



# Receita Federal

Coordenação-Geral de Tributação

## PROCESSO

### SOLUÇÃO DE CONSULTA

199 – COSIT

### DATA

3 de julho de 2024

### INTERESSADO

### CNPJ/CPF

#### **Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF**

REMESSA PARA O EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASIL-ESPANHA DESTINADA A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTOS SOBRE A RENDA. RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES EM FUNDOS DE INVESTIMENTO. RENDIMENTOS DE RESGATE E AMORTIZAÇÃO. QUALIFICAÇÃO. ALOCAÇÃO DO DIREITO DE TRIBUTAR.

Para fins de aplicação da Convenção Brasil-Espanha Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, os rendimentos auferidos por residente na Espanha, provenientes do resgate de cotas do fundo de investimento multimercado administrado por instituição financeira residente no Brasil, são qualificados como ganho de capital (artigo 13) da Convenção. Já os rendimentos decorrentes da amortização de cota do fundo de investimentos são qualificados como outros rendimentos, subsumindo-se no disposto no artigo 22 do mesmo diploma. Em ambos os casos, é conferido ao Estado fonte, no caso o Brasil, o direito de tributar.

**Dispositivos Legais:** Decreto nº 76.975, de 1976 (ADT Brasil-Espanha), arts. 3(1), 7, 10, 11, 13(3) e 22.

## RELATÓRIO

Trata-se de consulta sobre a interpretação da legislação tributária federal, formalizada nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 2013 (tema atualmente disciplinado pela Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021), pela pessoa jurídica acima identificada, que informa ser uma instituição financeira devidamente constituída e sujeita às regras do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (Bacen).

2. A consulente afirma ser administradora de fundos de investimento multimercado (FIMs) constituídos no Brasil. Tais fundos podem ser constituídos sob as formas de condomínio

aberto ou fechado. Suas carteiras consistem sobretudo em operações com derivativos realizadas no mercado de balcão brasileiro.

3. Na função de administradora desses FIMs, a consulente figura como responsável pelo recolhimento do imposto de renda retido na fonte (IRRF) incidente sobre os rendimentos auferidos nos eventos de “amortização” (no caso de FIMs fechados) e de “resgate” de cotas (no caso de FIMs abertos ou, em se tratando de FIMs fechados, exclusivamente quando de sua liquidação).

3.1. A consulente indica como fundamento para sua obrigação de efetuar o recolhimento do IRRF os arts. 65, § 8º, e 79, § 1º, da Lei nº 8.981, de 1995<sup>1</sup>; o art. 796 do RIR/2018<sup>2</sup>; o art. 16, § 1º, da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001<sup>3</sup>; e os arts. 17, inciso I, e 100 da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2015<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 65 da Lei nº 8.981/1995. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.

[...]

§ 8º É responsável pela retenção do imposto a pessoa jurídica que receber os recursos, no caso de operações de transferência de dívidas, e a pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, nos demais casos.

[...]

Art. 79 da Lei nº 8.981/1995. O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

[...]

§ 1º O representante legal não será responsável pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda na fonte sobre aplicações financeiras quando, nos termos da legislação pertinente tal responsabilidade for atribuída a terceiro.

[...]

<sup>2</sup> Art. 796 do RIR/2018. Fica responsável pela retenção do imposto sobre a renda (Decreto-Lei nº 2.394, de 21 de dezembro de 1987, art. 6º; e Lei nº 8.981, de 1995, art. 65, § 8º):

I - a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos rendimentos;

II - a pessoa jurídica que receber os recursos do cedente, nas operações de transferência de dívidas; e

III - as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, e as demais entidades autorizadas pela legislação que, embora não sejam fonte pagadora original, façam o pagamento ou o crédito dos rendimentos ao beneficiário final. Parágrafo único. As pessoas jurídicas que retiverem o imposto de que trata este Título deverão observar o disposto no art. 1.008 (Decreto-Lei nº 2.394, de 1987, art. 6º, parágrafo único; e Lei nº 8.981, de 1995, art. 86).

<sup>3</sup> Art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49/2001. O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplica-se a investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1º É responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos referidos rendimentos.

<sup>4</sup> Art. 17 da Instrução Normativa RFB nº 1.585/2015. É responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto:

I - o administrador do fundo de investimento;

[...]

