

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

ANDRESSA PEGORARO

***Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): O Combate ao Treaty Abuse mediante o
Fortalecimento das Cláusulas de Limitação de Benefícios (LOB)***

São Paulo

2015

ANDRESSA PEGORARO

Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): O Combate ao Treaty Abuse mediante o Fortalecimento das Cláusulas de Limitação de Benefícios (LOB)

Monografia apresentada como requisito final para conclusão do curso de Especialização em Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Jonathan Barros Vita.

São Paulo

2015

RESUMO

O presente estudo analisa o Projeto BEPS, que foi desenvolvido pela OCDE como um plano de ação contra a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros em operações internacionais. A OCDE está desenvolvendo um plano de ação global baseado em estudos e análises profundas de cada ponto crítico explorado pelos contribuintes, com sugestões de alterações legislativas e demais providências necessárias para conter planejamentos tributários agressivos. O presente trabalho examina especificamente o *Action 6*, que versa sobre a prevenção de abusos de tratados (“*prevent treaty abuses*”), com foco na cláusula de LOB proposta pela OCDE. A OCDE utilizou, como base, a cláusula de LOB incluída no modelo norte-americano de tratados internacionais, que também foi analisada no presente estudo, com o intuito de antever as principais dificuldades que serão enfrentadas na sua aplicação prática pelos países membros da OCDE. Por último, foram examinadas as cláusulas de LOB incluídas em determinados acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, bem como os potenciais impactos do *Action 6* em seus tratados internacionais atuais e futuros.

Palavras-chave: BEPS – OCDE - *Action 6* – cláusula de limitação de benefícios – acordos de bitributação

ABSTRACT

This paper aims to analyze the BEPS Project that was developed by OECD as an action plan against base erosion and profit shifting in international transactions. The OECD is developing a global action plan based on in-depth analysis of the identified pressure areas with a view to provide suggestion for amending the tax law and concrete solutions to address aggressive tax planning. This paper addresses specifically the Action 6 of the BEPS Project, which seeks to prevent treaty abuses through LOB clause proposed by OECD. The OECD was influenced by the LOB clause included in the north-american model convention, which was also analyzed in this paper, with the intention of predicting the main difficulties that will be faced by the OECD Member States in its concrete application. Finally, it covers the LOB clauses included in certain double tax treaties entered by Brazil and the Action 6 impacts in Brazil's currently and future double tax treaties.

Key-words: BEPS – OECD - *Action 6* – limitation-on-benefits provision – double tax treaties

SUMÁRIO

1. Projeto BEPS	8
1.1. Aspectos gerais do BEPS.....	8
1.2. As estratégias utilizadas para a erosão das bases tributáveis e o deslocamento de lucros.....	10
1.2.1. <i>Jurisdiction to Tax</i>.....	10
1.2.2. Preços de transferência	11
1.2.3. Alavancagem.....	11
1.2.4. Exemplo de estrutura de planejamento tributário – Google – “<i>Double Irish Dutch Sandwich</i>”	12
1.3. Actions Plan	14
2. Action 6 – Prevent Treaty Abuses	20
2.1. Aspectos gerais sobre o uso abusivo dos acordos de bitributação.....	20
2.2. Action 6: o relatório da OCDE.....	21
2.2.1. Desenvolvimento de disposições para a Convenção Modelo e recomendações sobre o desenvolvimento de leis domésticas para impedir a concessão de benefícios previstos em acordos de bitributação em circunstâncias inadequadas	22
2.2.1.1. O contorno pelo contribuinte de limitações previstas pelo próprio acordo de bitributação	22
2.2.1.1.1. Recomendações relacionadas ao <i>treaty shopping</i>	23
2.2.1.1.2. Recomendações acerca de outras limitações do tratado	33
2.2.1.2. O contorno das regras da legislação doméstica pelo contribuinte mediante a utilização dos benefícios do acordo de bitributação	36
2.2.2. Esclarecimento de que os acordos de bitributação não devem ser usados para gerar dupla não tributação	37
2.2.3. Políticas fiscais que os países devem levar em consideração antes de assinar um acordo de bitributação com outros países	40
3. O desenvolvimento histórico da cláusula de LOB nos tratados internacionais..	41
3.1.A cláusula de LOB no modelo norte-americano de tratados internacionais.	41
3.2.A cláusula de LOB nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil	47
Conclusão	57
Bibliografia.....	59

Introdução

O projeto BEPS (“*Base Erosion and Profit Shifting*”) foi desenvolvido pela Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) como um plano de ação contra a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros em operações internacionais, com o objetivo de preservar a arrecadação tributária, a soberania fiscal e a justiça na atividade de fiscalização e tributação. A crescente interação entre os sistemas tributários de diferentes países proporcionou oportunidades para eliminar ou reduzir significativamente a carga tributária sobre a renda, de maneira inconsistente com os objetivos de política fiscal das regras domésticas e da comunidade internacional¹.

Apesar de certos Estados optarem pela utilização de soluções unilaterais, a OCDE acredita que uma abordagem internacional abrangente produzirá resultados mais satisfatórios. Para tanto, a OCDE está desenvolvendo um plano de ação global baseado em estudos e análises profundas de cada ponto crítico explorado pelos contribuintes para a prática do planejamento tributário internacional, com o objetivo de apresentar soluções concretas para realinhar tanto as leis domésticas, quanto os padrões tributários internacionais, ao atual ambiente corporativo global².

Após a identificação dos problemas e das suas possíveis causas, a OCDE editou um plano de ação para tentar conter a erosão global das bases tributárias, que está inserido no relatório “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, publicado em 2013. Para cada ação, a OCDE está desenvolvendo sugestões de alterações legislativas para conter planejamentos tributários agressivos, bem como de métodos para a sua aplicação prática.

O presente estudo pretende examinar o *Action 6*, que versa sobre a prevenção de abusos de tratados (“*prevent treaty abuses*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver recomendações de política fiscal e alterações na Convenção Modelo, bem como em relação à estrutura das leis domésticas, para prevenir a concessão dos benefícios concedidos pelos acordos de bitributação em circunstâncias inapropriadas, dentre as quais se destaca a inclusão de cláusula de Limitação de Benefícios (“LOB”), tendo em vista a

¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (“OCDE”). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013, p. 5.

² OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 9.

necessidade de avanços no combate ao *treaty shopping*. Além disso, a OCDE objetivou esclarecer que os tratados internacionais não são projetados para serem usados de modo a gerar dupla não tributação, assim como identificar considerações de política fiscal que, em geral, os países devem levar em consideração antes de decidir celebrar acordos de bitributação com outros países.

A relevância do tema deflui da constatação, extraída do projeto BEPS, de que o formato atual dos acordos de bitributação é insuficiente para evitar erosão das bases tributáveis e a transferência de resultados, por meio do uso abusivo de suas disposições. De fato, considerando que os acordos de bitributação têm o objetivo de promover as relações econômicas entre os Estados contratante, facilitando o intercâmbio de mercadorias, serviços, capitais, tecnologia e pessoas, é certo que as sociedades interpostas, sem vínculo econômico efetivo com a jurisdição do Estado, não devem ter acesso aos benefícios previstos nas cláusulas convencionais. Porém, os atuais mecanismos de prevenção de uso abusivo dos acordos de bitributação, contemplados na Convenção Modelo da OCDE, são insuficientes para lidar, com razoável segurança jurídica, com as diversas formas de *treaty shopping*.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, serão analisadas as recomendações de política fiscal feitas pela OCDE, bem como a redação sugerida para a cláusula de LOB a ser inserida nos acordos de bitributação. Como o trabalho desenvolvido pela OCDE, neste particular, foi fortemente inspirado na cláusula de LOB incluída no modelo norte-americano de tratados internacionais, é conveniente examinar quais são as principais semelhanças e diferenças entre as duas disposições. Por último, serão analisadas as cláusulas de LOB incluídas em alguns acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, com o objetivo de verificar eventuais mudanças que o projeto BEPS poderá impor na prática brasileira de combate ao *treaty shopping*, bem como os potenciais impactos do Action 6 em seus tratados internacionais atuais e futuros.

Com relação à metodologia, partindo-se da redação do projeto BEPS e da respectiva cláusula de LOB, proceder-se-á a interpretação e construção de seu sentido, com o objetivo de exteriorizar, de modo sistemático, o seu alcance e âmbito de aplicação. Ainda que predominantemente conceitual, o trabalho procurará explicitar as inter-relações entre as cláusulas de LOB inseridas nos acordos de bitributação e a realidade empírica.

1. Projeto BEPS

1.1. Aspectos gerais do BEPS

O projeto BEPS foi desenvolvido pela OCDE como um plano de ação contra a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros em operações internacionais, com o objetivo de preservar a arrecadação tributária, a soberania fiscal e a justiça na atividade de fiscalização e tributação. A OCDE parte do pressuposto de que os sistemas tributários domésticos não acompanharam o ritmo da evolução no ambiente corporativo das empresas multinacionais, caracterizado pela crescente importância da propriedade intelectual para a agregação de valor, bem como o constante desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação. A crescente interação entre os sistemas tributários de diferentes países proporcionou oportunidades para eliminar ou reduzir significativamente a carga tributária sobre a renda, de maneira inconsistente com os objetivos de política fiscal das regras domésticas e da comunidade internacional³.

A OCDE considera que os pontos mais sensíveis no âmbito do BEPS são os seguintes⁴:

- o descasamento internacional na caracterização de entidades híbridas e de instrumentos financeiros híbridos, mediante o aproveitamento de diferenças decorrentes das legislações domésticas dos países envolvidos (“*tax arbitrage*”);
- a aplicação de conceitos inseridos nos acordos de bitributação para os lucros provenientes da entrega de produtos e serviços na economia digital;
- o tratamento tributário das operações de financiamento (“*debt-financing*”) e de seguro (“*captive insurance*”) realizadas entre partes relacionadas, bem como outras operações financeiras realizadas dentro do mesmo grupo econômico;
- o controle dos preços de transferência, especialmente em relação à transferência de riscos e de ativos intangíveis e à divisão artificial da titularidade de ativos entre sociedades do mesmo grupo econômico, o que dificilmente ocorreria entre partes independentes;

³ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 5.

⁴ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 6.

- a efetividade das medidas anti-elisivas (“*anti-avoidance measures*”), particularmente no que tange ao uso de regras gerais anti-elisivas (“*general anti-avoidance rules*”), regras de CFC (“*controlled foreign companies*”), regras de subcapitalização (“*thin capitalisation rules*”) e regras para prevenir o abuso na utilização de acordos de bitributação;
- a possibilidade de utilização de regimes fiscais com privilégios nocivos (“*harmful preferential tax regimes*”).

Os aspectos destacados acima pela OCDE estão diretamente relacionados às estruturas e estratégias utilizadas pelas empresas multinacionais para a prática de planejamento tributário em operações internacionais, com desdobramento de suas atividades em inúmeras jurisdições. Como inúmeras oportunidades de planejamento tributário internacional surgem em razão de assimetrias entre as regras domésticas dos países ou entre as regras domésticas e os acordos internacionais, a OCDE considera, acertadamente, que apenas uma abordagem coerente, abrangente e coordenada entre os países pode resolver o problema da erosão das bases tributáveis no cenário internacional⁵.

Apesar de certos Estados optarem pela utilização de soluções unilaterais, a OCDE acredita que uma abordagem internacional abrangente produzirá resultados mais satisfatórios. Para tanto, a OCDE está desenvolvendo um plano de ação global baseado em estudos e análises profundas de cada ponto crítico explorado pelos contribuintes para a prática do planejamento tributário internacional, com o objetivo de apresentar soluções concretas para realinhar tanto as leis domésticas, quanto os padrões tributários internacionais, ao atual ambiente corporativo global⁶.

Segundo relata o Professor Brauner, determinados países em desenvolvimento, tais como Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, recentemente demandaram que os seus interesses, e não somente os dos países membros da OCDE, sejam levados em consideração na busca pelo equilíbrio refletido pelas normas que regem a tributação internacional. Neste contexto, o Projeto BEPS ganha ainda mais importância para a OCDE, tendo em vista que apresenta uma oportunidade para que a organização permaneça relevante, como o centro para o desenvolvimento do regime tributário

⁵ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit, pp. 7-8.

⁶ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 9.

internacional, contando com a colaboração não apenas dos seus membros efetivos, mas também dos países acima mencionados⁷.

1.2. As estratégias utilizadas para a erosão das bases tributáveis e o deslocamento de lucros

Ao examinar questões relacionadas ao BEPS, é possível identificar vários princípios fundamentais da tributação das operações internacionais, a partir dos quais se desenvolveram alguns planejamentos tributários, ainda que por vezes de forma descasada com sua finalidade. Dentre esses princípios, incluem-se *Jurisdiction to Tax* (Poder de Tributar), Preços de Transferência e Alavancagem⁸.

1.2.1. *Jurisdiction to Tax*

O poder de tributar é exercido por um Estado, no exercício da sua soberania, em relação aos cidadãos, de acordo com os limites da sua jurisdição. Em termos gerais, o Estado, a partir de um elemento de conexão (residência ou nacionalidade), exerce o poder de tributar a renda em bases universais e/ou territoriais. A tributação em bases universais alcança todos os residentes, em relação à renda derivada de fontes nacionais e internacionais. A tributação em bases territoriais alcança residentes e não-residentes, em relação à renda auferida no Estado⁹.

A interação entre as leis domésticas pode resultar em dupla tributação, o que, na maior parte das vezes, é evitado ou aliviado pelos acordos de bitributação. Porém, em determinadas situações, a interação entre as leis domésticas e os acordos de bitributação pode resultar em completa ausência de tributação (popularmente chamada de “dupla não tributação”), ou mesmo baixa tributação da renda.

Como resultado, alguns planejamentos tributários têm sido criados no sentido de obter vantagens a partir das diferenças existentes nas leis domésticas dos Estados (“tax

⁷ BRAUNNER, Yariv. “BEPS: An Interim Evaluation”. *World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014, pp.12-13.

⁸ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 33.

⁹ A respeito da *Jurisdiction to tax* e sua utilização em um contexto internacional, conferir: AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law – An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge Tax Law Series. New York, Cambridge, 2007, pp. 22-37.

arbitrage”), com o objetivo de alcançar a dupla não tributação ou a baixa tributação da renda¹⁰.

1.2.2. Preços de transferência

As regras de preços de transferência foram desenvolvidas com o intuito de controlar a manipulação de preços em operações realizadas entre pessoas ligadas, com a finalidade de evitar o superfaturamento nas importações, assim como o subfaturamento nas exportações. As regras de preços de transferência são orientadas pelo princípio *arm's length*, que determina que os preços praticados por pessoas ligadas devem refletir os preços praticados por pessoas independentes, nas mesmas circunstâncias, em condições de livre mercado¹¹.

No ambiente internacional, diversos planejamentos tributários têm sido criados com a transferência de intangíveis, bem como riscos, funções e benefícios relacionados às atividades da empresa para países de Jurisdição de Tributação Favorecida ou Regime Fiscal Privilegiado, de forma a permitir uma alocação artificial de lucros da atividade empresarial em países de baixa tributação¹².

