzidas, data de 1980, no acordo proposto ao Chipre, no art. 23, § 1. No entanto, na versão definitiva do acordo de bitributação assinado entre os EUA e o Chipre, que entrou em vigor em 31.12.85, verifica-se que aquele dispositivo não foi reproduzido.

Em 16.6.81, os EUA divulgaram um novo modelo de acordo de bitributação, que serviria de base para as suas negociações. Novamente, verificava-se, ali, a inclusão do art. 16, desta vez intitulado "Limitação de Benefícios" (*Limitation of Benefits*), cuja redação era bem mais extensa que a do modelo anterior (v. anexo III). Conforme ressalta Rosenbloom (1983/799), tratava-se, na verdade, de uma "ressurreição" da regra "arranjado ou mantido", mas se invertendo a forma de sua aplicação, já que passava caber ao contribuinte, demonstrar que ele não tinha por objetivo principal o gozo dos benefícios do acordo. Ao mesmo tempo, Kooiman (1983/198) ressalta que este dispositivo inovou, já que incluiu uma previsão específica para os casos de boa-fé e foi prevista a hipótese do *Treaty Shopping* através da estrutura "trampolim". Shannon (1987/166) ressalta que o dispositivo já não cobre apenas as *corporations*, mas todas as pessoas jurídicas. Além disso, diferentemente do modelo de 1977, já não mais se trata de uma exceção à aplicação dos Arts. 10-12 (dividendos, juros e *royalties*), mas a todo o acordo de bitributação.

O modelo de junho de 1981 sofreu nova modificação, com a publicação do *discussion draft* de dezembro de 1981, que deu nova redação ao art. 16 do modelo norte-americano (v. anexo III).

Para Kooiman (1983/198), evidencia-se em nova versão a ênfase que é dada ao ônus da prova, ao mesmo tempo que se aumenta o rol de "terra firme" (*safe harbours*), i.e., casos em que se garante a concessão de benefícios. Em vez de se tratar do controle por um percentual (mais de 75%, nas mãos de residentes), passa-se a exigir "inexistência de controle, por residentes de terceiros Estados".

Também este modelo não é perfeito, conforme as críticas de Rosenbloom (1983/804) e Shannon (1987/167), já que volta a cobrir somente o caso de *Treaty Shopping* através de *corporations* e, ao fazer uma exceção para as companhias abertas, exige que elas estejam registradas (*listed*) no órgão fiscalizador, sem determinar que elas devam ter as ações efetivamente ali negociadas.

O exame dos protocolos assinados pelos EUA, com a Dinamarca, França e Itália parecia indicar que a rigidez da convenção modelo não mais estaria sendo seguida, o que fez com que Oliva (1984/432) se referisse a uma flexibilização daquele governo, admitindo o *Treaty Shopping*, dentro de certos limites.

Não obstante, no recente acordo de bitributação celebrado entre os EUA e a Alemanha, que marca, para Terr (1989/523), a quarta fase da política norte-americana de combate ao *Treaty Shopping*, constata-se a existência do art. 28, que trata da limitação de benefícios, em uma aproximação bastante semelhante à do art. 16 do Modelo (v. anexo III). Tal acordo é geralmente visto como o atual "modelo" de negociações dos EUA (Bennett, 1991/3), chegando Terr (1989/522) a opinar que não só os EUA, mas também a Alemanha, adotarão semelhante cláusula em suas negociações com outros países.

Nesta cláusula abrangente de limitação de benefícios, encontram-se testes (*tests*) a que se deve submeter uma sociedade, para demonstrar que ela não é mera "residente" (*resident*) do Estado contratante, mas é "realmente sujeita à tributação" (*really taxable*) ali, não se caracterizando como um *alter ego* do Investidor (Ali, 1991/154). Tais testes incluem:

a) *comparação da titularidade de seu capital, acompanhada da verificação quanto à utilização da sociedade como canalizadora de recursos* — A comprovação da titularidade do capital do

beneficiário dá-se pela exigência de que um percentual mínimo (geralmente 50%) de seu capital esteja nas mãos de pessoas residentes no mesmo Estado, assemelhando-se ao *look through approach*, acima discutido.<sup>86</sup> À titularidade dos sócios, soma-se o exame da canalização de recursos (*base erosion test*), a que nos referimos acima;<sup>87</sup>

b) *regra sobre companhias abertas* — A qual se justifica pelo fato de que muitas companhias com ações em bolsa não têm como comprovar a titularidade de suas ações, negociadas constantemente, devendo-se considerar que tais companhias estão, efetivamente, "desconectadas" de seus acionistas, não se justificando perquirir-se sobre a nacionalidade destes ALI (1991/158); e

c) *regra sobre o intuito empresarial* ("business purpose test"), caracterizando uma cláusula de salvaguarda, que busca a intenção do contribuinte.<sup>88</sup>

Merece nota, entretanto, que mesmo neste acordo de bitributação, se encontram hipóteses em que o *Treaty Shopping* é possível, tal como uma estrutura bilateral de *same country holding* ou de colocação de filial, a que nos referimos acima.<sup>89</sup>

Van Hoom Jr. (1988/424) julga merecedora de críticas a aproximação norte-americana. Contrariamente a Rosenbloom, entretanto, que a considera incompleta, van Hoom Jr. posiciona-se contra o dispositivo, porque interfere na liberdade de negócios, para a obtenção de uma organização o mais eficiente possível. Para o autor, "as medidas antielusão são apenas justificadas nos casos evidentes de elusão e evasão do imposto", não sendo aceitável, "como matéria de princípio jurídico, que se presuma a existência de abusos e que se adote uma ação fiscal contra todos, quando é provável que apenas uma minoria esteja realmente comprometida com abusos". Não partilhamos da opinião deste autor. Em nosso entender, é direito do negociador do acordo de bitributação prevenir-se, ao máximo, contra os casos de abuso. A inclusão de um dispositivo em todos os acordos de bitributação é, neste sentido, uma política adequada, caso se decida que o *Treaty Shopping* é, em si, inaceitável para o país. Deste modo, cabe ao jurista criticar o modelo, naquilo em

86. Cf. *supra* p. 141.

87. Cf. *supra* p. 148.

88. Cf. *supra* p. 150.

89. Cf. *supra* pp. 25 e ss.

que ele alcance operações legítimas, devendo propor cláusulas de salvaguarda, as melhores possíveis. A imposição, entretanto, por parte das autoridades, de uma série de exigências, para a concessão de benefícios, não deve ser vista como censurável, desde que se ofereçam ao contribuinte de boa-fé todos os instrumentos para fazer valer o seu direito.

Também criticando o modelo norte-americano, encontramos Ellis (1989/345-347), que examina os problemas que se dariam, se fosse incluído, no futuro acordo de bitributação entre a Holanda e os EUA, uma cláusula semelhante ao art. 28 do acordo de bitributação celebrado entre os EUA e a Alemanha.

Como primeiro questionamento genérico, Ellis apresenta o problema de como a cláusula há de ser aplicada na prática, isto é: como uma sociedade sabe se deve, ou não, efetuar a retenção do imposto às alíquotas reduzidas. Se a solução for pelo reembolso, i.e., o imposto deve sempre ser retido e, depois, comprova-se que se tem o direito à redução, Ellis acredita que haveria um desincentivo a transações bilaterais. Se, por outro lado, for permitido, sempre, o uso de alíquotas reduzidas para, depois, exigir-se a complementação, as sociedades responsáveis pela retenção atuariam de modo extremamente cauteloso e, na menor dúvida, não aplicariam o acordo de bitributação, trazendo dificuldades para o *Investidor* estrangeiro. Tampouco as soluções de um "certificado" ou a cobrança da diferença de imposto do próprio *Investidor*, e não da *Fonte*, são vistas como adequadas por Ellis. Em nosso entender, a crítica é válida e merece ser considerada, sempre que um país pretenda restringir a aplicação do acordo.

Outra crítica que Ellis denomina genérica, é a questão do espaço do tempo, em que se devem verificar as condições impostas pelo acordo: na data de cada pagamento, durante todo o ano etc. Em nosso entender, tal questão pode ser resolvida, na negociação de cada acordo, em concreto.

Ainda, Ellis julga extremamente vagos alguns termos usados no acordo entre os EUA e a Alemanha, tais como "condução ativa de negócios ou comércio" (*active conduct of a trade or business*), "comércio substancial e regular" (*substantial and regular trading*), "ações" (*shares*), "pertencentes, direta ou indiretamente" (*owned, directly or indirectly*), "renda...que é empregada" (*income... which is used*). São expressões que não estão definidas no direito positivo, trazendo-se incertezas, por parte do *Investidor*, quanto a seu alcance.

Parece-nos que as autoridades procuraram reduzir o âmbito de tal incerteza, a partir de exemplos elencados em um *memorandum* que acompanhou o acordo (Et 1989/10). Realmente, não se pode, no campo da interpretação, falar, senão, em redução de incertezas, já que estas sempre existirão, no campo jurídico. Como lembra Hummer (1975/94 — a quem remetemos, para a discussão do problema da interpretação, nos acordos de bitributação), não é possível, no campo da linguagem, alcançar-se a perfeição, no que se refere ao grau de exatidão no emprego dos termos, já que sempre restará uma *meta-meta-linguagem*, que será uma linguagem coloquial e, portanto, sujeita a inexactidões.

