

A Competência Sobre os Juros Provenientes de Títulos da Dívida Pública: Atuação de Instituição Financeira Custodiante Localizada em Estado Diverso da Fonte

Jurisdiction Over Interest on Public Debt Securities: the Role of Financial Institutions Located Outside the Source State

Vittorio Angotti Ledier Rocha

Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Graduado em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie). Advogado em São Paulo. *E-mail*: vittorioangotti@hotmail.com.

Recebido em: 12-11-2024 – Aprovado em: 17-4-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-7155.14.7.2025.2647>

Resumo

O presente estudo propõe-se a abordar a temática da possível alteração da tributação exclusiva no Estado de fonte em casos envolvendo os juros advindos de títulos da dívida pública na hipótese em que ocorra a atuação de uma instituição financeira custodiante, residente em Estado diferente da fonte pagadora dos juros, atuando na condição de intermediária e remetente de tais juros. Para tanto, em um primeiro momento, são expostas considerações acerca da natureza dos juros e a competência para tributação destes no âmbito do art. 11 da Convenção Modelo da OCDE. Posteriormente, diante de uma pesquisa exaustiva dos acordos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, analisam-se as eventuais implicações tributárias decorrentes da atuação de uma instituição financeira intermediária e remetente dos juros advindos de títulos da dívida pública. Mais especificamente, na hipótese de haver uma alteração da tributação exclusiva no Estado de fonte. Ao final, o presente estudo pretende expor que a atuação de uma instituição financeira custodiante residente em Estado distinto da fonte pagadora dos juros não afetará a competência exclusiva do Estado de fonte para tributação dos juros advindos de títulos da dívida pública.

Palavras-chave: acordos para evitar a dupla tributação, juros, títulos da dívida pública, competência exclusiva.

Abstract

This study aims to address the issue of the potential change in exclusive taxation by the Source State in cases of interest arising from public debt securities. This situation arises when a custodian Financial Institution, residing in a State different from that of the interest-paying source, acts as an interme-

diary and remitter of such interest. Initially, the study discusses the legal nature of interest and the corresponding liability to tax under Article 11 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. It then conducts an exhaustive analysis of case law issued by the Administrative Council of Tax Appeals, assessing the possible tax implications resulting from the intervention of an intermediary Financial Institution remitting interest on government bonds. Particular attention is given to whether such circumstances the exclusive liability to tax vested in the Source State with respect to interest income. Ultimately, the article contends that the participation of a custodian Financial Institution resident in a different State from that of the payer does not alter the Source State's exclusive liability to tax interest arising from public debt securities.

Keywords: conventions for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income, interest, public debt securities, exclusive jurisdiction.

1. Introdução

O presente artigo irá desenvolver a possibilidade de alteração (ou não) na competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes da dívida pública, dos títulos ou debêntures emitidas pelo Governo de um Estado contratante, nos casos em que ocorra a atuação de uma instituição financeira custodiante localizada (i.e., residente) em Estado diferente da fonte pagadora dos juros (i.e., o Estado de fonte), para fins de aplicabilidade do art. 11 da Convenção Modelo da OCDE (CM OCDE).

Nesse contexto, o estudo busca determinar qual a correta interpretação para os juros advindos de títulos da dívida pública em caso de atuação de instituição financeira custodiante, particularmente diante da interpretação realizada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) no Acórdão n. 1201-001.919, proferido na sessão de 18 de outubro de 2017, e posteriormente no Acórdão n. 1201-003.563, proferido na sessão de 22 de janeiro de 2020, os quais analisaram situação fática envolvendo a aquisição de títulos da dívida pública da Áustria e de “*commercial papers*” emitidos pelo Instituto de Crédito Oficial da Espanha, em que as instituições financeiras custodiantes, responsáveis por remeter os rendimentos oriundos destes títulos, apresentavam sede de direção em Bahamas e nos Países Baixos (Holanda), respectivamente.

Realizando uma análise crítica da interpretação realizada pelo CARF, o presente artigo pretende expor que a atuação de uma instituição financeira custodiante residente em Estado diferente da fonte pagadora dos juros não afetará a competência exclusiva do Estado de fonte para tributação dos juros advindos de títulos da dívida pública.