Art. 100. Fica responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto sobre a renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica com sede no País que efetuar o pagamento desses rendimentos.

4. A dúvida apresentada diz respeito à retenção de IRRF nos casos em que o cotista é instituição financeira residente e domiciliada na Espanha (banco espanhol).
5. A consultante explica ainda que o referido banco espanhol não possui filial no Brasil e não atua no país por meio de um estabelecimento permanente.
6. O documento prossegue explicando que o regime especial de tributação aplicável a estrangeiros não residentes em país ou dependência de tributação favorecida é disciplinado pelos art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995; art. 11 da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 876 e seguintes do RIR/2018; art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001; e pelo art. 89, inciso II, da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2015. Além desses dispositivos, existe a já mencionada regulação dada pela Resolução CMN nº 4.373, de 2014.
7. O IRRF incide à alíquota de 15% (quinze por cento), conforme dispõe o art. 89, § 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2015.
8. Ainda segundo a consultante, o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha (ADT Brasil-Espanha), internalizado pelo Decreto nº 76.975, de 1976, aplicar-se-ia ao caso em análise. Diante da aplicabilidade deste tratado, a interessada indica sua posição no sentido de que o ADT Brasil-Espanha prevaleceria sobre a legislação interna. Além disso, considera correta a qualificação dos rendimentos dos FIMs no art. 7 do referido acordo, que trata do lucro das empresas.
9. Nesse sentido, a consultante refere-se a alguns acordos de bitributação celebrados pelo Brasil nos quais os rendimentos advindos de fundos de investimentos são considerados dividendos para fins de aplicação do tratado. Contudo, afirma que tal equiparação depende de previsão expressa – que não está presente no ADT Brasil-Espanha – e, portanto, configura uma exceção.
10. Assim, na ausência de tratamento específico dos rendimentos provenientes de fundos de investimento no ADT Brasil-Espanha, os rendimentos relacionados a tais fundos decorrentes dos eventos de amortização e de resgate deveriam ser qualificados no art. 7, que trata do lucro das empresas. Segundo a consulta, a aplicação de recursos em fundos de investimentos integra as atividades-fim do banco espanhol, o que reforçaria a tese de que a qualificação no art. 7 é a posição correta.
11. De acordo com esse dispositivo, os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis neste Estado – vale dizer, os direitos de tributar são alocados exclusivamente no país de residência, ou seja, na Espanha. A exceção fica por conta da existência de um estabelecimento permanente situado no Brasil. Entretanto, a consultante ressalta a inexistência de tal estabelecimento. Logo, não haveria incidência de IRRF no Brasil quando a consultante efetuasse o pagamento dos rendimentos dos FIMs à instituição financeira espanhola.
12. Ao final, a consultante apresenta o seguinte questionamento:

*INDAGA a CONSULENTE se é correto seu entendimento no sentido de enquadrar os rendimentos advindos/decorrentes de Fundos de Investimento Multimercado (ou FIMs) no Brasil, na qualidade de Administradora desses Fundos, nos eventos de Resgate e/ou Amortização (caso seja FIM Fechado) de cotas, obtidos pelo Banco Espanhol como cotista INR 4373 Não-Paraíso, sob a égide do artigo 7º (Lucros das Empresas) do TDT Brasil/Espanha, o que implicaria em poder de tributar tais rendimentos exclusivo da Espanha (como Estado de Residência, i.e. local de residência do Banco Espanhol), estando o Brasil impedido/restrito de aplicar tributação, neste caso, como Estado de Fonte (i.e., não sujeição ao IRRF no Brasil).*

## FUNDAMENTOS

13. O procedimento de consulta é disciplinado nos arts. 46 a 53 do Decreto nº 70.235, de 1972 e nos arts. 48 a 50 da Lei nº 9.430, de 1996. Sua regulamentação em âmbito federal encontra-se no Decreto nº 7.574, de 2011 e na Instrução Normativa RFB nº 2.058, de 2021. A consulta fiscal tem por finalidade dirimir dúvidas sobre a interpretação de dispositivos da legislação tributária federal aplicável à luz de um caso concreto. Por esse motivo, as soluções de consulta não convalidam ou invalidam as afirmativas do consulente. Sua eficácia pressupõe a conformidade entre a narrativa apresentada e a realidade fática.