Trazendo o questionamento especificamente para o caso da Holanda, Ellis crê que uma cláusula de limitação de benefícios, tal como a proposta no modelo, traria grandes dificuldades, já que praticamente todas as empresas daquele país, de grande ou médio porte, têm a forma de empresas de participações (*holdings*), sem desenvolver, pessoalmente, atividades industriais ou comerciais, controlando diversas subsidiárias integrais ou parciais, que atuam no ramo comercial ou industrial. Considerando que o "teste de negócios ativos" (*active business test*), proposto no modelo norte-americano, vale somente para a *Investidora*, e não para as suas subsidiárias, Ellis crê que diversas operações legítimas poderiam ser questionadas. Tal crítica, a nosso ver, não se sustenta, diante do *memorandum* de entendimento, de que o acordo se fez acompanhar (Et, 1989/10), no qual se discute uma série de exemplos, dentre os quais está a de uma *holding*, cuja atividade "operacional" é desenvolvida por sua subsidiária. As autoridades manifestaram-se no sentido de que os benefícios devem ser concedidos em tal caso, por serem empresas "ligadas" (*related*) (Exemplo II). Igual entendimento é manifestado por Bennett (1991/5), que menciona, unicamente, que cabe definir até que ponto uma empresa é "ligada" a outra.

A crítica de Ellis vai mais além, com comentários acerca das especificidades da Holanda, merecendo menção, entretanto, o questionamento que o autor faz (1989/347-348) a partir de uma perspectiva do direito comunitário europeu. Para Ellis, uma limitação de benefícios, no molde norte-americano, é uma contravenção às normas da Comunidade Econômica Européia, entendendo que um Estado europeu, ao ratificar um acordo de bitributação com limitações de benefícios, no caso de participações detidas por investidores estrangeiros, fere o espírito, senão a própria letra, do Tratado

de Roma. A mesma crítica foi feita, mais recentemente, por Becker e Thomas (1991/566-568)

Também criticando a aproximação norte-americana, encontramos a própria OCDE que, segundo Krabbe (1985/47) julga problemático um dispositivo como o norte-americano, já que exige uma série de salvaguardas e um aparato administrativo muito sofisticado, para evitar que operações legítimas sejam enquadradas em suas definições.

Ruchelmann e Imamura (1982/4) levantam a questão do teste de que trata o subparágrafo (c) do § 1 do modelo de dezembro de 1981, que se refere à existência de uma motivação de natureza tributária. Segundo os autores, a jurisprudência norte-americana é pacífica no sentido de que a intenção do contribuinte, de obter uma vantagem fiscal, em virtude de um investimento, não pode trazer conseqüências fiscais. Assim, os autores questionam a possibilidade de a política norte-americana, na negociação de acordos de bitributação, valer-se de critérios mais rígidos que os aplicados internamente.

Numa análise que envolve os reflexos econômicos do modelo norte-americano, encontramos Cooper e Rasmussen (1982/291), que concluem por ser recomendável uma reconsideração, por parte do Tesouro norte-americano, do teor do Art. 16. Os mesmos autores fazem também críticas "técnicas" ao dispositivo, que se assemelham às acima apresentadas.

Também é interessante o alerta dos relatores encarregados do Projeto de Imposto de Renda norte-americano, do "American Law Institute", que, criticando a posição agressiva dos EUA, com relação ao *Treaty Shopping*, esclarecem que tais cláusulas dificultam, também, que seus contribuintes façam investimentos no exterior, recomendando-se que o país inclua cláusulas menos limitativas nos seus acordos de bitributação com países em desenvolvimento (ALI, 1991/162).

Em conclusão, verifica-se que os EUA vêm considerando, há muito, a questão do *Treaty Shopping*, procurando incluir, em seus acordos de bitributação, cláusulas restritivas de benefícios, cujo alcance é bem maior que o daquelas previstas pela OCDE. Encontram-se diversas críticas, na literatura, a respeito do alcance dos dispositivos, sendo as mais significativas, as que se referem aos casos em que o contribuinte age de boa-fé. Neste sentido, lúcido é o alerta da OCDE, quanto à exigência de um eficiente aparato

administrativo, para que a luta contra o *Treaty Shopping* não termine por dificultar a própria aplicação dos acordos de bitributação.

### 4.3 Tendência

Já Trotabas (1960/187) chamava a atenção para o fato de que a evasão fiscal é muito mais difícil de se combater que a bitributação internacional. Enquanto esta se dá por um fato dos Estados, a evasão fiscal decorre de um fato dos contribuintes, resultando de sua astúcia. O autor sustentava que se a evasão fiscal já é de difícil combate no plano interno, muito mais o é no campo internacional. Enquanto é fácil que dois Estados entrem em um acordo, para resolver os seus problemas de bitributação, já que eles têm igual interesse na sua solução, pode ser que o mesmo não se dê, no que se refere à evasão fiscal, pois, na maioria das vezes, "a evasão sofrida por um país beneficia seu vizinho, o qual, por sua tributação mais suave, atrai os contribuintes que fogem de uma tributação rigorosa". Assim, concluímos que, se por um lado, o combate ao *Treaty Shopping*, através de medidas bilaterais, é o mais adequado, dentro de um ponto de vista jurídico, a constatação de Trotabas deve ser ponderada, no que se refere à vontade dos Estados, para celebrar semelhantes acordos.

No mesmo sentido, há que se considerar que alguns países, como o Reino Unido (Avery Jones, 1989/331) têm por política não adotar, em seus acordos de bitributação, medidas contra o *Treaty Shopping*. Segundo Avery Jones, não há interesse econômico, por parte daquele país, em adotar tais medidas, já que sua tendência é de exportar e não receber capitais. Além disso, no Reino Unido, as expressões de um acordo são tomadas de um modo bastante rigoroso, implicando que uma exigência de um *business purpose*, para a concessão de um benefício, seria tomada literalmente, devendo todos os contribuintes comprovar suas intenções, o que nem sempre é possível. Soma, ainda, Avery Jones, a ponderação de que não se consegue redigir, com perfeição, uma cláusula contra o *Treaty Shopping*. Como último argumento, o autor menciona que o Reino Unido não é um local ideal para a localização de um *Terceiro Interposto*, não havendo, pois, porque o Estado que venha a celebrar um acordo de bitributação com o Reino Unido, preocupar-se com a hipótese de *Treaty Shopping*.

Por outro lado, deve ser mencionada outra constatação, desta vez de Plagnet (1986a/47), que afirma haver uma proliferação de acordos de bitributação, constando cláusulas contra o abuso de seus dispositivos, numa fundamentação próxima à teoria francesa do abuso do direito. Diante disto, o autor afirma que a administração se vê tentada a aplicar tal teoria extensivamente, sem considerar, por vezes, a realidade dos negócios. Por isso, recomenda o autor que a cláusula contra abuso não seja utilizada de um modo que possa ser considerado abusivo.

Concluímos que o combate ao *Treaty Shopping*, através de medidas bilaterais, vem crescendo e a opção por tal forma é a mais adequada, do ponto de vista jurídico, visto dispensar o recurso sempre difícil a categorias do direito interno. Por outro lado, as cláusulas hoje adotadas, nos acordos de bitributação, não são perfeitas, revelando-se instrumentos de alcance parcial (posto geralmente não atingirem todas as hipóteses de *Treaty Shopping*) e, por vezes, atingindo os casos de boa-fé. Deste modo, ocorrendo a decisão política de se impedir a prática do *Treaty Shopping*, deverá o negociador de um acordo definir, antes, qual a extensão da limitação de benefícios que deve ser adotada, em vista das circunstâncias das relações econômicas entre seu País e o outro Estado contratante. Não há um modelo acabado de cláusula de combate ao *Treaty Shopping*. Tal cláusula deve ser objeto de definição a cada acordo, sempre se ponderando a possibilidade de que a adoção de tais medidas poderá, também, atingir investidores de boa-fé.

#### 4.4 Limitação de Benefícios nos Acordos de Bitributação Assinados pelo Brasil

Um exame crítico dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil permite concluir que o País, até agora, não se tem preocupado em fazer constar de seus textos cláusulas contra o *Treaty Shopping*.

Efetivamente, verificamos que somente alguns dos acordos de bitributação têm cláusulas que fazem referência específica ao "beneficiário efetivo".<sup>90</sup> Percebe-se, entretanto, que a inclusão de tal cláusula decorre da adoção do novo modelo da OCDE, sem representar, entretanto, uma firme postura sobre o assunto. Além

90. Cf. *supra* p. 159.

disso, não é demais ressaltar as dúvidas doutrinárias quanto à validade de tal cláusula, no que se refere ao *Treaty Shopping*.

Por outro lado, deve-se reconhecer que, no que se refere ao tratamento de artistas e atletas, a grande maioria dos acordos de bitributação do Brasil já continha cláusulas contra o *Treaty Shopping*,<sup>91</sup> mesmo antes da sua inclusão no modelo da OCDE. Entretanto, trata-se de cláusula bastante limitada, em seu escopo.

Também merece nota o acordo que o Brasil assinou com Luxemburgo,<sup>92</sup> embora, como ressaltamos no exame das cláusulas de exclusão de benefícios, não revele uma política brasileira contra o *Treaty Shopping*, já que igual cuidado não foi tomado com relação ao Canadá, Bélgica ou Portugal.

O nosso entendimento é no sentido de que o Brasil deve considerar a experiência adquirida por outros países, no combate ao *Treaty Shopping*, não adotando uma política firme de total repreensão a sua prática, considerando que cláusulas limitativas de benefícios podem, juntamente com os casos de *Treaty Shopping*, dificultar o ingresso de novos investimentos. Assim, o combate ao *Treaty Shopping* se revela uma decisão política, mais que jurídica. Decidindo-se, entretanto, por sua proibição, esta deve ser objeto de cada acordo de bitributação, tendo em vista a estrutura jurídica do outro Estado contratante, e ponderando-se o grau de probabilidade de instalação de um *Terceiro Interposto* naquele Estado, em relação ao total de investimentos de boa-fé que podem ser incentivados pela assinatura do acordo de bitributação.

#### 4.5 Conclusões

1. No presente capítulo, estudou-se o *Treaty Shopping* num tratamento bilateral, isto é, examinaram-se as tentativas efetuadas pelos Estados signatários de um acordo de bitributação, no próprio texto deste, de limitarem os seus benefícios, nos casos identificados como de possível ocorrência de *Treaty Shopping*.

