

APLICAÇÃO DOS TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO AOS FUNDOS DE INVESTIMENTO CONSTITUÍDOS NO BRASIL

APPLICATION OF TREATIES TO AVOID DOUBLE TAXATION TO INVESTMENT FUNDS INCORPORATED IN BRAZIL

Guilherme Froner Cavalcante Braga

Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP, em Direito Tributário Internacional pelo IBDT e em Contabilidade, Controladoria e Finanças pela FIPECAFI. Advogado em São Paulo/SP. E-mail: guilherme@almeidafroner.com.br

Recebido em: 20-08-2019
Aprovado em: 02-12-2019

DOI: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-7155-rdtia-n6-7>

RESUMO

O presente estudo analisa a aplicação dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação a fundos de investimento constituídos no Brasil, cujos ativos se encontram no País, em relação a investidores estrangeiros, especificamente no que tange (i) ao acesso dos fundos de investimento aos tratados, (ii) à qualificação dos ganhos e rendimentos oriundos dos fundos de investimento, bem como (iii) as cláusulas de limitação de benefícios.

PALAVRAS - CHAVE: ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO, FUNDOS DE INVESTIMENTO, FUNDOS EXCLUSIVOS, RESGATE, AMORTIZAÇÃO, REPASSE, PESSOA, RESIDENTE, CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS

ABSTRACT

The present study analyzes the application of international treaties to avoid double taxation to investment funds established in Brazil, whose assets are located within the country, in relation to foreign investors,

specifically with regard (i) to the access to treaty benefits by investment funds, (ii) to the qualification of gains and income deriving from investment funds and (iii) the limitation on benefits clauses.

KEYWORDS: DOUBLE TAXATION TREATIES, INVESTMENT FUNDS, EXCLUSIVE FUNDS, REDEMPTION, AMORTIZATION, TRANSFER, PERSON, RESIDENT, LIMITATION ON BENEFITS CLAUSE

1. INTRODUÇÃO

Os fundos de investimento são mecanismos empregados amplamente como veículos coletivos de investimentos para aplicação em ativos financeiros nos mercados financeiros e de capitais, bem como para aplicação de capital em investimentos de *private equity* (para empresas já estabelecidas ou em expansão) e de *venture capital* (para empresas em fase embrionária)¹.

Por meio de tais veículos, inúmeros investidores estrangeiros vêm aplicando recursos no Brasil, seja promovendo investimento direto seja promovendo investimento em portfólio – enquanto o primeiro envolve a aquisição de ações ou quotas sociais com o fito de desempenhar um papel de controle ou de participação relevante, com influência significativa sobre as decisões da empresa brasileira; o último não visa controlar ou influenciar as decisões da empresa investida, mas simplesmente a remuneração do capital investido por meio dos mais diversos ativos ou instrumentos financeiros, tais como ações, bônus, debêntures e outros títulos e valores mobiliários (públicos ou privados)².

Frente à pretensão do Brasil, na qualidade de Estado da Fonte, de tributar os rendimentos de cotistas não residentes provenientes de fundos de investimento constituídos no país, bem como a pretensão dos Estados onde residem os cotistas de tributar, na posição de Estado da Residência, os mesmos rendimentos, faz-se necessário examinar a aplicação dos tratados³ destinados a evitar a dupla tributação sobre a renda em operações transnacionais entre os dois Estados Contratantes.

Os tratados contra a dupla tributação são instrumentos de Direito Internacional Público mediante os quais dois Estados efetuam, com base em concessões mútuas, renúncias a pretensões tributárias⁴. Com a celebração desses acordos bilaterais, nenhum tributo é

1 GUZMAN, Antônio Carlos Marchetti. Os Fundos de Investimento em Participações (FIP) como instrumento de desenvolvimento do mercado de private equity no Brasil. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 2009, p. 84.

2 ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica. Série Doutrina Tributária v. XII. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 92.

3 Foge ao escopo do presente trabalho a análise (i) da situação em que os fundos de investimento brasileiros investem recursos em ativos localizados em outros países e (ii) de medidas unilaterais para evitar a dupla tributação.

4 SANTOS, João Victor Guedes. Fundos de investimento e tratado contra a dupla tributação: tratamento dos ganhos e rendimentos de não-residentes. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 2009, p. 262.

criado, havendo apenas a delimitação da competência dos Estados Contratantes, para fins de tributação de determinados ganhos e rendimentos⁵. Tais acordos adotam um sistema que distribui a competência tributária entre o Estado da Fonte e o Estado da Residência em função da natureza dos fluxos monetários: enquanto determinados fluxos são tributados apenas pelo Estado da Fonte ou pelo Estado da Residência (competência tributária exclusiva), outros podem ser tributados por ambos os Estados Contratantes (competência tributária cumulativa) – situação em que a tributação pelo Estado da Fonte pode ser limitada e em que o Estado da Residência pode ser obrigado a conceder um alívio a fim de evitar a dupla tributação da renda (seja por meio da concessão de um crédito seja por meio da isenção de dado rendimento pelo Estado da Residência)⁶.

Importa mencionar que o Brasil adota em sua política de negociação de tratados contra a dupla tributação a Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), embora não seja membro de tal organização⁷ (a despeito de posição doutrinária em sentido diverso, conforme se denota da obra *Política fiscal internacional brasileira* de Sergio André Rocha⁸, segundo a qual a política de negociação de tratados do Brasil se aproximaria mais da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas).

Neste contexto, considerando o efeito prejudicial que a dupla tributação da renda acarreta para atração de capitais estrangeiros, a rede de acordos contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil, bem como o incremento e a relevância dos investimentos estrangeiros (direto e de portfólio) via fundos no País, o presente trabalho busca examinar a aplicação dos referidos acordos em operações em que uma das contrapartes é um fundo de investimento constituído no País e a outra é um investidor residente em país signatário de acordo bilateral com o Brasil.

2. FUNDOS DE INVESTIMENTO

2.1. Aspectos regulatórios

O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, organizado sob a forma de condomínio, destinado à aplicação, em geral, em ativos financeiros (capaz de configurar, assim, uma universalidade de direito que constitui patrimônio de afetação⁹). Tais fundos configuram veículos coletivos de investimentos em que diversos poupadores se unem para

5 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 262.

6 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 262.

7 Cf. ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. Op. cit. (nota 2), p. 236.

8 ROCHA, Sergio André. *Política fiscal internacional do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106.

9 BARBOSA, Hermano Notaroberto. Tributação das reorganizações de fundos de investimento. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.). *Mercado financeiro & de capitais: regulação e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, p. 1.152.

obter vantagens na aplicação do conjunto do capital investido¹⁰, sendo que cada investidor participa como coproprietário da totalidade dos investimentos do condomínio, mediante a aquisição de cotas, escriturais e nominativas. Cada cota representa uma fração ideal do patrimônio do fundo de investimento, de forma que a propriedade das cotas não confere aos condôminos propriedade direta sobre os investimentos do fundo (os direitos dos cotistas são exercidos sobre todos os ativos da carteira do fundo de modo não individualizado, proporcionalmente ao número de cotas detidas pelo investidor).

De acordo com a legislação brasileira, os fundos de investimento são regulados e fiscalizados pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), com fundamento na Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e, sobretudo, na Instrução CVM n. 555, de 17 de dezembro de 2014 (“ICVM n. 555/2014”). Referida instrução normativa, em síntese, determina que os fundos sejam constituídos por deliberação de um *administrador*, que será uma pessoa jurídica autorizada pela CVM para o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários e responsável pela administração do fundo. Por ocasião da constituição do fundo, incumbe ao administrador aprovar o seu regulamento, ao qual posteriormente aderirão os investidores, ao subscreverem suas cotas¹¹. Ainda, a legislação regulatória autoriza ao administrador contratar, em nome do fundo, um *gestor* – pessoa natural ou jurídica autorizada pela CVM para o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários, para realizar a gestão profissional de sua carteira –, com poderes para (i) negociar e contratar, em nome do fundo de investimento, os ativos financeiros e os intermediários para realizar operações em nome do fundo, bem como (ii) exercer o direito de voto decorrente dos ativos financeiros detidos pelo fundo, observado o disposto na política de voto do fundo.

Com efeito, é importante esclarecer que, de um lado, o investidor detém a propriedade das cotas do fundo de investimento e não dos ativos financeiros integrantes de sua carteira (conjunto de participações societárias, ativos financeiros e disponibilidades do fundo); e, do outro lado, o administrador do fundo detém a propriedade dos ativos financeiros, adquiridos em nome e por conta do fundo, já que o fundo de investimento não possui personalidade jurídica e, assim, não pode ser titular de direitos (de toda a forma, o patrimônio do administrador não se confunde com o patrimônio fiduciário do fundo).

Ademais, nos termos da mencionada ICVM n. 555/2014, os fundos de investimento podem ser constituídos sob a forma de condomínio (i) aberto, em que os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas conforme estabelecido em seu regulamento, ou (ii) fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo. A classificação de um dado fundo como fechado não impede o acesso de terceiros ao fundo nem a

10 BIANCO, João Francisco. Os fundos de investimento no exterior e os tratados internacionais. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 2009, p. 247.

11 Cf. BARBOSA, Hermano Notaroberto. Op. cit (nota 8), p. 1.145.

circularidade de suas cotas (tanto é assim que inúmeros Fundos de Investimento Imobiliários – “FIIs” estão listados em bolsa de valores¹², ainda que por força da legislação sejam constituídos sob a forma de condomínio fechado), mas tão somente impede a possibilidade de resgate das cotas anteriormente ao término do prazo de duração do fundo (em função, via de regra, da iliquidez dos ativos integrantes de sua carteira). Por seu turno, os fundos classificados como abertos, embora admitam o resgate de cotas a qualquer tempo (ou após período de carência), não podem ser cedidos ou transferidos mediante termo de cessão para terceiros, salvo por decisão judicial, execução de garantia ou sucessão universal.