2. Da natureza dos juros

A Convenção Modelo da OCDE em seu art. 11, parágrafo 3, ao definir o conceito de juros, estabelece que estes são considerados como rendimentos prove-

nientes de créditos de toda espécie, independentemente de garantia hipotecária, que contenham ou não o direito de participar nos lucros do devedor, em particular os rendimentos provenientes de títulos da dívida pública e rendimentos de títulos ou debêntures, incluindo os prêmios e bonificações atribuídas a tais títulos ou debêntures e excluindo as multas atribuídas por pagamento em atraso. Conforme redação da cláusula convencional da Convenção Modelo da OCDE abaixo transcrita:

3. The term “interest” as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article¹.

Nesse sentido, a partir da leitura da cláusula convencional da Convenção Modelo da OCDE, é possível extrair que a intenção desta cláusula é incluir no conceito de juros os “rendimentos provenientes de créditos de toda espécie” (i.e., “*income from debt-claims of every kind*”), de forma que esta parte da redação contém o núcleo (*definição conotativa*) do conceito de juros².

Portanto, em outras palavras³, para fins da definição de juros conforme as diretrizes da Convenção Modelo da OCDE, será irrelevante como ou quando os rendimentos serão pagos pelo devedor (i.e., mutuário) ao credor (i.e., mutuante); o fator de maior relevância diz respeito a se a base legal para os rendimentos é um crédito. Se este critério essencial for cumprido, todo rendimento proveniente de um crédito de qualquer espécie poderá ser enquadrado na definição de juros estabelecida pelo art. 11, parágrafo 3, da Convenção Modelo da OCDE.

Por sua vez, o item 21 dos Comentários ao art. 11 da CM OCDE atesta que a definição de juros supramencionada é, em princípio, exaustiva, apresentando três aspectos para justificar a não remissão desta definição à legislação interna

¹ Tradução livre: “3. O termo ‘juros’, conforme utilizado neste Artigo, refere-se aos rendimentos de créditos de toda espécie, sejam ou não garantidos por hipoteca e sejam ou não acompanhados pelo direito de participar nos lucros do devedor, e em particular, rendimentos de títulos do governo e rendimentos de títulos ou debêntures, incluindo prêmios e premiações vinculados a tais títulos, títulos ou debêntures. As penalidades por pagamento tardio não serão consideradas como juros para os fins deste Artigo”.

² SANTOS, Ramon Tomazela. Os rendimentos provenientes de títulos públicos e o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, n. 4, 2018, p. 169.

³ LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; PINETZ, Erik. The definition of dividends, interest, royalties and capital gains. *The OECD Model Convention and Its Update 2014*. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 2-25.

dos Estados, quais sejam: (i) a definição apresentada pela OCDE abrange praticamente todos os tipos de rendimentos que podem ser considerados juros nas legislações internas dos Estados; (ii) a fórmula empregada oferece maior segurança do ponto de vista legal e garante que as convenções não sejam afetadas por futuras mudanças nas leis internas dos Estados; e (iii) na Convenção Modelo da OCDE as referências a legislações internas dos Estados devem, na medida do possível, ser evitadas⁴.

Em caráter complementar, o item 18 dos Comentários ao art. 11 da CM OCDE⁵ constata que o termo “créditos de toda espécie” (i.e., “*debt-claims of every kind*”) obviamente abrange depósitos em dinheiro e garantias na forma de dinheiro, bem como títulos da dívida pública e títulos ou debêntures, constatando que estes três últimos são mencionados de forma explícita na redação do art. 11, parágrafo 3, devido a sua relevância e peculiaridades que podem apresentar.

Nesse contexto, para fins do presente artigo, passar-se-á a melhor compreender a hipótese dos juros provenientes de títulos da dívida pública em sequência.

3. Da competência para tributação dos juros

O art. 11, parágrafo 1, da Convenção Modelo da OCDE estabelece em princípio que os juros provenientes de um Estado contratante e pagos a um residente do outro Estado contratante podem ser tributados neste último Estado. Ao fazê-lo, não estipula um direito exclusivo de tributação em favor do “Estado de residência”, mas sim uma “Competência cumulativa” para a tributação dos juros, possibilitando a tributação dos juros por ambos os Estados.

Entretanto, o art. 11, parágrafo 2, da referida Convenção dispõe como regra geral uma limitação de tributação na fonte, de maneira que o “Estado de fonte” destes juros possam tributá-los, mas limita o exercício desse direito ao determinar um teto para o imposto, o qual não poderá exceder 10% (dez por cento)⁶. Tais Estados contratantes podem concordar em negociações bilaterais sobre um imposto menor ou sobre tributação exclusiva no Estado de residência ou fonte em

⁴ OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version*. Paris: OECD, 2017, p. 263.