2. Elencaram-se modelos de cláusulas, inseridas em acordos de bitributação, discutindo-se suas vantagens e limitações.

2.1 A cláusula, considerando a qualidade dos sócios, busca os casos em que o *Investidor* constitui, em outro Estado, uma sociedade

91. Cf. *supra* p. 155.

92. Cf. *supra* p. 144.

(*Terceiro Interposto*), que se beneficia de um acordo de bitributação e lhe repassa os rendimentos a título de dividendos ou lucros. É a típica estrutura da "sociedade-canal" ("conduit companies"), passando a ser critério para a concessão dos benefícios do acordo, a residência dos sócios da sociedade beneficiária. Como maiores limitações, apontaram-se a dificuldade para a determinação dos sócios, no caso de companhias abertas ou com ações ao portador, e o fato de não abranger o caso da "estrutura trampolim", na qual o *Terceiro Interposto* repassa os recursos ao *Investidor* a título de despesas, não tendo, pois, qualquer vínculo com a estrutura societária e o caso de colocação de filial.

2.2 A cláusula de exclusão de benefícios busca evitar que determinados tipos de sociedades, que gozam de um regime especial em seu Estado de residência, possam ser utilizadas como terceiro interposto, numa estrutura de *Treaty Shopping*. Seu escopo é limitado mas atinge seus objetivos. Trata-se de cláusula de que o Brasil já se valeu, no seu acordo de bitributação com Luxemburgo, embora não se tenha valido de tal expediente em outras oportunidades, tais como Canadá, Bélgica ou Portugal.

2.3 A cláusula referente ao mínimo de tributação limita a concessão dos benefícios de um acordo aos casos em que a pessoa beneficiária esteja sujeita, em seu país de sede, a uma carga tributária mínima. Como limitações, mencionamos o fato de não alcançar estruturas mais sofisticadas de *Treaty Shopping*, como a "trampolim" ou a colocação de filial, além de atingir, junto com os casos de planejamento fiscal, aqueles em que a redução da tributação, no Estado da *Fonte*, decorre de incentivos fiscais, desejados pelo legislador e que seriam anulados por tal cláusula.

2.4 A cláusula referente à canalização de recursos prevê que os benefícios do acordo somente sejam concedidos, quando determinado percentual do rendimento bruto recebido pelo *Terceiro Interposto* permaneça em seu país. Trata-se de dispositivo eficaz, inclusive contra estruturas sofisticadas de *Treaty Shopping* (estrutura "trampolim") mas, por sua generalidade, abrange em seu teor hipóteses de contribuintes de boa-fé. Ao mesmo tempo, ainda deixa livre a hipótese de colocação de filial.

2.5 A cláusula referente à salvaguarda é recomendada, no caso de adoção de dispositivos referentes à limitação de benefícios, a fim de que, pela generalidade dos termos empregados na descrição das hipóteses de *Treaty Shopping*, não se deixe descumprida a função

principal do acordo, que é a redução ou eliminação da bitributação internacional.

2.6 A "internacionalização" do direito interno é apontada como uma forma de os Estados fazerem valer, no âmbito dos acordos de bitributação, recursos criados pelo seu legislador interno, que passam a ser categorias de direito internacional público. Esclarecemos que tal solução deve ser vista com restrições, já que a cópia de um texto num acordo não significa a "internacionalização" das categorias jurídicas válidas internamente.

2.7 Todos os exemplos citados têm em comum, entretanto, o fato de não abrangerem as hipóteses de *Treaty Shopping* através de estruturas bilaterais, quando o investidor não está localizado em um terceiro Estado.

3. Constatamos a existência de "modelos", divulgados por organizações internacionais ou por países, de acordos de bitributação, em cujos textos se previram hipóteses de *Treaty Shopping*.

3.1 Como primeiro "modelo", citou-se o da OCDE, adotado com modificações pela ONU, e que o Brasil tomou por base para as suas negociações.

3.1.1 O "modelo" da OCDE prevê, na sua cláusula 17, a hipótese de *Treaty Shopping* através de sociedades de artistas ou atletas, impedindo a sua ocorrência. Semelhante cláusula foi adotada pelo Brasil em quase todos os acordos assinados, mesmo antes de sua publicação oficial pela OCDE.

3.1.2 O mesmo "modelo" prevê, também, que os benefícios somente sejam concedidos ao "beneficiário efetivo" dos dividendos, juros e *royalties*, residente no Estado contratante. Vários doutrinadores julgam que tal cláusula poderia limitar o *Treaty Shopping*, embora o Relatório da OCDE somente se refira à expressão, para os casos de um *nominee* ou *agent*. Manifestamo-nos em sentido de que a limitação do beneficiário efetivo do rendimento não permite uma interpretação tão ampla, a ponto de impedir o *Treaty Shopping*, restringindo-se seu alcance aos casos em que o *Terceiro Interposto*, por uma obrigação contratual, deve repassar os recursos recebidos ao *Investidor*, por tê-los obtido em nome deste. Vimos que o termo é empregado em alguns acordos assinados pelo Brasil, mas não em todos, não se podendo afirmar que sua referência se deva a uma preocupação do País com os casos de *Treaty Shopping*.

3.2 Nos EUA, a preocupação com o *Treaty Shopping* se revelou nos três "modelos" de acordos de bitributação que foram divulgados,

os quais incluíram, na cláusula 16, uma série de hipóteses limitativas da concessão de benefícios, que abrangem os casos de *Treaty Shopping*, mas também, por sua amplitude, os casos de boa-fé e, por isso, se fazem acompanhar de cláusulas de salvaguarda. Apresentamos as críticas ao modelo norte-americano, seja no que se refere ao seu texto, seja quanto às dificuldades que pode criar para os investimentos internacionais, inclusive em virtude da inversão do ônus da prova. Mencionamos que, apesar das críticas, os EUA mantiveram a sua postura, conforme se revelou no recente acordo de bitributação assinado com a Alemanha.

4. O exame dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil não permite concluir que o *Treaty Shopping*, até o momento, tenha sido alvo de dispositivos especiais, por parte dos negociadores brasileiros.

4.1 A decisão por seu combate tem conteúdo político e não jurídico. De todo o modo, ele deve dar-se acordo-a-acordo, de maneira a ponderar as condições do outro Estado contratante e os reflexos de tal medida.

4.2 A opção pelo combate ao *Treaty Shopping* por medidas bilaterais traz, também, a vantagem de ser juridicamente a mais adequada, posto não ferir o direito internacional público.

## CONCLUSÕES

1. Ao celebrarem um acordo de bitributação, os Estados se dispõem a limitar o grau de alcance de suas respectivas pretensões tributárias, a fim de beneficiarem, por concessões mútuas, os residentes (ou, excepcionalmente, nacionais) de ambos. Não é desejado, entretanto, que tais benefícios se estendam a residentes de terceiros Estados, ou a situações não imediatamente concebidas no acordo.

2. Dá-se o *Treaty Shopping* quando, com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte que, de início, não estaria incluído entre os seus beneficiários, estrutura seus negócios, interpondo, entre si e a fonte do rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento permanente, que faz jus àqueles benefícios.

3. O combate ao *Treaty Shopping* pode dar-se a partir de medidas oriundas do ordenamento interno de cada Estado contratante (tratamento unilateral), de princípios do direito internacional público (tratamento global) ou de dispositivos incluídos nos acordos de bitributação (tratamento bilateral).

4. O tratamento unilateral, por sua vez, pode dar-se pela extensão do alcance de dispositivos genéricos, referentes à contenção do planejamento fiscal em geral, aos casos de *Treaty Shopping*, ou pela adoção de normas específicas para a espécie.

4.1 A aplicação de normas internas, na interpretação de acordos de bitributação, exige, previamente, que se firme posição quanto ao relacionamento entre estes e o direito interno.

4.1.1 Adotando-se a linha dos que defendem que os acordos de bitributação são "transformados" em direito interno, não há por que deixar de aplicar as normas deste, referentes à elusão fiscal, na limitação dos benefícios conferidos pelos primeiros.

4.1.2 Ao contrário, se for aceito que há mera "adoção" dos acordos de bitributação pela ordem interna, estes não perderão a natureza de normas de direito internacional público e, enquanto tal, não sujeitos a categorias de interpretação do direito interno.

4.1.3 Concluimos que tanto a "adoção" quanto a "transformação" apresentam falhas. Em nossa opinião, os acordos de bitributação, para a sua entrada em vigor internamente, necessitam de uma "ordem de execução". Entretanto, tal "ordem" não modifica a sua natureza, permanecendo integrantes do ordenamento jurídico internacional e, enquanto tal, não se submetendo a categorias de interpretação válidas no direito interno.

4.1.4 Mencionamos que tal conclusão se manteria, caso fosse adotada a teoria da "adoção" e, mesmo, no caso da teoria da "transformação", a qual, hodiernamente, entende que, juntamente com os acordos internacionais, são "transformados" em direito interno, os princípios de direito internacional público que servem de base para a sua interpretação e aplicação.

4.1.5 Examinamos se, de fato, no direito comparado, se encontram casos de repreensão ao *Treaty Shopping*, a partir de categorias dos ordenamentos internos. Vimos que na Alemanha, o *Treaty Shopping* não é afastado pela legislação interna. Já nos EUA, há precedentes de atuação jurisprudencial, impedindo o *Treaty Shopping*. Em outros países, não se encontram precedentes jurisprudenciais de *Treaty Shopping*, mas em vários, há a repreensão a tentativas de "abuso" por parte dos contribuintes. Há países, como a Bélgica, em que somente os casos de simulação é que são afastados pela legislação.

4.1.6 No direito tributário do Brasil, concluimos que, excetuados os casos de fraude e simulação, não há uma repreensão geral à elusão fiscal, tida por legítima. O direito brasileiro não abrigou as teorias do "abuso de formas" nem da "consideração econômica". Inexiste, na legislação pátria, norma que possa impedir a prática de estruturas tais como a do *Treaty Shopping*.