14. O art. 1.368-C do Código Civil, que trata dos fundos de investimento, dispõe:

*Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)*

*[...]*

*§ 2º Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)*

14.1. A Comissão de Valores Mobiliários disciplinou os fundos de investimento por meio da Resolução CVM nº 175, de 2022. O art. 4º dessa resolução basicamente reproduz o *caput* do art. 1.368-C do Código Civil, definindo os fundos de investimento como um condomínio de natureza especial sem personalidade jurídica.

14.2. Ainda de acordo com a Resolução CVM nº 175, de 2022, o regulamento do fundo de investimento pode prever a existência de diferentes classes de cotas (art. 5º, *caput*). As cotas são escriturais, nominativas e correspondem a frações do patrimônio da classe de cotas, conferindo direitos e obrigações aos cotistas, conforme previstos no regulamento (art. 14, *caput*).

14.3. A classe cujo regulamento admite o resgate das cotas é denominada “aberta”; já a classe cujo regulamento não admite o resgate das cotas é denominada “fechada” (art. 5º, § 7º). O

regime aberto é tratado nos arts. 22 e 23 da Resolução CVM nº 175, de 2022. O regime fechado é tratado nos arts. 24 a 27 do mesmo diploma.

14.4. O art. 3º da Resolução CVM nº 175, de 2022, que trata das definições, não traz um conceito de “resgate”. Contudo, pode-se inferir o que a Resolução considera como resgate das definições constantes dos incisos XVIII, XIX, e XX. Da leitura desses incisos conclui-se que o resgate consiste na conversão das cotas em dinheiro para pagamento do cotista.

14.5. A amortização encontra definição expressa no inciso III do art. 3º:

*Art. 3º Para os efeitos desta Resolução, entende-se por:*

*[...]*

*III – amortização (de cotas): pagamento uniforme realizado a todos os cotistas de determinada classe ou subclasse, de parcela do valor de suas cotas, sem redução do número de cotas emitidas, efetuado em conformidade com o disposto no regulamento ou com deliberação da assembleia de cotistas;*

15. O resgate acarreta a redução do número de cotas do fundo de investimento, uma vez que, após a sua conversão em dinheiro e o pagamento para o cotista, a cota convertida é extinta. Na amortização, como no resgate, também há um pagamento para o cotista. Todavia, a amortização diferencia-se do resgate pois não há redução do número de cotas, mas de seu valor.

16. Os rendimentos auferidos pela carteira dos FIMs são isentos por força do disposto no inciso I do art. 68 da Lei nº 8.981, de 1995. Com isso, a incidência do imposto sobre a renda foi concentrada no nível do cotista, seja para o momento do resgate ou amortização ou, ainda, mediante o come-cotas. A esse respeito, cabe ressaltar que, a partir de 2024, os chamados “fundos fechados” também passaram a estar sujeitos, como regra geral, ao come-cotas em razão do disposto na Lei nº 14.754, de 2023.

16.1. Com relação à tributação do cotista, o art. 5º da Lei nº 9.779, de 1999, determina que os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou renda variável sujeitam-se à incidência do IRRF. O art. 1º da Lei nº 11.033, de 2004, por sua vez, dispõe que tais rendimentos estão sujeitos à tributação pelo IRRF mediante a aplicação de uma tabela regressiva (22,5% a 15%).

16.2. No que diz respeito aos não-residentes, aplicam-se, como regra geral, as mesmas regras de tributação previstas para os residentes ou domiciliados no Brasil, conforme previsto no inciso III do art. 78 da Lei 8.981, de 1995 e no inciso I do art. 85 da Instrução Normativa RFB 1.585, de 2015. As alíquotas aplicáveis às operações de resgate e amortização podem variar de acordo com a natureza do fundo de investimento e a composição de sua carteira, com atendimento às normas do CMN e, ainda, em razão da jurisdição do beneficiário do rendimento (ou seja, residente ou domiciliado em país com regime de tributação favorecida ou não).

16.3. No que tange à base de cálculo do IRRF, esta consistirá na diferença positiva entre o valor do resgate e o custo de aquisição das cotas, de acordo com o custo médio ou unitário (art. 11

da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2015). Na amortização, haverá a incidência sobre o valor que exceder o custo de aquisição (art. 16 da Instrução Normativa nº1.585, de 2015), considerando, para estes fins, que o evento envolve a amortização de parte do custo do investimento e parte do rendimento auferido pelo fundo, devendo, por conseguinte, ser calculada uma proporção entre o valor amortizado para fins de se determinar a parcela do custo do investimento e a parcela do rendimento, que será tributada pelo IRRF.

