

A Tolerância e a Intolerância ao *Treaty Shopping*: os Casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II”

Luís Flávio Neto

Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Tributário e Financeiro. Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo.

Resumo

O artigo cuida de uma espécie de planejamento tributário internacional, o *treaty shopping*. Analisa casos concretos do Direito comparado, especialmente o caso “Indofood”, com origem em decisões da *Indonésia* e do *Reino Unido*, e o caso “Prévost”, com origem em decisões do *Canadá*. Sob a perspectiva do *treaty shopping*, analisa, ainda, os precedentes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf nos casos “Eagle I” e “Eagle II”.

Abstract

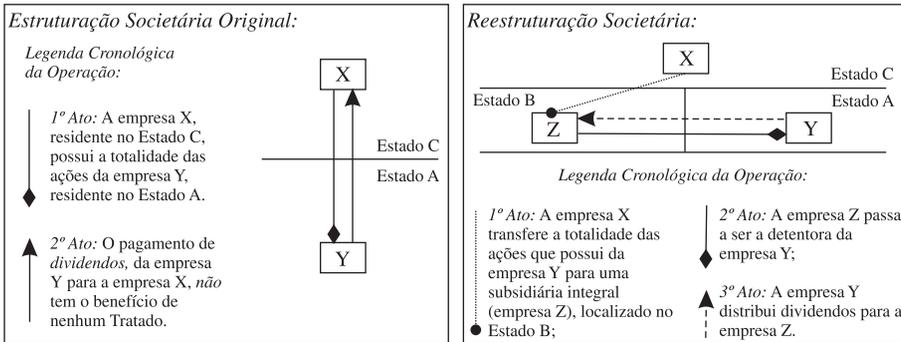
The article analyzes a kind of international tax planning, the *treaty shopping*. Analyzes cases of Comparative Law, especially the “Indofood case”, originated in decisions of Indonesia and the United Kingdom, and the “Prévost” case, originated in decisions of Canada. Adopting the *treaty shopping* perspective, analyzes the cases “Eagle I” and “Eagle II”, from Brazilian Administrative Court (“Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf”).

I - Introdução

O *treaty shopping* consiste em uma estruturação ou reestruturação societária, realizada a fim de alocar empresas controladas como residentes em países que tenham celebrado tratados de dupla tributação com o país da controladora, com o país de produção dos rendimentos (fonte) ou com ambos, de forma que tal controlada seja um “interposto” entre a controladora e o país da fonte, permitindo, assim, o acesso aos benefícios de tratados de bitributação que, de outra forma, não seriam concedidos.

O exemplo a seguir ilustra uma situação *treaty shopping*, em que se utiliza uma “empresa canal”¹ para a desoneração tributária dos dividendos distribuídos:

¹ Algumas estruturas societárias são normalmente identificadas como *treaty shopping*, embora outras, mais sofisticadas, possam surgir. São elas as “empresas-canais” (*conduit companies*) e as “empresas trampolins” (*stepping stone companies*). As “estruturas bilaterais” são também aceitas pela doutrina como modalidade de *treaty shopping*, embora não envolvam um terceiro Estado.



Para a compreensão do exemplo, deve-se assumir que há um tratado de bitributação assinado entre o Estado A e o Estado B, o qual prevê que o Estado A deve isentar os dividendos pagos por empresas ali sediadas a acionistas residentes no Estado B. O Estado C não possui acordo de bitributação em vigor com o Estado A ou com o Estado B. A empresa Z foi interposta para ser a “empresa canal”. Os frutos dos investimentos originalmente efetuados pela empresa X, situada no Estado C, serão transferidos para empresa a empresa Z, situada no Estado B, onde podem ser acumulados, reinvestidos em outros países ou “emprestados” à própria controladora².

A expressão *treaty shopping* surgiu nos Estados Unidos, em referência à expressão *forum shopping*, que ocorre quando uma *parte litigante* procura ter a sua ação julgada por uma Corte ou jurisdição particularmente escolhida, na qual acredita obter a decisão mais favorável³. Ocorre que, tal como neste, em que pode a *parte* surpreender-se com algum entendimento desfavorável na jurisdição para a qual direcionou a sua lide, poderá o contribuinte não obter os benefícios do Tratado de dupla tributação, planejados com a estruturação de um *treaty shopping*.

Isto porque, as referidas estruturas podem ser desconsideradas para fins fiscais, de forma que as operações delas decorrentes sejam submetidas à tributação mais severa, sem os benefícios da Convenção para os quais se buscou direcionar os rendimentos.

Ao meditar sobre a matéria, Klaus Vogel introduz a discussão com o que aponta ser uma máxima do Direito Tributário: *os contribuintes são livres para organizar os*

² Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação (Treaty Shopping)*. São Paulo, RT, 1995, p. 24. Exemplo fornecido pelo Grupo de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Fiscal do Departamento de Economia Internacional e Assuntos Sociais da ONU.

³ Cf. ROSEMBUJ, T. “Treaty Shopping: el Abuso de Tratado”. In: V. Uckmar, *Corso di Diritto Tributario Internazionale*. Padova, Cedam, 1999, p. 544; e SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação (Treaty Shopping)*, São Paulo, RT, 1995, p. 22. Segundo este último, “a expressão Treaty Shopping nasceu nos Estados Unidos. Sua origem deve ser buscada no termo fórum shopping (Becker e Wurm, 1988,2), que Black, no seu ‘Law Dictionary’, diz ocorrer quando uma parte procura ter sua ação julgada por uma corte ou jurisdição em particular, onde ela acredita obter a decisão mais favorável. No fórum shopping, uma parte tenta ‘comprar’ (shop) uma jurisdição para o seu caso. Do mesmo modo, diz-se que, no Treaty Shopping, o contribuinte ‘compra’ os benefícios do acordo de bitributação, através da interposição de terceiros.”

*seus assuntos econômicos da maneira que lhes proporcionem maior benefício e, por isso, uma ação em particular adotada com propósitos fiscais não pode despojá-lo dos benefícios aos quais seria titular, nos termos da lei. Tal máxima, se não é universal, pode ser encontrada nos traços, ao menos, de toda a democracia constitucional ocidental. Contudo, embora o planejamento tributário não seja repreensível, pode ser que ultrapasse um ponto não tolerado por um determinado sistema legal*⁴. Para este professor, cada Estado teria o seu próprio “hidrômetro de intolerância”⁵.

O estudo do tema demonstra que não é “certo” ou “errado” adotar perspectivas mais libertárias ou restritivas em relação ao *treaty shopping*, mas sim que há diferentes graus de tolerância mantidos pelos Estados. Quando se altera o sistema jurídico de referência, pode ocorrer a transição entre os conceitos de *tax planning*, *tax avoidance* e *tax evasion*⁶.

Para ilustrar os diversos resultados que este *hidrômetro de intolerância* pode apresentar, embora outros precedentes do Direito comparado sejam citados neste ensaio, será especialmente analisado o caso “Prévost” (Prévost Car Inc., 2009), em que o Tribunal do Canadá decidiu pela tolerância ao declarar válido o *treaty shopping*, bem como o caso “Indofood” (Indofood International Finance Ltd *versus* JPMorgan Chase Bank N.A, London Branch, 2006), no qual o *treaty shopping* não foi tolerado pelo Fisco da Indonésia e pelo Poder Judiciário do Reino Unido.