Ainda, para fins do presente estudo, importa descrever as formas pelas quais os investidores podem vir a ser remunerados na qualidade de cotistas de um fundo de investimento: (i) *resgate*: é a conversão das cotas detidas pelo cotista em pecúnia, *com redução do número de cotas* emitidas (nos fundos fechados as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo); (ii) *alienação*: venda, cessão ou transferência das cotas para terceiros (autorizada em situações excepcionais para fundos abertos); (iii) *amortização*: pagamento uniforme realizado pelo fundo, a todos os seus cotistas, de parcela do valor de suas cotas *sem redução do número de cotas* emitidas; (iv) *repasso*: desde que expressamente autorizado pelo regulamento ou pela assembleia geral de cotistas, o fundo pode destinar diretamente aos cotistas as quantias que lhe forem atribuídas a título de dividendos, juros sobre capital próprio, reembolso de proventos decorrentes do empréstimo de valores mobiliários, ou outros rendimentos advindos de ativos financeiros que integrem sua carteira¹³; e (v) *liquidação*: por ocasião do encerramento do fundo de investimento, em que o administrador promove a divisão do patrimônio do fundo entre os cotistas, na proporção de suas cotas¹⁴.

Por fim, cumpre enfatizar que, embora os fundos de investimento sejam utilizados, em regra, como veículos coletivos de investimento, em que inúmeros cotistas se agrupam para negociar em melhores condições a aquisição de ativos diversos (em comparação ao seu poder individual de negociação) e para diluir os riscos associados aos investimento, sem interferir na gestão dos ativos subjacentes ao fundo, a legislação autoriza: (i) por meio da ICVM n. 555/2014, a constituição de fundos exclusivos, constituídos, por investidores

12 Vide http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/listados-a-vista-e-derivativos/renda-variavel/fundos-de-investimentos/fii/fiis-listados/. Acesso em: 29 jul. 2018.

13 Vale ressaltar que, para fins fiscais, o art. 21 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil (“RFB”) n. 1.585, de 31 de agosto de 2015 (“IN RFB n. 1.585/2015”), prevê que o administrador de fundo ou clube de investimento que destinar diretamente aos cotistas as quantias recebidas a título de dividendos, juros sobre capital próprio, reembolso de proventos decorrentes do empréstimo de valores mobiliários, ou outros rendimentos advindos de ativos financeiros que integrem sua carteira de investimento, fica responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto sobre a renda, nas seguintes formas: (i) como resgate de cotas, no caso de fundo constituído sob a forma de condomínio aberto; ou (ii) como amortização de cotas, no caso de fundo constituído sob a forma de condomínio fechado.

14 Ou, ainda, caso o fundo em funcionamento, 90 (noventa) dias do início de atividades, mantiver, a qualquer tempo, patrimônio líquido médio diário inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) pelo período de 90 (noventa) dias consecutivos (e caso não venha a ser incorporado a outro fundo).

profissionais¹⁵, para receber aplicações exclusivamente de um único cotista; (ii) nos termos da Instrução CVM n. 578, de 30 de agosto de 2016 (“ICVM n. 578/2016”), a constituição de Fundo de Investimento em Participações (“FIP”) sob a forma de condomínio fechado, destinada à aquisição de ações, quotas e outros títulos e valores mobiliários conversíveis em participações societárias, os quais permitam a participação do fundo no processo decisório da sociedade investida, *com efetiva influência* na definição de sua política estratégica e na sua gestão. No que tange às regras de autorregulação do setor, cumpre destacar o conceito de “fundo reservado” previsto pelo Código de Regulação e Melhores Práticas para Administração de Recursos de Terceiros (art. 1º, inciso XXXIV), instituído pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais (“Anbima”), referente a fundos destinados a um grupo determinado de investidores que tenham entre si vínculo familiar, societário ou que pertençam a um mesmo conglomerado ou grupo econômico.

2.2. Aspectos tributários

Relativamente à tributação das operações envolvendo fundos de investimento, cabe segregar a tributação incidente sobre o fundo de investimento em si, ou melhor, sobre a carteira do fundo, da tributação incidente sobre os cotistas de um fundo de investimento.

2.2.1. Tributação no nível da Carteira do Fundo

Conforme explicado em tópico antecedente, no Brasil os fundos de investimento são constituídos sob a forma de condomínio e não possuem personalidade jurídica (diversamente do que se verifica na experiência internacional, na qual inúmeros países consideram os fundos de investimento como pessoas jurídicas). Por questões de política fiscal alheias ao presente trabalho¹⁶, optou-se no Brasil por concentrar a tributação dos rendimentos e ganhos oriundos de fundos de investimento no nível dos cotistas, de modo que os fundos, em regra, não sofrem tributação em sua carteira de investimentos.

Assim, ainda que auferam dividendos, ganhos ou juros, os fundos de investimento, como regra geral, não sofrem a incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (“IRRF”)¹⁷

15 Conforme Instrução CVM n. 554, de 17 de dezembro de 2014, são considerados investidores profissionais: instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil; companhias seguradoras e sociedades de capitalização; entidades abertas e fechadas de previdência complementar; pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor profissional mediante termo próprio; fundos de investimento; clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por administrador de carteira de valores mobiliários autorizado pela CVM; agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios; e investidores não residentes.

16 Sobre o tema bem explica Ramon Tomazela Santos que um dos objetivos da política fiscal é preservar a neutralidade e a eficiência nas decisões de investimento com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico, sendo necessário para tanto uma alocação eficiente de recursos no mercado, com o menor grau possível de interferência da lei tributária. Assim, no que tange aos fundos de investimento, a eficiência e a neutralidade significam que os contribuintes devem ser submetidos ao mesmo tratamento tributário tanto no investimento direto em determinados ativos, como títulos públicos, ações e outros valores mobiliários, quanto no investimento indireto, realizado por meio de veículos coletivos. Cf. SANTOS, Ramon Tomazela. Fundos de investimentos e o repasse direto de dividendos para os cotistas. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT ano 13, n. 78. Belo Horizonte, nov./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239258>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

17 A incidência do imposto sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários foge ao escopo do presente estudo.

quando auferem tais ganhos ou rendimentos¹⁸, sendo, nos termos do art. 68, inciso I, da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995 (assim como no art. 14, inciso I, da IN RFB n. 1.585/2015), *isentos* do imposto sobre a renda os rendimentos e ganhos auferidos pelas carteiras dos fundos de investimento.

A razão para a isenção das carteiras dos fundos de investimento é que seus correspondentes ganhos e rendimentos são tributados pelos respectivos investidores, de acordo com as regras previstas na legislação, após a consolidação dos resultados (inclusive, em relação a eventuais perdas) de todas as transações e a valorização das cotas do fundo.

No entanto, como exceção à regra acima, vale ressaltar que a legislação equipara, para fins de tributação, os FIIs às pessoas jurídicas, com fundamento no art. 2º da Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999, caso o FII venha a aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, cotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de 25% (vinte e cinco por cento) das cotas do fundo¹⁹. Mais recentemente, embora não convertida em Lei, a Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017, também equiparou a pessoas jurídicas, para fins de tributação, os FIPs não qualificados como *entidade de investimento*, nos termos da regulamentação estabelecida pela CVM.

2.2.2. Tributação no nível dos Cotistas do Fundo

Como mencionado no tópico precedente, a tributação dos ganhos e rendimentos decorrentes dos fundos de investimento recai no cotista na medida em que realizada a renda por meio de resgate, amortização, alienação e liquidação (bem como no repasse dos rendimentos decorrentes dos ativos integrantes da carteira do fundo).

Para fins de incidência do IRRF, a ser retido e recolhido pelo administrador, os fundos de investimento são classificados em (i) fundos de curto prazo e (ii) fundos de longo prazo de acordo com a composição de sua carteira, independentemente de sua forma de constituição (aberto ou fechado).

Em geral, nos fundos de longo prazo, os rendimentos auferidos são tributados semestralmente (último dia útil dos meses de maio e de novembro de cada ano) à alíquota de 15% (quinze por cento) – resgate compulsório de cotas determinado pela legislação tributária, denominado de “come-cotas” –, sendo que por ocasião do resgate das cotas deve ser aplicada alíquota complementar correspondente ao prazo de duração da aplicação: (i) 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180

¹⁸ Cf. BIANCO, João Francisco. Op. cit. (nota 9), p. 248.

¹⁹ Ainda, como exceção à regra de isenção da carteira dos fundos de investimento, a legislação (art. 36 da IN RFB n. 1.585/2015) determina que as aplicações financeiras, de renda fixa e variável, mantidas por FII sujeitam-se ao imposto sobre a renda de acordo com as mesmas regras previstas para as aplicações financeiras de pessoas jurídicas.

(cento e oitenta) dias; (ii) 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias; (iii) 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de 361 (trezentos e sessenta e um) dias até 720 (setecentos e vinte) dias; e (iv) 15% (quinze por cento), em aplicações com prazo acima de 720 (setecentos e vinte) dias. Por seu turno, nos fundos de curto prazo, os rendimentos auferidos em fundos cuja carteira de títulos tenha prazo médio igual ou inferior a 365 dias (curto prazo) são tributados semestralmente pelo “come-cotas” à alíquota de 20% (vinte por cento), sendo que por ocasião do resgate, para as aplicações com prazo de até 180 dias, deve ser aplicada alíquota complementar de 2,5% (dois e meio por cento).

Ademais do regime tributário acima descrito, observado, em regra, pelos fundos que direcionam suas políticas de investimentos para ativos de renda fixa (ou para ativos de renda variável negociados fora de ambiente bursátil), é oportuno mencionar que a legislação estabelece regimes tributários específicos para fundos de investimento regidos por norma própria, tais como os Fundos de Investimento em Ações (“FIAs”), os FIPs e os FIIs.