17. O caso apresentado na consulta envolve uma instituição financeira residente na Espanha (banco espanhol) que é cotista de FIMs administrados pela consulente (instituição financeira residente no Brasil).

18. A interessada sustenta que os rendimentos decorrentes de resgate e de amortização sejam qualificados no art. 7 do ADT Brasil-Espanha, que trata do lucro das empresas. Ocorre que o art. 7(5) do referido acordo deixa claro que a qualificação dos rendimentos no art. 7 é subsidiária em relação às demais normas distributivas<sup>5</sup>:

#### *Artigo 7*

##### *Lucros das empresas*

*[...]*

*5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros Artigos da presente Convenção, as disposições desses Artigos não serão afetadas pelas disposições do presente Artigo.*

19. Assim, antes de qualificarmos um rendimento no art. 7, precisamos descartar a aplicação das demais normas específicas de alocação. As principais normas distributivas pertinentes ao caso concreto são o art. 10 (dividendos), o art. 11 (juros) e o art. 13 (ganhos de capital).

20. Um ponto que deve ser observado na qualificação dos rendimentos provenientes de fundos de investimento é que a utilização de tais fundos não é totalmente neutra do ponto de vista jurídico, inclusive para fins fiscais de acordo com a legislação doméstica.

20.1. Caso o tratamento dado aos fundos de investimento fosse totalmente neutro, eles seriam considerados entidades transparentes. Concernente aos aspectos fiscais, haveria uma relação direta entre o investidor (cotista) e a carteira de investimentos do fundo. Contudo, não é isso que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

20.2. No geral, os rendimentos provenientes de um fundo de investimento não têm a mesma natureza dos rendimentos de sua carteira. Por exemplo, imaginemos um fundo aberto cuja carteira seja majoritariamente composta por títulos de renda fixa (*v.g.* certificados de depósito bancário – CDBs). Embora a natureza dos rendimentos da carteira do fundo seja caracterizada como juros pela legislação doméstica, o resultado do resgate das cotas por parte do investidor não será necessariamente considerado rendimentos de juros. Da mesma forma, se a carteira de um fundo

---

<sup>5</sup> Com exceção do Art. 22, que é subsidiário em relação ao Art. 7. O tema será abordado nos parágrafos seguintes.

recebe dividendos, não significa que o resgate das cotas deste fundo será beneficiado pela isenção prevista no art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995<sup>6</sup>.

20.3. Nesse sentido, é também importante ter em mente que os cotistas detêm uma parcela ideal do fundo, não exercendo o direito de propriedade diretamente sobre a carteira que o compõe.

21. Partindo da premissa de que os fundos não são entidades transparentes para efeitos da legislação doméstica brasileira, devemos voltar nossa atenção para os eventos de resgate e amortização. Com base nas características de cada um desses eventos, é que poderemos identificar a regra de alocação pertinente no âmbito do ADT.

### **Qualificação das operações de resgate**

22. Iniciaremos nossa análise pelo resgate que, conforme explicado, consiste na conversão de cotas do fundo em dinheiro. A análise tomará como ponto de partida o art. 13 do ADT Brasil-Espanha, referente aos ganhos de capital:

#### *Artigo 13*

#### *Ganhos de Capital*

*1. Os ganhos provenientes da alteração de bens imobiliários, conforme são definidos no § 2º do Artigo 6º, são tributáveis no Estado Contratante em que esses bens estiverem situados.*

*2. Os ganhos provenientes da alienação de bens mobiliários que façam parte do ativo de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante, possua no outro Estado Contratante, ou de bens mobiliários constitutivos de uma instalação fixa de que disponha um residente de um Estado Contratante para o exercício de uma profissão liberal, incluindo ganhos provenientes da alienação desse estabelecimento permanente (isolado ou com o conjunto da empresa) ou dessa instalação fixa, são tributáveis no outro Estado. No entanto os ganhos provenientes da alienação de navios ou aeronaves utilizados no tráfego internacional e de bens mobiliários pertinentes à exploração de tais navios ou aeronaves só são tributáveis no Estado Contratante em que estivera situada a sede da direção efetiva da empresa.*

*3. Os ganhos provenientes da alienação de quaisquer bens ou direitos diferentes dos mencionados nos §§ 1º e 2º são tributáveis em ambos os Estados Contratantes.*

22.1. O art. 13(3) do ADT Brasil-Espanha é cláusula “guarda-chuva”, abrangendo todos os casos de alienação não cobertos nos dois primeiros parágrafos.