4.2 Ainda com relação às medidas unilaterais contra o *Treaty Shopping*, consideramos a hipótese de um país adotar, no seu

ordenamento, normas específicas contra o abuso dos acordos de bitributação.

4.2.1 No campo do direito internacional público, a adoção de semelhante legislação seria repreendida, posto que a Convenção de Viena é expressa, proibindo que uma parte, num tratado internacional, se valha de sua legislação interna, como fundamento para deixar de cumprir o que contratou.

4.2.2 No campo dos direitos internos, entretanto, constata-se a existência de divergências, que se polarizam em duas correntes: o "monismo" e o "dualismo".

4.2.3 Para os "monistas", direito internacional público e direito interno são partes de um único sistema. A solução de seu conflito é uma questão de prevalência de normas. Na sua versão dominante, entendem os "monistas" que uma norma de direito internacional prevalece sobre aquela de direito interno. Deste modo, uma norma oriunda deste último não poderia limitar a aplicação de um acordo de bitributação.

4.2.4 Opostamente, os "dualistas" entendem que se trata de dois sistemas diversos, sendo impossível um conflito entre uma norma de direito interno e uma de direito internacional público.

4.2.5 Hodiernamente, constata-se que "monismo" e "dualismo" já se encontram em suas versões "moderadas", divergindo quanto a princípios, mas não quanto a resultados: É possível um conflito entre normas de direito interno e de direito internacional, cabendo a cada ordenamento decidir sobre a prevalência, de uma ou outra norma. No direito internacional público, entretanto, uma norma de direito interno contrária a um tratado internacional é sempre repreensível, devendo ser modificada, prevalecendo, no longo prazo, sempre, o direito internacional público.

4.2.6 Uma análise de direito comparado revelou a existência de pelo menos seis grupos de soluções, quanto à possibilidade de uma norma de direito interno limitar o alcance de um tratado internacional.

4.2.7 No que se refere, especificamente, à limitação do alcance de acordos de bitributação, em virtude da prática de *Treaty Shopping*, constatamos que apenas a Suíça e os EUA tomaram medidas neste sentido, havendo a manifestação de diversos países e organismos internacionais, contra tal expediente.

4.2.8 No ordenamento jurídico pátrio, não há norma que limite o alcance de acordos de bitributação. Além disso, o art. 98 do CTN garante a prevalência dos acordos de bitributação sobre a legislação interna.

5. O estudo do combate ao *Treaty Shopping* através de princípios oriundos do próprio direito internacional tomou por base a tese da existência de um "princípio antiabuso", que impediria a prática do *Treaty Shopping*, com base em um princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas (PDGRNC).

5.1 Existindo um PDGRNC impedindo a prática do abuso de direito, na forma do *Treaty Shopping*, seria admissível sua extensão aos acordos de bitributação, não havendo que se falar, no caso, em analogia.

5.2 A prova da existência de um PDGRNC pode dar-se por dois caminhos alternativos, examinados separadamente.

5.3 Pelo primeiro método, o PDGRNC é buscado na literatura jurídica, no seu reconhecimento generalizado, a partir da noção de sistema jurídico internacional. Verificamos que o princípio da boa-fé pode ser comprovado, no direito internacional público, enquanto um PDGRNC. Além disso, constatamos a existência de um princípio contra o abuso do direito. Entretanto, verificamos que tal princípio não se estende aos casos de abusos praticados por contribuintes, na órbita de acordos de bitributação.

5.4 Pelo segundo método (indutivo), a existência do PDGRNC se comprova a partir da comparação dos "principais" ordenamentos jurídicos. Verificamos uma tendência para a repreensão ao abuso, por parte dos contribuintes, reconhecendo a existência de um PDGRNC para casos extremos (práticas simuladas, fraude etc.). Entretanto, não há, ainda, um princípio generalizado, reprimindo práticas tais como a do *Treaty Shopping*.

6. Finalmente, examinamos o combate ao *Treaty Shopping*, através de medidas bilaterais, i.e., incluindo-se, nos próprios textos dos acordos de bitributação, cláusulas limitativas de seus benefícios, para hipóteses consideradas abusivas.

6.1 Foram apresentadas diversas espécies de cláusulas limitativas de benefícios. Nenhuma das cláusulas demonstrou cobrir todas as espécies de *Treaty Shopping*. Por outro lado, em vários casos se revelava necessária especial atenção às hipóteses de contribuintes agindo de boa-fé.

6.2 Também a OCDE revelou, em sua convenção-modelo, preocupação com o *Treaty Shopping*.

6.2.1 Assim, sua convenção-modelo prevê normas especiais para o tratamento das "sociedades de artistas e atletas." Trata-se de cláusula de escopo limitado, mas amplamente adotada pelo Brasil.

6.2.2 A medida mais importante, entretanto, da convenção-modelo, no que se refere ao combate ao *Treaty Shopping*, foi a inclusão do conceito de "beneficiário efetivo" do rendimento. Entretanto, vimos que boa parte da doutrina não entende que o conceito impeça a prática do *Treaty Shopping*, sendo seu alcance bastante limitado.

6.3 Também os EUA adotaram, em seus acordos de bitributação, e em seu modelo, cláusulas limitativas de benefícios, para casos de *Treaty Shopping*. Trata-se de dispositivos de alcance bem mais amplo que aqueles da convenção-modelo da OCDE, revelando uma disposição, por parte daquele País, de impedir a sua prática. Como os demais exemplos citados, entretanto, também este modelo não escapa às críticas, seja por alcançar casos que não configuram, necessariamente o abuso, seja por deixar de cobrir algumas hipóteses.

6.4 O exame dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil não permite concluir que, até o momento, o *Treaty Shopping* tenha sido alvo de preocupação dos negociadores brasileiros, excetuado o caso de artistas e atletas.

6.5 A decisão pelo combate ao *Treaty Shopping* é política, não jurídica. Entretanto, desejando-se tal combate, manifestamo-nos que a melhor forma é a de medidas bilaterais, que tomem em consideração as peculiaridades do outro Estado contratante, criando-se um texto próprio para cada acordo de bitributação.

## BIBLIOGRAFIA

*As referências às páginas, no texto, reportam-se à edição mais recente mencionada nesta Bibliografia.*

### a) Livros, artigos, relatórios etc.

- ALBI, Emilio, 1988, "Spain" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* cit., pp. 209 a 219.
- AUI — The American Law Institute, 1991, "Federal Income Tax Project — Tentative Draft N. 16" (April 15, 1991), *United States Income Tax Treaties*, Philadelphia, p. 293.
- AVERY JONES, J.F., 1989, "Anti-treaty shopping articles — A United Kingdom View", in *INTERTAX*, pp. 331 a 332.
- BECKER, Helmut, 1985, "Erschleichung der Abkommensberechtigung durch Zwischenpersonen", in Klaus Vogel (org.), *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, pp. 171 a 193.
- 1988 "Treaty Shopping/Treaty Override", in *ET*, v. 28/383 a 385.
- 1988a "Report from Germany (Federal Republic)", in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* cit., pp. 133 a 157.
- BECKER, Helmut e THOMAS, Otmar, 1991 "Treaty Shopping und EG-Recht — Kritische Anmerkungen zu Art. 28 des neuen deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens", in *DB*, Heft 11, pp. 566 a 568.
- BECKER, Helmut e WURM, Felix J., 1988 *Treaty Shopping — An Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries*, Deventer (Holanda), Kluwer, p. 342.
- 1988a "Double-Taxation Conventions and the conflict between international agreements and subsequent domestic laws", in *INTERTAX*, pp. 257 a 263.
- BENNETT, Mary C., 1991, "The U.S.- Netherlands Tax Treaty Negotiations: A U.S. Perspective", in *BIFD*, pp. 3 a 10.
- BERBER, Friedrich, 1960, *Lehrbuch des Völkerrechts, Band I, Allgemeines Friedensrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., atualizada, 1975, München, Beck, p. 515.

- BERENGUEL, Luis H., 1989, "Los Tratados y la Legislación Ordinaria Nacional", in IFA, *Tax Treaties and Domestic Legislation*, 43rd. IFA Congress, Rio, S. Paulo, Editora Acadêmica, pp. 31 a 37.
- BIANCHI, Silvio, 1965, *Gefahren des Missbrauchs im Internationalen Steuerrecht insbesondere in der Schweiz und in Deutschland*, Zürich, Handelskammer Deutschland-Schweiz, p. 121.
- BLECKMANN, Albert, 1975, *Grundgesetz und Völkerrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 407.
- 1978 "Analogie im Völkerrecht", in *AV*, v. 17 (1977/78), pp. 161 a 180.
- BLUMENSTEIN, Ernst, 1949, "Das subjektive Moment der Steuerumgehung", in *ASA*, v. 18/193 a 205.
- 1971 *System des Steuerrechts*, 3.ª ed., ampliada por Irene Blumenstein, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, p. 523.
- BORGES, Antonio M., 1989, "Meios de Solução dos Conflitos Internacionais de Dupla Tributação", in *DTA*, v. 9/2.389 a 2.418.
- BORGES, José A., 1984, "Tratado Internacional em Matéria Tributária como Fonte de Direito", in *RDT*, ano 8, ns. 27 e 28, pp. 161 a 178.
- BORRÁS, Alegria, 1974, *La Doble Imposición: Problemas Jurídico-Internacionales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, p. 294.
- 1979 "Los Convenios Internacionales para Evitar la Doble Imposición, desde el Punto de Vista de la Teoría General de los Tratados Internacionales", in Alegria Borrás *et al.*, *Estudios de Doble Imposición Internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, pp. 23 a 74.
- BOTHE, Michael, 1976, "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der praxis internationaler Gerichte", in *ZföRuv*, v. 36/280 a 299.
- BRAGA, Waldir L., 1987, "O Princípio Constitucional da Estrita Legalidade e o Parecer Normativo CST 46, de 17.8.87", in *RDT*, ano 11, n. 40, pp. 240 a 250.
- BRANDT-RASMUSSEN, Petter, 1988, "Norway" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* cit., pp. 199 a 200.
- BÜHLER, Ottmar, 1964, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts — Ein systematischer Versuch*, Amsterdam, Internationales Steuerelementationsbüro
- CAMARA, Francisco S. da, 1990, "Madeira Free Zone: Tax Exemptions and Financial Incentives", in *ET*, pp. 87 a 90.
- CANTO, Gilberto U., 1988, "Elisão e Evasão", in Martins, Ives G.S. (coord.), *Caderno de Pesquisas Tributárias n. 13 — Elisão e Evasão Fiscal*, S. Paulo, Centro de Estudos de Extensão Universitária e Ed. Resenha Tributária, pp. 1 a 111.