⁵ OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version*. Paris: OECD, 2017, p. 262.

⁶ “However, interest arising in a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation” (OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version*. Paris: OECD, 2017, p. 36).

relação a todos os pagamentos de juros ou, como melhor será delineado abaixo, em relação a algumas categorias específicas de juros⁷.

3.1. Da competência para tributação dos juros provenientes de títulos da dívida pública

Uma disposição alternativa à regra geral supramencionada é a inclusão de um parágrafo adicional no Acordo para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal (“Acordo para Evitar a Dupla Tributação”, “Acordo” ou, apenas, “TDT”), em que os Estados contratantes prevejam a tributação exclusiva dos juros (competência exclusiva) em apenas um Estado. Em caráter geral, este parágrafo comumente é seguido por subparágrafos, os quais consecutivamente irão descrever as hipóteses sujeitas a este tratamento.

Uma primeira hipótese diz respeito aos juros provenientes de um Estado, e que são pagos ao governo do outro Estado, uma de suas subdivisões políticas ou um órgão estatutário, inclusive ao Banco Central ou qualquer agência (i.e., instituição financeira) de propriedade exclusiva desse governo. Nesta hipótese, muitos Estados estabelecem que tais juros serão isentos de qualquer imposto na fonte, atribuindo a competência exclusiva no Estado de residência.

Outra hipótese de competência exclusiva são juros provenientes da dívida pública, dos títulos ou debêntures emitidas pelo Governo de um Estado contratante, os quais serão isentos de qualquer imposto no Estado de residência, atribuindo a competência para tributação exclusiva no Estado de fonte.

Nesse contexto, especificamente acerca da hipótese de tributação exclusiva do Estado de fonte nos casos de juros provenientes de títulos da dívida pública, o item 7.6 dos Comentários ao art. 11 da Convenção Modelo da OCDE⁸ atesta que esta hipótese tem conexão com programas de financiamento à exportação, todavia, conforme interpreta Werner Haslechner⁹, existem duas justificativas potenciais para tanto: primeiro, a promoção do comércio entre os Estados contratantes, enquanto a isenção é apenas um complemento das medidas tomadas em programas governamentais com esse fim. Segundo, a mesma justificativa que apoia a isenção de juros pagos ao governo do outro Estado (i.e., a primeira hipótese supramencionada), o princípio da imunidade soberana, de forma que a redação da disposição proposta pelos Comentários da Convenção Modelo da OCDE aponta para essa última explicação (imunidade soberana), haja vista que não há necessariamente uma ligação com as atividades de exportação.

⁷ HASLEHNER Werner. *In: Reimer & Rust (ed.). Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Article 11. at m.no. 70. 5. ed., 2021, p. 7.*

⁸ OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version.* Paris: OECD, 2017, p. 257.

⁹ HASLEHNER, Werner. *In: Reimer & Rust (ed.). Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Article 11. at m.no. 70. 5. ed., 2021, p. 28.*

Nesse contexto, para fins da análise a ser realizada no presente artigo, considera-se que *atualmente*, dentre os Acordos para Evitar a Dupla Tributação ratificados entre o Brasil e outros Estados contratantes, em que a cláusula para atribuir a competência exclusiva no Estado de fonte dos juros oriundos da dívida pública encontra previsão, são os TDTs celebrados com: África do Sul, Argentina, Áustria, China, Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Índia, Israel, Luxemburgo, México, Noruega, Rússia, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

Apesar das especificidades presentes em cada um destes Acordos para Evitar a Dupla Tributação, sem abdicar da primazia do texto como critério de interpretação e aplicação dos Acordos representando a expressão autêntica da vontade das partes contratantes¹⁰, a cláusula para atribuir a competência exclusiva no Estado de fonte dos juros provenientes da dívida pública apresenta na maior parte dos Acordos a seguinte redação:

Os juros de obrigações, títulos ou debêntures emitidos pelo Governo de um Estado Contratante, por uma de suas subdivisões políticas, por uma autoridade local ou qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade exclusiva desse Governo, subdivisão política ou autoridade local, somente serão tributáveis nesse Estado.