Os Tribunais brasileiros ainda não possuem precedentes publicados sobre a questão, razão pela qual este artigo propõe um exercício dialético a partir de dois casos analisados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - *Carf*: *na hipótese de levar em consideração a abordagem do treaty shopping, como seria possível fundamentar as decisões do caso “Eagle I”, em que o planejamento tributário internacional foi acatado, e do caso “Eagle II”, em que a empresa interposta na operação foi considerada transparente para fins fiscais?*

II - O caso “Prévost”

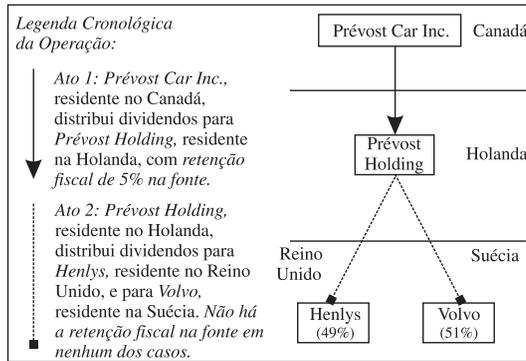
Em 27 de novembro de 1986, o Canadá e a Holanda firmaram um Tratado de bitributação com base na Convenção Modelo da OCDE, de 1977. Na vigência desta Convenção, a Prévost Car Inc. (“Prévost”), residente no Canadá, realizou o pagamento de dividendos ao seu acionista Prévost Holding BV (“Holding”), residente na Holanda. A Holding, em seguida, realizou o pagamento de dividendos, no mesmo volume financeiro recebido, aos seus dois acionistas, a Volvo Bussar Corporation (“Volvo”), residente na Suécia, e a Henlys Group (“Henlys”), residente no Reino Unido.

⁴ VOGEL, K. (1997). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: a Commentary to the OCDE, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital with Particular Reference to German Treaty Practice*. Londres, Kluwer Law International, 1997, pp. 116-117.

⁵ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação (Treaty Shopping)*, São Paulo, RT, 1995, p. 134.

⁶ Para uma interessante delimitação dos conceitos de *tax planning*, *tax avoidance* e *tax evasion*, vide RUSSO, Raffaele (editor). *Fundamentals of International tax Planning*. Netherlands, IBFD, 2007, pp. 49-59.

A ilustração a seguir representa a operação, que pode ser identificada como uma estrutura de *treaty shopping* com a interposição de uma *empresa canal* (*conduit company*):



Com a alocação da *empresa canal* na Holanda, os dividendos distribuídos pela Prévost à Holding deveriam se sujeitar à retenção fiscal de 5%, nos termos do Tratado de bitributação firmado entre o Canadá e a Holanda⁷. Por sua vez, a distribuição de lucros da empresa Holding às suas duas acionistas, Volvo (51% das ações) e Henlys (49% das ações), seria realizada sem qualquer retenção de impostos na fonte (0% de retenção)⁸, em razão dos tratados respectivamente aplicáveis.

Ocorrer que esta estrutura societária suscitou uma dúvida na Administração Fiscal canadense capaz de prejudicar a eficácia do planejamento tributário em questão: o “beneficiário efetivo” dos dividendos distribuídos pela Prévost seria a Holding ou, na verdade, as empresas Volvo e Henlys seriam as beneficiárias efetivas?

Na hipótese de se considerar essas empresas (Volvo e Henlys) como as *beneficiárias efetivas* dos rendimentos distribuídos pela Prévost, a Holding poderia se tornar *transparente* aos olhos do Fisco canadense. A operação tributada, então, seria a distribuição de dividendos da Prévost à Volvo e à Henlys, aplicando-se, respectivamente, os Tratados Canadá-Suécia e Canadá-Reino Unido.

São necessários, portanto, alguns apontamentos a respeito da questão do “beneficiário efetivo”.

Não faria sentido compreender o “beneficiário efetivo” como aquele para o qual a renda é direcionada ao final de toda uma cadeia de operações. Basta verificar que, nesse pensar, a beneficiária efetiva seria a pessoa física detentora das ações da companhia ou mesmo das ações de uma *holding* controladora. *Pensando-se em uma Sociedade por Ações, com participação em bolsa, os beneficiários efetivos seriam os milhares de acionistas?*

⁷ Cf. MARLEY, P. e SAMTANI, P. (s.d.). Acesso em agosto de 2009, disponível no site do escritório Osler: <http://www.osler.com/resources.aspx?LangType=1036&id=17014&tracklink=rss>.

⁸ Cf. THOMPSON, J. R. (s.d.). *Canada: Federal Court of Appeal Upholds “Prévost Car”: Implications for Treaty Planning and Offshore Structures*. Acesso em 10 de agosto de 2009, disponível em <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=75986>.

Esclarece Vogel que o *beneficiário efetivo* será aquele que detiver poderes para decidir sobre a aplicação do capital, do bem econômico ou sobre a administração dos rendimentos. O beneficiário efetivo deve ter poderes para decidir se vai receber, ou não, o rendimento, tal como o modo pelo qual se irá dispor deste. O fato de uma sociedade deter a totalidade do capital de outra não a torna a “beneficiária efetiva” de seus rendimentos: *é necessário que existam indícios de que a direção da sociedade controlada depende da concordância de sua controladora no que se refere à destinação dos recursos recebidos do exterior*⁹.

No caso em estudo, a Administração Fiscal canadense entendeu que a Holding não se enquadraria no conceito de “beneficiário efetivo”, prescrito no artigo 10 (2) do Tratado fiscal Canadá-Holanda. Os *beneficiários efetivos* seriam as empresas Volvo e Henlys, razão pela qual se aplicariam, respectivamente, os Tratados Canadá-Suécia e Canadá-Reino Unido. Nestes, haveria a previsão para a retenção fiscal de 15%, no caso dos dividendos distribuídos à Volvo, e de 10%, em relação aos dividendos distribuídos à Henlys.

Este posicionamento da Administração Fiscal surgiu a partir da análise de um acordo firmado entre as empresas Volvo e Henlys, que previa, entre outras coisas, que não menos que 80% dos lucros da Holding seriam distribuídos aos seus sócios e que, de fato, assim foi realizado. Ademais, levou-se em consideração que a Holding não possuía empregados ou sede física no Canadá.

A Corte Fiscal canadense (“*Tax Court of Canada*”) observou que a expressão “beneficiário efetivo” não foi definida no Tratado *Canadá-Holanda* ou mesmo no Código Fiscal canadense (“*Income Tax Act*”). Contudo, ponderou que o artigo 3 (2) do Tratado determina que qualquer expressão que não esteja definida no texto da Convenção terá o significado que lhe é atribuído pela legislação do Estado que a aplicar, a não ser que o contexto imponha interpretação diversa. A partir daí, realizou-se uma análise da jurisprudência canadense e internacional, do significado das palavras relevantes nos três idiomas oficiais do Tratado (francês, inglês e holandês), das provas e evidências trazidas por peritos e, ainda, dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo.

Entendeu a Corte fiscal, então, que o *beneficiário efetivo* seria a Holding. Esta empresa recebeu os dividendos, assumiu o risco e o controle destes. Dessa forma, o planejamento tributário deveria ser acatado.

Contudo, a Administração Fiscal canadense (“*Her Majesty The Queen*”) recorreu à Corte Federal de Apelação (“*Federal Court of Appeal*”) e argumentou que a interpretação atribuída ao termo “beneficiário efetivo” estaria equivocada.

Em 17 de fevereiro de 2009, a Corte Federal de Apelação decidiu estar correta a solução da Corte Fiscal para o caso. Ademais, consignou que a interpretação dinâmica do Tratado adotada naquela decisão observou as contemporâneas alterações dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo, sendo esta a abordagem mais coerente.

Segundo o julgador da Corte Federal de Apelação, Robert Décary, o entendimento defendido pela Administração canadense não se aproximaria de forma

⁹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação (Treaty Shopping)*. São Paulo, RT, 1995, p. 157. Nesse sentido, ainda, Giuseppe Corasaniti (1999, p. 349)

alguma à interpretação da OCDE e, caso acolhido, geraria precedente capaz de violar a certeza e a estabilidade que o tratado de bitributação busca alcançar. Não se poderia adotar uma *visão pejorativa de empresas holding* (“pejorative view of holding companies”), que não é proclamada pelo *Canadá* em suas leis e nem pela comunidade internacional.