- CHENG, Bin, 1953, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Limited, p. 400.
- COLAERT, Anne-Marie, 1989, "Belgique" (relatório), in *CDFI*, v. LXXIVa (1er. Sujet), pp. 191 a 213.
- COOPER, Michael J. e RASMUSSEN, Thomas J., 1982 "Tax Treaty Shopping — Art. 16 of the Draft U.S. Model Income Tax Treaty", in *IBFD*, pp. 291 a 297.
- CORTIÑAS-PELAEZ, León, 1988, "De la Planeación Tributaria y del Abuso de Derecho (Legitimidad Sustantiva y Legalidad Formal)", in Guevara, R.V. (org.), *Tribunal Fiscal de la Federación — Cincuenta Años al Servicio de México*, México, T.F.F., pp. 115 a 184.
- COSTA, Alcides Jorge, 1989, Brasil (relatório), in *CDFI*, v. LXXIVa (1er. sujet), pp. 215 a 221.
- COULON, Yvon de, 1988, "Switzerland" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* cit., pp. 235 a 283.
- COZIAN, Maurice, 1983, *Les Grands Principes de la Fiscalité des Entreprises*, Paris, Litec — Librairies Techniques, p. 404 (2.ª ed., rev., 1986, p. 670).
- CREZELIUS, Georg, 1984, "Beschränkte Steuerpflicht und Gestaltungsmissbrauch", in *DB*, Caderno 10, pp. 530 a 534.
- D'AMATO, Anthony, 1984, "Good Faith" (verbete), in R. Bernhardt (org.), *Encyclopaedia of Public International Law*, v. 7, Amsterdam, Elsevier Science Publishers B.V., pp. 107 a 109.
- DAVIES, David R., 1985, *Principles of International Double Taxation Relief*, London, Sweet & Maxwell, p. 321.
- DEBATIN, Helmut, 1985, "System und Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen", in *DB*, Suplemento n. 23/85 ao Caderno n. 39, pp. 1 a 8.
- 1986 "Replik von StB/Attorney at Law Prof. Dr. Helmut Debatin, Hamburg", *DB*, Caderno 10, pp. 510 a 513.
- 1989 "Die Abkommen der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung (Doppelbesteuerungsabkommen)", in Korn, Rudolf e Debatin, Helmut, *Doppelbesteuerung — Sammlung der zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Ausland bestehenden Abkommen über der Vermeidung der Doppelbesteuerung*, 8.ª ed. (fs. soltas), Systematik-III, München, Beck.
- DELAHAYE, Thomas, 1983, "Belgique" (Relatório) in *CDFI*, v. LXVIIIa (1er. sujet), pp. 265 a 284.
- DIEHL, Wolfram, 1978, "Qualifikationskonflikte im Außensteuerrecht", in *FR*, pp. 517 a 526.
- DINH, Nguyen Q., DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain, 1975 *Droit International Public*, 2.ª ed., rev. e aumentada pelos dois últimos autores, 1980, Paris, L.G.D.J., p. 993.

- DODD, Michael J., 1988, "United Kingdom" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 285 a 288.
- DÓRIA, Antonio R.S., 1971, *Elisão e Evasão Fiscal*, S. Paulo, Ed. LAEL.
- DORNELLES, Francisco N., 1978, "Acordos para Eliminar a Dupla Tributação da Renda", in *RDT*, ano 2, n. 3, pp. 251 a 257.
- 1988 "O Modelo da ONU para Eliminar a Dupla Tributação da Renda, e os Países em Desenvolvimento", in Tavolero, Agostinho T., Machado, Brandão e Martins, Ives G.S. (coords.), *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado — Estudos em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio, Forense, pp. 195 a 232.
- EILERS, Stephan, 1990, "Override of Tax Treaties under the Domestic Legislation of the U.S. and Germany", in *TMIJ*, v. 19/295 a 304, n. 7.
- ELLIS, M.J., 1989, "Limitation of Benefits: a Netherlands Perspective", in *INTERTAX*, pp. 344 a 350.
- ESTES, Carl, 1991, "Recent Developments in U.S. Taxation of Foreign Direct Investment", in *BIFD*, pp. 17 a 25.
- FALCÃO, Amílcar A., 1964, *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, Rio, Ed. Financeira S/A, (4.ª ed., atualizada por Geraldo Ataliba, 1977, S. Paulo, Ed. RT, p. 160).
- FANUCCHI, Fábio, 1971, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, v. I, S. Paulo, Ed. Resenha Tributária, p. 254.
- FARKHOLZ, Bernd, 1985, "Schranken der Steuergestaltung bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen: Abkommensrecht und innerstaatliches Recht", in Gaddum, Johann, Hoffmann, H. et alii, *Zinsen in internationalen Steuerrecht ...* (cit.), pp. 51 a 61.
- FISCHER-ZERNIN, Justus, 1987, "Mißbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen", in *RIW*, Heft 5, pp. 362 a 368.
- FONROUGE, Carlos M.G., 1962, *Derecho Financiero*, v. 1, 4.ª ed., atualizada por Susana Camila Navarrine e Ruben Oscar Asorey, 1987, Buenos Aires, Depalma, p. 652.
- FRANCESCHINI, José I., 1982, "Conflito entre os Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhe forem posteriores", in *RT*, v. 556/28 a 36.
- FRIEDRICH, Werner, 1985, "Gedanken zur verschärfenden Analogie im Steuerrecht", in Klein, Franz e Vogel, Klaus (orgs.), *Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung: Grundfragen — Grundlagen; Festschrift für Hugo von Wallis zum 75. Geburtstag am 12. April 1985*, Bonn, Stollfuß, pp. 151 a 165.
- FROMMEL, Stefan N., 1991, "United Kingdom Tax law and Abuse of Rights", in *INTERTAX*, pp. 54 a 81.

- FREUD, Nicholas S., 1982, "Treaty Shopping and the 1981 U.S. Treasury Draft Model Income Tax Treaty", in *TMIJ*, abr., pp. 3 a 22.
- GEIGER, Rudolf, 1985, *Grundgesetz und Völkerrecht*, München, Beck, p. 420.
- GADDUM, Johann W, HOFMANN, Heinz et alii.
- 1985, *Zinsen im internationalen Steuerrecht: Steuergestaltungsmöglichkeiten (Treaty Shopping) und deren Grenzen* (com discussões do Münchner Symposium für Internationales Steuerrecht — 1985), (Münchner Schriften zum Internationalen Steuerrecht, cad. 9), München, Beck, p. 99.
- GEERING, Walter, 1946, "Von Treu und Glauben im Steuerrecht (Versuch eines Beitrages zu Auslegungsfragen)", in Wackernagel, J. et alii, *Von Steuern in der Demokratie — Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Ernst Blumenstein am 23. Oktober 1946*, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, pp. 125 a 139).
- GROSSFELD, Bernhard, 1974, *Basisgesellschaften im internationalen Steuerrecht*, Tübingen, I.C.B.Mohr (Paul Siebeck), p. 460.
- GUTTENTAG, Joseph H., 1984, "Tax Treaty Shopping", in *BIFD*, v. 38/3 a 10.
- HAILBRONNER, Kay, 1976, "Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung", in *ZaöRV*, 36, pp. 190 a 226.
- HINNEKENS, Luc, 1989, "The Application of Anti-Treaty Shopping Provisions to Belgian Co-ordination Centers", in *INTERTAX*, pp. 350 a 361.
- HÖHN, Ernst, 1963, "Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht", in *StR*, ano 18, pp. 387 a 405.
- 1974 "Steuereinsparung und Steuerumgehung", in *StR*, ano 29, pp. 141 a 153.
- 1984 "Evasão do Imposto e Tributação Segundo os Princípios do Estado de Direito", in Machado, Brandão (Coord.), *Direito Tributário — Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*, S. Paulo, Saraiva, pp. 281 a 301.
- HOORN Jr., J. van, 1988, "O Papel dos Tratados de Impostos no Comércio Internacional", in Tavolero, Agostinho T., Machado, Brandão e Martins, Ives G.S. (coords.), *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado — Estudos em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio, Forense, pp. 417 a 427.
- HORAK, J.D.D., 1987, *The Use and Abuse of Double Taxation Agreements*, tese apresentada à Universidade de Stellenbosch, África do Sul, em 9.4.87, edição particular, p. 252.
- HOUTTE, Jean van, 1968, *Auslegungsgrundsätze im Internen und im Internationalen Steuerrecht*, Amsterdam, Internationales Steuerdokumentationsbüro, p. 49.

