

IBDT - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO
TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL
3 e 4 de outubro de 2013

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

GERD WILLI ROTHMANN

Professor mestre, doutor e livre-docente da Faculdade de Direito da USP, onde leciona nos cursos de graduação e de pós-graduação. Sócio-fundador e Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT. Sócio-fundador de Rothmann Sperling Padovan Advogados



O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

1. INTRODUÇÃO

Discussões doutrinárias e judiciais relativas a conceito e finalidade do termo *beneficiário efetivo*, empregado nas convenções contra a bitributação internacional em matéria de imposto sobre a renda (CBI).

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2. PERGUNTAS E RESPOSTAS

2.1. *Qual a natureza e finalidade das CBI?*

As CBI são acordos bilaterais, celebrados entre dois Estados soberanos, mediante concessões mútuas, que definem a sua competência tributária para eliminar ou mitigar a dupla tributação, em matéria de imposto sobre a renda e coibir a evasão fiscal internacional, no intuito de fomentar o tráfico bilateral de capitais e serviços e contribuir ao desenvolvimento econômico dos Estados Contratantes.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.2. *Em que consistem as concessões mútuas?*

Os Estados Contratantes concedem, em especial, os benefícios de:

- a) redução das alíquotas do imposto de renda retido na fonte;
- b) isenção do rendimento auferido no outro Estado Contratante;
- c) crédito do imposto pago no outro Estado Contratante,

o que implica renúncias fiscais por parte dos Estados Contratantes.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.3. *Quem são os beneficiados pela CBI?*

Os beneficiados são:

- a) os próprios Estados Contratantes pelo incentivo ao seu desenvolvimento econômico e pelo conseqüente aumento de arrecadação, que deverá compensar a renúncia fiscal acordada nas CBI;
- b) os contribuintes residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes, que terão uma redução significativa da carga fiscal incidente nas suas operações internacionais.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.4. *Qual o requisito fundamental para o contribuinte poder usufruir os benefícios decorrentes da aplicação da CBI?*

As *peçoas visadas*, a que se referem a Convenção Modelo da OCDE (CM-OCDE – art. 1º) e as CBI celebradas pelo Brasil (art. 1º), são as pessoas (físicas ou jurídicas) residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.5. *Basta a residência jurídica-formal para ser incluído no âmbito de aplicação de uma CBI?*

Pela natureza e finalidade das CBI e diante das renúncias fiscais concedidas mutuamente, não pode haver dúvida quanto à qualificação do residente no Estado Contratante. Não basta que o recipiente de um rendimento possua mero domicílio formal no respectivo Estado Contratante. É necessário que o *residente participe efetivamente da economia* do Estado Contratante. Somente neste caso ele poderá ser considerado *beneficiário efetivo* das vantagens concedidas pela CBI.

Portanto, o que importa não é o aspecto jurídico ou formal da residência, mas os aspectos econômicos inerentes às CBI, acima mencionados.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.6. *O termo “beneficiário efetivo”, introduzido pela OCDE nos artigos 10 (dividendos), 11 (juros) e 12 (royalties), representa uma medida nova de limitação dos benefícios das CBI?*

Pelo exposto, o requisito de o residente ser *beneficiário efetivo* está implícito no conceito de residente como pessoa visada, ou seja, legitimada ao uso dos benefícios da CBI.

A inclusão, em 1977, do termo *beneficiário efetivo* nos artigos 10, 11 e 12 da CM-OCDE somente tornou expressa esta qualificação implícita do beneficiário da aplicação da CBI para reforçar a legitimação do residente, pessoa visada, no combate ao uso indevido da CBI e à evasão fiscal internacional.

Portanto, o termo *beneficiário efetivo* é novo, mas não o requisito para o uso legítimo dos benefícios concedidos pelas CBI.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.7. *O requisito do beneficiário efetivo representa uma medida contra o treaty shopping?*

O conceito de *beneficiário efetivo*, implícito em todas as cláusulas das CBI (e não só nos artigos 10, 11, e 12), representa uma barreira ao *treaty shopping*, que decorre da própria natureza das coisas. Resulta da interpretação teleológica e sistemática da CBI.

Assim sendo, não pode ser considerada, propriamente, uma medida específica contra o *treaty shopping*, concebido como o uso indevido da CBI, como, por exemplo, a cláusula de limitação de benefícios (“LOB”), introduzida, por exemplo, na CBI Brasil-Israel (art. 25). Trata-se de uma barreira natural e genérica contra o abuso das CBI e não de uma medida específica, restrita a determinados rendimentos (dividendos, juros e royalties).