1.2.3. Alavancagem

A maior parte dos países adotam uma distinção clara entre capital próprio (“equity”) de uma sociedade e capital de terceiros (“debt”). O capital próprio é aquele aportado pelos sócios para a formação do capital social da entidade. A remuneração paga aos sócios, em forma de dividendos, é geralmente indedutível para fins fiscais. O capital de terceiros é considerado um recurso que não pertence à empresa. Os juros pagos aos terceiros são considerados dedutíveis para fins fiscais¹³.

Esse tratamento diferenciado para o capital de terceiros acaba por incentivar o financiamento da atividade empresarial. Alguns planejamentos tributários têm sido

¹⁰ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit, pp. 33-36.

¹¹ Sobre BEPS e preços de transferência, conferir: VITA, Jonathan Barros. *O BEPS Base Erosion and Profit Shifting Report da OCDE e os preços de transferência brasileiros: notas introdutórias*. Revista Atualidades, v. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais/Fiscosoft, 2014, pp. 81-93.

¹² OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 36-37.

¹³ ZABURAITE, Maryte. “Debt and Equity in International Company Taxation”. *International Group Financing and Taxes*. Series on International Tax Law. Volume 74. Coord. Christian Massoner, Alfred Storck e Birgit Stürzlinger. Vienna: Linde, 2012, pp. 13-32.

criados com o financiamento da sociedade através de empréstimo com sócio que se encontra em país de baixa tributação. Assim, os juros pagos pela sociedade serão dedutíveis para fins fiscais, bem como sujeitos à baixa ou nenhuma tributação no nível do sócio recipiente¹⁴.

1.2.4. Exemplo de estrutura de planejamento tributário – Google – “*Double Irish Dutch Sandwich*”

Um exemplo do que a OCDE considera planejamento tributário agressivo, que está inserido no escopo do Projeto BEPS, consiste na estrutura da empresa Google Inc., chamado “*The Double Irish Dutch Sandwich*”¹⁵.

Em 2003, poucos meses antes de sua oferta pública inicial (“*IPO*”), a Google Inc. celebrou um acordo de compartilhamento de custos (“*Cost Sharing Agreement*”) com sua filial irlandesa recém constituída, Google Ireland Holdings, através do qual a Google Ireland Holdings adquiriu os direitos das tecnologias de busca e publicidade do Google Inc., relacionadas à Europa, Oriente Médio e África, efetuando um pagamento inicial. No *Cost Sharing Agreement* foi previsto que Google Ireland Holdings suportaria os custos de desenvolvimento futuro das tecnologias na proporção do mercado da Europa, Oriente Médio e África em relação ao mercado mundial. Ao que consta, o pagamento inicial efetuado foi muito inferior ao valor dos direitos avaliado após *IPO*.

Em poucos anos a estrutura se transformou. Google Ireland Holdings se tornou uma sociedade com dupla residência, sendo considerada pelos Estados Unidos da América (“EUA”) uma sociedade residente na Irlanda, tendo em vista sua constituição, mas, por outro lado, considerada pela Irlanda como uma sociedade que tornou-se residente em Bermudas, tendo em vista sua sede de administração estar localizada em Bermudas.

Google Ireland Holdings licenciou os direitos das tecnologias para uma subsidiária constituída na Holanda, Google BV, que, por sua vez, sub-licenciou esses mesmos direitos para uma subsidiária constituída na Irlanda, Google Ireland Limited.

¹⁴ OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit, p. 37.

¹⁵ As informações foram baseadas, em parte, no artigo: KLEINBARD, Edward D. “Stateless Income’s Challenge to Tax Policy”. *USC CLEO Research Paper No. C11-8*. Los Angeles: USC Gold School of Law, 2011, pp. 8-15. Disponível no endereço eletrônico: <http://ssrn.com/abstract=1875077>. Consultado em: 03/12/2014.

Google Ireland Limited arrecada bilhões de dólares de receita de publicidade a partir do uso das tecnologias.

Para fins da legislação tributária dos EUA, um grupo de sociedades pode eleger quais entidades serão consideradas como transparentes para fins fiscais (“*check-the-box rule*”). Ou seja, o grupo de sociedades pode eleger algumas entidades, que serão transparentes para fins fiscais nos EUA, mas continuam sendo pessoas jurídicas perante todos os outros países. As sociedades Google BV e Google Ireland Limited são consideradas como transparentes para fins fiscais nos EUA.

Os lucros gerados pelo uso do intangível pelos clientes em países com alta tributação são percebidos diretamente pela Google Ireland Limited como um componente da remuneração pelo uso de publicidade da Google Ireland Limited, sem suportar tributação no país de origem, tendo em vista que a remuneração paga é dedutível no país de origem.

O imposto de renda corporativo na Irlanda incide à alíquota de 12,5%. A Google Ireland Limited está sujeita à tributação na Irlanda sobre o lucro líquido. Porém, em razão da dedução de um elevado montante relativo aos royalties pagos para a Google BV pelo uso do intangível (transferido originalmente em 2003), a Google Ireland Limited está sujeita a um imposto de renda corporativo efetivo muito baixo na Irlanda.

A Google BV, por sua vez, paga um elevado montante de royalties para Google Ireland Holdings. Esta última sociedade, residente em Bermude sob a perspectiva da Irlanda, não está sujeita ao pagamento de imposto de renda corporativo.

A Google BV, sediada na Holanda, foi constituída porque os royalties pagos diretamente de uma sociedade na Irlanda para uma sociedade em Bermude estariam sujeitos ao imposto de renda retido na fonte (“IRRF”) pela Irlanda. Como a Holanda não impõe IRRF para remessas de royalties, a interposição da Google BV evita a incidência de imposto nos pagamentos efetuados para a Google Ireland Holdings.

Pela perspectiva da legislação tributária dos EUA, tanto Google Ireland Limited, quanto Google BV, são consideradas transparentes para fins fiscais, mediante a utilização dos mecanismos de eleição que evitam a aplicação da Subpart F (“*regras americanas de Controlled Foreign Corporations - CFC*”). Assim, os EUA somente consideram a Google

Ireland Holdings como uma sociedade, residente em Bermuda. O resultado final é uma carga tributária próxima de zero de imposto sobre a renda proveniente de clientes na Europa, Oriente Médio e África.

1.3. Actions Plan

Após a identificação dos problemas e das suas possíveis causas, a OCDE editou um plano de ação para tentar conter a erosão global das bases tributárias, que está inserido no relatório “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, publicado em 2013. Para cada ação, a OCDE está desenvolvendo sugestões de alterações legislativas e demais providências necessárias para conter planejamentos tributários agressivos, bem como de métodos para a sua aplicação prática¹⁶.

A ação 1 trata dos desafios fiscais da economia digital (“*address the tax challenges of the digital economy*”). Esta ação tem por objetivo identificar as principais dificuldades que a economia digital representa para a aplicação das normas fiscais internacionais existentes e desenvolver opções detalhadas para resolver essas dificuldades, a partir de uma abordagem holística, que abrange tanto a tributação direta quanto a tributação indireta. As principais questões a serem examinadas incluem a capacidade de uma empresa, por meio de uma presença digital, participar significativamente da economia de outro país sem se submeter à tributação na respectiva jurisdição, devido à falta de conexão sob a perspectiva das regras internacionais atualmente em vigor; a atribuição do valor criado a partir da geração de dados relevantes de localizações de comércio através do uso de produtos e serviços digitais; a caracterização da renda derivada de novos modelos de negócio; a aplicação das regras de determinação da fonte da renda e a eficácia na cobrança do VAT/GST nos casos de cooperação transfronteiriça para fornecimento de bens e serviços digitais¹⁷.

A ação 2 trata da neutralização dos efeitos das estruturas realizadas com entidades híbridas ou instrumentos financeiros híbridos (“*neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”). Esta ação tem por objetivo desenvolver alterações legislativas e

¹⁶ No mesmo sentido, conferir: TABAKOV, Lubomir. “Counteracting tax evasion and avoidance (focus on non-compliance by MNEs)”. In: Petruzzi, Rafaela; Spies, Karoline (Eds.). *Tax Policy Challenges in the 21st Century. Series on International Tax Law Volume 86*. Viena: Linde, 2014, pp. 391-422.

¹⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (“OCDE”). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013, pp. 14-15.

recomendações na Convenção Modelo da OCDE em relação à neutralização dos efeitos (por exemplo, dupla não tributação, duplo crédito, diferimento de longo prazo) das entidades ou instrumentos híbridos. Isso pode incluir: (i) mudanças na Convenção Modelo da OCDE para garantir que as entidades híbridos (assim como entidades com dupla residência) não serão usadas para obtenção indevida de benefícios dos acordos de bitributação; (ii) alterações nas leis domésticas para prevenir a isenção sobre a renda proveniente de pagamento que foram deduzidos pela fonte pagadora; (iii) inclusão de regras nas leis domésticas para restringir a dedução de pagamentos que não serão incluídos na renda do recipiente (e não sujeitos à tributação pelas regras CFC ou leis similares); (iv) inclusão de regras nas leis domésticas que restringem a dedução de pagamentos que são dedutíveis em outra jurisdição; (v) orientação sobre a forma de coordenação ou de aplicação de regras de desempate (“*tie-breaker rules*”) na hipótese em que mais de um país pretende aplicar essas regras a uma operação ou estrutura. Uma atenção especial deve ser dada para a interação entre possíveis mudanças nas leis domésticas e as cláusulas da Convenção Modelo da OCDE. Esse trabalho será coordenado com as medidas que serão desenvolvidas para a limitação da dedução de despesas com juros, o fortalecimento das regras de CFC e o combate ao *treaty shopping*¹⁸.

A ação 3 versa sobre o fortalecimento das regras de CFC (“*strengthen CFC rules*”), cujo objetivo consiste em desenvolver recomendações para alterações na estrutura das regras domésticas que visam a combater o diferimento de lucros em operações internacionais¹⁹.

A ação 4 versa sobre a limitação da erosão das bases tributáveis mediante a dedução de despesas com juros e outros encargos financeiros (“*limit base erosion via interest deductions and other financial payments*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver recomendações em relação as leis que previnem erosão das bases tributáveis através do uso das despesas com juros, como, por exemplo, o endividamento com partes relacionadas e com terceiros, com objetivo de deduzir os juros excessivos ou financiar a produção de renda isenta ou sujeita à diferimento. Esse trabalho irá avaliar a eficácia de diferentes tipos de limitações. Em conexão e em apoio ao trabalho anterior, será desenvolvida orientação para preços de transferência em relação às operações financeiras

¹⁸ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 15-16.

¹⁹ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 16-17.

entre partes relacionadas, incluindo garantias financeiras e de desempenho, derivativos (incluindo derivativos internos utilizados nas relações inter-bancárias), seguro interno e outros contratos de seguro. Esse trabalho será coordenado com as ações relativas aos instrumentos financeiros híbridos e às regras de CFC²⁰.

A ação 5 versa sobre o combate das práticas fiscais nocivas de forma mais eficaz, levando em consideração a transparência e a substância (“*conter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance*”). Essa ação tem por objetivo reformular o trabalho sobre as práticas fiscais nocivas com foco na melhora da transparência, incluindo a troca automática obrigatória de informações sobre as decisões administrativas (“*rulings*”) que concedam regimes privilegiados de tributação, bem como a exigência de atividade econômica substancial para qualquer regime privilegiado de tributação. Haverá uma abordagem abrangente para avaliar os regimes fiscais privilegiados no contexto do BEPS²¹.

A ação 6 versa sobre a prevenção de abusos de tratados (“*prevent treaty abuses*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver recomendações e alterações s na Convenção Modelo, bem como em relação à estrutura das leis domésticas, para prevenir a concessão de benefícios dos acordos de bitributação em circunstâncias inapropriadas. Esse trabalho também esclarece que os acordos de bitributação não são designados para gerar dupla não tributação da renda, assim como apresenta considerações de política fiscal que, em geral, os países devem levar em consideração antes de decidir se devem, ou não, celebrar acordos de bitributação com determinada jurisdição, especialmente nos casos que envolvem paraísos fiscais. Esse trabalho será coordenado com a ação relativa aos híbridos²².

A ação 7 versa sobre a prevenção contra as medidas artificiais utilizadas pelos contribuintes para evitar a caracterização do *status* do Estabelecimento Permanente (“*prevent the artificial avoidance of PE status*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver mudanças na definição de PE para prevenir as medidas artificiais utilizadas para evitar a caracterização do PE, inclusive através do uso de comissionários (e não agentes

²⁰ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 17.

²¹ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 18.

²² OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 19.

dependentes), arranjos contratuais e isenções de atividades específicas. Esse trabalho também envolverá a questão da atribuição de lucro ao PE²³.

A ação 8 versa sobre a compatibilidade dos resultados das regras de preços de transferência com a criação de valor: intangíveis (“assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: intangibles”). Essa ação tem por objetivo desenvolver leis para prevenir BEPS nos casos de movimentação de intangíveis entre sociedades do mesmo grupo econômico. Isso envolverá: (i) adoção de uma ampla e claramente delineada definição de intangível; (ii) assegurar que os lucros associados com a transferência e o uso de intangíveis são apropriadamente alocados de acordo com criação de valor; (iii) desenvolvimento de regras de preços de transferência ou medidas especiais para a transferência de intangíveis de difícil avaliação; e (iv) atualização das orientações sobre as modalidades de *cost contribution arrangements*²⁴.

A ação 9 versa sobre a compatibilidade dos resultados das regras de preços de transferência com a criação de valor: riscos e capital (“assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: risks and capital”). Essa ação tem por objetivo desenvolver leis para prevenir o BEPS nos casos de transferência de riscos ou de alocação excessiva de capital entre sociedades do mesmo grupo econômico. Isso envolverá a adoção de regras de preços de transferência ou medidas especiais para assegurar que retornos inapropriados não serão percebidos por uma sociedade somente porque ela assumiu os riscos contratuais ou forneceu o capital. As leis a serem desenvolvidas também irão requerer o alinhamento dos retornos financeiros com a criação de valor. Esse trabalho será coordenado com a ação relativa à dedução de despesas com juros e outros pagamentos financeiros²⁵.

A ação 10 versa sobre a compatibilidade dos resultados das regras de preços de transferência com a criação de valor: outras transações de alto risco (“assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation:other high-risk transactions”). Essa ação tem por objetivo desenvolver de leis para prevenir o BEPS nos casos de operações que não ocorriam, ou que raramente ocorriam, entre partes independentes no mercado. Isso envolverá a adoção de regras de preços de transferência ou medidas especiais para:

²³ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 19-20.

²⁴ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 20-21.

²⁵ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 20-21.

(i) esclarecer as circunstâncias em que as transações poderiam ser re-caracterizadas; (ii) esclarecer a aplicação dos métodos de preços de transferência, em particular com relação à divisão de lucros (“*profit splits*”), em um contexto global de cadeias de valor; (iii) providenciar proteção contra tipos comuns de pagamentos que acarretem a erosão das bases tributáveis, tais como taxas de administração e despesas da sede²⁶.