- HÜBSCHMANN, HEPP e SPITALER, 1989, *Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung*, fls. soltas, 9.ª ed., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 10 vs., p. 9.644.
- HUMMER, Waldemar, 1975, "Ordinary versus Special Meaning — Comparison of the Approach of the Vienna Convention on the law of Treaties and the Yale-School Findings", in *ÖZföR*, 26, pp. 87-163.
- IBFD — International Bureau of Fiscal Documentation.
- 1981 "Further Attacks on Treaty Shopping", in *ET*, v. 21/141 a 156.
- IMBODEN, Max e RHINOW, René A. 1976 *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, V. I, Basel, Helbing & Lichtenhahn, p. 591.
- JENKS, C. Wilfred, 1964, *The Prospects of International Adjudication*, London, Stevens & Sons, p. 805.
- JOANNIDES, Lefkios, 1988, "Cyprus" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 87 a 100.
- KAWADA, Go, 1989, "An outline of Japanese anti-tax avoidance provisions", in *INTERTAX*, pp. 361 a 363.
- KELSEN, Hans, 1936, "La Transformation du Droit International en Droit Interne", in *RGDIP*, v. XLIII, pp. 5 a 49.
- KERGALL, Yann, 1990, "Treaties v. Domestic laws — Landmark Decision of the French Supreme Administrative Court", in *INTERTAX*, pp. 133 a 134.
- KILIUS, J., 1985, "Tax Evasion — Abuse of Legal Structure by Non-Resident Taxpayers — Decision of the Supreme Tax Court (Bundesfinanzhof) of 10 November 1983", in *ET* n. 25, pp. 19 a 23.
- KISS, Alexandre C., 1953, *L'Abus de Droit en Droit International*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 200.
- 1984 "Abuse of Rights" (verbete), in R. Bernhardt (org.), *Encyclopaedia of Public International Law*, v. 7, Amsterdam, Elsevier Science Publishers B.V., pp. 1 a 5.
- KLEIN, Franz e ORLOPP, Gerd, 1977, *Abgabenordnung — einschließlich Steuerstrafrecht* 4.ª ed., rev. e atualizada, 1989, München, Beck, p. 1.065.
- KLUGE, Volker, 1975, "Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen", in *RIW*, pp. 90 a 96.
- KNECHTLE, Arnold, 1976, *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts — erläutert an Beispielen des Internationalen Steuerrechts der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Basel e Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 209 p.; também publicada sob o título *Basic Problems in International Fiscal Law*, W.E. Weisflog (trad.), Deventer (Holanda), Kluwer, 1979, p. 264 (as citações no texto se referem à edição em língua alemã).

- KOOIMAN, K., 1983, "Article 16: The U.S. Attitude to Treaty Shopping", in *BIFD*, v. 37/195 a 200.
- KRABBE, Helmut, 1985, "Arbeiten des OECD-Steueranschlusses zur Inanspruchnahme von DBA-Vergünstigungen und zum Abkommensmißbrauch", in J.W. Gaddum, Heinz Hofmann et al *Zinsen im internationalen Steuerrecht* (cit.), pp. 45 a 50.
- KRAFT, Gerhard, 1991, *Die Mißbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen: zur Problematik des Treaty Shopping unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, in der Schweiz und in der Vereinigten Staaten*, Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen — Band 10, Heidelberg, Müller, p. 149
- KRAMER, Jörg-Dietrich, 1991, "Abuse of Law by Tax Saving Devices", in *INTERTAX*, pp. 96 a 102.
- KRAMER, R.D., 1983, "Attempts to Curb Treaty Shopping in U.S. — Dutch Negotiations", in *BIFD*, pp. 107 a 109.
- KRIEGBAUM, Knud E., 1988, "Denmark" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 101 a 113.
- KRUSE, Heinrich W., 1991, *Lehrbuch des Steuerrechts*, Band I, München, Beck, p. 483.
- LAGENDAAL, Willem J.A., 1988, "The Netherlands" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 175 a 197.
- LAMMERS, Johan G., 1980, "General principles of the Law Recognized by Civilized Nations", in Kalshoven, F. et al, *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of H.F. van Panhuys*, AlphenaaandenRijn (Holanda), Sijzhooff Noordhoff, pp. 53 a 75.
- LANG, Michael, 1991, "Treaty Shopping — Der Mißbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen", in *SWI*, pp.55-60.
- 1991a *Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht: Rechtsgrundlagen der Doppelbesteuerungsabkommen zur Beurteilung von Mischformen zwischen Eigen- und Fremdkapital*, Wien, Orac, p. 203.
- LANGBEIN, Volker, 1984, "Doppelbesteuerungsabkommen im Spannungsfeld zwischen nationalen Recht und Völkerrecht", in *RIW*, pp. 531 a 540.
- 1985 "Double Taxation Agreements: Caught in the conflict between national law and international law", in *INTERTAX*, pp. 145 a 157.
- 1989 "Treaty Overriding nach U.S. Recht", in *RIW*, p. 245.
- LANGER, Marschall J., 1980, "Override of Tax Treaties by Ordinary Legislation", in *BIFD*, v. 34/552 e 553.
- 1989 "Outbound Treaty Shopping Offers Advantages for U.S. Multinationals", in *INTERTAX*, pp. 333 a 336.

- LANGFORD-BROWN, Ian, 1988, "Australia" (relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J. (orgs.), *Treaty Shopping* (cit.), pp. 19 a 45.
- LANMAN, John E. e ANDERSON, Tom, 1989, "A Survey of Japanese Statutory and Non Statutory Anti-Tax Avoidance Rules", in Asian Pacific Tax and Investment Centre (org.), *Anti-Avoidance and Tax Treaty Policies and Practice in the Asian-Pacific Region*, Singapura, pp. 29 a 41.
- LARENZ, Karl, 1960, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4.<sup>a</sup> ed., ampliada, 1979, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, p. 525.
- LAUTERPACHT, Elihu, 1970, *International Law*, v. 1, Cambridge, University Press, p. 539.
- LE GALI, Jean-Pierre, 1989, "Treaty Shopping: The French Policy", in *INTERTAX*, pp. 364 a 369.
- LEHNER, Morris, 1983, "Deutschland" (relatório), in *CDFI*, v. LXVIIIa (1er. sujet), pp. 193 a 206.
- LOUKOTA, Helmut, 1989, *Internationale Steuerfälle: ein Handbuch für die Praxis*, Wien, Orac, p. 272.
- 1990 "Internationale Steuerplanung und "Treaty-Shopping", in *ÖStZ*, n. 1/2, pp. 2-9.
- LÜTHI, Daniel, 1984, "Die Vorschriften gegen den Mißbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes", in Höhn, Ernst (org.), *Handbuch des Internationales Steuerrechts der Schweiz* (Schriftreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, 38), Bern e Stuttgart, Haupt, pp. 340 a 358.
- 1989 "Countering the Abuse of Tax Treaties — A Swiss View", in *INTERTAX*, pp. 336 a 340.
- MAISTO, Guglielmo, 1991, "The abuse of rights under Italian tax law: an outline", in *INTERTAX*, pp. 93 a 96.
- MALHERBE, Jacques *et al.*, 1991, "Simulation in Belgian Fiscal Law: a modest proposal for a clear legislative solution", in *INTERTAX*, pp. 88 a 92.
- MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo, 1983, "Planejamento para Economia Tributária — Conceitos de Elisão, Evasão e Sonegação Fiscal", in *Suplemento n. 12/83 do Guia IOB-IR*.
- 1988 "Elisão e Evasão Fiscal", in Martins, Ives G.S. (coord.), *Caderno de Pesquisas Tributárias n. 13 — Elisão e Evasão Fiscal*, S. Paulo, Centro de Estudos de Extensão Universitária e Ed. Resenha Tributária, pp. 147 a 192.
- MARTINS, IVES G.S., 1988, "Elisão e Evasão Fiscal", in Martins, Ives G.S. (coord.), *Caderno de Pesquisas Tributárias n. 13 — Elisão e Evasão Fiscal*, S. Paulo, Centro de Estudos de Extensão Universitária e Ed. Resenha Tributária, pp. 113 a 145.

- MAYR, Siegfried, 1992, "Italy: the new tax anti-avoidance provision concerning transactions with low tax jurisdictions", in *INTERTAX*, pp. 289 a 292.
- MEILI, Markus, 1976, *Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern - unter Einbezug der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes*, Winterthur, Verlag Hans Schellenberg, p. 173.
- MELLO, J.E., 1988, "Elisão e Evasão Fiscal", in Martins, Ives G.S. (coord.), *Caderno de Pesquisas Tributárias n. 13 — Elisão e Evasão Fiscal*, S. Paulo, Centro de Estudos de Extensão Universitária e Ed. Resenha Tributária, pp. 487 a 522.
- MENZEL, Eberhard e IPSEN, Knut, 1962, *Völkerrecht* 2.<sup>a</sup> ed., rev. e atual., 1979, "Juristische Kurzlehrbücher", München, Beck, p. 578.
- MOSLER, Hermann, 1984, "General Principles of law" (verbete), in R. Bernhardt (org.), *Encyclopaedia of Public International Law*, v. 7, Amsterdam, Elsevier Science Publishers B.V., pp. 89 a 105.
- MÖSSNER, Jörg M., 1977, *Einführung in das Völkerrecht*, ("Schriftreihe der Juristischen Schulung", cad. 55), München, Beck, p. 246.
- 1984 "Gestaltungsmißbrauch bei beschränkter Steuerpflicht — kritische Stellungnahme zum Urteil des BFH IV R 62/82 v. 10.11.83", in *IWB* n. 14, de 25.7.84 (Fach 3 — Deutschland, Gruppe 1, pp. 917 a 924).
- 1986 "Selbständigkeit juristischer Personen und Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht — Einige neuere Aspekte", in *RIW*, Caderno 3, pp. 208 a 213.
- 1987 *Neue Auslegungsfragen bei Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen*, Hamburg, Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen, p. 21.
- 1988 "Zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen", in Böckstiegel, Karl *et al.* (orgs.), *Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaft — Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Köln, Berlin, Bonn e München, Carl Heymanns Verlag, KG, pp. 403 a 426.
- 1991 *Rechtsprechungs-Report/Internationales Steuerrecht*, Berlin/Herne; München/Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, p. 429.
- NEUHAUS, Rupert K., 1984, *Das Rechtsmißbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht — Eine Untersuchung zur Entwicklung und Anwendbarkeit eines Begriffes*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 220.
- NOGUEIRA, Liz C.C., 1974, "A Consideração Económica no Direito Tributário", in Nogueira, Ruy B. (org.), *Estudos Tributários* (homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa), S. Paulo, Ed. Resenha Tributária Ltda., pp. 349 a 384.