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.8. O que justifica a introdução do termo “beneficiário efetivo” nos artigos 10, 11 e 12 das CBI?

Nos referidos rendimentos passivos, sua atribuição a determinada pessoa (física ou jurídica) como *beneficiário efetivo* é mais difícil que em outras modalidades de rendimento (como, por exemplo, os rendimentos mencionados nos artigos 14 a 21 das CBI), devido à facilidade de interposição de terceiras pessoas, residentes nos Estados Contratantes, que não se caracterizam como *beneficiários efetivos*, mas como meros intermediários de *beneficiários efetivos*, residentes em nenhum dos Estados Contratantes, e que, portanto, não se encontram no âmbito de aplicação da respectiva CBI.

Por isso, ficou incluído o termo *beneficiário efetivo* para reforçar o requisito fundamental à qualificação do recipiente dos rendimentos como pessoa visada pela CBI.

Além do mais, a referência expressa ao *beneficiário efetivo* pode facilitar o entendimento entre os Estados Contratantes, quando houver necessidade de troca de informações, instituto previsto nas CBI para aplicar suas disposições.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.9. *Quais as características do beneficiário efetivo, legitimado ao uso das CBI?*

Das CBI celebradas por vários países, dos Comentários à CM-OCDE, da doutrina e jurisprudência internacionais, inferem-se os seguintes aspectos, que caracterizam o recipiente dos rendimentos como *beneficiário efetivo* (V. palestra do Prof. Kees Van Raad e artigo de Leonardo F. de Castro, *Concept of Beneficial Owner in Tax Treaties: Separating the Wheat from the Chaff Through Case Law Method Internationally*, In: *International Tax Journal*; Jul/Aug 2013, p. 25):

- a) o recipiente deve ser a pessoa à qual o rendimento é atribuído de acordo com as leis fiscais do Estado da Fonte (dividendos);
- b) o recipiente deve ser o titular do direito em que se fundamentaram os pagamentos (dividendos);
- c) os rendimentos devem ser atribuíveis ao recipiente conforme a legislação fiscal de ambos os Estados Contratantes (dividendos);

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.9. *Quais as características do beneficiário efetivo, legitimado ao uso das CBI? (continuação)*

d) *beneficiário efetivo* é o detentor do direito ao recebimento dos dividendos e não o proprietário das ações de que se originam (dividendos);

e) o *beneficiário efetivo* dos dividendos é a pessoa que os recebe para seu próprio uso e gozo e assume o risco e controle do dividendo recebido;

f) o recipiente dos dividendos é o *beneficiário efetivo* mesmo quando empresta os fundos recebidos de volta ao seu pagador;

g) sociedades *holding* são *beneficiárias efetivas* quando sua diretoria tiver autorização, conforme a legislação societária, de dispor dos dividendos recebidos de suas subsidiárias, mesmo em hipótese de *holdings* intermediárias;

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.9. *Quais as características do beneficiário efetivo, legitimado ao uso das CBI? (continuação)*

h) o Banco recipiente de dividendos, originados de uma operação de leasing, é seu *beneficiário efetivo* se não tiver a obrigação legal de repassá-los aos seus clientes;

i) o *beneficiário efetivo* deve ter plena e incondicionada disponibilidade e controle completo sobre os dividendos recebidos, não bastando a posse física dos valores recebidos;

j) *beneficiário efetivo* é a pessoa que, de fato, se beneficia dos dividendos em última instância;

k) o *beneficiário efetivo* deve ter um suficiente nexos territorial com o Estado Contratante da CBI;

l) o recipiente é *beneficiário efetivo*, legítimo, quando não houver simulação com a finalidade exclusiva de interesse fiscal (ganho de capital).

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.10. Quando é rejeitada a qualificação de beneficiário efetivo?