A partir dessa redação e da análise específica dos Acordos ratificados entre o Brasil e os demais Estados contratantes que contêm a referida cláusula, notou-se que não há qualquer previsão expressa em tais Acordos para Evitar a Dupla Tributação acerca da possível desconsideração da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes da dívida pública, caso haja a atuação de uma “instituição financeira” custodiante localizada em Estado diferente da fonte pagadora dos juros, hipótese que será melhor delineada abaixo.

4. Atuação de instituição financeira custodiante localizada em Estado diverso da fonte

O art. 17 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei n. 4.595/1964), define instituição financeira como as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valores de propriedade de terceiro.

Nesse sentido, a custódia de valores de propriedade de terceiro, assegurada por exigência legal, está compreendida na esfera de atuação das instituições financeiras. Por sua vez, o parágrafo único do art. 24 da Lei n. 6.385, de 7 de de-

¹⁰ ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. São Paulo: IBDT, Ed. Histórica, 2019, p. 143.

zembro de 1976 (Lei n. 6.385/1976), define que será considerada custódia de valores mobiliários o depósito para guarda, recebimento de dividendos e bonificações, resgate, amortização ou reembolso, e exercício de direitos de subscrição. Em sentido semelhante, o Banco Central do Brasil (Bacen)¹¹ define custodiante como a entidade que guarda e administra valores mobiliários para seus clientes.

Diante das definições supracitadas, Eduardo Salomão Neto¹² expõe que a expressão “valores” contida na legislação supracitada abarca os títulos de crédito em sentido amplo, ou seja, todo e qualquer documento que seja indispensável e suficiente para o exercício dos direitos patrimoniais neles estabelecidos. O referido autor esclarece, ainda, que a custódia de valores mencionada se refere exclusivamente a bens infungíveis, ou seja, aqueles passíveis de individualização.

Essa exposição visa evitar uma interpretação indesejada que poderia considerar o dinheiro como objeto de custódia para os propósitos discutidos. Isso se deve ao fato de que no art. 17 da Lei n. 4.595/1964 há uma referência explícita à necessidade de o bem ser de propriedade de terceiros, nos casos de bens fungíveis (*e.g.*, dinheiro); quando transferidos, suas propriedades são igualmente transferidas, requerendo que o depositário devolva um bem do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Portanto, é possível notar o caráter primordial de intermediação da instituição financeira quando de sua atuação na custódia de valores mobiliários a seus clientes, não ocasionando a transferência das propriedades do bem à instituição financeira.

Nesse contexto, a problemática exposta no presente trabalho compreende a possibilidade de alteração (ou não) na competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes da dívida pública, nos casos em que ocorra a atuação de uma instituição financeira custodiante localizada em Estado diferente da fonte pagadora dos juros.

Tal hipótese foi objeto de análise pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais¹³ em situação fática envolvendo os Acordos para Evitar a Dupla Tributação celebrados entre o Brasil e a Áustria (TDT Brasil-Áustria) e entre o Brasil e a Espanha (TDT Brasil-Espanha), apresentando entendimento pela não aplicação da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes de títulos da dívida pública, em virtude de as instituições financeiras custodiantes (na condição de intermediárias e remetentes dos juros) não possuírem residência

¹¹ BRASIL. Banco Central do Brasil. Glossário. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/meubc/glossario>. Acesso em: 28 abr. 2024.

¹² NETO, Eduardo Salomão. *Atividade privativa de instituição financeira*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998. Tese de livre docência, p. 41-42.

¹³ Acórdão n. 1201001.919,| Processo n. 10980.722279/201023, CARF, Sessão de 18 de outubro de 2017.

nos respectivos países em que foram originados os títulos da dívida pública (i.e., Áustria e Espanha).

Nesse sentido, especificamente em relação ao TDT Brasil-Espanha, o CARF compreendeu que também seria devida a competência do Brasil para tributação desses juros, determinando como indevida a exclusão da base de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) realizada pelo contribuinte das receitas decorrentes dos títulos da dívida pública.

O Acórdão n. 1201-001.919 foi proferido diante de situação fática envolvendo a aquisição de títulos da dívida pública da Áustria e de “*commercial papers*” emitidos pelo Instituto de Crédito Oficial (ICO)¹⁴ da Espanha (i.e., os “títulos ICO”), em que as instituições financeiras custodiantes, responsáveis por remeter os rendimentos oriundos desses títulos, apresentavam sede de direção em Bahamas e Países Baixos (Holanda) respectivamente.