- NOGUEIRA, Ruy Barbosa, 1964, *Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário* 3.<sup>a</sup> ed. rev. e atual., 1971, S. Paulo, José Bushatsky, Editor, p. 255.
- 1965 *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias* 2.<sup>a</sup> ed., rev. e aumentada, 1974, reprodução fotográfica do original, impresso em 1965, S. Paulo, José Bushatsky, Editor, p. 138.
- 1983 "Fato Gerador e Integração por Analogia", in *DTA*, v. 3/505 a 511.
- 1983a "Tratados Internacionais em Matéria de Tributação", in *DTA*, v. 3/341 a 379.
- OCDE Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
- 1977 *Model Double Taxation — Convention on Income and on Capital* (Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais), Paris, OCDE, p. 216.
- 1987 "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", in OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion — Four Related Studies* (Issues in International Taxation, n. 1), Paris, OCDE, pp. 87 a 106.
- 1987a "The Taxation of Income Derived From Entertainment, Artistic and Sporting Activities", in OCDE, *Thin Capitalization — Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen* (Issues in International Taxation, n. 2), Paris, OCDE, pp. 37 a 64.
- OLIVA, Robert R., 1984, "Recent Protocols to Tax Treaties Indicate Changes in International Tax Policy", in *ITJ*, v. 10, n. 6, pp. 427 a 432.
- ONU, Organização das Nações Unidas, 1979, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, New York, ONU, p. 190.
- 1983 *International Co-Operation in Tax Matters — Report of the Ad Hoc Group of Experts on International Co-operation in Tax Matters on the work of its First Meeting*, New York, ONU, p. 31.
- 1988 *Contributions to International Co-Operation in Tax Matters — Treaty Shopping/Thin Capitalization/Co-Operation between Tax Authorities/Resolving International Tax Disputes*, Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais, New York, ONU, p. 40.
- PARTSCH, Karl J., 1964, "Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht — Überprüfung der Transformationslehre", in *BDGfV*, Caderno 6.
- 1987 "International Law and Municipal Law" (verbete), in R. Bernhardt (org.), *Encyclopaedia of Public International Law*, v. 10, Amsterdam, Elsevier Science Publishers B.V., pp. 238 a 257.
- PETERSEN, Gustaf af, 1988, "Sweden" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 221 a 233.
- PILTZ, Detlev J., 1986, *Doppelbesteuerungsabkommen und Steuerumgehung — unter besonderer Berücksichtigung des Treaty Shopping*, Hamburg,

- Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen (mimeo), p. 53.
- PLAGNET, Bernard, 1986, "L'Abus des Traités: Pratique Française", in *DF*, ano 38, pp. 1528 a 1533, também pub. in *JCDI*, fasc. 350-A, 5, 1987 (as citações no texto se referem à ed. de 1986).
- 1986a *Droit Fiscal International*, Paris, Litec, p. 349.
- PREBBLE, John, 1991, "Trends in Anti-Avoidance Legislation", in *APTIRC*, v. 9, n. 2, pp. 57 a 67.
- PREUNINGER, Reinhard, 1980, *Rechtsprobleme des Funktionswandels deutscher Doppelbesteuerungsabkommen — Dargestellt ein Abkommen mit Industriestaate, Entwicklungs- und Staatshadelsländern*, tese de doutoramento apresentada junto à Universidade de Mannheim, mimeo, p. 336.
- REID, Kenneth L., 1988, "Luxembourg" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 167 a 173.
- REITER, Robert, 1988, "Austria" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 47 a 61.
- RIEHL, Gordon W. e BOUWERS, Pat, 1988, "Canada" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J., *Treaty Shopping* (cit.), pp. 73 a 86.
- RIVIER, Jean M., 1983, *Droit Fiscal Suisse — Le Droit Fiscal International*, Neuchâtel (Suíça), Éd. Ides et Calendes, p. 400.
- ROSENBLOOM, H. David, 1983, "Tax Treaty Abuse: Policies and Issues", in *LPIB*, v. 15, n. 3, pp. 763 a 831.
- 1988 Review: OECD Report "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", in *INTERTAX*, pp. 179 a 182.
- ROSS, A.D., 1989, "United Kingdom" (relatório), in *CDFI*, v. LXXIVa (1er. sujet), pp. 473 a 487.
- ROTHMANN, Gerd Willi, s.d., *Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Bitributação*, tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, edição particular, p. 194.
- 1973 "O Princípio da Legalidade Tributária", in Nogueira, Ruy B. (org.), *Direito Tributário: estudo de casos e problemas*, 5.<sup>a</sup> coletânea, S. Paulo, Bushatsky, pp. 137 a 196.
- 1983 "Bitributação Internacional", in Dória, Antonio R.S. e Rothmann, Gerd W., *Temas Fundamentais do Direito Tributário Atual*, Belém, CEJUP, pp. 123 a 146.
- ROTHMANN, Gerd W. e PACIELLO, Gaetano, 1988, "Elisão e Evasão Fiscal", in Martins, Ives G.S. (coord.), *Caderno de Pesquisas Tributárias n. 13 — Elisão e Evasão Fiscal*, S. Paulo, Centro de Estudos de Extensão Universitária e Ed. Resenha Tributária, pp. 393 a 422.

- ROFFER, Manfred, 1983, "Die allgemeine Rechtsgrundsätze", in Neuhold, Hanspeter et al. (orgs.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band I — Textteil*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, pp. 84 a 87.
- ROUSSEAU, Charles, 1979, *Droit International Public*, 9.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, p. 422.
- RUCHELMAN, Stanley C. e IMAMURA, Kelly, 1982, "Treaty Shopping: Proposed Article 16 of the United States Model Income Tax Treaty", in *TPIR*, v. 9, n. 3, pp. 3 a 5.
- RUDOLF, Bernhard, 1963, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Köln e Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, p. 200.
- RUNGE, Berndt, 1987, "Deutschland" (Relatório), in *CDFI*, v. LXXIIa (1er sujet), pp. 161 a 176.
- RYSER, Berne, 1973, "Some Reflections on the Unilateral Measures taken by Switzerland against the Abuse of Treaties for the Avoidance of Double Taxation" (trad. Dr. David Morris, in *INTERTAX*, 1975/2, pp.60-66).
- SCHADE, Rosemarie S., 1989, "Tax Treaty Overrides in the Technical and Miscellaneous Revenue Act of 1988", in *BIFD*, maio, pp. 214 a 217.
- SCHLEGEL, Eugen, 1946, *Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht*, Zürich, Buchdruckerei A/D Sihl AG, p. 117.
- SCHMID, Alfons, 1961, *Die internationale Steuerflucht — Möglichkeiten und Bekämpfungsmethoden*, Zürich e St. Gallen, Polygraphischer Verlag AG, p. 268.
- SCHMIDT, Alfred J. et al. (tradutores), 1978, *Novo Código Tributário Alemão*, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, p. 193.
- SCHÜLE, Adolf, 1962, "Rechtsmißbrauch" (verbete), in Struppe, Karl e Schlochauer, Hans-Jurgen (orgs.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, 3.<sup>o</sup> v., Berlin, Verlag Walter de Gruyter, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 69 a 71.
- SCHWARZENBERGER, Georg, 1948, "Die induktive Methode im Völkerrecht", in *JiöR*, v. 1/2 (1948/49), pp. 676 a 689.
- 1949 *International Law*, v. I, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons Limited, 2.<sup>a</sup> ed., p. 681.
- 1956 "Uses and Abuses of the Abuse of Rights in International Law", in *TRANSACTIONS*, v. 42, pp. 147 a 179.
- 1965 *The Inductive Approach to International Law*, London, Stevens & Sons, p. 209.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, 1987, *Völkerrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., rev. e atualizada, Köln, Berlin, Bonn e München, Carl Heymanns Verlag KG.

- SHANNON, Harry A., 1987, *Die Doppelbesteuerungsabkommen der USA — Abkommenspolitik und geltendes Abkommensrecht* (Münchenr Schriften zum Internationalen Steuerrecht, Heft 11), München, Beck, p. 192.
- SHAY, Stephen E., 1989, "Relationship of Tax Treaties to Domestic Law in the United States" in *IFA*, "Tax Treaties and Domestic Legislation", 43rd. IFA Congress, Rio, São Paulo, Ed. Acadêmica, pp. 12-21.
- SILVERSTEIN, Leonard L. (editor), 1986, *The Tax Reform Act of 1986, vol. I, Legislative History*, Tax Management Portfolios, Washington, DC, Tax Management Inc., p. 1.224.
- SORENSEN, Max, 1960, "Principes de Droit International Public — Cours Général", in *RC-ADI*, tomo 101, pp. 1 a 254.
- SOUSA, Rubens G., 1952, *Compêndio de Legislação Tributária* 4.<sup>a</sup> ed., póstuma, 1975, coordenação: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, S. Paulo, Ed. Resenha Tributária, p. 216.
- 1976 *Pareceres — 3 Imposto de Renda* (edição póstuma), coordenação: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, S. Paulo, IBET e Ed. Resenha Tributária.
- SPITALER, Amin, 1936, *Die Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, 2.<sup>a</sup> ed., póstuma, 1967, Köln, Verlag Otto Schmidt KG, p. 694.
- STRENG, William P., 1991, "The U.S.-Netherlands Income Tax Convention — Historical Evolution of Tax Treaty Policy Issues Including Limitation of Benefits", in *BIFD*, pp. 11 a 17.
- STROBL, Jakob, 1988, "Zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen unter besonderer Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen", in Klein, Franz (org.), *Handelsrecht und Steuerrecht: Festschrift für Dr. Dr.h.c. Georg Döllerer*, Düsseldorf, IDW Verlag, pp. 635 a 659.
- TERR, Leonard B., 1989, "Treaty routing vs. treaty shopping: Planning for multicountry investment flows under modern limitation on benefits articles", in *INTERTAX*, pp. 521 a 530.
- TIPKE, Klaus e KRUSE, Heinrich W., 1988, *Kommentar zur AO 1977 (ohne Steuerstrafrecht) und FGO*, pub. em fis. soltas, 13.<sup>a</sup> ed., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, p. 4.896.
- TIPKE, Klaus e LANG, Joachim, 1989, *Steuerrecht: ein systematischer Grundriß*, 12.<sup>a</sup> ed., rev. e atualizada, Köln, Verlag Otto Schmidt KG, p. 802.
- TOMSETT, Eric, 1990, "Treaty Shopping and Debt/Equity Ratios in the United Kingdom", in *BIFD*, mar/90, pp. 107 a 111.
- TOSI, Peter L., 1988, "Singapore" (Relatório), in Becker, Helmut e Wurm, Felix J. (orgs.), *Treaty Shopping* (cit.), pp. 201 a 208.
- TRIEPEL, Karl Heinrich, 1923, "As relações entre o direito interno e o direito internacional" (trad. por Amílcar de Castro), in *RFDUFMG*, outubro de 1966, pp. 7 a 64.