Para concluir que a Holding seria o “beneficiário efetivo” dos rendimentos, Robert Décary observou que: (a) a relação entre a Holding e os seus acionistas não é de filial ou de mandato; (b) a Holding não deve ser considerada como um véu utilizado para esconder algo, um simulacro empresarial (“corporate veil”), pois não representa *um veículo para outra pessoa* e não há indícios quanto à sua utilização como “empresa canal” (*conduit company*), tal como de que houve um acordo que lhe obrigasse a agir em nome e de acordo com as instruções de outra pessoa, sem o direito de agir em desacordo com aquela. Este seria o caso, por exemplo, de um corretor da bolsa de valores que é o proprietário registrado das ações que detém dos seus clientes; (c) não há evidências de que a Holding seja conduzida pela Volvo ou pela Henlys ou que esteja obrigada a repassar os seus fluxos financeiros a estas empresas; (d) a Holding é uma empresa regularmente constituída sob as leis holandesas e está sob a tutela destas; (e) a Holding não é uma empresa resultante de um acordo de acionistas; (f) caso não fosse observada a política de distribuição de dividendos estabelecida no Acordo de Acionistas da Holding, nem a Henlys e nem a Volvo poderiam tomar medidas contra esta; (g) no Estatuto da Holding não há previsão que obrigue o pagamento de quaisquer dividendos aos seus acionistas; (h) quando a Holding decidir pagar dividendos, terá de pagá-los de acordo com as leis holandesas; (i) a Holding é proprietária das ações da Prévost, pois pagou por tais ações. Portanto, são de propriedade da Holding os dividendos relacionados a tais ações¹⁰.

Portanto, no caso “Prévost”, a Corte Federal de Apelação canadense assumiu uma perspectiva de tolerância ao *treaty shopping*. Nesta abordagem, os atos e negócios realizados são visualizados como lícitos e adequados, praticados dentro da margem de liberdade de que os contribuintes dispõem para a organização de suas atividades empresariais. Assim, diante da possibilidade de mais de um Estado exercer a sua soberania fiscal, o contribuinte realiza a escolha consciente dos ordenamentos tributários que poderão ser aplicados sobre a sua capacidade contributiva, de forma a submeter-se ao menor ônus fiscal.

De todas as questões observadas, interessa destacar que a análise das provas quanto à realidade dos fatos foi determinante para o resultado do *hidrômetro de tolerância* neste caso.

III - O Caso “Indofood”

A PT Indofood Sukses Makmur TBK (Indofood) é uma companhia de produção e distribuição de alimentos, residente na Indonésia. Como facilmente se

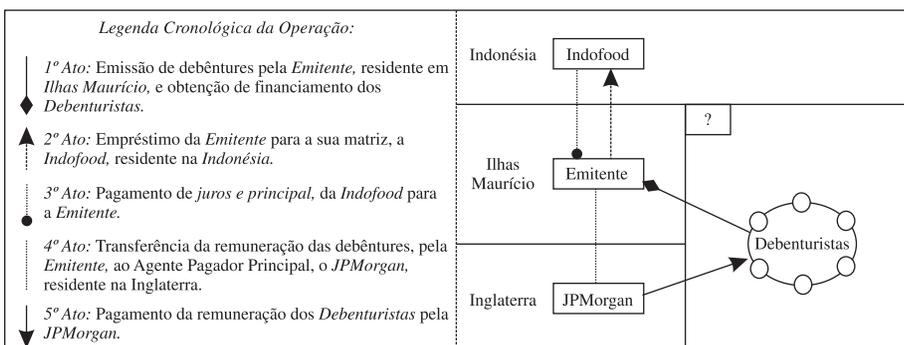
¹⁰ Os demais julgadores da Corte Canadense, Pierre Blais e K. Sharlow, concordaram integralmente com o entendimento de Robert Décary, acatando como válido o planejamento realizado Registre-se, que seria possível, ainda, conforme o sistema canadense, a análise do caso pela Suprema Corte daquele país.

observa em seu *site* na *internet*, trata-se de empresa com presença global e com postura pública de atuação no mercado financeiro.

Em 2002, a Indofood decidiu emitir debêntures (“loan notes”) no mercado internacional. Com a aplicação pura da legislação da Indonésia, esta operação poderia estar sujeita à retenção fiscal de 20% sobre os juros pagos aos debenturistas (“noteholders”). Entretanto, a empresa realizou um estudo das diversas possibilidades operacionais e um planejamento tributário, concluindo que poderia reduzir essa retenção fiscal para 10%. Isso seria possível caso a emissão das debêntures fosse implementada por uma subsidiária inteiramente constituída nas Ilhas Maurício, conforme as condições estabelecidas pelo Tratado de dupla tributação Indonésia-Ilhas Maurício. A capitalização da matriz poderia ser realizada mediante o empréstimo, pela subsidiária, dos valores obtidos pela operação financeira.

Nesse cenário, a Indofood constituiu, nas Ilhas Maurício, a Indofood International Finance Ltd (Emitente), que emitiu, em 18 de junho de 2002, US\$ 280.000.000,00 em debêntures. No mesmo dia, o Emitente emprestou para a Indofood o referido capital, sob as mesmas condições previstas nas debêntures. Por fim, em um documento de 18 de junho de 2002, a agência londrina (London Branch) do JPMorgan Chase Bank NA (JPMorgan) foi nomeado o *trustee* e o Agente Pagador Principal (Principal Paying Agent) pelos adquirentes das debêntures. De acordo com todos os contratos firmados na operação, dois dias úteis antes do prazo de pagamento aos debenturistas a Indofood seria obrigada a depositar as somas devidas em conta bancária indicada pelo Emitente; um dia útil antes do prazo de vencimento das debêntures, o Emitente seria obrigado a depositar a quantia devida aos debenturistas em conta indicada pelo JPMorgan, que se encarregaria de pagar os credores (debenturistas).

Pode-se identificar, portanto, o desenho de um planejamento tributário para a interposição de uma *empresa canal*:



Conforme as condições expressas nas debêntures, estas seriam resgatadas em 18 de junho de 2007. A única hipótese prevista para o resgate antecipado se daria com a presença combinada de duas condições: (i) a ocorrência de mudanças de política fiscal capazes de elevar o ônus da retenção fiscal para mais de 10%; e (ii) exclusivamente caso não houvessem medidas razoáveis à disposição para evitar essa elevação da alíquota do imposto.

Entretanto, um fato deu origem à primeira dessas condições: *em 24 de junho de 2004, a Indonésia deu publicidade à denúncia, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2005, do Tratado fiscal Indonésia-Ilhas Maurício*. Com a revogação dos benefícios da Convenção, a Indofood passaria a se sujeitar à retenção de 20%.

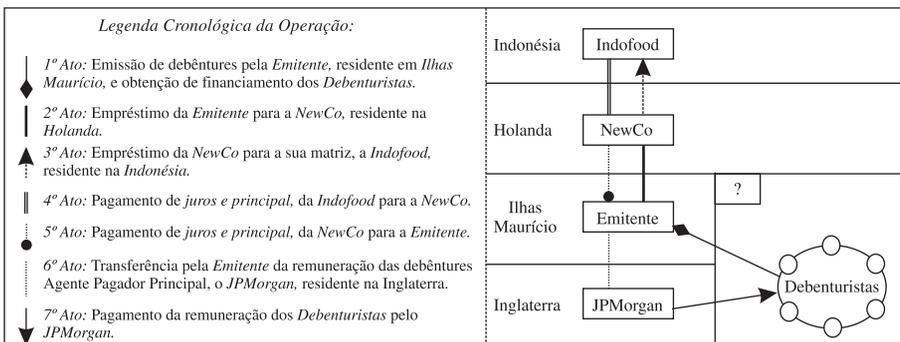
Tal medida teria sido uma resposta à política adotada desde 2001 pelo Governo das Ilhas Maurício, que permitiria a não residentes estabelecer agências de negócios conectadas ao seu território, especialmente adequadas para a prática de *treaty shopping* com base em tratados fiscais firmados com países de carga fiscal mais elevada, como é o caso da Indonésia.

Em 20 de agosto de 2004, o Emitente noticiou ao JPMorgan a intenção de resgatar as debêntures. A justificativa apresentada foi a de que não haveria nenhuma medida razoável à disposição para evitar a referida elevação da retenção fiscal. Em 18 de novembro de 2004, o Emitente requereu ao JPMorgan a aprovação para que, em 29 de dezembro de 2004, fosse realizado o resgate das debêntures.

Entretanto, em 22 de novembro de 2004, o JPMorgan rejeitou o pedido de resgate antecipado das debêntures, sob a justificativa de não estar convencido da inexistência de medidas razoáveis, à disposição do Emitente, capazes de evitar o incremento do ônus fiscal sobre a operação.