Conforme fundamentação contida no Voto Vencedor, para viabilizar a aplicação da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes de títulos da dívida pública, seria necessário que os juros fossem pagos pelos próprios governos (i.e., Áustria ou Espanha) ou, ao menos, por agentes residentes em tais países, compreendendo pela impossibilidade da pretensão do contribuinte quando o pagamento decorre de terceiros (e.g., as instituições financeiras) residentes em outros Estados¹⁵.

Ademais, o Voto Vencedor desconsiderou a fundamentação de que os títulos da dívida pública podem ser adquiridos diretamente do emitente, por intermédio de instituições financeiras, ou mesmo de terceiros, no mercado secundário, mas que, independentemente da forma de aquisição, os rendimentos produzidos continuarão a ser classificados juros pagos pelos respectivos emitentes (i.e., pelos governos da Áustria e da Espanha).

¹⁴ Tradução Livre: “O Instituto de Crédito Oficial é uma entidade pública empresarial (EPE) previsto na Lei 40/2015, do Regime Jurídico do Setor Público, vinculada ao Ministério da Economia, Comércio e Empresa, através da Secretaria de Estado de Economia e Apoio à Empresa. O ICO é um banco público, regido pela normativa estabelecida na Disposição Adicional Sexta do Real Decreto Lei 12/1995, de 28 de dezembro, sobre medidas urgentes em matéria orçamentária, tributária e financeira, e modificações posteriores, pelo Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, de adaptação do Instituto de Crédito Oficial à Lei 6/1997, de 14 de abril, de organização e funcionamento da Administração Geral do Estado e de aprovação dos seus Estatutos” (disponível em: https://www.ico.es/quienes_somos_ico/que_es_el_ico; acesso em: 10 maio 2024).

¹⁵ “Entretanto, para que possam ser aplicados os dispositivos dos artigos 11, 3.b (Convenção Áustria) e 11, 4.b (Convenção Espanha), que permitiriam a tributação dos juros apenas nos países emitentes, é necessário que os juros sejam pagos pelos próprios governos ou, ao menos, por agentes residentes naqueles países, sendo descabida a pretensão de estender tal tratamento quando o pagamento decorre de terceiros residentes em outro Estado” (excerto extraído do voto vencedor proferido pelo conselheiro Roberto Caparroz de Almeida no Acórdão n. 1201001.919, Processo n. 10980.722279/201023, CARF, sessão de 18 de outubro de 2017).

Nesse sentido, o CARF constatou que a situação fática do caso retrata um problema de jurisdição, uma vez que não seria possível admitir a relação comercial estabelecida com instituição financeira que não é residente nos países em que os títulos da dívida pública alcancem as disposições estipuladas pelos Acordos para Evitar a Dupla Tributação. Entendimento que, na visão do Voto Vencedor, poderia ser estendido também a títulos da dívida pública de outros Estados, não somente da Áustria e Espanha¹⁶.

Todavia, em sua parte final, o Voto Vencedor prevê que em relação aos juros provenientes dos títulos da dívida pública da Áustria preenchem os requisitos necessários para a aplicação do TDT Brasil-Áustria, haja vista a comprovação probatória realizada nos autos do processo por meio do “contrato de câmbio” apresentado pelo contribuinte, em que se demonstrou que o pagamento foi realizado diretamente pelo Governo austríaco ao contribuinte. Entretanto, esta interpretação não foi estendida para os títulos ICO da Espanha, mantendo-se a autuação fiscal em relação a estes.

Posteriormente, em face desse Acórdão, foram opostos Embargos de Declaração pelo contribuinte¹⁷, os quais foram acolhidos com efeitos infringentes diante da contradição do Acórdão proferido, ao apresentar consequências fiscais distintas para situações fáticas idênticas, quais sejam, os juros provenientes de títulos da dívida pública da Áustria e Espanha, resultando no afastamento da exigência tributária sobre as receitas advindas dos títulos ICO da Espanha.

O entendimento exposto no Embargos de Declaração fundamentou-se no instrumento probatório apresentado pelo contribuinte que demonstra a retificação do respectivo contrato de câmbio sobre os títulos ICO (o qual não foi examinado no Acórdão n. 1201001.919), este que expõe que os juros advindos dos títulos ICO foram, de fato, pagos pelo instituto de crédito oficial, não pela instituição financeira custodiante localizada na Holanda.