A ação 11 versa sobre o estabelecimento de metodologias para coletar e analisar dados do BEPS e as ações para enfrentá-los (“*establish methodologies to collect and analyse data on BEPS and the actions to address it*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver recomendações em relação aos indicadores de escala e de impactos econômicos do BEPS e assegurar que ferramentas estejam disponíveis para monitorar e avaliar a eficácia e o impacto econômico das ações tomadas para resolver o BEPS em bases constantes. Isto envolverá o desenvolvimento de uma análise econômica da escala e do impacto do BEPS (incluindo efeitos de repercussão entre os países) e ações para enfrentar tais resultados. O trabalho envolverá a avaliação de uma variedade de fontes de dados existentes, a identificação de novos tipos de dados que devem ser coletados e o desenvolvimento de metodologias baseada em ambas as informações levando em consideração a necessidade de respeitar a confidencialidade do contribuinte e os custos administrativos para as autoridades fiscais e contribuintes²⁷.

A ação 12 versa sobre a exigência da divulgação de estruturas de planeamentos tributários agressivos por parte dos contribuintes (“*require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver recomendações em relação à elaboração de regras de divulgação obrigatória para transações agressivas ou abusivas, arranjos ou estruturas, levando em consideração custos administrativos para as autoridades fiscais e os contribuintes, com base na experiência do crescente número de países que possuem essas regras. Esse trabalho usará um desenho modular que permita um máximo de consistência e, ao mesmo tempo, a sua adaptação aos riscos e necessidades específicos de cada país. Um dos focos será os planos de tributação internacional, nos quais o trabalho irá explorar uma ampla definição de incentivos fiscais com a intenção de capturar tais transações. Isso também inclui o

²⁶ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 20-21.

²⁷ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 21-22.

desenvolvimento de modelos de compartilhamento de informações entre as autoridades fiscais dos Estados²⁸.

A ação 13 versa sobre o reexame de documentação de preços de transferência (“*re-examine transfer pricing documentation*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver regras em relação à documentação de preços de transferência para aumentar a transparência para as autoridades fiscais, levando em consideração os custos de conformidade do contribuinte. Essas regras exigirão que o contribuinte forneça informações relativas à alocação global da renda, à atividade econômica e aos tributos pagos entre os países de acordo com um modelo comum²⁹.

A ação 14 versa sobre o aumento da eficácia dos mecanismos de resolução de conflitos (“*make dispute resolution mechanisms more effective*”). Essa ação tem por objetivo desenvolver soluções para enfrentar os obstáculos que impedem os países de resolverem litígios relacionados aos acordos de bitributação com base no MAP (“*Mutual Agreement Procedure*”), incluindo a ausência de disposições de arbitragem na maioria dos acordos de bitributação e o fato de que o acesso ao MAP e a arbitragem pode ser negado em certas circunstâncias³⁰.

A ação 15 versa sobre o desenvolvimento de um tratado internacional multilateral (“*develop a multilateral instrument*”). Essa ação tem por objetivo analisar a tributação e as questões públicas de direito internacional relacionadas ao desenvolvimento de um instrumento multilateral que permitirá que as jurisdições que desejarem implementem medidas desenvolvidas no curso do trabalho do Projeto BEPS e alterem seus acordos de bitributação, sem a necessidade de negociações bilaterais. Baseado nessa análise, as partes interessadas poderão desenvolver um instrumento multilateral elaborado para fornecer uma abordagem inovadora para as questões internacionais tributárias enfrentadas no âmbito do BEPS, refletindo a rápida evolução da economia global e a necessidade de célere adaptação às mudanças na realidade social³¹.

²⁸ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 22-23.

²⁹ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 23.

³⁰ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., pp. 23-24.

³¹ OCDE. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Op. Cit., p. 24.

2. Action 6 – Prevent Treaty Abuses

2.1. Aspectos gerais sobre o uso abusivo dos acordos de bitributação

Como dito anteriormente, a ação 6, que versa sobre a prevenção de abusos de tratados (“*prevent treaty abuses*”), tem por objetivo desenvolver recomendações e alterações na Convenção Modelo, bem como em relação à estrutura das leis domésticas, para prevenir a concessão dos benefícios concedidos pelos acordos de bitributação em circunstâncias inapropriadas. Além disso, a OCDE objetivou esclarecer que os tratados internacionais não são projetados para serem usados de modo a gerar dupla não tributação, assim como identificar considerações de política fiscal que, em geral, os países devem levar em consideração antes de decidir celebrar acordos com outros países.

Segundo Yariv Brauner, a ação 6 é um componente-chave do projeto BEPS, exigindo uma resposta mais rápida da OCDE³². O uso inadequado de Tratados para Evitar a Dupla Tributação tem sido evitado por meio de instrumentos normativos específicos, como o controvertido conceito de beneficiário efetivo, leis domésticas anti-abuso e, em alguns casos, regras de limitação de benefício (“LOB”)³³. Essas disposições servem como mecanismos específicos anti-abuso, que visam a evitar a fruição indevida dos benefícios conferidos pelos acordos de bitributação.

Isso tem sido necessário porque certas empresas multinacionais têm utilizado indevidamente os benefícios previstos em acordos de bitributação entre os Estados para estruturarem suas operações. Essa prática é conhecida como *treaty shopping* e ocorre em razão de falhas na determinação do âmbito subjetivo dos acordos de bitributação que são exploradas pelas partes, permitindo que empresas residentes em um terceiro Estado se beneficiem das respectivas disposições convencionais. De acordo com Luís Eduardo Schoueri, ocorre *treaty shopping* quando um sujeito de direito, não compreendido no âmbito subjetivo, interpõe uma pessoa para obter proteção de um acordo de bitributação que, de outro modo, não seria obtida³⁴.

³² BRAUNNER, Yariv. *Op. Cit.*, p. 26.

³³ BRAUNNER, Yariv. *Op. Cit.*, p. 27.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 20-21.

Em estudo a respeito do tema, Avi-Yonah sustenta que há três requisitos básicos para se identificar estruturas de *treaty shopping*: (i) o beneficiário efetivo da entidade que pratica o *treaty shopping* não é residente no Estado em que ela foi constituída; (ii) a entidade interposta possui mínima ou nenhuma atividade econômica na jurisdição em que foi constituída; (iii) a renda auferida pela entidade interposta está sujeita a baixa ou nenhuma tributação em seu país de residência³⁵.

Os conceitos de *treaty abuse* e *treaty shopping* são similares e geram resultados semelhantes, tendo em vista que o primeiro envolve o uso abusivo das disposições dos acordos de bitributação de uma maneira geral, ao passo que o segundo versa especificamente sobre o aproveitamento dos benefícios dos acordos de bitributação por pessoas não incluídas no seu âmbito subjetivo. Pode-se dizer, portanto, que *treaty abuse* é geral e mais abrangente e *treaty shopping* é mais específico³⁶.

Yariv Brauner aponta que uma das principais preocupações do Projeto BEPS diz respeito à “estrutura de terceiros”, que corresponde ao uso de entidades residentes em outros países sem justificação econômica, bem como o uso de várias “camadas”, i.e. entidades, entre a residência e a fonte, presumivelmente injustificado. A consequência do uso dessas estruturas é a alocação artificial de lucros, sem a observância dos padrões de mercado. O autor sugere que é necessário o alinhamento da atribuição do lucro com a atividade econômica responsável pela geração da respectiva renda³⁷.

2.2. Action 6: o relatório da OCDE

Para enfrentar as questões apontadas acima, a OCDE recentemente divulgou o relatório contendo os resultados e as recomendações em relação ao Plano de Ação 6. Este relatório é resultado do trabalho realizado em três diferentes áreas identificadas pela Action 6: (i) desenvolvimento de disposições para a Convenção Modelo e recomendações sobre o desenvolvimento de leis domésticas para impedir a concessão de benefícios previstos em acordos de bitributação em circunstâncias inadequadas; (ii) esclarecimento

³⁵ AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana Hji. “Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union 2”. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper*, n. 182, 2010, p. 5.

³⁶ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. “Cláusulas de limitações de benefícios (LOB clauses) – Exame comparativo entre Modelo Norte-Americano de Tratados, Convenção Modelo OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 61. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 127.

³⁷ BRAUNER, Yariv. Op. Cit., pp. 27.

de que os acordos de bitributação não se destinam a serem usados para gerar dupla não tributação; (iii) identificação dos aspectos de política fiscal que, em geral, países devem considerar antes de decidir assinar um acordos de bitributação com outro país³⁸.

2.2.1. Desenvolvimento de disposições para a Convenção Modelo e recomendações sobre o desenvolvimento de leis domésticas para impedir a concessão de benefícios previstos em acordos de bitributação em circunstâncias inadequadas

Com a finalidade de determinar a melhor maneira de evitar a concessão de benefícios previstos nos acordos de bitributação em circunstâncias inadequadas, a OCDE fez a seguinte distinção entre as seguintes situações: (a) o contribuinte tenta contornar as limitações previstas pelo próprio tratado; e (b) o contribuinte tenta contornar as provisões da legislação doméstica utilizando benefícios do tratado. Com relação à primeira situação, a recomendação da OCDE é a inclusão de regras anti-abuso nos próprios acordos de bitributação. Já com relação à segunda situação, são necessárias regras domésticas anti-abuso³⁹.

2.2.1.1. O contorno pelo contribuinte de limitações previstas pelo próprio acordo de bitributação

A primeira recomendação dada pela OCDE é a inclusão de regras anti-abuso nos acordos de bitributação, que abordam estratégias de *treaty shopping*, através das quais contribuintes que não são residentes de um Estado Contratante tentam obter benefícios que somente seriam concedidos a um residente de um Estado Contratante. Além disso, a OCDE recomenda a inclusão de regras específicas nos acordos de bitributação para combater outras estratégias utilizadas pelos contribuintes para a fruição indevida de certos benefícios concedidos pelos acordos de bitributação⁴⁰.

³⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (“OCDE”). *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Paris: OECD, 2014, p. 9.

³⁹ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 10.

⁴⁰ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 10.

A inclusão de regras específicas anti-abuso no próprio acordo de bitributação é adequada, na medida em que evita discussões a respeito da possibilidade de a lei doméstica restringir ou limitar a aplicação dos acordos de bitributação⁴¹.

2.2.1.1.1. Recomendações relacionadas ao *treaty shopping*

Inicialmente, o relatório da OCDE trata da situação de *treaty shopping*⁴², que, como visto acima, ocorre quando um contribuinte que não é residente de um Estado Contratante tenta obter os benefícios que seriam concedidos a um residente de um Estado Contratante⁴³. Para essa situação, a OCDE recomenda o seguinte⁴⁴:

- Em primeiro lugar, é recomendada a inclusão, no título e no preâmbulo dos acordos de bitributação, de uma declaração clara de que os Estados Contratantes, por ocasião da celebração do tratado internacional, têm a intenção de evitar a criação de oportunidades de não-tributação ou redução da tributação, através de evasão ou elisão fiscal, incluindo *treaty shopping*.
- Em segundo lugar, recomenda-se a inclusão, nos acordos de bitributação, de regra anti-abuso específica, baseada nas cláusulas de LOB incluídas nos tratados internacionais concluídos pelos Estados Unidos e por alguns outros países. Essa regra específica englobará um grande número de situações de *treaty shopping*, a partir da natureza jurídica, propriedade e atividades gerais de um residente em um dos Estados Contratantes.
- Em terceiro lugar, a fim de abordar outras formas de *treaty abuse*, incluindo formas de *treaty shopping* que não estão cobertas pela cláusula de LOB acima descrita, é recomendado adicionar nos acordos de bitributação uma cláusula geral

⁴¹ Para uma análise mais ampla do tema, conferir: MAISTO, Guglielmo. “Domestic Anti-Abuse Rules and Bilateral Tax Conventions in the Light of Public International Law”. *Essays on Tax Treaties – A Tribute to David A. Ward*. Amsterdam: IBFD, 2012, pp. 325-341.

⁴² OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 11-12

⁴³ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 20.

⁴⁴ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 22.

anti-abuso, que permite a investigação do propósito principal das transações ou operações praticadas pelo contribuinte (*the principal purposes test - “PPT” rule*).

Para a OCDE, a combinação das cláusulas de LOB e PPT propostas no relatório evidencia que cada regra tem pontos fortes e fracos. As disposições da cláusula de LOB são baseadas em critérios objetivos, que fornecem mais certeza do que a cláusula de PPT, que está sujeita a maior subjetividade, tendo em vista que essa última requer uma análise caso a caso, com base no que pode razoavelmente ser considerado um dos principais propósitos das transações ou operações. Por isso, a cláusula de LOB é útil como uma regra anti-abuso objetiva e específica, destinada a situações de *treaty shopping* que podem ser identificadas com base em critérios como natureza jurídica, propriedade e atividades gerais de certas entidades. A cláusula de LOB não aborda outras formas de *treaty abuses*, ou mesmo formas específicas de *treaty shopping*, tais como *conduit financing arrangements*, por meio do qual um residente de um Estado Contratante é usado como intermediário por contribuintes que não são residentes do Estado Contratante e, portanto, não teriam direito aos benefícios do acordo de bitributação⁴⁵.

A combinação das cláusulas de LOB e PPT pode não ser apropriada para todos os países, tendo em vista que alguns Estados podem ter desenvolvido regras domésticas anti-abuso, ou mesmo os tribunais dos países podem ter criado ferramentas de interpretação como, por exemplo, substância sobre a forma, que efetivamente abordam as situações de *treaty abuses*. Esses países podem não querer uma provisão geral anti-abuso em seus acordos de bitributação, ou podem preferir uma cláusula mais restrita. Por essa razão, as cláusulas de LOB e PPT podem requerer adaptações⁴⁶.

Neste particular, Michael Lang aponta que a proposta da OCDE reflete a atual tendência no combate ao uso abusivo dos acordos de bitributação, tendo em vista que diversos países introduziram recentemente regras gerais anti-abuso em suas leis internas⁴⁷.

⁴⁵ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 23.

⁴⁶ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 23.

⁴⁷ LANG, Michael. “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”. *Tax Notes International Volume 74, Number 7*. Falls Church: Tax Analysts, 2014, p. 656.

Desde que os países efetivamente abordem *treaty abuses* de alguma forma, a OCDE reconhece que pode haver certa flexibilidade. Porém, para a OCDE, o mínimo que os países devem fazer é incluir, expressamente, em seus acordos de bitributação que sua intenção comum é eliminar a dupla tributação, sem criar oportunidades para a não tributação ou mesmo redução da tributação, através de elisão ou evasão fiscal, incluindo situações de *treaty shopping*, bem como inserir cláusulas de LOB ou cláusula de PPT, complementando-as com regras domésticas anti-abuso⁴⁸.

A cláusula LOB proposta pela OCDE tem a seguinte redação:

"ARTICLE X. ENTITLEMENT TO BENEFITS

1. Except as otherwise provided in this Article, a resident of a Contracting State shall not be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention (other than a benefit under paragraph 3 of Article 4, paragraph 2 of Article 9 or Article 25), unless such resident is a "qualified person", as defined in paragraph 2, at the time that the benefit would be accorded.