---

<sup>6</sup> Art. 10 da Lei nº 9.249/1995. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.



22.2. Este artigo não fornece uma definição detalhada de ganho de capital. Todavia, com base em seu texto, podemos considerar o ganho de capital como sendo a diferença positiva entre o valor proveniente de uma alienação de bens ou direitos e o respectivo custo de aquisição.

22.3. O dispositivo tampouco fornece uma definição precisa para a expressão “alienação”. Podemos nos socorrer dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE (versão 2017), os quais são também reproduzidos pelos Comentários à Convenção Modelo da ONU (versão 2017). Nesses documentos, a expressão é utilizada para se referir aos ganhos de capital provenientes, por exemplo, da venda ou troca de propriedade e aos ganhos decorrentes da alienação parcial, da expropriação, da transferência de um bem para uma companhia em troca de ações, da venda de um direito, de uma doação e até da transferência *causa mortis*<sup>7</sup>. De acordo com a posição majoritária da doutrina, o termo alienação tem um significado amplo<sup>8</sup> e requer ao menos que haja uma transação com um ativo no sentido de uma transferência irrestrita<sup>9</sup>. Vê-se, por conseguinte, que se adota uma definição bastante ampla do termo da alienação que não necessariamente se conforma com a noção de alienação para fins do direito privado.

22.4. Ressalte, ainda, que, pelos Comentários à Convenção Modelo da OCDE (versão 2017), mesmo o resgate de ações pode ser considerado “alienação” para fins da Convenção e, por conseguinte, seu rendimento qualificado no art. 13, exceto quando a legislação doméstica trate a parcela do lucro distribuído na operação como dividendos<sup>10</sup>, hipótese em que a aplicação do art. 10 (dividendos) pode ser considerada. Discorrendo sobre o artigo 10(3) da Convenção Modelo da OCDE, os comentários tratam o produto do resgate de ações e concluem que tais rendimentos podem ser tributados como dividendos ou ganho de capital. Essa classificação depende da legislação doméstica do Estado de residência da entidade que dá origem ao rendimento<sup>11</sup>. Ademais, segundo os Comentários, normalmente as distribuições efetuadas por uma empresa que tem por efeito

---

<sup>7</sup> No original: 5. [...] *The words “alienation of property” are used to cover in particular capital gains resulting from the sale or exchange of property and also from a partial alienation, the expropriation, the transfer to a company in exchange for stock, the sale of a right, the gift and even the passing of property on death.* (OCDE. *Model Tax Convention on Income and Capital*, 2017. Comentários ao artigo 13, par. 5).

<sup>8</sup> Reimer, E. (2015), in Reimer & Rust (eds), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4<sup>th</sup> edn (2015), Article 13 at m.no. 9

<sup>9</sup> Weissbrodt, J. (2018). *Financial instruments in the OECD model tax convention*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Maastricht University. <https://doi.org/10.26481/dis.20181123jw>, p. 187.

<sup>10</sup> No original: 73. [...] *This would be the case, for example, if a domestic law provision treats the profits realized by a shareholder when a company redeems some of its shares as dividends: although such a redemption could be considered to constitute an alienation for the purpose of paragraph 5 of Article 13, paragraph 28 of the Commentary on Article 10 recognizes that such profits will constitute dividends for the purpose of Article 10 if the profits are treated as dividends under domestic law* (OCDE. *Model Tax Convention on Income and Capital*, 2017. Comentários ao artigo 1, par. 73).

<sup>11</sup> J. Schuch & E. Pinetz, *The Definition of Dividends, Interest, Royalties and Capital Gains in The OECD-Model-Convention and its Update 2014*: Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Lang (Editor) (M. Lang et al. eds., IBFD 2015), Books IBFD (accessed 13 May 2024).



reduzir os direitos de participação (como ocorre nos pagamentos que constituem reembolso de capital) não são considerados como dividendos para efeitos da Convenção<sup>12</sup>.