Dessa forma, a questão foi conduzida aos tribunais britânicos¹¹ pela Emitente, a fim de garantir o seu direito ao resgate antecipado das debêntures.

Em juízo, o JPMorgan alegou ser possível ao Emitente e à Indofood: (i) migrar o Emitente para a Holanda, Luxemburgo ou Reino Unido; ou (ii) substituir o Emitente por outra subsidiária emitente de debêntures residente em um daqueles países; ou, ainda, (iii) interpor, entre o Emitente e a Indofood, uma subsidiária residente em um daqueles países. Após, concluiu-se que o mais interessante seria interpor, entre o Emitente e a Indofood, uma nova companhia (“NewCo”) constituída na Holanda, tendo em vista que o Tratado *Indonésia-Holanda* garantiria a retenção fiscal de 10% ou menos. O novo planejamento tributário defendido pela JPMorgan pode ser assim representado:



¹¹ O Tribunal britânico possuía competência para tratar da questão, pois os contratos firmados eram regidos pela legislação do Estado da filial de Londres do JPMorgan.

As questões centrais que interessam a este estudo, no caso, seriam: (i) se a interposição da NewCo realmente teria como consequência reduzir para 10% ou menos o ônus fiscal sobre a operação; e, ainda (ii) se seria razoável e possível para o Emitente e para a Indofood adotar esta medida.

Para o juiz Evans-Lombe J, a resposta à questão da eficiência da interposição da NewCo pressupõe saber: (i) se a NewCo seria a *beneficiária efetiva* dos juros pagos pela Indofood; (ii) se a NewCo seria considerada residente na Holanda para fins de aplicação da Convenção fiscal; e (iii) se a interposição da NewCo teria como consequência a novação do contrato de empréstimo¹². Por sua vez, para analisar se tal medida seria razoável e disponível, seria também necessário comparar quais os custos de interposição com os benefícios efetivamente obtidos pela estrutura societária descrita¹³.

Em 10 de junho de 2005, a Indofood consultou o Diretor Geral de Impostos da Indonésia a respeito das diretrizes que deveria seguir no caso, especialmente quanto à interposição, entre a Indofood e a Emitente, de uma companhia registrada na Holanda (NewCo). A consulta relatou que a Emitente atribuiria os benefícios do contrato de empréstimo em questão para a empresa interposta (NewCo), que realizaria um novo acordo com a Emitente. Tendo em vista que a NewCo seria uma companhia constituída na Holanda, questionou, então, se o Emitente se beneficiaria da redução do ônus fiscal em alíquota igual ou menor que 10%, em especial por conta da interpretação do termo “beneficiário efetivo” (a NewCo seria ou não considerada a *beneficiária efetiva* dos juros pagos pela Indofood?).

Em rápida resposta à consulta (24 de junho de 2005), o Diretor Geral de Impostos da Indonésia apontou que o *treaty shopping* é um caso de uso abusivo ou impróprio das Convenções de dupla tributação, já que este seria contrário aos objetivos estabelecidos pelos próprios Tratados fiscais. Considerou-se que o propósito principal da nova estrutura financeira claramente seria evitar o incremento da retenção fiscal decorrente da perda dos benefícios do Tratado Indonésia-Ilhas Maurício, pela obtenção dos benefícios de Convenção fiscal firmada com outro país. Por esta razão, o acesso aos benefícios da Convenção Indonésia-Holanda deveriam ser negados.

Ainda conforme o entendimento do Diretor Geral de Impostos da Indonésia, os princípios que regem o imposto de renda da Indonésia, o termo “beneficiário efetivo” deve ser tomado como uma norma antiabuso, com o objetivo de limitar o acesso aos benefícios previstos no Tratado às pessoas dotadas de legitimidade plena. Consequentemente, a NewCo, por ser uma *empresa canal*, não seria considerada a *beneficiária efetiva*, devendo ser aplicada a alíquota de retenção de 20% prevista pela legislação doméstica da Indonésia.

Em 7 de julho de 2005, o Diretor Geral de Impostos da Indonésia encaminhou uma orientação geral às autoridades fiscais daquele país, estabelecendo uma

¹² A novação do contrato não será analisada e nesse estudo e não foi fundamental para a solução do caso pela Suprema Corte do Reino Unido. A Corte entendeu que a interposição da NewCo não teria dado origem a um novo empréstimo (novação) para os fins dos artigos 11.4 e 11.9.

¹³ No caso, os custos de interposição da NewCo não teriam superado os benefícios fiscais que seriam obtidos.

diretriz para a interpretação do termo *beneficiário efetivo* utilizado nos tratados de dupla tributação:

- a) O *beneficiário efetivo* se refere ao verdadeiro beneficiário da renda de dividendos, juros e/ou *royalty*, seja o contribuinte pessoa física ou jurídica, que tenha amplo privilégio para beneficiar-se diretamente da renda;
- b) As “empresa canal” (*conduit company*), “empresa de papel” (*paper box company*), “empresa transparente” (*pass-through company*), dentre outras, não devem ser consideradas como *beneficiárias efetivas*.

Nota-se, portanto, que a Administração Fiscal indonésia combate o *treaty shopping* com *elevado grau de intolerância*, considerando esta estrutura como uma *hipótese imediata de abuso*¹⁴.

Essa abordagem precisa ser compreendida com cautelas. Entende-se que, com a sua adoção, não devem ser denominadas de *treaty shopping* as situações em que uma companhia estabelece residência em um determinado Estado, para lá exercer uma atividade empresarial com substância econômica verificável por critérios razoáveis. Nessas situações, deve ser garantida a aquisição dos benefícios do Tratado de bitributação.

A OCDE, em seus comentários à Convenção Modelo, reiteradamente sugere que a interposição de controladas não pressupõe de forma imediata o *abuso*. Disso decorre que que as cláusulas dos Tratados, que tenham como objetivo combater o *treaty shopping*, devem necessariamente estar acompanhadas por cláusulas de salvaguarda às hipóteses de boa-fé.

Assuma-se, por exemplo, uma situação em que o Estado X e o Estado Y possum similar desenvolvimento industrial, segurança jurídica, Estado de Direito consolidado, proteção a direitos fundamentais em padrões aceitos internacionalmente, legislação trabalhista coerente, estabilidade monetária e, especialmente, *localização global e logística igualmente interessante para os negócios que se pretendam realizar com empresas do Estado N*. Suponha-se, então, que uma companhia, com matriz no Estado Z, decidida a estender as suas atividades empresariais ao Estado N, verifica que as condições internas deste país, comparadas com as dos Estados X e Y, não são tão estáveis e favoráveis para a constituição de uma subsidiária dotada de diretores, empregados e maquinário. Ocorre que o Estado X possui Tratados de dupla tributação com o Estado N (que se pretende explorar) e o Estado Z (de residência da matriz), enquanto que, o Estado Y, não. Há, dessa forma, um *plus* à possibilidade de ser produzidos lucros da referida atividade empresarial caso seja constituída subsidiária no Estado X, especialmente pela isenção de imposto na distribuição de dividendos. Opta-se, então, por constituir a referida subsidiária no Estado X. *Neste caso, poderia ser considerada abusiva a estrutura? Sendo o objetivo dos acor-*

¹⁴ Essa ótica se aproxima com a defendida por Rosembuj, que considera o *treaty shopping* uma situação *abusiva* propícia à obtenção das vantagens concedidas por um Tratado por parte de uma pessoa que não é residente de nenhum dos Estados signatários, mediante a interposição de uma sociedade no território de algum destes. Ademais, o autor pressupõe a ocorrência de *simulação* nos casos de *treaty shopping*, pois esta se manifesta como real ainda que não o seja, tendo em vista que os requisitos societários e da empresa, que podem ser verificáveis normalmente, estarão ausentes (“Treaty Shopping: el Abuso de Tratado”. In: V. Uckmar, *Corso di Diritto Tributario Internazionale*. Padova, Cedam, 1999, pp. 543-545).

dos de bitributação implementar as trocas comerciais entre os Estados contratantes, a instalação desta unidade empresarial (no Estado X) representaria um nítido exemplo de desejada alocação de negócios neste país impulsionado (senão, induzida) pelas Convenções firmadas ou, ao contrário, abuso que transgride o interesse fiscal os Estados envolvidos?