2. A resident of a Contracting State shall be a qualified person at a time when a benefit would otherwise be accorded by the Convention if, at that time, the resident is:

a) an individual;

b) a Contracting State, or a political subdivision or local authority thereof, or a person that is wholly-owned by such State, political subdivision or local authority;

c) a company or other entity, if, throughout the taxable period that includes that time

i) the principal class of its shares (and any disproportionate class of shares) is regularly traded on one or more recognised stock exchanges, and either:

A) its principal class of shares is primarily traded on one or more recognised stock exchanges located in the Contracting State of which the company or entity is a resident; or

B) the company's or entity's primary place of management and control is in the Contracting State of which it is a resident; or

⁴⁸ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 23.

ii) at least 50 per cent of the aggregate voting power and value of the shares (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) in the company or entity is owned directly or indirectly by five or fewer companies or entities entitled to benefits under subdivision i) of this subparagraph, [provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of either Contracting State];

d) a person, other than an individual, that

i) is a [list of the relevant non-profit organizations found in each Contracting State],

ii) was constituted and is operated exclusively to administer or provide pension or other similar benefits, provided that more than 50 per cent of the beneficial interests in that person are owned by individuals resident in either Contracting State, or

iii) was constituted and is operated to invest funds for the benefit of persons referred to in subdivision ii), provided that substantially all the income of that person is derived from investments made for the benefit of these persons;

e) a person other than an individual, if

i) on at least half the days of the taxable period that includes that time, persons who are residents of that Contracting State and that are entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of this paragraph own, directly or indirectly, shares representing at least 50 per cent of the aggregate voting power and value (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) of the person, [provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of that Contracting State], and

ii) less than 50 per cent of the person's gross income, as determined in the person's Contracting State of residence, for the taxable period that includes that time is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not residents of either Contracting State entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of this paragraph in the form of payments that are deductible for purposes of the taxes covered by this Convention in the person's Contracting State of residence (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property);

f) [possible provision on collective investment vehicles]1 [Footnote 1:] This subparagraph should be drafted (or omitted) based on how collective investment vehicles are treated in the Convention and are used and treated

in each Contracting State: see the Commentary on the subparagraph and paragraphs 6.4 to 6.38 of the Commentary on Article 1.]

3.

- a) *A resident of a Contracting State will be entitled to benefits of this Convention with respect to an item of income derived from the other Contracting State, regardless of whether the resident is a qualified person, if the resident is engaged in the active conduct of a business in the first mentioned Contracting State (other than the business of making or managing investments for the resident's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank or [list financial institutions similar to banks that the Contracting States agree to treat as such], insurance enterprise or registered securities dealer respectively), and the income derived from the other Contracting State is derived in connection with, or is incidental to, that business.*
- b) *If a resident of a Contracting State derives an item of income from a business activity conducted by that resident in the other Contracting State, or derives an item of income arising in the other Contracting State from an associated enterprise, the conditions described in subparagraph a) shall be considered to be satisfied with respect to such item only if the business activity carried on by the resident in the first-mentioned Contracting State is substantial in relation to the business activity carried on by the resident or associated enterprise in the other Contracting State. Whether a business activity is substantial for the purposes of this paragraph will be determined based on all the facts and circumstances.*
- c) *For purposes of applying this paragraph, activities conducted by persons connected to a person shall be deemed to be conducted by such person. A person shall be connected to another if one possesses at least 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or another person possesses at least 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate voting power and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in each person. In any case, a person shall be considered to be connected to another if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same person or persons.*

[4. A company that is a resident of a Contracting State shall also be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention if, at the time when that benefit would be accorded:

- a) at least 95 per cent of the aggregate voting power and value of its shares (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) is owned, directly or indirectly, by seven or fewer persons that are equivalent beneficiaries, provided that in the case of indirect ownership, each intermediate owner is itself an equivalent beneficiary, and*

b) less than 50 per cent of the company's gross income, as determined in the company's State of residence, for the taxable period that includes that time, is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not equivalent beneficiaries, in the form of payments (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property) that are deductible for the purposes of the taxes covered by this Convention in the company's State of residence.]

5. If a resident of a Contracting State is not entitled, under the preceding provisions of this Article, to all benefits provided under this Convention, the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted benefits to which that resident is not entitled shall nevertheless treat that resident as being entitled to these benefits, or benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that resident and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that the establishment, acquisition or maintenance of the resident and the conduct of its operations did not have as one of its principal purposes the obtaining of benefits under this Convention. The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State.

6. For purposes of the preceding provisions of this Article:

a) the term "recognised stock exchange" means:

- i) [list of stock exchanges agreed to at the time of signature]; and*
- ii) any other stock exchange agreed upon by the competent authorities of the Contracting States;*

b) the term "principal class of shares" means the ordinary or common shares of the company, provided that such class of shares represents the majority of the voting power and value of the company. If no single class of ordinary or common shares represents the majority of the aggregate voting power and value of the company, the "principal class of shares" are those classes that in the aggregate represent a majority of the aggregate voting power and value of the company. In the case of a company participating in a dual listed company arrangement, the principal class of shares will be determined after excluding the special voting shares which were issued as a means of establishing that dual listed company arrangement;

c) the term "disproportionate class of shares" means any class of shares of a company resident in one of the Contracting States that entitles the shareholder to disproportionately higher participation, through dividends, redemption payments or otherwise, in the earnings generated in the other Contracting State by particular assets or activities of the company;

d) a company's "primary place of management and control" will be in the Contracting State of which it is a resident only if executive officers and

senior management employees exercise day-to-day responsibility for more of the strategic, financial and operational policy decision making for the company (including its direct and indirect subsidiaries) in that Contracting State than in any other State and the staff of such persons conduct more of the day-to-day activities necessary for preparing and making those decisions in that Contracting State than in any other State;

e) [possible definition of “collective investment vehicle”]; 1 [Footnote 1: A definition of the term “collective investment vehicle” should be added if a provision on collective investment vehicles is included in paragraph 2 (see subparagraph 2 f)).];

[f) the term “equivalent beneficiary” means a resident of any other State, but only if that resident

i)

A) would be entitled to all the benefits of a comprehensive convention for the avoidance of double taxation between that other State and the State from which the benefits of this Convention are claimed under provisions analogous to subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of paragraph 2 of this Article, provided that if such convention does not contain a comprehensive limitation on benefits article, the person would be entitled to the benefits of this Convention by reason of subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of paragraph 2 of this Article if such person were a resident of one of the Contracting States under Article 4 of this Convention; and

B) with respect to income referred to in Articles 10, 11 and 12 of this Convention, would be entitled under such convention to a rate of tax with respect to the particular class of income for which benefits are being claimed under this Convention that is at least as low as the rate applicable under this Convention; or

ii) is a resident of a Contracting State that is entitled to the benefits of this Convention by reason of subparagraph a), b), subdivision i) of subparagraph c) or subparagraph d) of paragraph 2 of this Article;]

g) the term “dual listed company arrangement” means an arrangement pursuant to which two publicly listed companies, while maintaining their separate legal entity status, shareholdings and listings, align their strategic directions and the economic interests of their respective shareholders through:

- i) the appointment of common (or almost identical) boards of directors, except where relevant regulatory requirements prevent this;
 - ii) management of the operations of the two companies on a unified basis;
 - iii) equalised distributions to shareholders in accordance with an equalisation ratio applying between the two companies, including in the event of a winding up of one or both of the companies;
 - iv) the shareholders of both companies voting in effect as a single decision-making body on substantial issues affecting their combined interests; and
 - v) cross-guarantees as to, or similar financial support for, each other's material obligations or operations except where the effect of the relevant regulatory requirements prevents such guarantees or financial support; and
- h) with respect to entities that are not companies, the term "shares" means interests that are comparable to shares."⁴⁹

Como se pode notar, a cláusula de LOB sugerida no relatório da OCDE dispõe, em seu parágrafo primeiro, que um residente de um Estado Contratante não terá direito aos benefícios do acordo de bitributação, a menos que seja “pessoa qualificada”, nos termos do parágrafo segundo, ou que atenda aos requisitos dos parágrafos terceiro, quarto ou quinto.

O parágrafo segundo traz os seguintes testes objetivos para que uma pessoa seja qualificada: ser (i) um indivíduo, ou (ii) um Estado Contratante, subdivisão política ou autoridade local, ou (iii) companhia que (a) tenha sua classe principal de ações negociadas em bolsa de valores (*publicly-traded companies and entities*), ou (b) que pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações da companhia sejam detidos, direta ou indiretamente, por cinco (ou menos) companhias que também façam jus aos benefícios do acordo de bitributação, desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente de um dos Estados Contratantes, ou (iv) ser residente de um ou ambos os Estados Contratantes, na forma do parágrafo 2 do artigo 4, desde que mais de 50% dos seus beneficiários, membros ou participantes também sejam indivíduos residentes em um dos Estados Contratantes, ou (vi) qualquer entidade (que não seja

⁴⁹ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 24-30.

pessoa física) (a) cujas ações ou outros interesses representem, na metade dos dias do ano calendário, pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações sejam detidos, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados Contratantes e beneficiárias do acordo de bitributação, desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente de um dos Estados Contratantes; e (b) se menos de 50% do lucro bruto da entidade apurado no ano calendário seja pago ou acumulado, direta ou indiretamente, para pessoas que não são residentes de nenhum dos Estados Contratantes, sob a forma de pagamentos que são dedutíveis na determinação da base tributável no Estado da residência (*ownership / base erosion*).

O parágrafo terceiro aduz que, mesmo na ausência de “pessoa qualificada”, os benefícios do acordo de bitributação poderão ser concedidos aos rendimentos derivados de atividade comercial ou negocial exercida pelo residente de um Estado Contratante no outro Estado Contratante (*active conduct of a business*).

O parágrafo quarto prevê que o residente de um Estado Contratante fará jus ao benefícios do acordo de bitributação na hipótese em que atender dois requisitos cumulativos: (i) pelo menos 95% dos direitos de voto e do valor das ações sejam detidos, direta ou indiretamente, por sete pessoas (ou menos) que sejam beneficiárias do acordo de bitributação; e (ii) menos de 50% da renda bruta da sociedade seja paga ou acumulada, direta ou indiretamente, por pessoas que não sejam beneficiárias do acordo de bitributação, sob a forma de pagamentos que são dedutíveis para fins de determinação da base tributável dos impostos abrangidos pelo tratado (*derivative benefits*). Esse parágrafo permite que certas entidades detidas por residentes de outro Estado obtenham benefícios que estes residentes obteriam se tivessem investido diretamente.

O parágrafo quinto trata de cláusula *bona fide* (cláusula de boa-fé), segundo a qual a autoridade competente do outro Estado Contratante pode entender que o estabelecimento, aquisição ou manutenção das atividades pelo contribuinte não tinham por objetivo principal o uso dos benefícios veiculados pelo acordo de bitributação e conceder os benefícios do acordo de bitributação, ainda que o contribuinte não tenha cumprido nenhum dos requisitos para ser “pessoa qualificada” (*discretionary relief*).

O parágrafo sexto traz as definições que são essenciais para a aplicação da cláusula de LOB (*definitions*). Essas definições propostas pela OCDE são importantes porque

diversos termos utilizados na redação da cláusula LOB não estão definidos no acordo de bitributação, tampouco nas leis domésticas dos países membros da OCDE, o que poderia gerar dificuldades na sua interpretação e aplicação concreta. Na prática norte americana, que serviu de influência para a OCDE, diversos termos utilizados na cláusula LOB estão expressamente definidos na sua lei interna, o que facilita a sua aplicação pelas autoridades fiscais dos EUA.

Além disso, para facilitar a sua aplicação concreta pelos Estados membros, o relatório da OCDE inclui um detalhado Comentário ao Artigo, com a explicação detalhada de cada disposição da cláusula de LOB⁵⁰.

A cláusula de PPT trazida pelo relatório da OCDE incorpora os princípios já reconhecidos no Comentário ao Artigo 1 da Convenção Modelo da OCDE. Essa cláusula é mais ampla, abordando casos gerais de *treaty abuse*, que podem incluir operações de *treaty shopping*, não cobertas pela cláusula de LOB. Leia-se:

“ARTICLE X. ENTITLEMENT TO BENEFITS

7. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”⁵¹

Para essa cláusula, o relatório da OCDE também inclui um detalhado Comentário ao Artigo, com exemplos que explicam e ilustram sua aplicação⁵².

Segundo Michael Lang, o trecho “*in accordance with the object and purpose of the relevant provisions*”, incluído na cláusula de PPT pode dar margem a dúvidas em relação à correta interpretação dos acordos de bitributação. Isso porque, é evidente que o objeto e a finalidade das cláusulas convencionais devem sempre ser levados em consideração pelo hermeneuta no momento de sua interpretação. A interpretação não

⁵⁰ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 30-65.

⁵¹ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 66.

⁵² OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 66-74.

deve ficar limitada a literalidade textual, de forma descasada com o seu objetivo e finalidade. Assim, ao estabelecer expressamente que na interpretação da cláusula de PPT deve-se considerar o objetivo e a finalidade do acordo de bitributação, a redação pode conduzir ao equivocado entendimento de que na interpretação da cláusula de LOB não seria necessário observar a finalidade do tratado internacional, o que é absolutamente incompatível com os princípios de interpretação consagrados no artigo 21 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados⁵³.

Além disso, Lang pontua que a cláusula de PPT é completamente baseada em critério subjetivo, tendo em vista que a fruição dos benefícios do acordo de bitributação deve corresponder ao objetivo central do contribuinte, o que acarreta a dificuldade de comprovar a intenção do contribuinte. Ademais, além de não constar do modelo norte-americano de tratados, que serviu de base para a cláusula de LOB sugerida pela OCDE, a cláusula de PPT também é amplamente criticada pelos EUA, cujo Senado, em processo de ratificação de acordo de bitributação, fez a seguinte reserva expressa: “*The new main purpose tests in the proposed treaty are subjective, vague and add uncertainty to the treaty. It is unclear how the provisions are to be applied. In addition, the provisions lack conformity with other U.S. tax treaties. This uncertainty could create difficulties for legitimate business transactions, and can hinder a taxpayer’s ability to rely on the treaty*”. Com isso, o Senado norte-americano apenas aprovou o acordo de bitributação após a exclusão da cláusula de PPT⁵⁴.

2.2.1.1.2. Recomendações acerca de outras limitações do tratado

O relatório da OCDE traz recomendações adicionais para novas cláusulas específicas anti-abuso, que abordam outras estratégias, que não *treaty shopping*, utilizadas pelos contribuintes para a fruição indevida de certos benefícios concedidos pelos acordos de bitributação. Essas regras abordam as seguintes situações⁵⁵:

- (i) *Splitting-up of contracts*, situação na qual o contribuinte divide os contratos de construção em diversos períodos inferiores a doze meses, com o intuito de evitar a caracterização do estabelecimento permanente e,

⁵³ LANG, Michael. *Op.Cit.*, p. 658.

⁵⁴ LANG, Michael. *Op.Cit.*, p. 664.

⁵⁵ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 75-86

consequentemente, a tributação pelo Estado de Fonte. A OCDE sugere uma alteração no parágrafo 18 do Comentário ao Artigo 5 da Convenção Modelo⁵⁶. Especificamente no caso brasileiro, esta alteração tem pouca relevância prática, tendo em vista que a legislação tributária interna não adota um conceito de estabelecimento permanente para fins de tributação, optando pela tributação exclusiva do rendimento na fonte.