Ainda, a legislação tributária estabelece regime especial, mediante a concessão de benefícios fiscais (basicamente, isenção sobre determinados tipos de ganhos e alíquotas reduzidas de imposto sobre a renda), para os investidores estrangeiros que apliquem recursos nos mercados financeiros e de capitais, nos termos da Resolução do Conselho Monetário Nacional (“CMN”) n. 4.373, de 29 de setembro de 2014 (“Resolução CMN n. 4.373/2014”), e que não sejam residentes em jurisdições de tributação favorecida (conhecidos sob a alcunha de “paraísos fiscais”). Caso o investidor não se submeta ao regime especial, aplicam-se ao investidor estrangeiro as mesmas normas de tributação pelo imposto sobre a renda previstas para os residentes ou domiciliados no País.

Neste contexto, João Victor Guedes Santos sintetiza a distinção entre os regimes, atribuídos aos investidores não residentes, *especial* e *comum* (de equiparação):

“Vejam os tratamentos tributários estipulados pela regra de equiparação e pela regra especial. O não residente que não siga plenamente os ditames da Resolução CMN n.º 2.689/00^[20] ou que esteja domiciliado em paraíso fiscal, comumente sofre tributação de 15% sobre aplicações em renda variável e de até 22,5% sobre aplicações em renda fixa. De outra forma, com relação ao investidor não residente não situado em paraíso fiscal e que atenda aos preceitos da Resolução CMN n.º 2.689/00: (i) os ganhos obtidos em bolsa são isentos do Imposto de Renda; (ii) os rendimentos obtidos em aplicações em fundos de investimento em ações (FIA), em operações de *swap* (registradas ou não em bolsa) e nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, sofrem incidência de

20 Norma substituída pela Resolução CMN n. 4.373/2014.

10%; e (iii) e os rendimentos obtidos nos demais casos, inclusive em operações de renda fixa, realizadas no mercado de balcão ou em bolsa, são tributados a alíquota de 15%. Há, ainda, regimes específicos conferidos aos investidores qualificados, como isenções sobre rendimentos produzidos por títulos públicos ou por fundos exclusivos para investidores não residentes que possuam no mínimo 98% de títulos públicos em suas carteiras e isenções sobre rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento em participações (FIP), fundos de investimentos em cotas de fundos de investimentos em participações (FICFIP) e fundos de investimentos em empresa emergentes (FIEE).²¹

Especificamente sobre os investidores não residentes submetidos ao regime especial, nos termos da Resolução CMN n. 4.373/2014, que venham a aplicar (i) recursos em FIAs terão os rendimentos tributados pelo IRRF à alíquota de 10% (dez por cento); e (ii) recursos em fundos de investimento regidos pelas normas gerais terão os rendimentos tributados pelo IRRF à alíquota fixa de 15% (quinze por cento), ao invés das alíquotas regressivas aplicáveis aos fundos de longo e curto prazo, ademais de não se submeterem à tributação segundo a sistemática do “come-cotas”²².

Com base nos esclarecimentos referentes aos aspectos gerais, de natureza regulatória e tributária, dos fundos de investimento constituídos de acordo com a legislação brasileira, passa-se ao exame da aplicação das disposições dos tratados para evitar a dupla tributação em operações envolvendo fundos de investimento constituídos no País.

3. APLICAÇÃO DE ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

3.1. Aspectos gerais relativos ao acesso aos acordos de bitributação por fundos de investimento

A partir do delineamento dos contornos gerais do regime jurídico aplicável aos fundos de investimento constituídos no Brasil, cumpre analisar se os tratados para evitar a dupla tributação são aplicáveis a tais entidades.

Com fundamento na Convenção Modelo da OCDE, a aplicação de um acordo de bitributação aos fundos de investimento depende, basicamente, da caracterização de dois elementos²³: (i) “pessoa” e (ii) “residência”²⁴. Com efeito, o art. 1º da Convenção Modelo limita

21 SANTOS, João Victor Guedes. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais. Série Doutrina Tributária v. VIII. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 287.

22 DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. Fundos de investimentos no direito brasileiro: aspectos tributários e questões controversas em matéria fiscal. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 44.

23 GIANNANTONIO, Giuseppe Andrea. Cross-border tax issues of collective investment institutions and the Italian approach. Intertax v. 33, Issue 12. Kluwer International, 2005, p. 624.

24 Para fins do presente estudo, será adotada a Convenção Modelo de 2017, salvo se mencionados, expressamente, modelos de anos anteriores.

a aplicação do tratado às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes: “A presente Convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes”.

Desde já, cumpre destacar que, diante do regime de transparência fiscal dos fundos de investimento e da eventual não caracterização de “pessoa residente”²⁵, na Convenção Modelo de 2017 fora inserido o § 2 no art. 1º determinando que os rendimentos provenientes de uma entidade ou de um arranjo contratual, que sejam tratados como total ou parcialmente transparentes do ponto de vista fiscal, serão considerados como rendimentos provenientes de um residente de um Estado Contratante, desde que o rendimento seja atribuído a um residente desse Estado; noutras palavras, a OCDE, frente à transparência de um fundo de investimento, admite a aplicação dos acordos de bitributação caso o cotista seja residente do Estado em que estabelecido o fundo de investimento.

Prosseguindo com a análise dos elementos “pessoa” e “residência”, o art. 3º, § 1, alínea “a”, da Convenção Modelo explica o termo pessoa como: “inclui uma pessoa física, uma sociedade e qualquer outro grupo de pessoas”. Por não se tratar, evidentemente, de pessoa física, discute-se se os fundos de investimento brasileiros caracterizam “sociedade” ou “grupo de pessoas”.

Nos termos do art. 3º, § 1, alínea “b”, da Convenção Modelo, o termo “sociedade” significa, em primeiro lugar, qualquer pessoa jurídica ou qualquer outra unidade tributável que seja tratada como pessoa jurídica para fins da lei tributária. Uma vez que fundos de investimento são condomínios destituídos de personalidade jurídica no direito brasileiro, não são, portanto, constituídos como pessoa jurídica. Ainda, com exceção dos FIIs (e dos FIPs nos termos da Medida Provisória n. 806, de 30 de outubro de 2017, não convertida em Lei) equiparados, excepcionalmente, a pessoas jurídicas, a legislação tributária não considera os fundos de investimento como tal para fins fiscais, razão pela qual não se amoldam ao conceito de “sociedade” estabelecido nos acordos de bitributação.

Com relação à expressão “outro grupo de pessoas”, a Convenção Modelo emprega o termo “pessoa” no plural, de tal modo que ficariam, de plano, excluídos do conceito de “pessoa” os *fundos exclusivos*, eis que compreendem um único cotista.

Relativamente às demais classes de fundos de investimento, a doutrina diverge quanto ao seu enquadramento como “outro grupo de pessoas”. Segundo João Francisco Bianco, ainda que fundos de investimento não possuam personalidade jurídica, por serem fundos em condomínio, não deixam de ser um agrupamento de pessoas que se reúnem com o objetivo de lucro, motivo pelo qual resta configurado um *agrupamento de pessoas* e, por

25 MERTEN, Martine. Taxation of investment funds following the OECD base erosion and profit shifting initiative – Part 1. Bulletin for International Taxation, February 2019, p. 87.

consequência, a caracterização de “pessoa” para fins da Convenção Modelo²⁶. Referido jurista, ainda, ressalta que o Código Tributário Nacional, em seu art. 126, inciso III, atribui capacidade tributária passiva para a unidade econômica ou profissional, independentemente de não estar regulamente constituída (e, assim, sem personalidade jurídica), o que, em seu entendimento, reforça o caráter dos fundos como sendo um “grupo de pessoas”. Por sua vez, Alberto Xavier, representando a corrente em sentido contrário, afirma que o termo “pessoa” como sendo constituído, além das pessoas físicas e das sociedades, por um “grupo de pessoas” não é suficiente, por si só, para o reconhecimento de personalidade jurídica aos fundos de investimento. Para o referido autor, tal reconhecimento compete sempre à lei interna do país de constituição do fundo: caso a lei reconheça a personalidade jurídica, o fundo será um agrupamento de pessoas nos termos dos acordos, embora, para o autor, não seja uma sociedade; caso a lei interna não reconheça, o fundo não será considerado como “pessoa” por força direta e imediata do tratado²⁷ (nesse caso, a aplicação do tratado ficaria restrita aos cotistas).

A despeito da divergência acima apontada, adotamos o posicionamento, com base, também, na obra de Klaus Vogel, de que a expressão “outro grupo de pessoas” (i) deve ser *interpretada de forma ampla*, contemplando (ii) uma *associação* de pessoas, sem, contudo, configurar (iii) uma entidade dotada de personalidade jurídica ou (iv) equiparada à pessoa jurídica por força da legislação tributária, mas que, de certo modo, recebe *tratamento jurídico distinto de seus membros* (a obra cita, inclusive, o precedente da Corte Superior de Justiça da Inglaterra e Wales – WL 649836 –, no qual se reconheceu a uma *partnership* a natureza de pessoa, por configurar um “outro grupo de pessoas”)²⁸, razão pela qual os fundos de investimento brasileiros se qualificam como “pessoa”, para fins de aplicação dos tratados.

De toda a forma, a caracterização de “pessoa” não basta para a aplicação dos acordos de bitributação, sendo necessário, ainda, examinar a caracterização de “residência”, em função do nível de transparência atribuído ao fundo de investimento por força da lei de seu país de constituição.