É interessante notar que, no contexto da Comunidade Europeia, a existência de motivações exclusivamente fiscais para o desenvolvimento de uma atividade econômica não afeta a boa-fé do contribuinte. Como se observa no parágrafo 59 do acórdão Halifax¹⁵, o TJCE estabeleceu a regra geral de que é irrelevante, para a sistemática do IVA, o fato de a operação ser efetuada com o objetivo exclusivo de obter uma vantagem fiscal: *interessa se, objetivamente, houve ou não a entrega de bens ou uma prestação de serviços.*

Retornando à narrativa do caso, o juiz inglês Evans-Lombe J. apresentou entendimento diverso do Diretor Geral de Impostos indonésio: *o planejamento fiscal defendido pelo JPMorgan teria fundamentos para ser acatado pela Indonésia e, por isso, seria uma medida razoável à disposição da Emitente e da Indofood.*

Verificou o juiz Evans-Lombe J. que a NewCo seria constituída na Holanda e lá manteria os seus arquivos, obedecendo às exigências e registros requeridos pelas autoridades holandesas. Ademais, não seria necessária a fixação de sede física na Indonésia e todos os diretores seriam residentes na Holanda, mesmo que nacionais da Indonésia. Decidiu o juiz que a NewCo seria considerada residente na Holanda, por cumprir todos os requisitos impostos pelas autoridades daquele país (*substance and risk*), tal como a exigência de capitação de um nível de capital definido e a prática de juros superiores àqueles pagos para a obtenção do capital, obedecendo ao *spread* mínimo fixado pelas autoridades locais.

Outro fundamento desta decisão foi que, na falta de qualquer relação fiduciária entre a NewCo e a Emitente, com a falência da NewCo, os juros provenientes da Indofood e ainda não distribuídos poderiam ser utilizados pela falida para o pagamento de seus credores em geral, dentre os quais se incluiria a Emitente. Ademais, a NewCo, por ser aquela que empresta o capital, deve ser considerada a *beneficiária efetiva* dos juros recebidos por conta das transações de empréstimo.

Entretanto, ao analisar o caso, a Suprema Corte do Reino Unido posicionou-se em sentido inverso. Considerou-se que a estrutura que realmente se pretendia estabelecer com a interposição da NewCo seria diferente da que foi compreendida pelo juiz Evans-Lombe J., especialmente porque as partes reconheceram que não havia a intenção de gerar qualquer *spread* na operação.

Para decidir se a NewCo seria a *beneficiária efetiva* dos juros pagos pela Indofood, a Suprema Corte colacionou diversas lições de Philip Baker a respeito dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo. Uma das contribuições deste autor para o convencimento da Corte foi a de que a limitação do *beneficiário efetivo* pretende excluir dos benefícios dos Tratados fiscais: (a) pessoas meramente nomeadas ou agentes, que não são considerados proprietários dos rendimentos em seus respectivos países de residência; bem como (b) qualquer outro “canal” que, embora seja o proprietário formal da renda, tenha poderes muito restritos sobre ela, tornando-

¹⁵ Referência ao processo C-255/02, de 21 de fevereiro de 2006, do TJCE.

se mero administrador em nome do *beneficiário efetivo*. Não escapou à Suprema Corte, contudo, a ponderação de Baker no sentido de que o simples fato de o credor dos rendimentos ser encarado como um *canal* não o impossibilita de ser o *beneficiário efetivo*.

A Corte entendeu, então, que não basta analisar se a Emitente e a NewCo são agentes ou pessoas nomeadas. O ponto fundamental seria a incompatibilidade do conceito de *beneficiário efetivo* com o de *proprietário meramente formal*, sendo que este não se beneficia diretamente do rendimento. Considerou-se, então, que a Emitente ou, no caso da nova interposição, a NewCo, não teria qualquer liberdade para desfrutar dos rendimentos auferidos, tendo em vista que estas seriam obrigadas a entregar ao JPMorgan a quantia recebida da Indofood, pois as condições especificadas nas debêntures proibiam a utilização de outra fonte de recursos.

Além disso, entendeu a Corte que, para considerar a NewCo residente na Holanda, as autoridades fiscais da Indonésia exigiriam que a sua *direção efetiva*, assim considerado o lugar onde a gestão e as decisões comerciais essenciais para a condução dos negócios da companhia são realmente concretizadas, estivesse localizada naquele país, por conta do artigo 4.4 do Tratado Indonésia-Holanda¹⁶.

Diante desses fundamentos, concluiu a Suprema Corte que a interposição da NewCo não seria uma medida disponível para se evitar a obrigação fiscal em questão. O *treaty shopping* proposto pelo JPMorgan poderia vir a ser desconsiderado pela Indonésia, de forma que seria legítimo à Indofood o resgate antecipado de suas debêntures.

Embora a Administração Fiscal da Indonésia e a Suprema Corte inglesa tenham apresentado soluções similares no caso “Indofood”, é importante destacar que as suas premissas não são coincidentes. A Corte inglesa não partiu da abordagem de que o *treaty shopping* é uma situação imediatamente abusiva, bem como que uma *empresa*, por figurar como *canal*, deve encarado como não sendo a *beneficiário efetivo* dos rendimentos. A solução da Suprema Corte foi conduzida pela análise das provas quanto à realidade dos fatos.

IV - Os casos “Eagle I” e “Eagle II”

A questão do *treaty shopping* é de substancial importância para o Brasil: *tendo apenas 28 Tratados fiscais vigentes, as empresas situadas em países não contratantes tornam-se mais suscetíveis de constituir, por meio de treaty shopping, companhias em algum dos poucos Estados com quem possuímos Tratados, com o objetivo de acessar os benefícios acordados conosco.*

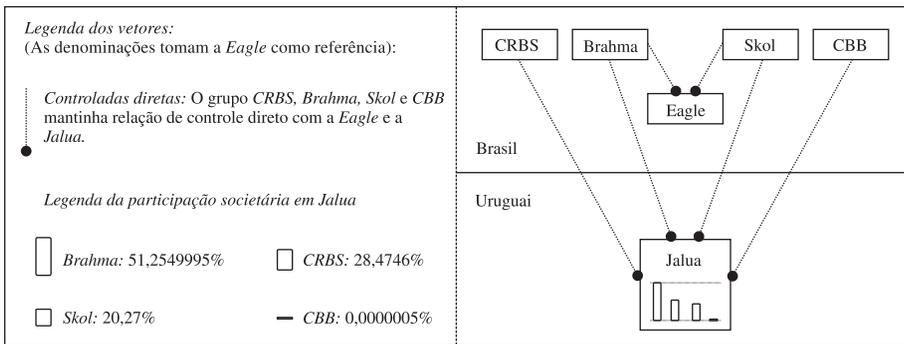
Entretanto, os Tribunais brasileiros ainda não enfrentaram a abordagem do *treaty shopping* nos casos submetidos à sua análise. Propõe-se, então, um exercício dialético a partir de precedentes do Carf, para se responder à seguinte questão: *como poderiam ser fundamentadas as decisões dos Processos 16327.000112/2005-31 (caso “Eagle I”) e 16327.000530/2005-28 (“Eagle II”), sob a abordagem do treaty shopping?*

¹⁶ O Tratado de bitributação firmado pela Indonésia com as Ilhas Maurício possuía algumas diferenças da Convenção Indonésia-Holanda. O Tratado Indonésia-Ilhas Maurício não previa, em seu artigo 4º (definição de residente) o requisito da *direção efetiva*, prescrito na cláusula 4.4 do Tratado Indonésia-Holanda (“place of effective management of a body corporate”).

IV.1 - O caso “Eagle I”

Conforme as informações fornecidas pelo *site eletrônico* do Carf, até 30 de dezembro de 1999, as ações da Jalua SA (Jalua), uma empresa do ramo de bebidas na época residente no Uruguai, estavam distribuídas entre as empresas brasileiras Cervejarias Reunidas Skol Caracu SA (Skol), Companhia Cervejaria Brahma (Brahma), CRBS SA (CRBS) e Companhia Brasileira de Bebidas (CBB). A Brahma e a Skol, à época, também eram as únicas acionistas da empresa Eagle Distribuidora de Bebidas SA (Eagle).