- (ii) *Hiring-out of labour cases*, situação na qual o contribuinte tenta evitar a tributação do rendimento pelo Estado de Fonte, mediante a terceirização de mão-de-obra. A OCDE entende que a cláusula alternativa sugerida no parágrafo 8(3) do Comentário ao Artigo 15 da Convenção Modelo é suficiente para evitar essa forma específica de abuso dos acordos de bitributação⁵⁷.
- (iii) *Transactions intended to avoid dividend characterisation*, por meio das quais o contribuinte procura evitar a caracterização de determinado rendimento como dividendo, com o objetivo de aplicar uma regra distributiva do acordo de bitributação que lhe seja mais favorável. Como exemplo, a caracterização do rendimento como ganho de capital, em vez de como dividendo, pode evitar a tributação pelo Estado de Fonte, em virtude da aplicação do Artigo 13(5). A OCDE esclarece que a questão específica dos instrumentos financeiros híbridos será tratada no *Action 4*.

⁵⁶ “18. The twelve month test applies to each individual site or project. In determining how long the site or project has existed, no account should be taken of the time previously spent by the contractor concerned on other sites or projects which are totally unconnected with it. A building site should be regarded as a single unit, even if it is based on several contracts, provided that it forms a coherent whole commercially and geographically. Subject to this proviso, a building site forms a single unit even if the orders have been placed by several persons (e.g. for a row of houses). The twelve month threshold has given rise to abuses; it has sometimes been found that enterprises (mainly contractors or subcontractors working on the continental shelf or engaged in activities connected with the exploration and exploitation of the continental shelf) divided their contracts up into several parts, each covering a period less than twelve months and attributed to a different company which was, however, owned by the same group. Apart from the fact that such abuses may, depending on the circumstances, fall under the application of legislative or judicial anti-avoidance rules, countries concerned with this issue can adopt solutions in the framework of bilateral negotiations.”

⁵⁷ “8.3 If States where this is the case are concerned that such approach could result in granting the benefits of the exception provided for in paragraph 2 in unintended situations (e.g. in so-called “hiring-out of labour” cases), they are free to adopt bilaterally a provision drafted along the following lines:

Paragraph 2 of this Article shall not apply to remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment exercised in the other Contracting State and paid by, or on behalf of, an employer who is not a resident of that other State if:

a) the recipient renders services in the course of that employment to a person other than the employer and that person, directly or indirectly, supervises, directs or controls the manner in which those services are performed; and
b) those services constitute an integral part of the business activities carried on by that person.”

- (iv) *Dividend transfer transactions*, nas quais o contribuinte, que inicialmente estaria sujeito à tributação dos dividendos recebidos à alíquota de 15%, procura ampliar o seu percentual de participação societária a fim de aplicar a alíquota reduzida de 5%. Para lidar com tais situações, a OCDE sugere a inclusão de um período mínimo de manutenção do investimento na participação societária, além do capital social mínimo de 25%. A redação da OCDE exige um período mínimo de 365 dias⁵⁸.
- (v) *Transactions that circumvent the application of Article 13(4)*, nas quais os contribuintes utilizam *partnerships* ou *trusts* para evitar a aplicação do Artigo 13(4) da Convenção Modelo, segundo o qual o Estado Contratante no qual o bem imóvel está localizado tem competência para tributar o ganho de capital auferido pelo residente no outro Estado Contratante, na hipótese em que mais de 50% do valor das ações vendidas da sociedade decorrem do respectivo imóvel. A OCDE sugere a inclusão de *partnerships* e *trusts* na cláusula dos acordos de bitributação, bem como de um prazo mínimo de 365 dias, para evitar que o contribuinte dilua o percentual que o imóvel representa no valor das ações⁵⁹.
- (vi) *Tie-breaker rule for determining the treaty residence of dual-resident persons other than individuals*, para as situações em que a entidade é residente em ambos os Estados Contratantes. A OCDE sugere que o parágrafo 3 do Artigo 4 seja modificado, incluindo-se a previsão de que os Estados Contratantes deverão determinar, por mútuo acordo, em qual Estado Contratante a entidade deverá ser considerada residente para fins do acordo de bitributação, tendo em vista sua sede, local em que foi constituída, ou outros fatores relevantes⁶⁰. Na ausência de acordo, a

⁵⁸ “a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends throughout a 365 day period that includes the day of the payment of the dividend (for the purpose of computing that period, no account shall be taken of changes of ownership that would directly result from a corporate reorganisation, such as a merger or divisive reorganisation, of the company that holds the shares or that pays the dividend);”

⁵⁹ “Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares or comparable interests, such as interests in a partnership or trust, may be taxed in the other Contracting State if, at any time during the 365 days preceding the alienation, these shares or comparable interests derived more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property, as defined in Article 6, situated in the other State.”

⁶⁰ “3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the

entidade não terá direito aos benefícios do acordo de bitributação, exceto se os Estados Contratantes acordarem de outra forma.

- (vii) *Anti-abuse rule for permanent establishments situated in third States*, para situações em que o contribuinte transfere ações, direitos de crédito, direito de qualquer natureza ou direitos de propriedade para estabelecimentos permanentes constituídos em terceiros Estados, exclusivamente com o objetivo de obter um tratamento tributário favorecido para os rendimentos decorrentes dos ativos mencionados acima. A OCDE sugere a inclusão de regra anti-abuso nos acordos de bitributação para os casos em que a renda atribuída ao estabelecimento permanente recebe isenção no Estado de residência e está sujeita à baixa tributação no terceiro Estado, hipótese em que o Estado da Fonte não deve ser obrigado a garantir os benefícios previstos nos acordos de bitributação para o respectivo rendimento⁶¹.

2.2.1.2. O contorno das regras da legislação doméstica pelo contribuinte mediante a utilização dos benefícios do acordo de bitributação

Para as situações em que o contribuinte tentar contornar as regras da legislação doméstica utilizando benefícios dos acordos de bitributação, a OCDE sugere o

purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.”

⁶¹ “Where

- a) an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and such income is attributable to a permanent establishment of the enterprise situated in a third jurisdiction, and
- b) the profits attributable to that permanent establishment are exempt from tax in the first-mentioned State the tax benefits that would otherwise apply under the other provisions of the Convention will not apply to any item of income on which the tax in the third jurisdiction is less than 60 per cent of the tax that would be imposed in the first-mentioned State if the income were earned or received in that State by the enterprise and were not attributable to the permanent establishment in the third jurisdiction.

In such a case

- c) any dividends, interest, or royalties to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State but the tax charged in that State shall not exceed [rate to be determined] per cent of the gross amount thereof, and
- d) any other income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State, notwithstanding any other provision of the Convention.

The preceding provisions of this paragraph shall not apply if the income derived from the other State is

- e) derived in connection with or is incidental to the active conduct of a business carried on through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise’s own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank, insurance enterprise or registered securities dealer, respectively), or
- f) royalties that are received as compensation for the use of, or the right to use, intangible property produced or developed by the enterprise through the permanent establishment.”

desenvolvimento, pelos países, de leis domésticas anti-abuso para evitar as seguintes estratégias utilizadas pelo contribuinte: (i) *thin capitalisation* por meio de contratos de empréstimos e outras transações financeiras usadas para dedução fiscal das despesas de juros e outros custos de captação; (ii) *dual residence strategies*, nas quais a entidade é residente para fins fiscais, mas não-residente para fins de acordo de bitributação; (iii) *transfer mispricing*; (iv) *arbitrage transactions em um único Estado*, por meio das quais os contribuintes se aproveitam de vantagens tributárias oriundas de descasamentos existentes nas leis domésticas de um Estado, que podem estar relacionados com a caracterização da renda (isto é, transformação dos lucros em ganho de capital) ou do rendimento (isto é, transformação dos dividendos em juros), com o tratamento do contribuinte (isto é, transferência da renda para entidades isentas de tributação ou para entidades que possuem prejuízos fiscais acumulados, ou transferência da renda de não-residentes para residentes), ou com diferenças temporais no reconhecimento da receita ou despesa (isto é, tributação diferida ou deduções antecipadas); (v) *arbitrage transactions em dois Estados distintos*, nas quais os contribuintes exploram os descasamentos existentes entre as leis domésticas de dois Estados, nas mesmas circunstâncias mencionadas acima; (vi) transações que abusam dos mecanismos de alívio à dupla tributação, como, por exemplo, produção de renda que não é tributada no Estado de Fonte mas deve ser isenta no Estado de residência, ou abuso de mecanismos de crédito fiscal relativo ao imposto de renda pago no exterior⁶².

A maior parte destas estratégias serão abordadas em outros *Actions Plans*, mas, com relação ao *Action 6*, a OCDE sugere a aplicação de legislação doméstica específica para prevenir essas transações, como por exemplo regras de CFC, regras de subcapitalização, entre outras⁶³.

2.2.2. Esclarecimento de que os acordos de bitributação não devem ser usados para gerar dupla não tributação

A segunda parte do trabalho relativo ao *Action 6* envolve o esclarecimento de que os acordos de bitributação não devem ser usados para gerar dupla não tributação. Para

⁶² OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 86-87.

⁶³ A OCDE sugere a inclusão de alguns esclarecimentos no Comentário ao Artigo 1. Vide páginas 88 a 97 do *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Paris: OECD, 2014.

tanto, a recomendação da OCDE é a inclusão, no título e preâmbulo dos acordos de bitributação, de que a intenção dos Estados, quando assinam um acordo de bitributação, envolve apenas a eliminação da dupla tributação, sem criar oportunidades para evasão ou elisão fiscal, inclusive situações de *treaty shopping*⁶⁴. Leia-se a sugestão proposta pela OCDE:

“Replace the Title of the Convention (including its footnote) by the following:

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

Replace the heading “Preamble to the Convention” (including its footnote) by the following:

PREAMBLE TO THE CONVENTION

(State A) and (State B),

Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their cooperation in tax matters, Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)”⁶⁵

A OCDE aponta que tal inclusão será relevante para a interpretação e aplicação dos acordos de bitributação⁶⁶.

⁶⁴ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., p. 98-99.

⁶⁵ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 99.

⁶⁶ Além das modificações no título e preâmbulo, a OCDE sugere as seguintes complementações na Introdução da Convenção Modelo:

“Replace paragraphs 2 and 3 of the Introduction by the following:

2. It has long been recognized among the member countries of the Organisation for Economic Co-operation and Development that it is desirable to clarify, standardize, and confirm the fiscal situation of taxpayers who are engaged in commercial, industrial, financial, or any other activities in other countries through the application by all countries of common solutions to identical cases of double taxation. These countries have also long recognized the need to improve administrative co-operation in tax matters, notably through exchange of information and assistance in collection of taxes, for the purpose of preventing tax evasion and avoidance.

3. These are the main purposes of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, which provides a means of settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of international juridical double taxation. As recommended by the Council of the OECD, member countries, when concluding or revising bilateral conventions, should conform to this Model Convention as interpreted by the Commentaries thereon and having regard to the reservations contained therein and their tax authorities should follow these Commentaries, as modified from time to time and subject to their

Neste particular, é importante esclarecer que a escolha de um acordo de bitributação para minimizar ônus tributários não pode ser vista como abusiva. É preciso verificar, no caso concreto, se o uso do *treaty shopping* contraria o objetivo e propósito do acordo de bitributação. Para isso, é preciso que o preâmbulo preveja expressamente que a intenção dos Estados envolve apenas a eliminação da dupla tributação, sem criar oportunidades para evasão ou elisão fiscal, inclusive situações de *treaty shopping*. O preâmbulo permite uma abordagem política dos termos em que o acordo de bitributação foi negociado e assinado, servindo de suporte para sua adequada interpretação.

Entretanto, é essencial que o preâmbulo seja suportado por disposições incluídas no próprio acordo de bitributação, definindo os vários elementos para que o Estado possa negar os benefícios fiscais nele previstos. Isso porque, o princípio do *pacta sunt servanda*, baseado na boa fé, não permite que uma parte do acordo de bitributação se recuse a dar cumprimento às obrigações livremente pactuadas apenas com base em disposições preambulares. Assim, é preciso que o próprio acordo de bitributação forneça elementos

observations thereon, when applying and interpreting the provisions of their bilateral tax conventions that are based on the Model Convention.

[Footnote to paragraph 3] 1. See Annex.

Replace paragraph 16 of the Introduction by the following:

16. In both the 1963 Draft Convention and the 1977 Model Convention, the title of the Model Convention included a reference to the elimination of double taxation. In recognition of the fact that the Model Convention does not deal exclusively with the elimination of double taxation but also addresses other issues, such as the prevention of tax evasion and avoidance as well as non-discrimination, it was decided, in 1992, to use a shorter title which did not include this reference. This change was made both on the cover page of this publication and in the Model Convention itself. However, it was understood that the practice of many member countries was still to include in the title a reference to either the elimination of double taxation or to both the elimination of double taxation and the prevention of fiscal evasion since both approaches emphasized these important purposes of the Convention.

16.1 As a result of work undertaken as part of the OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, in [year] the Committee decided to amend the title of the Convention and to include a preamble. The changes made expressly recognise that the purposes of the Convention are not limited to the elimination of double taxation and that the Contracting States do not intend the provisions of the Convention to create opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion and avoidance. Given the particular base erosion and profit shifting concerns arising from treaty-shopping arrangements, it was also decided to refer expressly to such arrangements as one example of tax avoidance that should not result from tax treaties, it being understood that this was only one example of tax avoidance that the Contracting States intend to prevent.

16.2 Since the title and preamble form part of the context of the Convention¹ and constitute a general statement of the object and purpose of the Convention, they should play an important role in the interpretation of the provisions of the Convention. According to the general rule of treaty interpretation contained in Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

[Footnote to paragraph 16.2:] 1. See Art. 31(2) VCLT.”

objetivos para a verificação do *treaty entitlement*, a fim de evitar que os Estados, por meio de análise subjetiva, descumpram as obrigações assumidas nas cláusulas convencionais⁶⁷.

2.2.3. Políticas fiscais que os países devem levar em consideração antes de assinar um acordo de bitributação com outros países

A terceira e última parte do trabalho feito com relação ao *Action 6* foi a identificação das políticas fiscais que devem ser levadas em consideração pelos Estados antes de assinarem acordos de bitributação com outros países. Isso pode ajudar os países a justificar suas decisões de não assinar acordos de bitributação com certas jurisdições de baixa tributação, bem como ajudar os países que querem modificar ou denunciar acordos de bitributação, tendo em vista a mudança de circunstâncias⁶⁸.

⁶⁷ Em sentido semelhante, conferir: OLIVEIRA, Edemir Marques de. “6. Caso Mil Investments: Possibilidade de Aplicação da Norma Geral Antielisão Canadense nas Relações em que haja Tratado contra Bitributação”. *Tributação Internacional - Análise de Casos*. Coord. Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: MP Editora, 2010, pp. 151-154.

⁶⁸ OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Op. Cit., pp. 102-104.