22.5. Nos termos do § 3º do art. 65 da Lei nº 8.985, de 1995, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, o resgate, a cessão ou a repactuação do título ou aplicação. Tal definição se aplica aos não residentes, por força do disposto no art. 78 da Lei nº 8.981, de 1995. Este dispositivo equipara a tributação de não residentes e residentes, 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. Esse comando encontra-se também reproduzido no art. 46 da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2015, vejamos:

*Art. 46. Os rendimentos produzidos por aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte às seguintes alíquotas: (...)*

*§ 2º Para fins de incidência do imposto sobre a renda na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, o resgate, a cessão ou a repactuação do título ou aplicação.*

22.6. Portanto, seja com base na interpretação ampla conferida pelos Comentários ou tomando como fundamento a legislação doméstica brasileira, pode-se dizer que o resgate de cotas de fundo de investimento no País pode ser considerado “alienação de quaisquer bens ou direitos diferentes dos mencionados nos §§ 1º e 2º” e, por conseguinte, passível de ser qualificado no art. 13 do ADT Brasil-Espanha. Com isso, nos termos art. 13 do ADT Brasil-Espanha, ambos os Estados Contratantes podem tributar o rendimento.

### **Qualificação das operações de amortização**

23. Como visto, a amortização representa um pagamento uniforme realizado ao cotista do fundo de investimento sem a redução do número de cotas – o que se reduz é o valor das cotas. Ausente a conversão de cotas em dinheiro, parece não ser possível qualificar a amortização como alienação para efeitos de aplicação do art. 13 do ADT Brasil-Espanha. Assim, devemos olhar para os outros dispositivos do ADT Brasil-Espanha.

24. O art. 10 do ADT Brasil-Espanha, que trata de dividendos, exige que estes sejam pagos por uma sociedade:

*Artigo 10*

*Dividendos*

<sup>12</sup> No original: 28. [...] Normally, distributions by a company which have the effect of reducing the membership rights, for instance, payments constituting a reimbursement of capital in any form whatever, are not regarded as dividends (OCDE. Model Tax Convention on Income and Capital, 2017. Comentários ao artigo 10, par. 28).

1 . Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses dividendos podem ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos dividendos.

*Este parágrafo não afetará a tributação da sociedade com referência aos lucros que deram origem aos dividendos pagos.*

3. O disposto nos parágrafos 1 e 2 não se aplica quando o beneficiário dos dividendos, residente de um Estado Contratante, tiver, no outro Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos, um estabelecimento permanente a que estiver ligada a participação geradora dos dividendos. Neste caso, serão aplicáveis as disposições do Artigo 7.

4. O termo "dividendos" usado no presente artigo, designa os rendimentos provenientes de ações, ações ou direitos de fruição, partes das empresas mineradoras, ações de fundador ou outros direitos que permitam participar dos lucros, com exceção de créditos, bem como rendimentos de outras participações de capital assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação tributária do Estado Contratante em que a sociedade que os distribuir seja residente.

5. Quando uma sociedade residente da Espanha tiver um estabelecimento permanente no Brasil, esse estabelecimento permanente poderá aí estar sujeito a um imposto retido na fonte de acordo com a legislação fiscal brasileira. Todavia, esse imposto não poderá exceder 15% do montante bruto dos lucros do estabelecimento permanente, determinado após o pagamento do Imposto de Renda de sociedades referente a esses lucros. Não obstante, o imposto só será aplicável quando os lucros forem efetivamente transferidos para o exterior.

24.1. O art. 3(1) do ADT Brasil-Espanha define o termo "sociedade" como qualquer pessoa jurídica ou qualquer entidade que, para fins tributários, seja considerada como pessoa jurídica:

#### *Artigo 3*

##### *Definições gerais*

1. Na presente Convenção, a não ser que o contexto imponha uma interpretação diferente:

[...]

d) o termo "pessoa" compreende as pessoas físicas, as sociedades e qualquer outro de pessoas;

e) o termo "sociedade" designa qualquer pessoa jurídica ou qualquer entidade que, para fins tributários seja considerada como pessoa jurídica;

24.2. Pela legislação doméstica brasileira, os fundos de investimento não têm personalidade jurídica. Ademais, como regra geral, os fundos não são considerados como pessoa jurídica para fins tributários pela legislação do imposto de renda. Dessa forma, conclui-se que o fundo de investimento, no geral, não é passível de ser considerado como "sociedade" para fins de

aplicação do ADT Brasil-Espanha. Por essa razão, descartamos a qualificação da amortização da cota como dividendos para efeitos desse ADT específico.