A participação societária na Jalua e na Eagle podia ser assim representada:



A partir de 31 de dezembro de 1999, a Skol, a Brahma e a CRBS passaram a transferir à Eagle as ações da Jalua, mediante operações de alienação e integralização de capital. A tabela a seguir aposta as sucessivas transferências realizadas no intervalo de nove meses:

<i>Propriedade Original das Ações da Jalua</i>	<i>Transferência das Ações para a Eagle</i>			
<i>Sócia originária</i>	<i>Data da Transferência</i>	<i>Forma de transferência</i>	<i>Porcentagem transferida (em referência ao total de ações da Jalua)</i>	<i>Valor correspondente acordado</i>
Brahma	31/12/1999	Integralização de capital	10,00%	R\$ 35.404.724,13
Skol	02/01/2000	Venda	10,00%	R\$ 168.126.564,10
CRBS	02/01/2000	Venda	11,00%	R\$ 184.939.220,51
Brahma	02/01/2000	Venda	20,00%	R\$ 336.253.128,20
CRBS	03/04/2000	Venda	17,4746%	R\$ 298.618.896,40
Skol	02/05/2000	Venda	10,2704%	R\$ 180.313.544,13
Brahma	02/09/2000	Venda	21,2549995%	R\$ 89.038.608,50

Dessa forma, as empresas Eagle e CBB passaram a ser as únicas acionistas da Jalua, esta última com participação de 0,0000005%, o que equivaleria a uma ação.

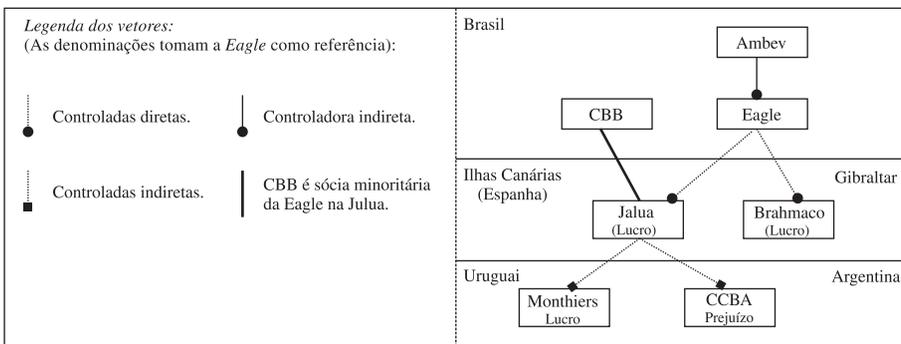
Outro fato relevante para o caso é que a Jalua possuía a participação de 99,9996% de uma empresa residente em Gibraltar, denominada Brahmaco International Limited (Brahmaco). Em 2 de outubro de 2000, a Jalua vendeu toda a sua participação na Brahmaco para a Eagle.

Em 11 de junho de 2001, a Brahma e a Skol se reuniram para formar a Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), que passou, então, a ser a controladora da Eagle.

Em 21 de dezembro de 2001, foi deliberada a transferência da residência da Eagle para a Espanha, tal como a alteração de sua forma para sociedade mercantil, passando a se denominar Jalua Spain SL.

Por fim, cumpre ainda acrescentar que, no ano de 2002, a Jalua detinha 100% do capital de duas empresas: Monthiers, residente no Uruguai, e CCBA, residente na Argentina.

Desse modo, a estrutura final, relevante para este estudo, pode ser ilustrada da seguinte forma, em que a Jalua, sob a abordagem do *treaty shopping*, seria entendida como uma “empresa canal” (*conduit company*):



O litígio com a Administração Fiscal brasileira surgiu com a autuação da Eagle para o pagamento de imposto sobre a renda de suas controladas. Dentre outras questões, entendeu-se que a Eagle deveria adicionar, na apuração de seu lucro real do ano-calendário 2002, os lucros auferidos por suas controladas diretas, Jalua e Brahmaco, nos anos de 2000 e 2001, adotando como fundamento o artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35, *caput* e parágrafo único¹⁷.

Dentre outras questões, especialmente relacionadas à invalidade das normas prescritas pelo artigo 74 da MP 2.158-35, a Eagle impugnou a referida cobrança, alegando que

“a exigência fiscal do IRPJ não pode prosperar por força das disposições expressas da Convenção firmada entre Brasil e Espanha para evitar a du-

¹⁷ MP 2.158-35, “Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.”

pla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a Renda, segundo a qual as empresas brasileiras que controlam empresas situadas na Espanha não estão obrigadas a adicionar ao seu lucro líquido para efeito de determinação do lucro real os lucros auferidos pela controlada no exterior. Em face do art. 2º, § 4º da Convenção, o mesmo tratamento tributário do IRPJ aplica-se à CSLL, pois, não obstante a denominação diversa e a destinação específica, é substancialmente semelhante ao imposto de renda das pessoas jurídicas, porque incide essencialmente sobre a mesma base de cálculo: o lucro.”¹⁸

Nesse seguir, o Conselho entendeu que deveria ser aplicável o artigo 7º do Tratado Brasil-Espanha, de forma que os lucros¹⁹ da Jalua somente poderiam ser tributados na Espanha. Considerou-se válida a estrutura, de forma que os benefícios do Tratado fiscal Brasil-Espanha foram concedidos, não sendo tributados no Brasil os lucros auferidos pela Jalua, controlada direta da Eagle.

Pode-se entender, então, que o Tribunal Administrativo considerou que não foram ultrapassadas as fronteiras da intolerância, sendo acatado o planejamento tributário em questão.

Nas importantes lições de Vogel, colhe-se que o sistema em que será julgado um caso (*civil law* ou *common law*) não determinará a postura de combate ou de admissão de uma situação de *treaty shopping*; o que mais importa é a *disposição* do julgador em tolerá-la ou combatê-la. Nos limites do presente estudo será adotada a premissa de que a parte dispositiva da decisão, enunciada no caso Eagle I, traz consigo a linha axiológica sustentada por seus julgadores, qual seja, a disposição para tolerar a estrutura em questão. Daí, o *exercício dialético* que se propõe é analisar esta decisão pela abordagem do *treaty shopping*, sob a diretriz de manter a tolerância à estrutura implementada.

Essa *postura de aceitação* poderia ser fundamentada pela doutrina de Alberto Xavier, que concebe o *treaty shopping* como um planejamento tributário válido, decorrente da parcela de liberdade ínsita ao indivíduo e à empresa, salvo situações puramente artificiais²⁰. Poderiam os julgadores, ainda, servir-se da ideologia do caso inglês *Duke of Westminster* (com as ressalvas de tratar-se de precedente do *common law*), segundo a qual “todo homem tem direito, se conseguir, de ordenar seus negócios de tal modo que o tributo incidente sobre atos apropriados seja inferior ao que doutro modo incidiria”²¹.

¹⁸ Cf. acórdão do caso Eagle I.

¹⁹ Embora não influencie na análise que ora se propõe, é interessante notar que o Conselho de Contribuintes entendeu, no caso, que o critério material a hipótese de incidência prescrita pelo artigo 74 da MP 2.158-35 é “auferir lucro”, de forma que são considerados como da controladora os lucros auferidos pela controlada, daí por que se aplica o artigo 7º da Convenção. Antes da MP 2.158-35, a tributação incidiria sobre os dividendos distribuídos, razão pela seria o artigo 10º da Convenção o aplicável.

²⁰ XAVIER, A. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª ed., atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 309.

²¹ Luís Eduardo Schoueri aponta que “curiosamente, esta decisão, firmando a prevalência da forma sobre a substância, se deu no mesmo ano (1935) em que, nos EUA, o Caso Gregory Helvering pontificava ‘o teste de objetivo empresarial’ (business purpose test)” (*Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação (Treaty Shopping)*). São Paulo, RT, 1995, pp. 59-60).