O enquadramento do fundo de investimento como “residente”, nos termos do art. 1º da Convenção Modelo (que define o escopo pessoal dos acordos de bitributação), está condicionado à observância do conceito estipulado no art. 4º, § 1, da Convenção Modelo, segundo o qual residente significa “qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse

26 Cf. BIANCO, João Francisco. Op. cit. (nota 9), p. 250.

27 XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 135.

28 VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions. 4. ed. Coord. Ekkehart Reimer e Alexander Rust. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015. v. 1, p. 187 e 188.

Estado, está sujeita a imposto nesse Estado em razão de seu domicílio, residência, sede de direção, local de registro ou qualquer outro critério de natureza similar”.

Uma vez que os fundos de investimento não são tributados no nível de sua carteira de ativos (e são tributados no nível dos cotistas), cumpre definir se tais entidades, em virtude do ordenamento jurídico brasileiro, estão sujeitas ao imposto sobre a renda (em inglês, *liable to tax*) no Brasil, eis que não seriam tributados ou “sujeitos ao imposto”²⁹.

Conforme reconhecido pela jurisprudência internacional³⁰ e pela doutrina³¹, o termo *liable to tax* não significa submeter-se a uma tributação plena e efetiva, mas sim ser meramente suscetível de sofrer alguma tributação (sujeição potencial ao imposto)³². Logo, o termo em inglês *liable to tax* corresponderia ao termo em português “suscetível a tributação” e não ao termo “submetido a tributação”, o qual, por sua vez, corresponde ao termo *subject to tax*³³. É com fundamento nessa linha de argumentação que Ricardo Maitto da Silveira, em sua obra, afirma que entidades imunes no Brasil não seriam *liable to tax*, já que o Estado carece de competência para instituir e exigir tributos em tal situação (inexistindo, portanto, sujeição tributária potencial), diferentemente do que ocorre com as entidades isentas, tal como os fundos de investimentos, que poderiam vir a ser submetidas à tributação³⁴.

Neste contexto, a fim de responder a indagação relativa à qualificação dos fundos de investimento como “residentes”, cabe examinar, preliminarmente, o regime de transparência fiscal adotado pelo Brasil no que tange aos fundos aqui constituídos. Segundo os Comentários à Convenção Modelo (item 9, art. 1º), o conceito de “transparência fiscal” se refere a situações em que, nos termos da lei doméstica, o rendimento (ou parte dele) não é tributado no nível da entidade ou do arranjo, mas sim no nível das pessoas que tenham interesse em tal entidade ou arranjo.

Sobre o tema, Florian Haase afirma que a tributação dos fundos é pautada pelo *princípio da transparência*, segundo o qual o investidor que investe por meio de tais entidades deveria sofrer a mesma tributação do investidor que opta por investir diretamente, sem a interposição do fundo de investimento entre o investidor e o ativo subjacente³⁵ (no mesmo sentido, são os Comentários da OCDE no item 32 do art. 1º). A instituição de um nível

29 Cf. BIANCO, João Francisco. Op. cit. (nota 9), p. 250.

30 Vide, por exemplo, o precedente Azadi Bachao (AAR n. 866, de 2010).

31 SANTOS, João Victor Guedes. Escopo pessoal dos tratados: o conceito de “liable to tax” à luz do Caso Azadi Bachao. Revista de Direito Tributário Internacional ano 5, n. 13. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

32 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 266.

33 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 267.

34 SILVEIRA, Ricardo Maitto da. O escopo pessoal dos acordos internacionais contra a bitributação: regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares. Série Doutrina Tributária v. XIX. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 197 a 203.

35 HAASE, Florian. Treaty entitlement of investment funds: the German perspective”. Intertax. Issue 6/7. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2009, p. 338.

adicional de tributação no âmbito do fundo de investimento pode acarretar a dupla ou a tripla tributação do mesmo resultado econômico, o que desestimularia a utilização de veículos de investimento coletivo, com consequências prejudiciais para o mercado financeiro³⁶. Dessa forma, as legislações domésticas podem (i) conferir transparência ampla aos fundos de investimento, tratando-os como entidades irrelevantes para fins de tributação, ao imputar os ganhos e rendimentos dos ativos do fundo diretamente aos cotistas³⁷ (regime de transparência total ou ilimitada); ou (ii) considerar os fundos de investimento como entidades opacas, ao imputar personalidade jurídica a tais entidades (regime de opacidade), ainda que, exclusivamente, para fins fiscais.

No Brasil, o investimento por meio de fundos de investimento não é *neutro*, sob o ponto de vista fiscal. Na verdade, o ordenamento jurídico brasileiro adota um modelo de transparência limitada ou parcial, pois (i) o fundo não é tributado no nível de sua carteira nem é equiparado à pessoa jurídica (não sendo, por tal razão, opaco), bem como (ii) os ganhos e rendimentos dos ativos da carteira do fundo não são, em regra, imputados diretamente aos cotistas. Embora não sofram diretamente tributação real sobre qualquer item de renda, não são entes irrelevantes sob o espectro fiscal, motivo pelo qual tais entidades podem ser consideradas *liable to tax* e, assim, “residentes” para fins de um dado acordo de bitributação³⁸.

Com efeito, de acordo com a OCDE³⁹, os fundos de investimento não fazem jus aos benefícios dos tratados na hipótese em que os fundos são total e incondicionalmente não tributados, independentemente do tipo de ganho ou rendimento auferido ou da política de distribuição existente⁴⁰ (configurando, portanto, fundos fiscalmente transparentes). Nessa linha, cabe reiterar que o art. 1(2) da Convenção Modelo de 2017 dispôs que os rendimentos provenientes de uma entidade ou de um arranjo contratual, que sejam tratados como total ou parcialmente transparentes do ponto de vista fiscal, serão considerados como rendimentos provenientes de um residente de um Estado Contratante, desde que o rendimento seja atribuído a um residente desse Estado (ou seja, em um cenário de transparência fiscal, admite-se a aplicação dos acordos de bitributação somente caso o cotista seja residente do Estado em que estabelecido o fundo de investimento).

Frente aos fundamentos acima desenvolvidos, conclui-se que os fundos de investimento constituídos no Brasil, em regime de transparência parcial ou limitada, configuram “pessoa

36 SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit. (nota 15), p. 142.

37 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 267.

38 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 27), p. 110.

39 Conforme “The application of the OECD Model Tax Convention to partnerships” (ou “Partnership report”, datado de 1999) e “Report on the granting of treaty benefits with respect to income of collective investment vehicles” (datado de 2009).

40 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 268.

residente” para fins de aplicação de tratados (assim como, na hipótese excepcional de FII equiparado à pessoa jurídica, em regime de opacidade).

3.2. Qualificação de ganhos e rendimentos

Partindo da premissa de que os fundos de investimento preenchem os requisitos necessários à aplicação dos acordos de bitributação, conforme exposto no tópico anterior, importa examinar qual a *qualificação* (alocação de determinado fluxo monetário a uma das regras distributivas previstas na Convenção Modelo, entre os arts. 6º e 21) a ser atribuída aos rendimentos provenientes de fundos de investimento, por ocasião do resgate, amortização, alienação de cotas, bem como na liquidação do fundo. A qualificação de ganhos e rendimentos oriundos das cotas detidas pelo investidor não residente sofre influência (i) do grau de transparência ou de opacidade conferidas pelo ordenamento jurídico a determinado fundo de investimento, bem como (ii) da natureza dos ativos investidos pelo fundo e (iii) do tipo de operação promovida pelo cotista ou administrador para o recebimento dos ganhos e rendimentos acumulados no fundo⁴¹.

Considerando que o presente artigo contempla a aplicação dos tratados nas situações em que os fundos de investimento no País pagam ou creditam rendimentos ou ganhos para investidores não residentes, na qualidade de cotistas do fundo, são pertinentes⁴² ao desenvolvimento deste trabalho as seguintes regras distributivas da Convenção Modelo: rendimentos de bens imobiliários (art. 6º), dividendos (art. 10), juros (art. 11), ganhos de capital (art. 13) e outros rendimentos (art. 21).

3.2.1. Rendimentos de bens imobiliários

Estabelece o art. 6º da Convenção Modelo que os rendimentos oriundos de bens imóveis podem ser tributados por ambos os Estados Contratantes (competência cumulativa). O escopo do artigo contempla os rendimentos derivados da exploração direta, da locação ou do arrendamento, bem como de qualquer outra forma de exploração de bens imóveis, com exceção dos ganhos decorrentes da alienação de bens imóveis (objeto do art. 13 – ganhos de capital).

Uma vez que a redação do art. 3(3) contempla os rendimentos derivados tanto da exploração direta, bem como *de qualquer outra forma*, seria possível sustentar a aplicação do art. 6º para os pagamentos provenientes de FII⁴³. Seja o resgate (ao final do prazo de duração do fundo), amortização, seja a distribuição de lucros, todos configuram atos de

41 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 257.

42 Embora abordado em trabalhos similares, o art. 7º não foi selecionado para o presente trabalho, por sua impertinência, frente outras regras distributivas, para o desenvolvimento deste estudo. De toda a forma, para maiores informações sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo de LETIZIA, Giulia. International tax issues in relation to cross-border investment funds. Intertax v. 43, Issue 8/9. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2015, p. 526-530.

43 SILVEIRA, Ricardo Maitto da. Op. cit. (nota 31), p. 220 (nota de rodapé).

realização de rendas provenientes de FIIs e, conseqüentemente, se enquadram na expressão “qualquer outra forma de exploração de bens imobiliários” (ademais da locação e do arrendamento), desde que não haja efetiva transferência das cotas do FII, hipótese em que poderiam ser aplicados os arts. 13(4) ou (5) da Convenção Modelo da OCDE, a depender das circunstâncias.