25. Também não é possível qualificar a amortização no art. 11, que versa sobre juros. Segundo o Art. 11 (5):

*5. O termo “juros” usado no presente Artigo compreende os rendimentos da Dívida Pública, dos títulos ou debêntures, acompanhados ou não de garantia hipotecária ou de cláusula de participação nos lucros, e de créditos de qualquer natureza, bem como qualquer outro rendimento que, pela legislação tributária do Estado Contratante de que provenham, seja assemelhado aos rendimentos de importância emprestadas.*

25.1. Ainda que a carteira do fundo aplique em título de renda fixa, constatamos que, em decorrência da neutralidade parcial dos fundos de investimento, a natureza jurídica do rendimento original é modificada. Ademais, os rendimentos decorrentes da amortização não são considerados, pela legislação tributária brasileira, como assemelhados aos rendimentos de importância emprestada.

26. Descartada a qualificação da amortização nos arts. 10, 11 e 13 do ADT Brasil-Espanha, voltamos a atenção para o art. 7, que trata dos lucros das empresas, nos seguintes termos:

#### *Artigo 7*

##### *Lucros das empresas*

*1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.*

*2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.*

*3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.*

*4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.*

*5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições do presente artigo.*

26.1. O art. 3(1) da Convenção Modelo da OCDE define o termo “empresa” (*enterprise*) como: “*the carrying on of any business*”. Esta expressão pode ser traduzida livremente como “o desempenho de qualquer negócio”. Partindo dessa definição, fica claro que a compreensão do significado do termo “empresa” no contexto da Convenção Modelo da OCDE depende da compreensão do significado do termo “negócios” (*business*).

26.2. O art. 3(1) também aborda o termo “negócios” (*business*): “*the term ‘business’ includes the performance of professional services and of other activities of an independent character*”. Os Comentários àquela convenção modelo esclarecem que o subparágrafo h) foi incluído em decorrência da exclusão do art. 14. O objetivo era deixar claro que o termo “negócios” inclui as atividades independentes anteriormente qualificadas no precitado art. 14<sup>13</sup>.

26.3. Retomando a análise do significado do termo “empresa”, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE explicam que a questão sobre se uma atividade é desenvolvida no âmbito de uma empresa ou se essa atividade constitui ela própria uma empresa sempre foi resolvida de acordo com a legislação doméstica dos Estados Contratantes<sup>14</sup>.

26.4. No ordenamento jurídico brasileiro o termo “empresa” possui um sentido técnico: trata-se de um elemento abstrato, manifestando-se como “uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva”<sup>15</sup>. Dito de outro modo, o termo “empresa” refere-se a uma atividade por meio da qual os fatores de produção são organizados visando à obtenção de lucro.

26.5. Nessa linha, a redação do art. 7 do ADT Brasil-Espanha exige o exercício de uma atividade. Essa conclusão é extraída das passagens reproduzidas abaixo (grifos nossos):

*1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que **a empresa exerça sua atividade** no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. [...]*

*2. Quando uma empresa de um Estado Contratante **exercer sua atividade** no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado [...]*

26.6. Logo, a ideia de “lucro das empresas” definida no art. 7 envolve o lucro decorrente de uma atividade (qualificada) desenvolvida pela empresa.

26.7. Seguindo este raciocínio, a mera aquisição de um bem (que pode ser uma cota de um fundo de investimento) não é suficiente para considerar que os rendimentos provenientes do desenvolvimento de uma atividade empresarial.

26.8. Os lucros empresariais decorrem, por exemplo, da produção ou do acabamento de um bem ou da exploração de um serviço; os ganhos daí resultantes não são derivados apenas de

<sup>13</sup> OCDE. *Model Tax Convention on Income and Capital*, 2017. Comentários ao artigo 3, par. 10.2.