Sob uma segunda perspectiva, poderia ser sopesado o vigoroso entendimento de Estados como a Suíça e de autores como Vogel, no sentido de que um Estado não é obrigado a conceder os benefícios de uma Convenção por ele assinada caso constate a prática de atos abusivos pelo contribuinte, independentemente da existência de disposição expressa no Tratado fiscal nesse sentido. Ocorre que são interessantes os desdobramentos dessa afirmação: *caso um Estado negue os benefícios do Tratado a um contribuinte, em situação que sequer configure abuso, estará injustificadamente deixando de respeitar ao compromisso assumido diretamente perante o outro Estado contratante, em ofensa ao princípio da boa-fé.*

No contexto da Comunidade Europeia, no qual há critérios específicos para o combate do abuso em planejamentos tributários, o TJCE tem consolidado o entendimento de que a *prova* do abuso, produzida conforme as regras do Direito nacional, é essencial para a desconsideração de estruturas construídas pelos contribuintes. Nesse sentido foi decidido no caso Emsland-Stärke²².

Ocorre que, em nenhum momento, os Conselheiros formalizaram suspeitas quanto às funções da Jalua no grupo econômico de que faz parte. Por esta razão, não se preocupou o Conselho em oportunizar a produção de provas hábeis quanto à presença ou à ausência de abuso no caso concreto. Tais provas, por obediência ao princípio da verdade material, poderiam ser investigadas de ofício pelo Tribunal Administrativo.

Na ausência de provas quanto ao caráter abusivo das operações realizadas, deveriam ser elas consideradas válidas para fins fiscais. Isso porque, *não se deve presumir*; tal como adverte a OCDE, *que um contribuinte recorre ao abuso em sua transação* (OCDE, 2008, pp. 75, Comentário ao artigo 1, n. 9.5).

Em uma terceira abordagem, poderia o Carf adotar entendimento similar ao da Suprema Corte indiana, no caso Azadi Bachao²³, para considerar válido o planejamento tributário em questão. A Suprema Corte daquele país enfrentou uma situação de *treaty shopping* com a interposição de *offshores* nas Ilhas Maurício, decidindo que interpretar os fatos como “abusivos” não seria suficiente para que um Estado pudesse negar os benefícios de um tratado de dupla tributação. Seriam necessárias normas expressas, prescritas no texto do tratado ou por dispositivos do Direito Doméstico, que modulassem o acesso aos benefícios da Convenção e, assim, combatessem as situações de *treaty shopping*. Diante da inexistência de referidas normas no Direito indiano ou na Convenção Índia-Ilhas Maurício, o *treaty shopping* foi tolerado, inclusive diante do declarado interesse da Índia nos investimentos que lhe eram canalizados²⁴.

A outra face dessa terceira abordagem é que, caso houvesse cláusulas no texto do Tratado de dupla tributação Brasil-Espanha para o combate do *treaty shopping*, não seria exigida do Conselho a investigação sobre a prática ou não de abuso. Isso

²² Referência ao Processo C-110/99, de 14 de dezembro 2000.

²³ Referência ao precedente da Suprema Corte da Índia, referente aos Recursos 8161-8162 e 8163-8164, opostos no ano de 2003 pelo Governo da Índia e por outros interessados, a fim de reverter a decisão favorável obtida pela instituição Azadi Bachao Andolan perante o Superior Tribunal daquele país.

²⁴ Tais benefícios, de forma geral, não contestados pelos trabalhos da instituição *Tax Justice Network*, que podem ser acessados no site www.taxjustice.net.

porque, estas cláusulas *anti-treaty shopping*, expressas no corpo do Tratado, podem apresentar como *antecedente normativo* situação que não configure abuso.

Entretanto, o Tratado Brasil-Espanha, à semelhança da Convenção Índia-Ilhas Maurício, não possui a cláusula em questão, de forma que o Conselho poderia fundamentar a aceitação do planejamento tributário na ausência deste dispositivo expresso no texto da Convenção.

A decisão no caso Eagle I, mantendo o seu dispositivo mandatário, poderia também estar fundamentada na ausência de *cláusula geral antielisão, antiabuso* ou *anti-treaty shopping* no sistema doméstico brasileiro.

Não obstante, deve-se ponderar mesmo que a existência dessas cláusulas domésticas poderia ser considerada ineficaz para o combate do *treaty shopping*.

A OCDE e um número significativo de Estados, como os Estados Unidos e a Suíça, entendem que o Direito Doméstico é meio hábil para o combate de estruturas de *treaty shopping*. A OCDE, contudo, prevê um requisito (ou limite) para que seja aceita a utilização de normas de Direito interno para o combate do *treaty shopping*: *devem ser disponibilizados, ao contribuinte que requer os benefícios do Tratado, meios de demonstrar a boa-fé de sua conduta*.

Entretanto, adota-se a premissa de que as normas do Tratado têm a função de delimitar, mediante concessões mútuas dos dois Estados contratantes, a eficácia de aplicação das normas de incidência tributária dos sistemas nacionais envolvidos. Dessa forma, somente as normas da Convenção seriam aptas para estabelecer as hipóteses em que as suas próprias regras de distribuição de competência não seriam aplicáveis, tendo em vista, por exemplo, situações de abuso. Ademais, a estabilidade que se pretende com um tratado internacional não se coaduna com a instabilidade advinda de alterações unilaterais (e muitas vezes bruscas) das normas domésticas.

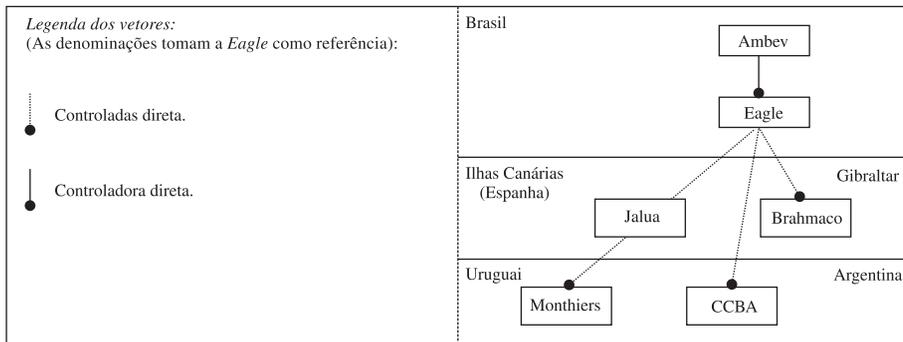
IV.2 - O caso “Eagle II”

A Eagle foi autuada uma segunda vez para que adicionasse ao seu *lucro real* os lucros apurados por suas controladas no exterior. Nesta segunda autuação, que se chamará de caso *Eagle II* foi voto vencido²⁵; por maioria de votos, entendeu-se

²⁵ No momento em que se escreve este artigo, o texto da decisão pode ser acessado no *site* do Carf na *internet*, embora o inteiro teor dos votos ainda não estejam disponíveis. O texto da decisão expõe: “Decisão: 1) Por unanimidade de votos *rejeitar* as preliminares trazidas no recurso voluntário; 2) Por maioria de votos, *rejeitar* a proposição suscitada pelo Conselheiro Alexandre da Fonte Filho, no sentido de que o art. 74 da MP 2.158/2001 não se aplica às controladas indiretas; vencido também nessa questão o conselheiro Jose Sergio Gomes. 3) Por maioria de votos, *rejeitar* a proposição também suscitada pelo conselheiro Alexandre da Fonte filho, no sentido de que a natureza dos rendimentos tributados na forma do art. 74 da 2.158/2001, são dividendos, vencido o Conselheiro Jose Sergio Gomes (Suplente Convocado), que o acompanhava. 4) Por maioria de votos, considerar não aplicável o tratado Brasil-Espanha aos rendimentos de subsidiárias situadas em outros países, vencidos: a Conselheira Relatora (Sandra Maria Faroni), que o aplicava para cancelar da tributação os lucros da ‘Jalua’ (incluindo suas subsidiárias fora da Espanha); o Conselheiro José Sergio Gomes (Suplente Convocado), que os tributava como dividendos à alíquota excedente a 15% (somados IRPJ, adicional IRPJ e CSLL); e Alexandre Fonte Filho, que afasta integralmente a tributação por considerar que os dividendos da Jalua são tributados na Espanha e isentos no Brasil (conforme Tratado). 5) Por maioria de votos, excluir da tributação o valor dos lucros auferidos pela “Jalua” na Espanha (R\$ 80.562.176,03), mantidos pela decisão de primeira instância, vencido o conselheiro Jose

que o artigo 74 da MP 2.158-35 seria aplicável às *controladas indiretas*, não se devendo aplicar os benefícios do Tratado Brasil-Espanha para os rendimentos provenientes de subsidiárias situadas em outros países.