Em sentido contrário à qualificação como rendimentos de bens imobiliários, cabe enfatizar a adoção do regime de transparência limitada dos fundos de investimento brasileiros e que, por tal motivo, os FIIs são considerados como pessoas residentes para fins dos tratados, independentes da pessoa dos cotistas, de tal modo que os ganhos e rendimentos decorrentes de distribuições de lucros e amortizações de FIIs não se confundem com os rendimentos provenientes dos ativos subjacentes (bens e direitos imobiliários); bem como o art. 6(4) amplia o alcance do artigo somente para os rendimentos oriundos de empresas (o Brasil adota em seus tratados o termo “empresa”), excluindo, dessa forma, os rendimentos provenientes de FIIs.

A despeito da existência de argumentos favoráveis e contrários à aplicação do art. 6º dos acordos de bitributação aos ganhos e rendimentos provenientes de FII, o adequado enquadramento depende do exame de fatores diversos à luz do caso concreto, tais como: (i) ser o acordo anterior ou posterior à edição da Lei n. 8.668, de 25 de junho de 1993, que instituiu no ordenamento jurídico a figura do FII; (ii) ser o FII equiparado à pessoa jurídica; e (iii) o acordo de bitributação prever o art. 6(4).

3.2.2. Dividendos

Nos termos da Convenção Modelo da OCDE, os dividendos *pagos por uma pessoa jurídica* para residente do outro Estado Contratante poderão ser tributados por ambos os Estados Contratantes (competência cumulativa). Segundo a Convenção Modelo, os dividendos oriundos de investimento em portfólio ficam limitados a uma alíquota de 15% (quinze por cento) imposta pelo Estado da Fonte, enquanto que os acordos celebrados pelo Brasil impõem a alíquota máxima de 15% (quinze por cento), também, para o investimento direto. De toda a forma, considerando que a Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, isentou o pagamento de dividendos por pessoa jurídica para residentes e não residentes, tal benefício convencional torna-se inócuo no fluxo de dividendos do Brasil para o exterior.

Ainda, importa esclarecer que, de acordo com a Convenção Modelo, o termo “dividendos” compreende os rendimentos provenientes de ações ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos, assim como rendimentos de outras participações de capital sujeitos ao mesmo tratamento tributário que os rendimentos de ações pela legislação do Estado de que a sociedade que os distribui seja residente.

Nessa linha, os Comentários à Convenção Modelo afirmam que dividendos são geralmente conceituados como distribuições de lucros de pessoas jurídicas para seus sócios com

personalidade jurídica distinta, não se aplicando, portanto, aos fundos de investimento totalmente transparentes, os quais, por sua vez, imputam os rendimentos dos ativos financeiros dos fundos diretamente aos cotistas⁴⁴. Ainda, por serem desprovidos de personalidade jurídica, os fundos de investimento não se amoldam à redação da Convenção Modelo, a qual, por seu turno, se refere a “dividendos pagos por uma sociedade” – em inglês, *dividends paid by a company*.

Desse modo, considerando que os fundos de investimento não são sociedades, nem pessoas jurídicas, os rendimentos pagos por fundos de investimento, a princípio, não configuram dividendos, para fins dos acordos de bitributação (de toda a forma, examinaremos em tópico específico as operações de repasse promovida por fundos de investimento).

Excepcionalmente, caso os fundos sejam considerados pessoas jurídicas por força da legislação tributária doméstica, tal como a legislação o faz com os FIIs, a remuneração paga aos seus investidores poderá, eventualmente, caracterizar dividendo⁴⁵, nos termos dos acordos de bitributação. Ainda, neste contexto, vale mencionar que o recente acordo com a Turquia estabelece que o conceito de dividendo se aplica, inclusive, aos “rendimentos provenientes de fundo de investimentos e de empresa de investimentos (‘investment trust’)

Nos tratados celebrados pelo Brasil com Alemanha (já denunciado), Argentina, Canadá, Equador, Filipinas, Hungria e Itália constam, no protocolo, regra no sentido de que “qualquer distribuição relativa a certificados de um fundo de investimento residente do Brasil” deve ser tratada como distribuição de dividendos, aplicando, em tese, a limitação de alíquota estabelecida em tais tratados, independentemente de alterações posteriores na lei doméstica (ao menos, confere segurança jurídica ao investidor na hipótese de revogação da isenção da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995).

Observe que a expressão “qualquer distribuição” é demasiadamente ampla e genérica, de modo a contemplar, em princípio, o recebimento de quaisquer rendimentos oriundos do fundo, seja por meio de resgate, amortização, alienação, seja por meio da liquidação do fundo.

No entanto, relativamente ao termo “certificado”, cabe pontuar que (i) a versão em inglês de acordos de bitributação empregam a expressão *certificates of investment trusts*, (ii) a versão em alemão se refere à certificados de “investimento em ativos” (*investmentvermögen*), bem como (iii) a legislação regulatória determina que as cotas de fundos são escriturais, nominativas e não cartulares, o que pode levar as autoridades fiscais a questionarem a aplicação do art. 10 da Convenção Modelo aos fundos de investimento

44 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 273.

45 HELLMINEN, Marjaana. Do distributions for international tax law purposes. *Tax Notes International* v. 18, 1999, p. 2155 a 2170.

constituídos no Brasil, com base em uma interpretação literal do protocolo dos acordos acima citados. Logo, a efetiva aplicação do tratamento de dividendos para os fluxos monetários, oriundos de fundos de investimento, regidos pelos acordos com Argentina, Canadá, Equador, Filipinas, Hungria e Itália deverá ser precedida de análise à luz do caso concreto.

3.2.3. Juros

Conforme art. 11 da Convenção Modelo, ambos os Estados poderão tributar os rendimentos provenientes de juros, sendo o Estado da Fonte limitado a impor, no máximo, uma alíquota de 10% (dez por cento). Todavia, os acordos de bitributação brasileiros, em regra, limitam a alíquota máxima para 15% (quinze por cento).

O termo “juros” corresponde aos *rendimentos de créditos* de qualquer natureza, acompanhados ou não de garantias hipotecárias ou de cláusula de participação nos lucros do devedor, e, em particular, aos rendimentos da dívida pública, de títulos ou de debêntures, inclusive de ágios e prêmios vinculados a esses títulos, obrigações ou debêntures, assim como a quaisquer outros rendimentos que a legislação tributária do Estado Contratante de que provenham os juros assimile aos rendimentos de importâncias emprestadas (essa extensão do conceito de “juros” aos rendimentos equiparados pela legislação tributária foi inserida no Modelo de 1963 e vem sendo mantida nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil).

Ocorre que mesmo na hipótese de o fundo de investimento receber juros de debêntures ou de aplicações de renda fixa, o cotista não receberá rendimentos provenientes de juros em um cenário de transparência limitada (ou de opacidade), mas sim rendimentos provenientes de resgate, amortização ou alienação de cotas, bem como de liquidação do fundo. Como bem apontado por João Victor Guedes Santos, no resgate ou na amortização não há recebimento de remuneração decorrente de um *crédito* devido pelo investidor, motivo pelo qual os rendimentos daí provenientes não caracterizam “juros”, ainda que a carteira do fundo seja composta por ativos de renda fixa, para fins de aplicação dos acordos de bitributação⁴⁶.

Portanto, com exceção do disposto nas operações de repasse (explicado em tópico específico), resta inaplicável o artigo de juros para os rendimentos pagos por fundos de investimento brasileiros (os quais não operam em regime de transparência ilimitada) para não residentes.

3.2.4. Ganhos de capital

46 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit. (nota 4), p. 281.

De acordo com o art. 13 da Convenção Modelo, em síntese, os ganhos oriundos da alienação de propriedade imobiliária poderão ser tributados por ambos os Estados Contratantes, enquanto que os ganhos decorrentes da alienação de propriedade mobiliária sujeitam-se a competência exclusiva do Estado da Residência. Contudo, nos acordos negociados pelo Brasil, os ganhos de capital, de qualquer natureza, podem ser tributados por ambos os Estados Contratantes (com exceção do acordo de bitributação celebrado com o Japão).

Ainda, nos termos dos Comentários à Convenção Modelo (§ 5 das Observações Gerais), o termo “alienação” deve contemplar a venda ou permuta de uma propriedade, assim como alienações parciais, expropriação, integralização de capital, venda de direitos, doações e heranças.

Ao comentar o conceito de alienação, Klaus Vogel afirma que a alienação de uma dada participação com lucros acumulados pode acarretar em questionamentos por parte das autoridades fiscais, eis que a caracterização de ganhos de capital afastaria a tributação por parte do Estado da Fonte⁴⁷ (de acordo com a Convenção Modelo, a tributação de dividendos é de competência cumulativa, ao passo que a competência para tributar ganhos de capital é exclusiva do Estado da Residência). Todavia, tal discussão perde relevância frente ao ordenamento jurídico brasileiro, eis que a distribuição de lucros ou dividendos é isenta de IRRE, inclusive, para não residentes, assim como o Brasil preserva em seus acordos de bitributação a competência cumulativa para a tributação de ganhos de capital (com exceção do mencionado acordo de bitributação com o Japão) – na verdade, de acordo com a legislação brasileira, é mais vantajoso distribuir previamente os lucros acumulados antes de se alienar a participação societária.

Logo, na hipótese de alienação de cotas de fundos de investimento para terceiros, seja na hipótese de fundos abertos (nas hipóteses excepcionais de alienação por decisão judicial, execução de garantia e sucessão universal), seja na hipótese de fundos fechados, aplicar-se-á a regra de ganhos de capital nos termos dos acordos de bitributação. No Brasil, o Estado da Fonte poderá tributar os ganhos decorrentes da alienação de cotas para terceiros, com exceção do acordo celebrado com o Japão, o qual possui competência exclusiva para a tributação dos ganhos de capital em tal circunstância.