<sup>14</sup> No original: *The question whether an activity is performed within an enterprise or is deemed to constitute in itself an enterprise has always been interpreted according to the provisions of the domestic laws of the Contracting States (OCDE. Model Tax Convention on Income and Capital, 2017. Comentários ao artigo 3, par. 4)*

<sup>15</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

um capital aplicado, mas são essencialmente derivados de uma atividade. O mesmo raciocínio se aplica aos ganhos decorrentes do transporte e distribuição de mercadorias, bem como aos serviços de informação prestados ao cliente. Eles não decorrem simplesmente de um aumento no valor do item vendido. Todos estes ganhos estão sujeitos ao art. 7 das Convenções Modelo da OCDE e da ONU<sup>16</sup>. Na amortização não há, por parte do cotista, essa atividade definidora dos ganhos empresariais.

27. Com isso, resta-nos a análise da última norma de alocação, prevista no art. 22 do ADT Brasil-Espanha, que versa sobre os rendimentos não expressamente mencionados:

*Artigo 22*

*Rendimentos não expressamente mencionados*

*Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante não expressamente mencionados nos Artigos precedentes de presente Convenção são tributáveis em ambos os Estados Contratantes.*

27.1. A Convenção Modelo da OCDE tem a pretensão de ser compreensiva. Isso quer dizer que todos os tipos de rendimentos, desde que dentro do escopo material do ADT, devem ser abrangidos por aquela convenção. O papel do art. 22 do ADT Brasil-Espanha, que corresponde ao art. 21 da Convenção Modelo da OCDE, é justamente o de complementar as normas alocativas contidas nos artigos anteriores.

27.2. A doutrina<sup>17</sup> menciona outras receitas qualificadas como “outros rendimentos” no âmbito dos acordos de bitributação. Dentre as receitas citadas encontram-se:

- As contribuições feitas por fundações: semelhantes a dividendos, mas que não podem ser qualificadas no Art. 10, pois o beneficiário não tem um direito proveniente de uma participação societária;
- Rendimentos pagos por *trusts*, que, como os fundos de investimento, não têm personalidade jurídica; e
- Ganhos de novos instrumentos financeiros, em especial derivativos.

27.3. Os exemplos citados acima são semelhantes às amortizações pagas por fundos de investimento. Embora as amortizações possam se assemelhar a dividendos, não se enquadram no art. 10 em razão de os fundos não serem considerados sociedades para efeitos do ADT Brasil-Espanha. Os *trusts*, guardando certa similaridade com os fundos, são patrimônios administrados por um gestor em benefício de um terceiro e não possuem personalidade jurídica. Finalmente, as cotas de fundos de investimento são ativos financeiros com particularidades em relação aos ativos tradicionais – a neutralidade parcial dos fundos de investimento altera a natureza dos rendimentos

<sup>16</sup> REIMER, E. (2015), in Reimer & Rust (eds), Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4<sup>th</sup> edn (2015), Article 13 at m.no. 6.

<sup>17</sup> REIMER, E. (2015), in Reimer & Rust (eds), Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4<sup>th</sup> edn (2015), Article 21 at m.no. 29.

obtidos pelo gestor da carteira; e as cotas, embora representem uma fração ideal do patrimônio, não dão um direito sobre bens particulares da carteira.

28. Portanto, descartada a qualificação da amortização nos arts. 7, 10, 11 e 13, ela deve ser qualificada no art. 22 do ADT Brasil-Espanha. Conforme previsto neste dispositivo, os rendimentos são passíveis de tributação em ambos os Estados contratantes.

## CONCLUSÃO

29. Pelo exposto, conclui-se que para fins de aplicação do ADT Brasil-Espanha:

29.1. Os rendimentos decorrentes do resgate de cotas do fundo de investimento são qualificados no art. 13, como ganhos de capital; e

29.2. Os rendimentos provenientes de amortização da cota são qualificados no art. 22, como outros rendimentos.

29.3. Em ambos os casos, o ADT Brasil-Espanha confere ao Estado fonte, no caso o Brasil, o direito de tributar.

*Assinatura digital*

OSCAR DIAS MOREIRA DE CARVALHO LIMA  
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

De acordo. Ao Coordenador-Geral da Cosit para aprovação.

*Assinatura digital*

DANIEL TEIXEIRA PRATES  
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil  
Coordenador de Tributação Internacional

## ORDEM DE INTIMAÇÃO

Aprovo a presente Solução de Consulta. Divulgue-se e publique-se nos termos do art. 43 da referida Instrução Normativa. Dê-se ciência à consulente.

*Assinatura digital*

RODRIGO AUGUSTO VERLY DE OLIVEIRA  
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil  
Coordenador-Geral de Tributação