- TROTABAS, Louis, 1960, *Science et Technique Fiscales*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, p. 463.
- TROTTER, Paul D., 1989, "Canada's General Anti-Avoidance Rule", in *INTERTAX*, pp. 180-184.
- TUNKIN, Gregory, 1971, "General Principles of Law in International Law", in Marcic, R., Mosler, H., Suy, E. e Zemanek, K. (orgs.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag*, München e Salzburg, Wilhelm Fink Verlag, pp. 523 a 532.
- UCKMAR, Victor, 1983, "Relatório Geral" in *CDFI*, v. LXVIIIa.
- VERDROSS, Alfred, 1950, *Völkerrecht*, 5.ª ed., 1964, Viena, Verlag Springer, p. 690.
- VERDROSS, Alfred e SIMMA, Bruno, 1976, *Universelles Völkerrecht — Theorie und Praxis*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 687.
- VILLEGAS, Hector B., 1972, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, v. I, 4.ª ed., atualizada, 1987, Buenos Aires, Depalma, p. 422.
- VOGEL, Klaus, 1965, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnormen*, Frankfurt am Main e Berlin, Alfred Metzner Verlag, p. 480.
- 1968 "Theorie und Praxis im Internationalen Steuerrecht", in *DSiR*, pp. 427 a 434.
- 1983 *Doppelbesteuerungsabkommen: das OECD-Musterabkommen und die Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen; Kommentar*, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 1475, 2.ª ed. rev. e atualizada, incluindo os Modelos da OCDE, ONU e EUA, 1990, p. 1494.
- 1985 "Steuerumgehung nach innerstaatlichen Recht und nach Abkommensrecht", in *StW*, n. 4, pp. 369 a 381.
- 1986 "Double Tax Treaties and their Interpretation" (separata), in *International Tax & Business Lawyer*, v. 4, Primavera 1986, n. 1, Berkeley, University of California.
- 1986a "Zu einigen Fragen des Internationalen Steuerrechts", in *DB*, Caderno 10, pp. 507 a 509.
- VOGEL, Klaus (org.), 1985a, *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts* (trabalhos apresentados na "Jahrestagung der Deutsche Steuer juristischen Gesellschaft e.V. e debates posteriores), Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, p. 310.
- WARD, David A., AVERY JONES, John A. et alii, 1985, "The Business Purpose Test and Abuse of Rights", in *BTR*, pp. 68 a 123.
- WASSERMEYER, Franz, 1985, "Die beschränkte Steuerpflicht", in *Vogel*, Klaus (org.), *Grundfragen...* (cit), pp. 49 a 77.

- WEBER-FAS, Rudolf, 1978, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zu internationalen Doppelbesteuerungsabkommen*, v. II, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- 1982 *Staatsverträge im Internationalen Steuerrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 146.
- WEGMANN, Bernd, 1984, "Das Treaty Shopping aus US-amerikanischer Sicht", in *RIW*, caderno 10, outubro/1984, pp. 787 a 793.
- WEIGELL, Jörg, 1987, "Das Verhältnis der Vorschrift des § 2a EStG zu den Doppelbesteuerungsabkommen", in *RIW*, pp. 122 a 140.
- WENGLER, Wilhelm, 1964, *Völkerrecht*, v. I, Berlin, Göttingen e Heidelberg, Springer Verlag, p. 929.
- WIGGIN, Harry, 1990, "Substance versus Form — Present State of Case Law", in *ET*, v. 30, abril/1990, pp. 91-105.
- WISSELINK, M.A., 1979, "Abuse of Tax Treaties", in J.C.L. Huiskamp (org.), *International Tax Avoidance — A Study by the Rotterdam Institute for Fiscal Studies* ("International Series of the Rotterdam Institute for Fiscal Studies, Erasmus University, Rotterdam), v. I, Deventer (Holanda), Kluwer, pp. 311 a 331.
- WOLFF, Ulrich, 1989, Deutschland (Relatório), in *CDFI*, v. LXXIVa (1er sujet), pp. 139 a 156.
- XAVIER, Alberto P., 1974, *Manual de Direito Fiscal*, v. I, Lisboa, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 435.
- 1977 *Direito Tributário Internacional do Brasil*, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, p. 349.

#### b) Periódicos (abreviaturas)

- APTIRC APTIRC BULLETIN (*Journal of the Asian-Pacific Tax and Investment Research Centre, Singapore*), APRIRC, Singapore.
- ASA *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht*, Bern, Genossenschafts — Buchdruckerei Bern.
- AV *Archiv des Völkerrechts*, Schlochau, Hans-Jürgen (org.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- BDGfV *Berichte der Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller.
- BGE *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes*, Lausanne, Imprimeries Réunies S.A.
- BIFD *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Amsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation.

- BTR* *British Tax Review*, London, Sweet & Maxwell.
- BSiBl* *Bundessteuerblatt*.
- CDFI* *Cahiers de Droit Fiscal International*, Rotterdam, International Fiscal Association; Deventer (Holanda), Kluwer Law and Taxation Publishers.
- DB* *Der Betrieb*, Düsseldorf e Frankfurt, Verlagsgruppe Handelsblatt.
- DF* *Droit Fiscal*, Paris, Éditions techniques S.A.
- DJU* *Diário da Justiça*.
- DPT* *Diritto e Pratica Tributaria*, Padova, Cedam.
- DSiR* *Deutsches Steuerrecht — Zeitschrift für Praxis und Wissenschaft des gesamten Steuerrecht — Zugleich Organ der Bundeskammer der Steuerbevollmächtigten*, München e Frankfurt am Main, Beck.
- DTA* *Direito Tributário Atual*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Tributário e Editora Resenha Tributária.
- ET* *European Taxation*, Amsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation.
- FR* *Finanz-Rundschau*, Köln, Verlag Otto Schmidt KG.
- INTERTAX* *International Tax Review*, Deventer (Holanda), Kluwer e Bonn, Stoffuss Verlag.
- ITJ* *The International Tax Journal*, New York, Panel Publications.
- IWB* *Internationale Wirtschaftsbriefe*, Herne e Berlin, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe.
- JCDI* *Juris Classeur Droit International*, Paris, Editions Techniques.
- JiöR* *Jahrbuch für Internationalen und Ausländisches Öffentliches Recht*.
- LPIB* *Law and Policy in International Business*, Georgetown (Guyana), University of Guyana.
- ÖStZ* *Österreichische Steuer-Zeitung*, Wien, Orac.
- ÖZföR* *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Wien/ New York, Springer-Verlag.
- PAS* *Pasicrisie*, Bélgica.
- RA* *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, Leyde (Países Baixos), Cour International de Justice.
- RC-ADI* *Recueil des Cours — Academie de Droit International*, Leyde (Países Baixos), A.W.Sijthoff.

- RDT* *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Ed. RT, Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial e Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.
- Res.ABDF* *ABDF — Resenha*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Direito Financeiro.
- RFDUFMG* *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*.
- RGDIP* *Révue Générale de Droit International Public*.
- RIJ* *Repertório IOB de Jurisprudência*, S. Paulo, IOB.
- RIW* *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH.
- RT* *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, Ed. RT.
- RTJ* *Revista Trimestral de Jurisprudência*.
- RUSTC* *Reports of the United States Tax Court*, Washington, U.S.Government Printing Office.
- STC* *Simon's Tax Cases*, London, Butterworth & Co (Publishers) Ltd.
- StR* *Steuer Revue*, Bern, Cosmos-Verlag AG.
- StuW* *Steuer und Wirtschaft*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG.
- SWI* *Steuer & Wirtschaft International*, Wien, Verlag Linde.
- TC* *Reports of Tax Cases — Prepared under the Direction of the Board of Inland Revenue in Association with the Incorporated Council of Law Reporting*, United Kingdom, Her Majesty's Stationery Office.
- TMIJ* *Tax Management International Journal*, Washington, DC, Tax Management Inc.
- TN* *Tax Notes*, Arlington (EUA), Tax Analyst.
- TNI* *Tax Notes International*, Arlington (EUA), Tax Analyst.
- TPIR* *Tax Planning International Review*, Washington, Bureau of National Affairs Inc.
- TRANSACTIONS* *Transactions of The Grotius Society*, London, The British Institute of International and Comparative Law; London, Wildy & Sons, Ltd.; New York, Oceana Publications Inc.
- TT/CCH* *Tax Treaties*, Chicago, Commerce Clearing House, Inc.
- USTC* *U.S.Tax Cases*, Chicago, Commerce Clearing House, Inc.
- ZföRüV* *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht, Stuttgart, W.Kohlhammer GmbH.