Ainda, em um cenário de transparência limitada (ou de opacidade), no qual os rendimentos e ganhos do fundo de investimento não são imputados diretamente aos cotistas, cumpre examinar a qualificação dos rendimentos provenientes de resgate, amortização e liquidação. Neste contexto, é importa reiterar que (i) resgate é a conversão das cotas detidas pelo cotista em pecúnia, com redução do número de cotas emitidas (nos fundos fechados as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo); (ii) amortização é o pagamento uniforme realizado pelo fundo, a todos os seus cotistas, de parcela do valor de

47 VOGEL, Klaus. Op. cit. (nota 25), p. 808.

suas cotas sem redução do número de cotas emitidas; ou seja, na amortização, o valor de cada cota do fundo de investimento sofre uma desvalorização, em razão do pagamento realizado a todos os cotistas⁴⁸; e (iii) liquidação é o pagamento, por ocasião do encerramento do fundo de investimento, em que o administrador *resgata*⁴⁹ as cotas e promove a divisão do patrimônio do fundo entre os cotistas, na proporção de suas cotas, conforme previsão no regulamento ou deliberação da assembleia geral⁵⁰.

Considerando que no ato de resgate o cotista, na qualidade de proprietário de cotas, se desfaz de sua fração no patrimônio do fundo e recebe em contrapartida recursos equivalentes ao valor originalmente aportado ajustado pelos rendimentos/prejuízos acumulados, infere-se que tal ato configura um ato de alienação (embora a doutrina seja divergente nesse ponto⁵¹). Vale destacar que, nos termos do art. 65, § 3º, da Lei n. 8.985, de 7 de fevereiro de 1995, a *alienação* compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, *resgate*, cessão ou repactuação *do título ou aplicação*, sendo que tal definição se aplica aos não residentes, por força do disposto no art. 78 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, o qual imputa aos não residentes as mesmas normas de tributação estabelecidas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos *rendimentos* obtidos em aplicações financeiras de renda fixa e em aplicações em *fundos de renda fixa* e de *renda variável* e em clubes de investimentos. Portanto, nas hipóteses de resgate (e de liquidação) e de alienação aplica-se a regra distributiva do art. 13 da Convenção Modelo.

Por sua vez, ao ato de amortização, por não configurar espécie de ato de alienação de cotas, resta inaplicável a aplicação do art. 13 da Convenção Modelo, conforme será detalhado no tópico seguinte.

3.2.5. Outros rendimentos

Por último, o art. 21 trata da regra residual de “outros rendimentos”, cuja aplicação depende de que dado rendimento não se enquadre nos itens específicos de renda previstos no acordo, entre os arts. 6º e 20º, bem como não se amolde ao artigo dos lucros das empresas (art. 7º), de tal modo que a Convenção Modelo contemple toda e qualquer espécie de rendimento. Referido art. 21 compreende espécies de rendimentos não abrangidos em artigos anteriores, como, por exemplo, rendas fictícias, rendimentos oriundos de fundações,

48 SANTOS, Ramon Tomazela. A Medida Provisória n. 806/2017 e a tributação dos rendimentos acumulados nos Fundos de Investimento em Participações (FIP). Revista Direito Tributário Atual v. 39. São Paulo: IBDT, 2017, p. 364.

49 Conforme arts. 16, § 1º, 33 e 37, § 3º, da IN RFB n. 1.585/2015.

50 Ou, ainda, caso o fundo em funcionamento, 90 (noventa) dias do início de atividades, mantiver, a qualquer tempo, patrimônio líquido médio diário inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) pelo período de 90 (noventa) dias consecutivos (e caso não venha a ser incorporado a outro fundo).

51 Cf. SANTOS, João Victor Guedes. Op. cit (nota 4), p. 281.

prêmios de jogos e de loteria, seguros de vida, assim como rendimentos decorrentes de contratos de *swape* e de outros derivativos⁵².

Na Convenção Modelo, cabe ao Estado da Residência tributar exclusivamente os “outros rendimentos”, sendo que, contudo, o Brasil, assim como inúmeros outros países, mantém a prerrogativa de tributação por parte de ambos os Estados Contratantes.

Conforme adiantado no tópico precedente, uma vez que os atos de amortização não se enquadram no conceito de alienação, fica inviável a sua qualificação no art. 13 da Convenção Modelo, remanescendo, assim, o enquadramento na posição residual do art. 21. Ou seja, se a amortização corresponde a um pagamento periódico dos rendimentos acumulados, de tal forma que o seu pagamento não implique redução de cotas e, portanto, em resgate, fica caracterizado o pagamento de um rendimento passível de caracterização como “outros rendimentos”. Veja, inclusive, que na hipótese de amortização o IRRF incidirá sobre o valor que *exceder*o respectivo custo de aquisição, ou seja, o imposto em tal hipótese de incidência não resulta do confronto entre preço de alienação e custo de aquisição, o que, por seu turno, reforça a ausência de ganho de capital.

Por fim, vale ressaltar que a qualificação da amortização como “outros rendimentos” não se aplica aos acordos com a Turquia e, a princípio, com os países nos quais o protocolo equipara a dividendos quaisquer distribuições promovidas por certificados de fundos de investimento.

3.2.6. Operações de repasse

Conforme aduzido anteriormente, os fundos de investimento brasileiros, em regra, adotam um regime de transparência limitada, razão pela qual fazem jus aos benefícios dos acordos de bitributação.

Ocorre que a legislação regulatória (art. 4º, parágrafo único, da ICVM n. 555/2014) autoriza a realização de *operação de repasse*, segundo a qual o fundo pode imputar diretamente aos cotistas as quantias que lhe forem atribuídas a título de dividendos, juros sobre capital próprio, reembolso de proventos decorrentes do empréstimo de valores mobiliários, ou outros rendimentos advindos de ativos financeiros que integrem sua carteira. Tanto é assim que a Instrução Normativa CVM n. 438, de 12 de julho de 2006 (“ICVM n. 438/2006”), que aprova o Plano Contábil dos Fundos de Investimento (“COFI”), determina o registro contábil de “dividendos e bonificações a repassar” em conta de passivo com a função de “registrar os dividendos e bonificações a repassar aos cotistas do fundo” (em contrapartida de registro em conta do ativo realizável), bem como determina o registro contábil de “juros sobre o capital próprio a repassar” também em conta de passivo com a finalidade de “registrar os valores a título de juros sobre o capital próprio a repassar aos cotistas do

52 SCHOUEI, Luís Eduardo. Article 21 – other income. Global Tax Treaty Commentaries. Amsterdam: IBFD, 2017.

fundo” (em contrapartida de registro em conta do ativo realizável). Noutras palavras, de acordo com as regras do COFI, as operações de repasse são registradas somente em contas patrimoniais, sem o reconhecimento de *receita* por parte do fundo de investimento.

Assim, infere-se que se o fundo promover a imputação direta dos rendimentos oriundos dos ativos de sua carteira ao investidor, o fundo passará a atuar em regime de transparência total ou ilimitada, não fazendo jus, portanto, à aplicação dos acordos de bitributação. Em tal circunstância, caberia examinar a aplicação do tratado diretamente entre a fonte pagadora do rendimento e o não residente, conforme apontado no art. 1(2) da Convenção Modelo.

No entanto, a RFB, por meio da já citada IN RFB n. 1.585/2015 (alterando posicionamento adotado em instruções normativas anteriores), atribuiu às operações de repasse o tratamento tributário de resgate de cotas aos fundos abertos e de amortização aos fundos fechados:

“Art. 21. O administrador de fundo ou clube de investimento que destinar diretamente aos cotistas as quantias que lhes forem atribuídas a título de dividendos, juros sobre capital próprio, reembolso de proventos decorrentes do empréstimo de valores mobiliários, ou outros rendimentos advindos de ativos financeiros que integrem sua carteira, fica responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto sobre a renda:

I – como resgate de cotas, no caso de fundo constituído sob a forma de condomínio aberto; ou

II – como amortização de cotas, no caso de fundo constituído sob a forma de condomínio fechado.

Parágrafo único. O disposto no *caput* aplica-se, também, a qualquer fundo de investimento que tenha ações em sua carteira.”⁵³

Frente ao atual posicionamento das autoridades fiscais, debate-se acerca do correto tratamento tributário dado às operações de repasse, sobretudo nas operações realizadas por meio de FIAs e de FIPs. Isso, porque, além de carecer de respaldo legal, tal dispositivo normativo violaria a Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que, em seu art. 10, prevê a regra de isenção direcionada aos dividendos em geral (embora a referida norma seja expressa em relação aos lucros ou dividendos pagos ou creditados por pessoas jurídicas)⁵⁴⁻⁵⁵.

Com efeito, prevalecendo as disposições da legislação regulatória, aplicar-se-á o tratamento tributário atribuído pela legislação interna do Estado da Fonte ao rendimento em questão

53 BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 1.585, de 31 de agosto 2015. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=67494&visao=anotado>>. Acesso em: 29 jul. 2018, p. 142.

54 DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. Op. cit. (nota 20), p. 93.

55 SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit. (nota 15).

com as limitações impostas pelo acordo de bitributação, sem a interposição do fundo de investimento entre o cotista não residente e a fonte originadora do rendimento. Por exemplo, caso o ativo corresponda a ações ou quotas de determinada sociedade pagadora de dividendos ao fundo de investimento, tais rendimentos, mediante a operação de repasse, serão imputados diretamente ao não residente, com a possibilidade de o Estado da Fonte tributar os dividendos com a alíquota máxima de 15% (quinze por cento).