O reconhecimento da qualidade de *beneficiário efetivo* é negado nas seguintes hipóteses:

- a) ausência das características acima referidas;
- b) interposição de uma terceira pessoa (física ou jurídica), como, por exemplo:
 - agente
 - procurador
 - beneficiário
 - conduit company;
- c) planejamento fiscal abusivo (ilícito), caracterizado por estruturação jurídica inadequada e pela falta de substância (*substance over form*) e de propósito empresarial (*business purpose*);
- d) fraude e simulação.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.11. *Quais as alterações nos comentários à CM-OECD, relativas ao beneficiário efetivo (beneficial owner ou beneficial ownership), propostas pela OCDE?*

- a) Minuta de revisão dos comentários relativos ao termo *beneficiário efetivo* dos artigos 10, 11 e 12 da CM-OCDE, de abril de 2011:
 - i. esclarece que o *beneficial owner* deve ter o direito pleno ao uso e gozo dos dividendos recebidos, a plena disponibilidade e poder sobre eles e não ser obrigado a transferir o pagamento recebido a uma outra pessoa;
 - ii. destaca que o propósito principal do termo *beneficiário efetivo* não é o combate ao *treaty shopping* ou a limitação dos benefícios da CBI pela aplicação de medidas anti-abusivas ou da doutrina *substance over form*, portanto, não é um princípio geral anti-abusivo;

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.11. *Quais as alterações nos comentários à CM-OECD, relativas ao beneficiário efetivo (beneficial owner ou beneficial ownership), propostas pela OCDE? (continuação)*

- a) Minuta de revisão dos comentários relativos ao termo *beneficiário efetivo* dos artigos 10, 11 e 12 da CM-OCDE, de abril de 2011: (continuação)
 - iii. a exigência da *beneficial ownership* foi um esclarecimento do termo “*pago a*” (*paid to*) para negar os benefícios dos artigos 10 a 12 àqueles que, apesar de possuírem um título legal para receber o rendimento, com eles somente mantem uma relação formal, porquanto agiram como intermediários, tais como um agente ou um procurador;
 - iv. trata-se de uma regra de atribuição de rendimento e não de uma medida genérica e ampla contra *treaty shopping* e evasão fiscal.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.11. *Quais as alterações nos comentários à CM-OECD, relativas ao beneficiário efetivo (beneficial owner ou beneficial ownership), propostas pela OCDE? (continuação)*

b) Comentários sobre *beneficiário efetivo* de outubro de 2012:

- i. esclarece que a legislação doméstica não é importante para conceituar o significado do termo *beneficiário efetivo*;
- ii. a mudança dos termos “*recebido por*” para “*pago para*” é conveniente porque esclarece o significado das palavras “*pagos a*” um residente, que seja *beneficiário efetivo*;
- iii. sugere que instituições financeiras, quando atuam no curso normal dos seus negócios, devem, em princípio, ser consideradas *beneficiárias efetivas*;

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.11. *Quais as alterações nos comentários à CM-OECD, relativas ao beneficiário efetivo (beneficial owner ou beneficial ownership), propostas pela OCDE? (continuação)*

b) Comentários sobre *beneficiário efetivo* de outubro de 2012: (continuação)

- iv. uma mera sociedade *holding* pode ser *beneficiária efetiva*, pois isto não depende de uma substância física (escritório e empregados);
- v. em relação aos dividendos, o *beneficiário efetivo* diz respeito ao rendimento e não às ações subjacentes.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.12. O termo *beneficiário efetivo* é utilizado pela legislação brasileira?

Na legislação doméstica, o termo *beneficiário efetivo* é utilizado pela Lei n.º 12.249/2010 que introduziu normas de subcapitalização na legislação brasileira.

O Art. 26, §1º desta lei considera como *efetivo beneficiário* a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.

Também a Lei n.º 11.727/2008 (preço de transferência) fez referência ao *beneficiário efetivo* sem, no entanto, definir seu significado.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

2.12. *O termo beneficiário efetivo é utilizado pela legislação brasileira? (continuação)*

A Instrução Normativa RFB n.º 1.154/2011 considera os seguintes requisitos para a caracterização do *beneficiário efetivo* na legislação brasileira doméstica:

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

No direito tributário internacional do Brasil, o termo *beneficiário efetivo* foi inserido nos artigos 10 a 12 em 21 das 29 CBI celebradas pelo Brasil, a partir de 1979. Só não consta nas CBI com Argentina, Áustria, Dinamarca, Espanha, França, Japão, Luxemburgo e Suécia.

Além disso, o termo é usado no artigo 28 (Disposições Diversas) da CBI Brasil-México de 2003, que concede o direito de negar os benefícios da CBI em hipóteses de abuso da convenção.

O conceito de beneficiário efetivo nas convenções contra a bitributação internacional

3. CONCLUSÃO

Beneficiário da CBI é o *beneficiário efetivo* dos rendimentos auferidos no exterior, que se caracteriza pela sua participação efetiva na economia dos Estados Contratantes, da qual se originam os rendimentos sujeitos, em princípio, a bitributação internacional.