A OCDE propôs a seguinte mudança:

“Insert the following paragraphs and new heading immediately after paragraph 15 in the Introduction to the OECD Model Convention (existing section C of the Introduction would become section D):

C. Tax policy considerations that are relevant to the decision of whether to enter into a tax treaty or amend an existing treaty

15.1 In 1997, the OECD Council adopted a recommendation that the Governments of member countries pursue their efforts to conclude bilateral tax treaties with those member countries, and where appropriate with non-member countries, with which they had not yet entered into such conventions. Whilst the question of whether or not to enter into a tax treaty with another country is for each State to decide on the basis of different factors, which include both tax and non-tax considerations, tax policy considerations will generally play a key role in that decision. The following paragraphs describe some of these tax policy considerations, which are relevant not only to the question of whether a treaty should be concluded with a State but also to the question of whether a State should seek to modify or replace an existing treaty or even, as a last resort, terminate a treaty (taking into account the fact that termination of a treaty often has a negative impact on large number of taxpayers who are not concerned by the situations that result in the termination of the treaty).

15.2 Since a main objective of tax treaties is the avoidance of double taxation in order to reduce tax obstacles to cross-border services, trade and investment, the existence of risks of double taxation resulting from the interaction of the tax systems of the two States involved will be the primary tax policy concern. Such risks of double taxation will generally be more important where there is a significant level of existing or projected cross-border trade and investment between two States. Most of the provisions of tax treaties seek to alleviate double taxation by allocating taxing rights between the two States and it is assumed that where a State accepts treaty provisions that restrict its right to tax elements of income, it generally does so on the understanding that these elements of income are taxable in the other State. Where a State levies no or low income taxes, other States should consider whether there are risks of double taxation that would justify, by themselves, a tax treaty. States should also consider whether there are elements of another State's tax system that could increase the risk of non-taxation, which may include tax advantages that are ring-fenced from the domestic economy.

15.3 Accordingly, two States that consider entering into a tax treaty should evaluate the extent to which the risk of double taxation actually exists in cross-border situations involving their residents. A large number of cases of residence-source juridical double taxation can be eliminated through domestic provisions for the relief of double taxation (ordinarily in the form of either the exemption or credit method) which operate

3. O desenvolvimento histórico da cláusula de LOB nos tratados internacionais

Feitas as considerações acima acerca das propostas da OCDE para combater o uso abusivo dos Acordos de Bitributação, é importante destacar que a cláusula de LOB sugerida no *Action 6* do Projeto BEPS foi claramente influenciada pelo modelo norte-americano de tratados internacionais. Por isso, passa-se a examinar o desenvolvimento da cláusula de LOB pelos Estados Unidos, com o objetivo de apontar semelhanças e diferenças em relação à cláusula equivalente proposta pela OCDE. Nesta análise, serão apontadas, também, as particularidades das cláusulas de LOB incluídas nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, cuja estrutura básica diverge dos modelos acima destacados.

3.1.A cláusula de LOB no modelo norte-americano de tratados internacionais

Como dito acima, a cláusula de limitação de benefícios (LOB), primeiramente inserida no modelo norte-americano de tratados, foi criada para combater o *treaty*

without the need for tax treaties. Whilst these domestic provisions will likely address most forms of residence-source juridical double taxation, they will not cover all cases of double taxation, especially if there are significant differences in the source rules of the two States or if the domestic law of these States does not allow for unilateral relief of economic double taxation (e.g. in the case of a transfer pricing adjustment made in another State).

15.4 Another tax policy consideration that is relevant to the conclusion of a tax treaty is the risk of excessive taxation that may result from high withholding taxes in the source State. Whilst mechanisms for the relief of double taxation will normally ensure that such high withholding taxes do not result in double taxation, to the extent that such taxes levied in the State of source exceed the amount of tax normally levied on profits in the State of residence, they may have a detrimental effect on cross-border trade and investment.

15.5 Further tax considerations that should be taken into account when considering entering into a tax treaty include the various features of tax treaties that encourage and foster economic ties between countries, such as the protection from discriminatory tax treatment of foreign investment that is offered by the nondiscrimination rules of Article 24, the greater certainty of tax treatment for taxpayers who are entitled to benefit from the treaty and the fact that tax treaties provide, through the mutual agreement procedure, together with the possibility for Contracting States of moving to arbitration, a mechanism for the resolution of crossborder tax disputes.

15.6 An important objective of tax treaties being the prevention of tax avoidance and evasion, States should also consider whether their prospective treaty partners are willing and able to implement effectively the provisions of tax treaties concerning administrative assistance, such as the ability to exchange tax information, this being a key aspect that should be taken into account when deciding whether or not to enter into a tax treaty. The ability and willingness of a State to provide assistance in the collection of taxes would also be a relevant factor to take into account. It should be noted, however, that in the absence of any actual risk of double taxation, these administrative provisions would not, by themselves, provide a sufficient tax policy basis for the existence of a tax treaty because such administrative assistance could be secured through more targeted alternative agreements, such as the conclusion of a tax information exchange agreement or the participation in the multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters.¹

[Footnote to paragraph 15.6:] Available at <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ENGAmended-Convention.pdf>"

shopping, com o objetivo de incluir condições mínimas para que determinadas pessoas possam usufruir dos benefícios de um acordo de bitributação, especialmente com relação à isenção e concessão de crédito. A cláusula de LOB tem por objetivo combater e evitar o uso abusivo dos acordos de bitributação sob o enfoque do Estado de residência, ou seja, pode limitar ou excluir a tributação no Estado de fonte.

O Artigo 22 do modelo norte-americano de tratados⁶⁹ possui alguns testes objetivos a serem cumpridos pelo contribuinte para que possa usufruir dos benefícios do

⁶⁹ “Article 22. LIMITATION ON BENEFITS

1. Except as otherwise provided in this Article, a resident of a Contracting State shall not be entitled to the benefits of this Convention otherwise accorded to residents of a Contracting State unless such resident is a "qualified person" as defined in paragraph 2.
2. A resident of a Contracting State shall be a qualified person for a taxable year if the resident is:
 - a) an individual;
 - b) a Contracting State, or a political subdivision or local authority thereof;
 - c) a company, if:
 - i) the principal class of its shares (and any disproportionate class of shares) is regularly traded on one or more recognized stock exchanges, and either:
 - A) its principal class of shares is primarily traded on one or more recognized stock exchanges located in the Contracting State of which the company is a resident; or
 - B) the company's primary place of management and control is in the Contracting State of which it is a resident; or
 - ii) at least 50 percent of the aggregate vote and value of the shares (and at least 50 percent of any disproportionate class of shares) in the company is owned directly or indirectly by five or fewer companies entitled to benefits under clause i) of this subparagraph, provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of either Contracting State;
 - d) a person described in paragraph 2 of Article 4 of this Convention, provided that, in the case of a person described in subparagraph a) of that paragraph, more than 50 percent of the person's beneficiaries, members or participants are individuals resident in either Contracting State; or
 - e) a person other than an individual, if:
 - i) on at least half the days of the taxable year, persons who are residents of that Contracting State and that are entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), subparagraph b), clause i) of subparagraph c), or subparagraph d) of this paragraph own, directly or indirectly, shares or other beneficial interests representing at least 50 percent of the aggregate voting power and value (and at least 50 percent of any disproportionate class of shares) of the person, provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of that Contracting State, and
 - ii) less than 50 percent of the person's gross income for the taxable year, as determined in the person's State of residence, is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not residents of either Contracting State entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), subparagraph b), clause i) of subparagraph c), or subparagraph d) of this paragraph in the form of payments that are deductible for purposes of the taxes covered by this Convention in the person's State of residence (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property).
 3. a) A resident of a Contracting State will be entitled to benefits of the Convention with respect to an item of income derived from the other State, regardless of whether the resident is a qualified person, if the resident is engaged in the active conduct of a trade or business in the first-mentioned State (other than the business of making or managing investments for the resident's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank, insurance company or registered securities dealer), and the income derived from the other Contracting State is derived in connection with, or is incidental to, that trade or business.
 - b) If a resident of a Contracting State derives an item of income from a trade or business activity conducted by that resident in the other Contracting State, or derives an item of income arising in the other Contracting State from a related person, the conditions described in subparagraph a) shall be considered to be satisfied with respect to such item only if the trade or business activity carried on by the resident in the first-

acordo de bitributação, tais como redução de alíquota ou isenção de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) e obtenção de créditos.

Os testes objetivos previstos na cláusula de LOB são: ser pessoa qualificada (*qualified person*), ou seja, (i) um indivíduo, ou (ii) um Estado Contratante, subdivisão política ou autoridade local, ou (iii) companhia que (a) tenha sua classe principal de ações negociadas em bolsa de valores (*public trade test*), ou (b) que pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações da companhia sejam detidos, direta ou indiretamente, por cinco (ou menos) companhias que também façam jus aos benefícios do acordo de bitributação, desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente de um dos Estados Contratantes (*public trade test - subsidiaries*), ou (iv) ser

mentioned Contracting State is substantial in relation to the trade or business activity carried on by the resident or such person in the other Contracting State. Whether a trade or business activity is substantial for the purposes of this paragraph will be determined based on all the facts and circumstances.

c) For purposes of applying this paragraph, activities conducted by persons connected to a person shall be deemed to be conducted by such person. A person shall be connected to another if one possesses at least 50 percent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, at least 50 percent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or another person possesses at least 50 percent of the beneficial interest (or, in the case of a company, at least 50 percent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in each person. In any case, a person shall be considered to be connected to another if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same person or persons.

4. If a resident of a Contracting State is neither a qualified person pursuant to the provisions of paragraph 2 nor entitled to benefits with respect to an item of income under paragraph 3 of this Article the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant the benefits of this Convention, or benefits with respect to a specific item of income, if it determines that the establishment, acquisition or maintenance of such person and the conduct of its operations did not have as one of its principal purposes the obtaining of benefits under this Convention.

5. For purposes of this Article:

a) the term "recognized stock exchange" means:

i) the NASDAQ System owned by the National Association of Securities Dealers, Inc. and any stock exchange registered with the U.S. Securities and Exchange Commission as a national securities exchange under the U.S. Securities Exchange Act of 1934;

ii) stock exchanges of -----; and

iii) any other stock exchange agreed upon by the competent authorities;

b) the term "principal class of shares" means the ordinary or common shares of the company, provided that such class of shares represents the majority of the voting power and value of the company. If no single class of ordinary or common shares represents the majority of the aggregate voting power and value of the company, the "principal class of shares" are those classes that in the aggregate represent a majority of the aggregate voting power and value of the company

c) the term "disproportionate class of shares" means any class of shares of a company resident in one of the Contracting States that entitles the shareholder to disproportionately higher participation, through dividends, redemption payments or otherwise, in the earnings generated in the other State by particular assets or activities of the company; and

d) a company's "primary place of management and control" will be in the Contracting State of which it is a resident only if executive officers and senior management employees exercise day-to-day responsibility for more of the strategic, financial and operational policy decision making for the company (including its direct and indirect subsidiaries) in that State than in any other state and the staff of such persons conduct more of the day-to-day activities necessary for preparing and making those decisions in that State than in any other state."

residente de um ou ambos os Estados Contratantes, na forma do parágrafo 2 do artigo 4, desde que mais de 50% dos seus beneficiários, membros ou participantes também sejam indivíduos residentes em um dos Estados Contratantes (*50% ownership test*), ou (vi) qualquer entidade (que não seja pessoa física) (a) cujas ações ou outros interesses representem, na metade dos dias do ano calendário, pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações sejam detidas, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados Contratantes e beneficiárias do acordo de bitributação, desde que, no caso de controle indireto, cada controlador intermediário seja residente de um dos Estados Contratantes (*50% ownership test*); e (b) se menos de 50% do lucro bruto da entidade apurado no ano calendário seja pago ou acumulado, direta ou indiretamente, para pessoas que não são residentes de nenhum dos Estados Contratantes, sob a forma de pagamentos que são dedutíveis na determinação da base tributável no Estado da residência (*base erosion test*).

Como visto acima, o *public trade test* exige que a companhia tenha sua classe principal de ações negociadas em bolsa de valores reconhecida entre os Estados Contratantes. Por ocasião da negociação do acordo de bitributação, os Estados Contratantes devem apresentar a relação de bolsas de valores que serão reconhecidas para fins de aplicação da cláusula de LOB⁷⁰. A justificativa para esse teste reside no fato de que é improvável que uma companhia com ações listadas em bolsa seja utilizada para fins de planejamento tributário internacional ou *treaty shopping*⁷¹.

Ocorre que, em certas circunstâncias, o *public trade test* não apresenta conexão forte suficiente com a jurisdição do Estado Contratante, na hipótese em que as ações da companhia não são negociadas em bolsa de valores localizada no próprio país ou que o número de ações distribuída em oferta pública é relativamente baixo. Segundo relato de Peter Blessing, nos EUA, a mudança de domicílio da pessoa jurídica com ações negociadas em bolsa de valores para uma jurisdição com baixa tributação podia ser utilizada como instrumento de *treaty shopping* no contexto, por exemplo, do acordo de bitributação dos EUA e Barbados. Por conta disso, nos seus acordos de bitributação mais

⁷⁰ BLESSING, Peter H. “Limitation on Benefits as Applicable to Commercial Entities Under the Canada-US Income Tax Treaty”. *Essays on Tax Treaties – A Tribute to David A. Ward*. Amsterdam: IBFD, 2012, p. 273.

⁷¹ MANOKHIN, Valery. “Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties”. *Limits to Tax Planning. Series on International Tax Law Volume 79*. Eds. Karin Simader e Elisabeth Titz. Viena: Linde, 2013, pp. 344-345.

recentes, os EUA passaram a prever testes mais estritos na cláusula de *public trade*, a saber: a principal classe de ações deve ser negociada em uma bolsa de valores localizada no Estado Contratante ou em países do NAFTA; ou o principal *place of management* da companhia está presente no estado de residência⁷².

Em termos gerais, o *ownership test* exige que mais de 50% dos seus beneficiários, membros ou participantes do residente também sejam indivíduos residentes em um dos Estados Contratantes ou que pelo menos 50% dos direitos de voto e do valor das ações de determinada companhia sejam detidas, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados Contratantes e beneficiários do acordo de bitributação. A escolha do parâmetro de 50% tem a vantagem de facilitar o cumprimento da cláusula de LOB e de conferir maior segurança jurídica na sua aplicação, embora a escolha de um parâmetro fixo seja sempre arbitrária, sem respaldo em qualquer estudo científico⁷³.

O *ownership test* encontra fundamento na concepção de que a pessoa jurídica é uma extensão dos seus sócios. Ainda que se reconheça que as sociedades têm personalidade jurídica distinta, que não se confunde com a de seus sócios, as cláusulas de LOB levam em consideração os sócios que estão por trás da estrutura societária para fins de concessão, ou não, dos benefícios dos acordos de bitributação. Porém, considerando que os sócios podem ser residentes de qualquer um dos Estados Contratantes, é preciso reconhecer que o vínculo entre os sócios e o Estado da residência da sociedade não é tão evidente, pois o sócio pode residir no outro Estado Contratante⁷⁴.

O *base erosion test* exige que menos de 50% do lucro bruto da entidade apurado no ano calendário seja pago ou acumulado, direta ou indiretamente, para pessoas que não são residentes de nenhum dos Estados Contratantes, sob a forma de pagamentos que são dedutíveis na determinação da base tributável no Estado da residência. Em geral, esse teste visa evitar que a base tributável no Estado da residência seja erodida por meio de pagamentos dedutíveis para beneficiários localizados em terceiros Estados. Assim, se a tributação no Estado de residência é parcialmente evitada (mais de 50%) por meio de

⁷² BLESSING, Peter H. *Op. Cit.*, p. 266.