Especificamente no caso de juros sobre o capital próprio repassados de pessoa jurídica residente no Brasil diretamente ao cotista não residente, será necessário qualificar o rendimento no artigo de juros (art. 11) ou no artigo de dividendos (art. 10). Nos acordos celebrados com África do Sul, Chile, Israel, México, Peru, Portugal, Rússia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela inexistente dúvida de que os juros sobre o capital próprio devem ser qualificados como *juros*, por disposição inserida nos protocolos dos referidos acordos (tal dispositivo passou a constar nos acordos celebrados após a instituição dos juros sobre o capital próprio, por meio da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995). Com relação aos demais acordos, ainda que adotem a definição do termo “juros” da Convenção Modelo de 1963, segundo a qual serão considerados juros os rendimentos assim equiparados pela legislação tributária, o rendimento deverá ser qualificado como *dividendo*, posto que (i) os juros sobre o capital próprio correspondem a uma forma de distribuição de resultados aos titulares do capital social da pessoa jurídica, razão pela qual podem ser considerados como sendo um rendimento de participação societária (*corporate right*), disciplinado no artigo de dividendos (art. 10); bem como (ii) a cláusula de reenvio ao direito interno existente nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil não podem alcançar rendimentos que estão compreendidos no escopo de outras regras distributivas⁵⁶.

Caso contrário, prevalecendo a legislação tributária (art. 21 IN RFB n. 1.585/2015) – que atribui regime de transparência limitada aos fundos de investimento –, aplicar-se-á o tratamento tributário relativo aos artigos de “ganhos de capital” ou “outros rendimentos”, respectivamente, para resgate e amortização, conforme explanado nos tópicos anteriores.

3.3. Restrições aos benefícios dos tratados – cláusula de limitação de benefícios

Adicionalmente às condições gerais de acesso aos tratados e da qualificação dos rendimentos oriundos de fundos de investimento, cabe, ainda, examinar a existência de cláusulas limitadoras de benefícios no âmbito dos acordos de bitributação, especificamente em transações envolvendo fundos constituídos no Brasil⁵⁷.

56 SANTOS, Ramon Tomazela. Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação: implicações fiscais para além do Projeto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”). 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 430.

57 Não é objeto do presente trabalho o exame (i) da cláusula antiabuso geral, denominada de “Principal Purpose Test” (“PPT”), e (ii) da cláusula do beneficiário efetivo.

Conforme já explicado no decorrer do presente artigo, a fim de evitar tratamento prejudicial e discriminatório em relação aos fundos de investimento, as análises e debates de entidades internacionais nos últimos 50 (cinquenta) anos conduziram à conclusão de que a utilização de fundos de investimento deveria ser *neutra*, isto é, a tributação deveria ser indiferente ao fato de dado investidor deter um ativo diretamente ou indiretamente por meio de um veículo coletivo de investimento. Especificamente, a International Fiscal Association (“IFA”), em 1977, concluiu que a interposição de fundos deveria ser neutra, sendo que eventuais *abusos* deveriam ser combatidos por meio de *cláusulas de limitação de benefícios*⁵⁸.

Relativamente a tais cláusulas, Ricardo Maitto da Silveira, com base nos Comentários à Convenção Modelo⁵⁹, bem sintetiza os critérios que orientam o escopo e a elaboração dessas cláusulas: (i) *critério de transparência (lookthrough approach)*: por meio dessa cláusula, os benefícios convencionais serão concedidos somente se o beneficiário do rendimento for controlado por residente em um dos Estados Contratantes, excluindo-se do escopo do tratado as empresas cujos controladores sejam não residentes (ou residentes em terceiros Estados); (ii) *critério da sujeição tributária efetiva (subject-to-clause approach)*: tal cláusula determina que os benefícios convencionais serão concedidos somente no caso de o Estado da Residência tributar, efetivamente, os rendimentos provenientes do Estado da Fonte; (iii) *critério da canalização de recursos (channel approach)*: por meio dessa cláusula, não serão concedidos benefícios convencionais no caso de o beneficiário de um rendimento (e residente em um dos Estados Contratantes) ser controlado por uma pessoa não residente e, ainda, se mais de 50% (cinquenta por cento) de tal rendimento for empregado para liquidação de obrigação do controlador; e (iv) *critério da exclusão de benefícios (exclusion approach)*: essa cláusula possui a finalidade de impedir a concessão de benefício convencional na hipótese de o beneficiário já gozar de um regime fiscal privilegiado ou localizar-se em área geográfica de baixa tributação (por exemplo, zonas francas)⁶⁰.

Neste contexto, os Estados Unidos passaram a adotar uma cláusula de limitação de benefícios (em inglês, limitation on benefits – “LOB”) – a qual juntamente com a cláusula PPT consta do projeto Base Erosion and Profit Shifting (“BEPS”) –, objetiva evitar abusos na aplicação dos acordos de bitributação. Segundo a cláusula LOB, a qualificação de uma pessoa para fins de fruição dos benefícios de um acordo de bitributação não se restringe unicamente ao requisito da residência (sujeição tributária), mas contempla também o preenchimento de uma série de “testes” objetivos que comprovem uma conexão real e efetiva entre a pessoa e o Estado⁶¹. Em síntese, os testes compreendem: (i) qualificação:

58 Cf. GIANNANTONIO, Giuseppe Andrea. Op. cit. (nota 22), p. 614.

59 Os quais incorporaram parte do relatório intitulado de “Double Taxation Conventions and the use of conduit companies”, datado de 1987.

60 Cf. SILVEIRA, Ricardo Maitto da. Op. cit. (nota 31), p. 122 e 123.

61 Cf. SILVEIRA, Ricardo Maitto da. Op. cit. (nota 31), p. 124.

verificação se o beneficiário do rendimento deve se enquadrar em uma lista taxativa de pessoas qualificadas, tais como indivíduo, empresa com ações listadas em bolsa de valores⁶² ou cujo local de administração efetiva e controle estejam situados no Estado Contratante, fundo de pensão, entidades sem fins lucrativos, dentre outras; (ii) *ownership test* e *base erosion test*: o primeiro deles dispõe que pelo menos 50% (cinquenta por cento) do capital social do beneficiário seja detido por entidades que preencham o teste da qualificação; enquanto o segundo teste exige que a parcela da receita bruta que o beneficiário possa disponibilizar em favor de pessoas localizadas em terceiros Estados deve corresponder ao, no máximo, 50% (cinquenta por cento)⁶³; (iii) *envolvimento em atividade ou negócio*: caso não se enquadre nas categorias previstas no teste de pessoa qualificada, o item de rendimento ainda assim fará jus aos benefícios convencionais caso a pessoa esteja ativamente envolvida no desenvolvimento de uma atividade ou negócios – o que não compreende a atividade de gestão/administração de investimentos/recursos de terceiros (exceto no caso de atividades desempenhadas por bancos, seguradoras etc.); e (iv) *alívio discricionário*: caso a pessoa não complete os “testes” anteriores, ainda assim a pessoa poderá requerer às autoridades fiscais a sua qualificação para fins de fruição dos benefícios dos tratados, desde que comprove que a criação, manutenção e utilização de tal entidade não teve como principal motivação a obtenção dos benefícios convencionais⁶⁴.

Nos acordos de bitributação recentemente celebrados pelo Brasil, identifica-se a inclusão de cláusula LOB nos acordos firmados ou renegociados (com a celebração de protocolos) com África do Sul, Argentina, Israel, México, Peru, Venezuela, Rússia, Trinidad e Tobago e Turquia⁶⁵, com “testes” de qualificação, *ownership test* e envolvimento em atividade ou negócio. No entanto, a cláusula LOB adotada nos acordos brasileiros diverge substancialmente das cláusulas estabelecidas pelos Estados Unidos, uma vez que as cláusulas norte-americanas contemplam uma série de definições e requisitos de natureza objetiva que conferem bastante segurança jurídica quando de sua aplicação⁶⁶.

Apesar das diferenças entre as cláusulas LOB e do beneficiário efetivo, é pertinente ressaltar, em atenção ao “teste” do envolvimento em atividade ou negócio, que nos Comentários à Convenção Modelo (no item 22, relativo ao tópico “*Cross-border issues relating to collective investment vehicles*”) se exige para fins de caracterização do beneficiário efetivo o preenchimento dos seguintes requisitos pelo veículo de investimento

62 LAWSON, Keith; e SUNDERLAND, Katie. Ensuring appropriate treaty relief for collective investment vehicles. *Bulletin for International Taxation*, June/July 2019, p. 377.

63 ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. As cláusulas de L.O.B. e o combate ao treaty shopping. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: IBDT, 2015, p. 246.

64 Cf. SILVEIRA, Ricardo Maitto da. *Op. cit.* (nota 31), p. 124 e 125.

65 DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. Double tax treaties policies of Brazil: the Brazilian model of tax convention. *Rio de Janeiro: Lumen Juris*, 2018, p. 55 e 56.

66 Cf. ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. *Op. cit.* (nota 61), p. 247.

coletivo (em inglês, *collective investment vehicle*): (i) detenção de cotas por uma diversidade de investidores (*widely-held funds*); (ii) aplicação de recursos em um portfólio de ativos diversificados; (iii) sujeição às regras de proteção de investidores do país no qual estão estabelecidos; e (iv) os gestores tenham poderes discricionários para administrar os ativos da carteira dos fundos (item 28 dos Comentários ao art. 1º). Partindo da premissa de que os fundos de investimento constituídos no Brasil, por seu turno, (i) são divididos em frações de patrimônio detidas por diversos investidores (com exceção dos fundos exclusivos); (ii) investem em ativos diversificados, de acordo com a política de investimentos descrita em regulamento, para fins de diluição de risco; (iii) são regulados, supervisionados e fiscalizados por entidade reguladora do mercado financeiro e de capitais (CVM), assim como são autorregulados por entidades privadas; e (iv) são necessariamente administrados e geridos por empresas e profissionais devidamente credenciados perante a CVM, com poderes discricionários de gestão (limitados ao regulamento do fundo); conclui-se que os fundos de investimento brasileiros podem, em geral, configurar como beneficiário efetivo e, analogamente, cumprem o teste do envolvimento em atividade/negócio da cláusula LOB para fins de aplicação dos acordos de bitributação.