Todavia, apesar do acertado posicionamento proferido nos Embargos de Declaração, cumpre melhor analisar os elementos considerados pelas autoridades fiscais brasileiras e pelo CARF, os quais atribuíram descabida relevância ao Estado de residência da instituição financeira custodiante para fins da não aplicação da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes de títulos da dívida pública, conforme exposto em sequência.

¹⁶ “Na hipótese, pouco importa se os títulos são do governo austríaco ou do ICO espanhol; poderiam ser emitidos por qualquer país, visto que releva, para a aplicação dos correspondentes tratados, o conceito de residência das partes. Tal conceito é a razão de ser da tributação internacional, que tanta atenção confere aos estabelecimentos permanentes, com regras específicas para a sua determinação” (excerto extraído do voto vencedor proferido pelo conselheiro Roberto Caparroz de Almeida no Acórdão n. 1201001.919,| Processo n. 10980.722279/201023, CARF,| sessão de 18 de outubro de 2017).

¹⁷ Acórdão n. 1201-003.563, Processo n. 10980.722279/201023, CARF, sessão de 22 de janeiro de 2020.

4.1. Considerações em virtude da interpretação realizada pelo CARF

Conforme entendimento de Gerd Willi Rothmann acerca das regras gerais para interpretação dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação, o princípio de *pacta sunt servanda* é responsável por fundar o próprio direito dos Acordos, obrigando os Estados a cumprirem as disposições previstas em tais tratados. Complementarmente, a *pacta sunt servanda* também demonstra a prevalência da aplicabilidade das normas previstas nos Acordos Internacionais para Evitar a Dupla Tributação ante as normas contidas na legislação interna brasileira, conforme se encontra declarado no art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN), garantido no direito interno o efeito de prevalência de aplicabilidade das convenções em matéria tributária sobre a legislação infraconstitucional¹⁸.

Tal disposição encontra-se diretamente ligada ao princípio da boa-fé, que constata que os Acordos devem ser interpretados de boa-fé, isto é, sem o ânimo de querer burlar suas disposições ou permitir que se fuja à sua execução¹⁹.

Nesse sentido, complementa Sergio André Rocha²⁰, ao expor que o princípio da boa-fé estaria ligado ao *pacta sunt servanda*, de forma que tal vinculação é extraída da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), já que a regra geral de boa-fé se encontra prevista exatamente no art. 26, intitulado *pacta sunt servanda*, segundo o qual “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

Ademais, também deve-se observar a primazia do texto como critério de interpretação e aplicação dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação, representando a expressão autêntica da vontade das partes contratantes²¹, de maneira que a interpretação deverá estabelecer o sentido do próprio texto do Acordo e não pretender reconstituir ou interpretar de forma diversa o que os Estados originalmente tenham intencionado.

Diante desse contexto, importante destacar que, ao interpretar o art. 11 do TDT Brasil-Espanha, os conselheiros do CARF no Acórdão n. 1201001.919 apresentaram entendimento pela não aplicação da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes de títulos da dívida pública, nos casos em que ocorra a atuação de uma instituição financeira custodiante localizada em Estado diferente da fonte pagadora destes juros.

¹⁸ ROCHA, Sergio André. Relação entre o direito doméstico e as convenções para evitar dupla tributação da renda no Brasil: o art. 98 do Código Tributário Nacional. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord). *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 713-774.

¹⁹ ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. São Paulo: IBDT, Ed. Histórica, 2019, p. 143.

²⁰ ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 159.

²¹ ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. São Paulo: IBDT, Ed. Histórica, 2019, p. 144.

Entretanto, partindo-se da aplicação dos princípios de *pacta sunt servanda* e primazia do texto para interpretação dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação, não seria possível constatar, a partir da redação literal do art. 11, parágrafo 4, alínea *b*, do TDT Brasil-Espanha, que a atuação de uma instituição financeira como custodiante inviabilizaria a aplicação da regra da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros, veja-se:

4. Não obstante o disposto nos §§ 1º e 2º:

[...]

b) os juros da dívida pública, dos títulos ou debêntures emitidos pelo Governo de um Estado Contratante ou por qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade desse Governo, só são tributáveis nesse Estado.