⁷³ BLESSING, Peter H. *Op. Cit.*, p. 266.

⁷⁴ BLESSING, Peter H. *Op. Cit.*, p. 267.

pagamentos dedutíveis, o Estado da fonte não é obrigado a conceder a redução de alíquota prevista no acordo de bitributação⁷⁵.

Caso o residente de um Estado Contratante não cumpra os testes objetivos acima descritos, há uma previsão de que os benefícios do acordo de bitributação podem ser estendidos caso exerça atividade comercial ou negocial no outro Estado Contratante (*active conduct of a trade or business*).

De acordo com Peter Blessing, inúmeros problemas práticos na aplicação da cláusula de LOB decorrem do *active business test*, tendo em vista a dificuldade de estabelecer um parâmetro claro para a atuação da sociedade no Estado Contratante. Ao contrário dos demais testes, o *active business test* não contém um parâmetro fixo para sua aplicação. O autor citado considera que essa cláusula deveria incluir um componente fixo para evitar a erosão das bases tributáveis, na hipótese em que a sociedade conduz atividade econômica no país, mas consegue reduzir a sua carga tributária efetiva por meio de planejamentos tributários⁷⁶.

É interessante notar que, sob a perspectiva dos EUA, o termo “*active trade or business*”, utilizado na cláusula de LOB, refere-se a um conceito definido na legislação doméstica americana (*section 367(a) of Tax Code*), segundo o qual um residente “*actively conducts a trade or business if it regularly performs active and substantial management and operational functions through its own officers or staff of employees*”.

A OCDE, por outro lado, optou por incluir uma definição expressa para o termo em questão no próprio acordo de bitributação, tendo em vista que a maior parte dos Estados membros da OCDE não possui esse termo definido na sua lei interna, o que poderia tornar complexa a aplicação da cláusula de LOB. Com isso, a OCDE evitou a aplicação do artigo 3(2) da Convenção Modelo para a interpretação do termo.

Por fim, os acordos americanos preveem uma cláusula *bona fide* (cláusula de boa-fé), segundo a qual a autoridade competente do outro Estado Contratante pode entender que o estabelecimento, aquisição ou manutenção das atividades pelo contribuinte não tinham por objetivo principal o uso dos benefícios veiculados pelo acordo de bitributação

⁷⁵ BLESSING, Peter H. *Op. Cit.*, pp. 267-268.

⁷⁶ BLESSING, Peter H. *Op. Cit.*, pp. 268-269.

e conceder os benefícios do acordo, ainda que o contribuinte não tenha cumprido nenhum dos requisitos. Isso é necessário porque, embora os critérios objetivos sejam eficientes, eles podem causar resultados arbitrários, como afirma Peter Blessing⁷⁷. Assim, a cláusula *bona fide* confere certo grau de discricionariedade, permitindo que os Estados Contratantes concedam os benefícios do acordo de bitributação a partir da análise do caso concreto. Com isso, é possível evitar que os benefícios dos acordos de bitributação sejam negados para contribuintes que realizaram operações com fundamentos econômicos substantivos, sem a finalidade exclusiva de obter economia fiscal.

Em conclusão, é possível constatar que a OCDE, no relatório do *Action 6*, seguiu a tendência atual dos acordos de bitributação norte-americanos em relação à cláusula de LOB, exigindo a evidenciação de vínculo forte da companhia com o Estado Contratante, através de testes objetivos, mas com a possibilidade de utilização de cláusula *bona fide*, por parte do contribuinte.

3.2. A cláusula de LOB nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil

Até o presente momento, existem quatro acordos de bitributação celebrados pelo Brasil⁷⁸ que contêm cláusulas de limitação de benefícios⁷⁹:

- (i) Tratado Brasil-Israel, celebrado em 12 de dezembro de 2002 e publicado pelo Decreto nº 5.576, de 8 de novembro de 2005;
- (ii) Tratado Brasil-México, celebrado em 25 de setembro de 2003 e publicado pelo Decreto nº 6.000, de 26 de dezembro de 2006;

⁷⁷ BLESSING, Peter H. *Op. Cit.*, p. 260.

⁷⁸ <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/acordosinternacionais/acordosduplicatrib.htm>, acessado em 14/11/2014.

⁷⁹ Destaca-se que no Tratado celebrado entre o Brasil e o Chile, em 3 de abril de 2001, publicado pelo Decreto nº 4.852, de 2 de outubro de 2003, apesar de não ter sido incluída cláusula de limitação de benefício, há a seguinte menção: “8. *Disposições Gerais (...)* b) Considerando que o objetivo principal desta Convenção é evitar a dupla tributação internacional e prevenir a evasão fiscal, os Estados Contratantes acordam que, no caso em que as disposições da Convenção sejam usadas de forma tal que concedam benefícios não contemplados nem pretendidos por ela, as autoridades competentes dos Estados Contratantes deverão, em conformidade com o procedimento amigável do Artigo 24, recomendar modificações específicas da Convenção. Os Estados Contratantes acordam, ainda, que qualquer das referidas recomendações será considerada e discutida de maneira expedita com vistas a modificar a Convenção na medida em que seja necessário.”

(iii) Tratado Brasil-África do Sul, celebrado em 8 de novembro de 2003 e publicado pelo Decreto nº 5.922, de 3 de outubro de 2006;

(iv) Tratado Brasil-Peru, celebrado em 17 de fevereiro de 2006 e publicado pelo Decreto nº 7.020, de 27 de novembro de 2009.

Essas cláusulas foram adotadas com base no modelo norte-americano de tratados internacionais, porém são mais simples, brandas e subjetivas.

O primeiro acordo brasileiro a incluir uma cláusula de LOB foi o Tratado Brasil-Israel, cujo artigo 25 apresenta a seguinte redação:

“ARTIGO 25. Limitação de Benefícios

1. Uma entidade legal que seja residente de um Estado Contratante e obtenha rendimentos de fontes do outro Estado Contratante não terá direito, no outro Estado Contratante, aos benefícios da presente Convenção, se mais de 50 % da participação beneficiária em tal entidade (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% das ações com direito a voto ou do capital da sociedade) forem detidos, direta ou indiretamente, por qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não forem residentes de um Estado Contratante.

A disposição deste parágrafo não se aplicará se tal entidade desenvolver, no Estado Contratante de que seja residente, uma atividade empresarial substancial que não seja a mera detenção de ações, títulos ou outros ativos.

2. Uma autoridade competente de um Estado Contratante poderá negar os benefícios da presente Convenção a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, em sua opinião, a concessão de tais benefícios constituir um abuso da Convenção em conformidade com seus fins. A autoridade competente do Estado Contratante envolvido comunicará a aplicação desta disposição à autoridade competente do outro Estado Contratante.”

O parágrafo primeiro do artigo acima transcrito dispõe que uma entidade residente de um Estado Contratante não terá direito aos benefícios do acordo se mais de 50% de seu capital forem detidos, direta ou indiretamente, por pessoas não residentes em um dos Estados Contratantes.

Já o segundo parágrafo prevê a discricionariedade da autoridade competente de um dos Estados Contratantes para negar os benefícios do acordo de bitributação caso entenda que, na situação concreta, a concessão de tais benefícios constitui abuso do tratado, em desconformidade com os seus fins.

Ressalta-se que a discricionariedade prevista no Tratado Brasil-Israel representa uma carta branca para os Estados, que poderão negar a concessão dos benefícios unilateralmente e sem necessidade de prévio procedimento amigável com o outro Estado Contratante, fugindo do escopo da cláusula de LOB do Modelo Norte-Americano de Tratados, que traz critérios objetivos para negar a concessão de benefícios⁸⁰.

O Tratado Brasil-México traz a seguinte cláusula de limitação de benefício:

“ARTIGO 28. Disposições Diversas

1. As autoridades competentes de ambos os Estados Contratantes poderão negar os benefícios desta Convenção, quando assim o acordarem nos termos do Artigo 25 da mesma, a qualquer pessoa ou em relação a qualquer operação, se, em sua opinião, a outorga dos benefícios da Convenção constitui um abuso desta Convenção considerando seu objeto e fim.

(...)

3. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa a capitalização insuficiente ou para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar.

4. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa ao combate da evasão e elisão fiscal ou abuso da Convenção, inclusive as aplicáveis aos créditos respaldados.

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

O parágrafo primeiro prevê que as autoridades competentes de ambos os Estados Contratantes poderão negar os benefícios do acordo de bitributação, desde que constitua um abuso do acordo, considerando seu objeto e finalidade. Porém, neste parágrafo há a

⁸⁰ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Op. Cit.*, p. 144.

previsão de que os Estados devem concordar em relação à caracterização do uso abusivo das cláusulas convencionais, por meio de prévio procedimento amigável⁸¹.

O parágrafo terceiro dispõe sobre a possibilidade de aplicação de leis internas anti-abusivas, especificamente as regras CFC e as regras de subcapitalização. Trata-se, assim, de cláusula convencional que pretende compatibilizar as regras de CFC e de subcapitalização com as demais disposições dos acordos de bitributação, como os artigos 7, 9, 11 e 24.

O parágrafo quinto prevê o teste de discricionariedade da autoridade competente de um dos Estados Contratantes, mas agora para extensão dos benefícios, e não mais para negação. Trata-se de consagração da cláusula *bona fide*, cujo objetivo é permitir que os contribuintes demonstrem a substância econômica de sua operação para fins de aproveitamento dos benefícios concedidos pelo acordo de bitributação.

O Tratado Brasil-África do Sul traz a seguinte cláusula de LOB:

“ARTIGO 28. Disposições Gerais

1. Se, após a assinatura da presente Convenção, um Estado Contratante adotar uma legislação segundo a qual os rendimentos do exterior obtidos por uma sociedade:

a) da atividade de navegação;

b) da atividade bancária, financeira, seguradora, de investimento, ou de atividades similares; ou

c) em razão de ser a sede, o centro de coordenação ou uma entidade similar que preste serviços administrativos ou outro tipo de apoio a um grupo de sociedades que exerce atividade empresarial principalmente em outros Estados, não forem

⁸¹ ARTIGO 25.

Procedimento Amigável

1. Quando uma pessoa considerar que as medidas tomadas por um ou ambos Estados Contratantes conduzem, ou poderão conduzir, em relação a si, a uma tributação em desacordo com as disposições da presente Convenção, poderá, independentemente dos recursos previstos pelo direito interno desses Estados, submeter o seu caso à apreciação da autoridade competente do Estado Contratante do qual é residente ou nacional.

2. A autoridade competente, se a reclamação se lhe afigurar justificada e se ela própria não estiver em condições de lhe dar solução satisfatória, fará o possível para resolver a questão mediante acordo amigável com a autoridade competente do outro Estado Contratante, a fim de evitar uma tributação não conforme com esta Convenção.

3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes farão o possível para resolver as dificuldades ou dirimir as dúvidas a que possa dar lugar a interpretação ou aplicação da Convenção.

4. As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão comunicar-se diretamente a fim de chegarem a um acordo nos termos indicados nos parágrafos anteriores.

tributados nesse Estado ou forem tributados a uma alíquota significativamente inferior à alíquota aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares no próprio território, o outro Estado Contratante não estará obrigado a aplicar qualquer limitação imposta pela presente Convenção sobre seu direito de tributar os rendimentos obtidos pela sociedade dessas atividades no exterior ou sobre seu direito de tributar os dividendos pagos pela sociedade.

2. Uma entidade legal residente de um Estado Contratante e que obtenha rendimentos de fontes no outro Estado Contratante não terá direito nesse outro Estado Contratante aos benefícios da presente Convenção se mais de cinquenta por cento da participação efetiva nessa entidade (ou, no caso de uma sociedade, mais de cinquenta por cento do valor agregado das ações com direito a voto e das ações em geral da sociedade) for de propriedade, direta ou indiretamente, de qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não sejam residentes do primeiro Estado Contratante mencionado. Todavia, esta disposição não se aplicará se essa entidade desenvolver, no Estado Contratante do qual for residente, uma atividade empresarial de substância que não seja a mera detenção de títulos ou quaisquer outros ativos, ou a mera prestação de atividades auxiliares, preparatórias ou quaisquer outras atividades similares com respeito a outras entidades associadas.

3. (...)"

O parágrafo primeiro dispõe que se o Estado de residência adotar uma legislação interna segundo a qual os rendimentos do exterior obtidos por sociedade que explore atividade de navegação, bancária, financeira ou de apoio à grupo de sociedades que exerce atividade empresarial não forem tributados nesse Estado ou forem tributados a uma alíquota inferior à alíquota aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares no próprio território, o Estado de fonte não estará obrigado a aplicar qualquer limitação imposta pelo acordo sobre seu direito de tributar os rendimentos obtidos pela sociedade no exterior ou sobre seu direito de tributar os dividendos pagos por ela.

Já o parágrafo segundo contém disposição similar à cláusula de LOB do Tratado Brasil-Israel.

O Tratado Brasil-Peru contempla cláusula semelhante à cláusula de LOB do Tratado Brasil-África do Sul, acima transscrito, com relação aos parágrafos primeiro e segundo. Leia-se:

“ARTIGO 27. Disposições Diversas

1. Se, após a assinatura da presente Convenção, um Estado Contratante adotar uma legislação segundo a qual os rendimentos provenientes do exterior obtidos por uma sociedade:

a) da atividade de navegação;

b) da atividade bancária, financeira, de seguro, de investimento, ou de atividades similares; ou

c) em razão de ser a sede, o centro de coordenação ou uma entidade similar que presta serviços administrativos ou outro tipo de apoio a um grupo de sociedades que exerce atividade empresarial particularmente em outros Estados;

encontrem-se isentos de imposto ou se encontrem sujeitos a tributação a uma alíquota substancialmente inferior à alíquota aplicada aos rendimentos obtidos de atividades similares exercidas em seu próprio território, o outro Estado Contratante não estará obrigado a aplicar qualquer limitação imposta pela presente Convenção sobre seu direito de sujeitar a tributação os rendimentos obtidos pela sociedade de tais atividades exercidas no exterior ou sobre seu direito de tributar os dividendos pagos pela sociedade.

2. Uma entidade considerada residente de um Estado Contratante que obtenha lucros ou rendimentos de fontes no outro Estado Contratante não terá direito nesse outro Estado Contratante aos benefícios da presente Convenção se mais de 50 por cento da participação efetiva nessa entidade (ou no caso de uma sociedade, mais de 50 por cento do valor acumulado das ações com ou sem direito a voto e das ações em geral da sociedade) for propriedade, direta ou indireta, de qualquer combinação de uma ou mais pessoas que não sejam residentes do primeiro Estado Contratante mencionado. Todavia, esta disposição não será aplicável nos casos em que dita entidade desenvolva, no Estado Contratante de que é residente, uma atividade empresarial substancial que não seja a mera detenção de títulos ou quaisquer outras atividades similares em relação a outras entidades associadas.