Ao que parece, então, no caso Eagle II, a Jaluia se tornaria transparente para o Conselho, de forma que os lucros apurados pela argentina CCBA e pela uruguaia Monthiers seriam imediatamente consideradas como lucros da Eagle. Assim, caso a CCBA, por exemplo, apresentasse prejuízo e a Monthiers obtivesse lucros, a Jaluia não consolidaria tais resultados em um único valor sujeito aos benefícios da Convenção Brasil-Espanha. É o que se observa da ilustração a seguir:



As diferentes soluções adotadas nos casos Eagle I e Eagle II demonstram que o Brasil está longe de festejar segurança e certeza na aplicação do Direito Tributário, princípios estes que fortalecem o vetor da justiça fiscal. Não obstante, a notícia dessa divergência instiga um novo exercício dialético: *como seria possível fundamentar a negativa aos benefícios do Tratado Brasil-Espanha a partir da abordagem treaty shopping?*²⁶

Sergio que os tributava, subtraindo 15% da alíquota (somados IRPJ, adicional IRPJ E CSLL). 6) Quanto a compensação de prejuízos, por unanimidade de votos, determinar que as alterações produzidas no auto de infração de que trata o processo administrativo 16327.000112/2005-31, sejam consideradas neste lançamento, quando se tornar definitiva a decisão administrativa, podendo a unidade de origem apartar a parcela do crédito tributário que poderá ser cancelado em razão do aproveitamento desses prejuízos fiscais, isso para fins de controle da parcela com exigibilidade suspensa e cobrança de eventual valor remanescente. 7) Pelo Voto de qualidade, determinar que os juros de mora sobre a multa de ofício fiquem limitados a 1%, vencidos a nessa parte os Conselheiros Valmir Sandri, João Carlos Lima Júnior, Caio Marcos Cândido e José Ricardo da Silva, que afastavam integralmente os juros de mora sobre a multa de ofício; em primeira votação foram vencidos os conselheiros José Sergio Gomes, Alexandre da Fonte Filho e Antonio Praga, que mantinham a incidência de juros de mora à taxa Selic sobre a multa de ofício. 8) Por unanimidade de votos, *negar* provimento ao recurso voluntário quanto as demais matérias. 9) Por maioria de votos, *dar* provimento ao recurso de ofício, vencidos: os conselheiros Jose Sergio que restaurava apenas parte da tributação, subtraindo 15% da alíquota (somados IRPJ, adicional IRPJ E CSLL), e o Conselheiro Alexandre da Fonte Filho, que negava provimento integral. Designado para redigir o voto vencedor, nas matérias em que a relatora restou vencida, o Conselheiro Valmir Sandri. Apresentam declaração de voto os Conselheiros Jose Sergio Gomes e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.”

²⁶ Não é possível saber se o Conselho se atentou a esta abordagem no momento em que se escreve esta minuta, pois o acórdão oficial da decisão ainda não havia sido disponibilizado.

Em uma primeira perspectiva, o *treaty shopping* pode ser considerado indesejável caso frustrar o espírito do Tratado de bitributação. Em algumas hipóteses específicas, conforme expõem os Comentaristas da OCDE, o exame atento dos fatos pode ser suficiente, dispensando-se, assim, a necessidade de dispositivos específicos no texto da Convenção. Contudo, os benefícios do Tratado, nessas circunstâncias, somente deveriam ser negados diante da comprovação de que as transações não foram praticadas com *boa-fé*.

Segundo a *influência* da OCDE, poderia o Conselho recusar os benefícios do Tratado à sociedade relacionada (“afiliada”) sempre que o exame atento dos fatos revele que o lugar da *direção efetiva* não se encontra no Estado de residência por ela indicado, mas no Estado de residência de sua matriz, de forma a qualificá-la como residente deste último Estado para efeitos da legislação interna e das convenções (é o caso de quando a legislação interna de um Estado utiliza o local da direção de um grupo econômico ou um critério semelhante para a determinação da residência).

Não obstante a equalização de princípios constitucionais que deveria ser superada para a “importação” desta abordagem para o Direito brasileiro, os próprios Comentaristas da OCDE restringem a sua aplicação para situações muito específicas. É o caso apenas de afiliadas constituídas em *paraísos fiscais* ou beneficiadas de *regimes preferenciais prejudiciais* (OCDE, 2008, pp. 76, Comentários ao artigo 1, n. 10.1.), o que não é, portanto, a situação em análise.

Em uma segunda perspectiva, os Conselheiros poderiam desejar investigar o *beneficiário efetivo* dos rendimentos transferidos. Nesse seguir, poderiam entender necessária a presença de *cláusula de beneficiário efetivo* no texto do Tratado Brasil-Espanha ou, ainda, satisfazer-se com a teoria de que há uma *cláusula antiabuso de beneficiário efetivo implícita* em todos os tratados de dupla tributação.

Na primeira hipótese, em que se entenderia necessária a existência de cláusula expressa no texto do Tratado, restaria frustrada a aplicação dessa abordagem. Isso porque, não possui o Tratado fiscal Brasil-Espanha cláusula de *beneficiário efetivo* em seu artigo 10 (dividendos). A propósito, tendo em vista que o Conselho entendeu que a tributação implementada pelo artigo 74 da MP 2.158-35 teria como objeto o “lucro” e não os “dividendos”, aplicar-se-ia o artigo 7º do Tratado Brasil-Espanha, que não é acompanhado de cláusula de *benefício efetivo* sequer na Convenção Modelo da OCDE (as cláusulas de *beneficiário efetivo*, quando presentes, se restringem aos artigos 10, 11 e 12).

Na segunda hipótese, considerando um cenário em que o Conselho obtivesse êxito em demonstrar, diante da específica tradição do sistema jurídico brasileiro, que a cláusula de *beneficiário efetivo* é considerada implícita nas Convenções fiscais, restaria àquele Tribunal Administrativo o encargo de justificar a compatibilidade dessa abordagem ao caso Eagle II: *deveria ser demonstrado que a EAGLE detinha poderes para decidir sobre a administração dos rendimentos advindos de suas controladas*.

O fato de a Eagle deter a totalidade do capital da Jalua não a torna imediatamente a *beneficiária efetiva* de seus rendimentos. Seriam necessárias provas hábeis de que a direção da Jalua dependia da concordância da Eagle quanto à destinação dos recursos recebidos da Monthiers ou da CCBA. A Jalua poderia se tornar trans-

parente para fins fiscais caso houvesse provas de que a Eagle possuía poderes para decidir “se” e “quando” iria receber os seus rendimentos, tal como o modo que a Jalua iria dispor desses valores.

Mais uma vez, a produção e a análise de provas hábeis se mostram expedientes essenciais. Destaca-se, contudo, que o inteiro teor dos votos que conduziram o julgamento do caso Eagle II não havia sido publicado no momento que este artigo foi escrito, razão pela qual não é possível verificar quais as provas foram produzidas no caso, bem como quais os parâmetros de sopesamento foram adotados.

V - Conclusão

Os Estados apresentam diferentes *graus de intolerância* diante de estruturas implementadas pelos contribuintes com o objetivo de minorar o ônus fiscal sobre a atividade econômica desempenhada. Entretanto, há limites que devem ser respeitados nesse *hidrômetro de intolerância*.

O combate ao *treaty shopping* deve representar a intolerância de um Estado aos casos comprovadamente *artificiais* e não à liberdade do contribuinte de planejar as suas atividades. Adotando esta premissa, tal como em atenção aos princípios da segurança jurídica, da certeza do direito, da ampla defesa e do contraditório, deve esse elemento abusivo ser demonstrado mediante a produção de provas hábeis. De fato, grande parte das questões relacionadas aos casos de *treaty shopping* é um problema de produção e ponderação de *provas*.