Neste ponto, a despeito de entendimento em sentido contrário da doutrina⁶⁷, vale dizer que a constituição de fundos de investimento fechados está associada à falta de liquidez dos ativos subjacentes⁶⁸ e não à intenção de restringir ou impedir o acesso de investidores ou a circularidade de cotas dos fundos fechados, motivo pelo qual a constituição de fundo sob a forma de condomínio fechado não desrespeita aos preceitos da cláusula LOB (e do beneficiário efetivo). Aliás, cumpre informar a presença, atual, de cotas de FIPs, assim como de FIIs, negociadas em bolsa de valores⁶⁹, o que, certamente, evidencia o fato de que a forma de organização do condomínio, em aberto ou fechado, não reduz ou impede que as cotas do fundo sejam detidas por uma diversidade de cotistas (a legislação tributária até mesmo concede benefícios fiscais para FIIs cujas cotas sejam negociadas em ambiente bursátil ou em mercado de balcão organizado e sejam detidas por, no mínimo, 50 cotistas⁷⁰). Por sua vez, assunto tortuoso é o atendimento das cláusulas LOB e do beneficiário efetivo aos fundos classificados pela Anbima como Fundos Reservados, cujos cotistas associam-se em razão de vínculos familiares ou societários, já que em tal circunstância o caráter de *widely-held fund*, exigido pela OCDE, é passível de contestação.

Assim, no caso de operações envolvendo fundos de investimento, a cláusula LOB deveria ser aplicada caso o fundo de investimento atuasse como mero agente ou mandatário dos

67 Cf. SILVEIRA, Ricardo Maitto da. Op. cit. (nota 31), p. 215.

68 BENTO, Paulo Marcelo de Oliveira. Manual de tributação no mercado financeiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

69 Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/listados-a-vista-e-derivativos/renda-variavel/fundos-de-investimentos/fip/fips-listados/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

70 Conforme art. 40 da IN RFB n. 1.585/2015.

cotistas, o que, vale reiterar, não é o que se verifica, via de regra, com os fundos brasileiros (supervisionados e fiscalizados por órgão regulador⁷¹), uma vez que todo e qualquer fundo é constituído e gerido por um terceiro administrador, pessoa jurídica credenciada pela CVM e que exerce a atividade em caráter profissional. Sobretudo, todos os administradores possuem poderem discricionários na gestão dos ativos de sua carteira, o que, de plano, afasta alegações no sentido de que os fundos seriam meros agentes ou mandatários dos cotistas. Ainda, é importante considerar que a tributação dos fundos de investimento não é neutra, já que a aplicação de recursos por meio de fundos não recebe o mesmo tratamento caso o mesmo investidor aplique recursos diretamente nos mercados financeiro e de capitais, sem a interposição do fundo.

Com efeito, ainda que a aplicação da cláusula LOB dependa da análise das circunstâncias fáticas, em regra, os fundos de investimento brasileiros atendem ao disposto na referida cláusula, eis que os fundos de investimento brasileiros são geridos por profissionais independentes (credenciados perante o órgão regulador), com poderes discricionários sobre os ativos da carteira do fundo, não representando, portanto, meros agentes ou mandatários dos cotistas.

4. CONCLUSÃO

Os fundos de investimento representam uma comunhão de recursos, organizados sob a forma de condomínio, sem personalidade jurídica, destinado à aplicação em ativos diversos (capazes de configurar uma universalidade de direito constituinte de um patrimônio de afetação).

De acordo com a legislação tributária, as carteiras dos fundos de investimento são isentas da tributação pelo imposto sobre a renda, recaindo, assim, a tributação no nível dos cotistas, por ocasião da alienação, resgate ou amortização de cotas, bem como da liquidação do fundo.

Em uma transação internacional, envolvendo um fundo de investimento constituído no Brasil e cotista não residente, faz-se necessário examinar se existindo um acordo de bitributação, celebrado entre o Brasil e o país de residência do cotista, tal entidade faz jus aos benefícios dos acordos. Considerando que os fundos de investimento brasileiros, embora desprovidos de personalidade jurídica, configuram “grupo de pessoas”, assim como são sujeitos potenciais ao imposto sobre a renda e, conseqüentemente, se enquadram como residentes, conclui-se que tais entidades atendem ao escopo pessoal dos tratados: “A presente Convenção se aplica às *pessoas residentes* de um ou de ambos os Estados Contratantes”.

71 Cf. GIANNANTONIO, Giuseppe Andrea. Op. cit. (nota 22), p. 616.

Logo, uma vez que preenchidos os requisitos de “pessoa” e de “residência”, cumpre promover a *qualificação* (alocação de determinado fluxo monetário a uma das regras distributivas previstas na Convenção Modelo da OCDE, entre os arts. 6º e 21) dos rendimentos provenientes de fundos de investimento destinados a cotistas não residentes, por ocasião do resgate, amortização, alienação de cotas, bem como na liquidação do fundo (e, inclusive, nas operações de repasse).

Assim, os atos de alienação de cotas para terceiros (inclusive, nas hipóteses excepcionalmente admitidas para fundos abertos), bem como os atos de resgate (e de liquidação) qualificam-se no art. 13 da Convenção Modelo, referente aos ganhos de capital; enquanto que as amortizações qualificam-se no art. 21, relativo a “outros rendimentos”. Vale ressaltar que a qualificação da amortização como “outros rendimentos” não se aplica aos acordos com a Turquia e, a princípio, com os países nos quais o protocolo equipara a dividendos quaisquer distribuições promovidas por certificados de fundos de investimento.

No que tange às operações de repasse, em que determinados tipos de rendimentos são imputados diretamente aos cotistas, a qualificação dependerá da forma de organização do fundo, eis que a legislação tributária considera o repasse promovido por (i) fundos fechados a atos de amortização e (ii) fundos abertos a atos de resgate (no entanto, ressalte-se ser questionável a legalidade de tal tratamento tributário).

Por último, adicionalmente às condições gerais de acesso aos tratados e da qualificação dos rendimentos oriundos dos tratados, a aplicação dos acordos de bitributação em transações envolvendo fundos de investimento exige, também, o exame da cláusula LOB. Embora o cumprimento dos “testes” da cláusula LOB dependa da análise das circunstâncias fáticas (e da redação da cláusula de cada acordo de bitributação), em regra, os fundos de investimento brasileiros atendem ao disposto na referida cláusula, eis que tais fundos são geridos por profissionais independentes (credenciados perante a CVM), com poderes discricionários sobre os ativos da carteira do fundo, não representando, portanto, meros agentes ou mandatários dos cotistas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica. *Série Doutrina Tributária* v. XII. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. As cláusulas de L.O.B. e o combate ao *treaty shopping*. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: IBDT, 2015.

BARBOSA, Hermano Notaroberto. Tributação das reorganizações de fundos de investimento. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.). *Mercado financeiro & de capitais*: regulação e tributação. São Paulo: Quartier Latin.

BENTO, Paulo Marcelo de Oliveira. *Manual de tributação no mercado financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCO, João Francisco. Os fundos de investimento no exterior e os tratados internacionais. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2009.

BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 1.585, de 31 de agosto 2015. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=67494&visao=anotado>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. *Fundos de investimentos no direito brasileiro*: aspectos tributários e questões controversas em matéria fiscal. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. *Double tax treaties policies of Brazil: the Brazilian model of tax convention*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GIANNANTONIO, Giuseppe Andrea. Cross-border tax issues of collective investment institutions and the Italian approach. *Intertax* v. 33, Issue 12. Kluwer International, 2005.

GUZMAN, Antônio Carlos Marchetti. Os Fundos de Investimento em Participações (FIP) como instrumento de desenvolvimento do mercado de *private equity* no Brasil. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2009.

HAASE, Florian. Treaty entitlement of investment funds: the German perspective. *Intertax*. Issue 6/7. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2009.

HELLMINEN, Marjaana. Do distributions for international tax law purposes. *Tax Notes International* v. 18, 1999.

LAWSON, Keith; e SUNDERLAND, Katie. Ensuring appropriate treaty relief for collective investment vehicles. *Bulletin for International Taxation*, June/July 2019.

MERTEN, Martine. Taxation of investment funds following the OECD base erosion and profit shifting initiative – Part 1. *Bulletin for International Taxation*, February 2019.

ROCHA, Sergio André. *Política fiscal internacional do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, João Victor Guedes. Fundos de investimento e tratado contra a dupla tributação: tratamento dos ganhos e rendimentos de não-residentes. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais. *Série Doutrina Tributária* v. VIII. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. Escopo pessoal dos tratados: o conceito de “liable to tax” à luz do Caso Azadi Bachao. *Revista de Direito Tributário Internacional* ano 5, n. 13. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Ramon Tomazela. A Medida Provisória n. 806/2017 e a tributação dos rendimentos acumulados nos Fundos de Investimento em Participações (FIP). *Revista Direito Tributário Atual* v. 39. São Paulo: IBDT, 2017.

_____. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação*: implicações fiscais para além do Projeto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”). 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. Fundos de investimentos e o repasse direto de dividendos para os cotistas. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT* ano 13, n. 78. Belo Horizonte, nov./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239258>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Article 21 – other income. *Global Tax Treaty Commentaries*. Amsterdam: IBFD, 2017.

SILVEIRA, Ricardo Maitto da. O escopo pessoal dos acordos internacionais contra a bitributação: regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares. *Série Doutrina Tributária* v. XIX. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 4. ed. Coord. Ekkehart Reimer e Alexander Rust. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015. v. 1.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.