3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão regular as modalidades de aplicação da Convenção e, em particular, as formalidades que devem ser seguidas pelos residentes de um Estado Contratante para obter no outro Estado Contratante os benefícios fiscais previstos pela Convenção. As referidas formalidades poderão compreender a apresentação de um formulário de certificação de residência com indicação, entre outros, da natureza e montante dos rendimentos envolvidos e com atestação das autoridades fiscais do primeiro Estado.”

Já o parágrafo terceiro dispõe que as formalidades a serem seguidas pelos residentes de um Estado Contratante para obter benefícios no outro Estado Contratante poderão ser reguladas pelos Estados através de apresentação de formulário de certificação de residência com indicação da natureza e montante dos rendimentos envolvidos e com atestação das autoridades fiscais do primeiro Estado.

É interessante mencionar, ainda, que o Tratado Brasil-Luxemburgo, no seu artigo 1, estabelece que para as sociedades holdings localizadas em Luxemburgo, sujeitas a

regime fiscal privilegiado, não farão jus aos benefícios do acordo de bitributação, como aponta Jonathan Barros Vita⁸².

Verifica-se, portanto, que o Brasil está em fase inicial em relação à adoção de cláusulas de LOB em seus acordos de bitributação, mas já é possível notar uma alteração no resultado da política negocial do país, tendo em vista que na maioria dos últimos acordos celebrados fez-se menção à possibilidade de restrição aos benefícios a serem concedidos. Note-se que o Brasil tem seguido uma tendência mundial de limitar o abuso dos acordos de bitributação, coibindo o *treaty shopping* e o *treaty abuse*⁸³.

Em geral, pode-se dizer que as cláusulas de LOB nos acordos de bitributação do Brasil são mais simples e diretas em comparação com as cláusulas de LOB do modelo norte-americano de tratados internacionais e da OCDE no *Action 6* do Projeto BEPS.

Ainda que os países tenham inteira liberdade para se afastar da Convenção Modelo da OCDE na negociação dos seus acordos de bitributação, é recomendável que o Brasil, em suas negociações bilaterais, procure se manter alinhado às diretrizes fixadas pela OCDE no *Action 6* do Projeto BEPS, tendo em vista que quaisquer divergências na redação da cláusula de LOB podem acarretar resultados imprevistos, bem como ser exploradas pelos contribuintes em operações internacionais.

O modelo sugerido pela OCDE foi amplamente testado na prática norte-americana e adaptado para as necessidades gerais dos países membros da OCDE, bem como para os países que participaram na condição de associados do Projeto BEPS, como é o caso do Brasil. Assim, os eventuais desvios da redação padrão da cláusula de LOB devem ficar restritos ao essencial para sua adaptação ao caso concreto dos países que estiverem negociando o acordo de bitributação em caráter bilateral.

Isso não significa, porém, a nossa adesão irrestrita aos termos da cláusula de LOB sugerida pela OCDE no *Action 6* do Projeto BEPS. Os acordos de bitributação brasileiros devem manter as cláusulas de boa-fé recomendadas pela OCDE, as quais devem ser aplicadas com parcimônia pelas autoridades fiscais, a fim de se evitar que o principal

⁸² VITA, Jonathan Barros. “As Convenções para Evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociação e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU”. *Direito Tributário Atual* nº 24. São Paulo: Dialética, 2010, p. 307.

⁸³ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Op. Cit.*, pp. 153-154.

objetivo de atrair investimento e estimular as relações comerciais entre os países não seja frustrado. Dessa forma, as autoridades fiscais brasileiras devem atentar para as particularidades dos casos concretos, sem aplicar estritamente as disposições da cláusula de LOB, em descompasso com a realidade social. A aplicação irrestrita da cláusula de LOB pode fazer com que o acordo de bitributação deixe de cumprir a sua função de reduzir ou eliminar a dupla tributação da renda em operações internacionais.

Não por acaso, Luís Eduardo Schoueri, ao estudar o tema *treaty shopping* nos seus estágios iniciais de desenvolvimento, afirmou que o Brasil deveria considerar os resultados advindos da experiência adquirida por outros países no combate ao *treaty shopping*, antes de implantar uma política fiscal de total repreensão a sua prática⁸⁴. Isso porque, as cláusulas de LOB podem, não apenas dificultar o ingresso de novos investimentos, mas também ir de encontro ao longo trabalho desenvolvido pela comunidade internacional para evitar a dupla tributação da renda em operações internacionais. Assim, o árduo trabalho desenvolvido desde a Liga das Nações para estimular as relações econômicas entre os Estados soberanos não pode ser descartado mediante a aplicação estrita da cláusula de LOB, sem o exame das particularidades do caso concreto, à luz do objetivo e da finalidade dos acordos de bitributação.

É justamente por isso que assiste razão a Luís Eduardo Schoueri quando afirma que o combate ao *treaty shopping* se revela mais uma decisão política, do que eminentemente jurídica. Entretanto, é inegável que, caso o Estado opte pela sua proibição, as hipóteses de restrição aos benefícios previstos nas cláusulas convencionais devem ser incluídas no texto do próprio acordo de bitributação, tendo em vista a estrutura jurídica do outro Estado Contratante, a partir da ponderação do 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 tratado internacional⁸⁵. É bem verdade que, no atual contexto do BEPS, o grau de liberdade conferido ao Estado para ponderações de ordem política fica bastante limitado no plano abstrato, uma vez que a cláusula de LOB poderá ser incluída tanto na convenção multilateral, quanto na Convenção Modelo da OCDE que servirá de base para futuras negociações. Porém, é certo que, na aplicação prática da cláusula de LOB, o Estado e a

⁸⁴ SCHOUDERI, Luís Eduardo. *Op. Cit.*, p. 171.

⁸⁵ SCHOUDERI, Luís Eduardo. *Op. Cit.*, p. 171.

própria Administração Tributária poderão – e deverão – levar em consideração as particularidades das relações econômicas entre os países contratantes, bem como as circunstâncias concretas da atividade econômica do contribuinte.

Ainda que se reconheça que a mera previsão abstrata de uma cláusula de LOB em um acordo de bitributação pode induzir ou reprimir a decisão do contribuinte de investir em determinada jurisdição, é certo que os efeitos indutores nas decisões de investimentos dependerão, de forma ainda mais enfática, da aplicação concreta dos acordos de bitributação e dos requisitos exigidos para a fruição dos benefícios pela Administração Tributária. Em outras palavras, a aplicação concreta dos acordos de bitributação, manifestada em atos e decisões administrativas e judiciais, demonstrará para o investidor a postura adotada pelo Estado e o grau de segurança proporcionado pelo acordo de bitributação. Assim, a inclusão de critérios objetivos em uma cláusula de LOB faz com que o investidor estrangeiro tenha segurança jurídica em relação às hipóteses em que o Estado poderá negar os benefícios do acordo de bitributação, afastando-o do campo incerto das análises subjetivas que variam a depender das circunstâncias.

Ao examinar o tema, Michael Lang adverte que a cláusula de LOB é mais um instrumento colocado à disposição das autoridades fiscais para negar os benefícios dos acordos de bitributação em situações incomuns, que gerem resultados não convencionais. Assim, ainda que a operação não estivesse contaminada por qualquer patologia, a fiscalização, na incerteza quanto à legalidade da estrutura, poderia invocar a cláusula de LOB para justificar eventual autuação fiscal contra o contribuinte⁸⁶.

Lang acrescenta que a inclusão de regras detalhadas de LOB não é apenas supérflua, mas também contrária ao desenvolvimento da cultura jurídica. A Administração Tributária e os próprios Tribunais administrativos ou judiciais se limitarão a verificar se o contribuinte cumpre, ou não, os requisitos previstos na cláusula de LOB, sem examinar o objetivo e a finalidade do acordo de bitributação. Os contribuintes poderão implantar estruturas de planejamento tributário baseadas na mera observância dos critérios estabelecidos na regra de LOB, ainda que seu resultado final, na essência, seja contrário à interpretação finalística do acordo de bitributação. É por isso que, na visão

⁸⁶ LANG, Michael. *Op. Cit.*, p. 663.

de Lang, o mesmo resultado poderia ser obtido por meio da interpretação consistente do acordo de bitributação, à luz do seu objetivo e finalidade⁸⁷.

Porém, ainda que se reconheça que, eventualmente, a cláusula de LOB possa levar a um resultado contrário à finalidade do acordo de bitributação, é preciso ponderar que isso somente deverá ocorrer em um número bastante limitado de situações. É improvável que uma operação artificial, contrária ao propósito do acordo de bitributação, atenda aos requisitos da cláusula de LOB.

Embora Lang tenha razão quando afirma que idêntico resultado poderia ser obtido com a interpretação consistente do acordo de bitributação, não se pode esquecer que, na realidade social, não é tarefa fácil aplicar as cláusulas convencionais de modo uniforme, para atingir resultados consistentes com os objetivos visados pelos Estados Contratantes. É utópico crer que os Estados Contratantes, por meio de interpretação finalística, chegarão a resultados coerentes no combate ao *treaty shopping*. Daí a importância dos critérios objetivos fixados na cláusula de LOB, que servem como parâmetro para adequada aplicação dos acordos de bitributação.

Por último, é importante destacar que o *Action 6* será integrado aos acordos de bitributação existentes através de uma Convenção Internacional Multilateral, que está sendo desenvolvida no contexto do *Action 15*. Isso fará com que a cláusula de LOB desenvolvida pela OCDE passe a produzir efeitos em relação aos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil anteriormente, a menos que haja a oposição de reservas por parte dos Estados envolvidos. A concretização de uma convenção multilateral será uma tarefa árdua, que dependerá de um grande esforço de negociação por parte de todos os Estados Contratantes. Para alcançar o consenso, os países envolvidos precisarão fazer concessões recíprocas, o que não será simples em um tema tão complexo quanto *treaty shopping*.

Assim, não é possível afirmar com segurança que a cláusula de LOB proposta pela OCDE será aprovada e implementada na prática com o atual formato, pois inúmeros países poderão apresentar ressalvas em relação ao seu conteúdo. Por ora, resta aguardar os próximos desenvolvimentos do Projeto BEPS, bem como sua posterior implementação concreta pela OCDE, o que fatalmente alterará os paradigmas da tributação internacional.

⁸⁷ LANG, Michael. *Op. Cit.*, p. 663.

Conclusão

O Projeto BEPS foi desenvolvido pela OCDE como um plano de ação contra a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros em operações internacionais.

O *Action 6* do Projeto BEPS trata do uso inadequado dos acordos de bitributação, que é uma das principais ferramentas exploradas pelos contribuintes em planejamentos tributários internacionais.

A OCDE desenvolveu recomendações e alterações na Convenção Modelo, tais como a inclusão das cláusulas de LOB e PPT, para prevenir a concessão dos benefícios previstos nos acordos de bitributação em circunstâncias inapropriadas, além da sugestão de alterações nas leis domésticas no mesmo sentido.

Além disso, a OCDE procurou esclarecer que os tratados internacionais não são projetados para serem usados de modo a gerar dupla não tributação, bem como identificou considerações de política fiscal que os países devem levar em consideração antes de decidir celebrar acordos com outros países.

Com relação à cláusula de LOB, principal componente do *Action 6*, a OCDE seguiu a tendência atual dos acordos de bitributação norte-americanos, exigindo a evidenciação de vínculo forte da companhia com o Estado Contratante, através de testes objetivos, mas com a possibilidade de utilização de cláusula *bona fide* por parte do contribuinte.

O Brasil está em fase inicial em relação à adoção de cláusulas de LOB em seus acordos de bitributação. As cláusulas de LOB nos acordos de bitributação do Brasil são mais simples e diretas em comparação com as cláusulas de LOB do modelo norte-americano de tratados internacionais e da OCDE no *Action 6* do Projeto BEPS.

Porém, é recomendável que o Brasil, em suas negociações bilaterais, procure se manter alinhado às diretrizes fixadas pela OCDE no *Action 6* do Projeto BEPS, tendo em vista que quaisquer divergências na redação da cláusula de LOB podem acarretar resultados imprevistos, bem como ser exploradas pelos contribuintes em operações internacionais.

Ademais, os acordos de bitributação brasileiros devem manter as cláusulas de boa-fé recomendadas pela OCDE, as quais devem ser aplicadas com parcimônia pelas autoridades fiscais, a fim de se evitar que o principal objetivo de atrair investimento e estimular as relações comerciais entre os países não seja frustrado.

Bibliografia

- AVI-YONAH, Reuven; PANAYI, Christiana Hji. "Rethinking treaty shopping: lessons for the European Union 2". *Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper, n. 182*, 2010.
- AVI-YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law – An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge Tax Law Series. New York, Cambridge, 2007.
- BLESSING, Peter H. "Limitation on Benefits as Applicable to Commercial Entities Under the Canada-US Income Tax Treaty". *Essays on Tax Treaties – A Tribute to David A. Ward*. Amsterdam: IBFD, 2012.
- BRAUNNER, Yariv. "BEPS: An Interim Evaluation". *World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2014.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. "Cláusulas de limitações de benefícios (LOB cláusulas) – Exame comparativo entre Modelo Norte-Americano de Tratados, Convenção Modelo OCDE e acordos internacionais contra a bitributação celebrados pelo Brasil". *Revista Fórum de Direito Tributário n. 61*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- KLEINBARD, Edward D. "Stateless Income's Challenge to Tax Policy". *USC CLEO Research Paper No. C11-8*. Los Angeles: USC Gold School of Law, 2011.
- LANG, Michael. "BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties". *Tax Notes International Volume 74, Number 7*. Falls Church: Tax Analysts, 2014.
- MAISTO, Guglielmo. "Domestic Anti-Abuse Rules and Bilateral Tax Conventions in the Light of Public International Law". *Essays on Tax Treaties – A Tribute to David A. Ward*. Amsterdam: IBFD, 2012.
- MANOKHIN, Valery. "Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties". *Limits to Tax Planning. Series on International Tax Law Volume 79*. Eds. Karin Simader e Elisabeth Titz. Vienna: Linde, 2013.
- OCDE. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013
- OCDE. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances - ACTION 6: 2014 Deliverable*. Paris: OECD, 2014.
- OLIVEIRA, Edemir Marques de. "6. Caso Mil Investments: Possibilidade de Aplicação da Norma Geral Antielisão Canadense nas Relações em que haja Tratado contra Bitributação". *Tributação Internacional - Análise de Casos*. Coord. Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: MP Editora, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TABAKOV, Lubomir. "Counteracting tax evasion and avoidance (focus on non-compliance by MNEs)". In: Petruzzi, Rafaela; Spies, Karoline (Eds.). *Tax Policy*

Challenges in the 21st Century. Series on International Tax Law Volume 86. Vienna: Linde, 2014.

VITA, Jonathan Barros. O BEPS Base Erosion and Profit Shifting Report da OCDE e os preços de transferência brasileiros: notas introdutórias. *Revista Atualidades*, v. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais/Fiscosoft, 2014.

VITA, Jonathan Barros. “As Convenções para Evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociação e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU”. *Direito Tributário Atual nº 24*. São Paulo: Dialética, 2010.

ZABURAITE, Maryte. “Debt and Equity in International Company Taxation”. *International Group Financing and Taxes. Series on International Tax Law. Volume 74*. Coord. Christian Massoner, Alfred Storck e Birgit Stürzlinger. Vienna: Linde, 2012.