Por sua vez, o art. 11, parágrafo 8, do referido Acordo, ao dispor acerca dos juros considerados como provenientes de um Estado contratante, tão somente prevê para classificação como “juros” que o devedor seja o próprio Estado, uma de suas subdivisões políticas, uma de suas entidades locais ou um residente desse Estado. Portanto, a redação do TDT Brasil-Espanha não condiciona a interveiência de uma instituição financeira custodiante como elemento para a descaracterização do conceito de juros provenientes de um Estado contratante.

Nota-se que a única condicionante expressamente prevista na redação do TDT Brasil-Espanha está na parcela final da redação do art. 11, parágrafo 8, que diz respeito à utilização de um estabelecimento permanente do próprio devedor dos juros, pelo qual tenha sido contraída a obrigação que dá origem aos juros e caiba a esse estabelecimento permanente o pagamento dos juros. Nesta hipótese, os juros serão considerados provenientes do Estado contratante em que o estabelecimento permanente estiver situado.

Todavia, acertadamente dispôs Ramon Tomazela²², ao elencar que para a aplicação do art. 11, parágrafo 8, do TDT Brasil-Espanha, é suficiente que o beneficiário dos juros, residente no outro Estado contratante (i.e., Estado de residência), receba juros provenientes de títulos da dívida pública emitidos pelo referido Estado contratante, por uma de suas subdivisões políticas ou por uma de suas instituições financeiras.

Portanto, o responsável pelo pagamento dos juros advindos de um título da dívida pública sob custódia de uma instituição financeira continuará a ser o Estado que o emitiu (i.e., Estado de fonte), e não a instituição financeira que o mantém sob custódia, conforme entendimento estabelecido pelo CARF no Acórdão n. 1201-001.919.

²² SANTOS, Ramon Tomazela. Os rendimentos provenientes de títulos públicos e o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, n. 4, 2018, p. 174.

Nesse contexto, em adição ao entendimento mencionado anteriormente, Fran Martins expõe que a custódia de valores de propriedade de terceiro está compreendida na esfera de atuação das instituições financeiras, figurando entre as mais antigas operações acessórias realizadas por instituições financeiras²³; diante desta operação, Nelson Abrão²⁴ prevê a existência de uma duplicidade de obrigações para as partes. A instituição financeira está vinculada a obrigações de fazer e não fazer, quais sejam, a de custodiar e preservar a coisa, devolvê-la ao custodiante no prazo convencionado ou por este reclamado e bem assim a obrigação negativa de não usar a coisa. O cliente, por outro lado, resta obrigado a ressarcir a instituição financeira das despesas realizadas com a guarda dos valores e títulos custodiados.

À vista desse entendimento, é possível concluir que a atividade e custódia representa como elementos de seu núcleo a guarda e preservação da coisa (*e.g.*, os títulos da dívida pública), não havendo a transferência de propriedade/titularidade ou o uso da coisa. Neste sentido, ao contrário do que expôs o CARF, a pessoa jurídica no Brasil ainda detém a condição de proprietária/adquirente dos títulos da dívida pública, de forma a ser igualmente detentora dos proventos (*i.e.*, os juros) advindos de tais títulos.

Todavia, importante destacar que linha de raciocínio chegou a ser manifestada na declaração de voto do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli²⁵, no tocante às teses de que restou vencido, ao afirmar que o emissor do título não se confunde com o custodiante, demonstrando que, no caso em particular, havia-se comprovado que os juros eram provenientes dos *commercial papers* emitidos pelo ICO e que o local de residência da instituição financeira, diante de sua atuação como custodiante, seria irrelevante para fins de definir a aplicação do correto tratamento fiscal destes juros (*i.e.*, a competência exclusiva no Estado de fonte).

5. Do requisito do beneficiário efetivo nos Acordos para Evitar a Dupla Tributação

Outro aspecto a ser evidenciado, sem a pretensão de examinar o tema exaustivamente, diz respeito ao requisito do “beneficiário efetivo”, utilizado original-

²³ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro. : Forense. , 1996. , p.P 442.

²⁴ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237-241.

²⁵ “Dessa forma, tendo em vista que os juros foram pagos pelo governo da Espanha, emissor dos referidos *commercial papers*, ainda que por intermédio de uma instituição financeira com sede em outra jurisdição, eles não poderiam ter sido tributados no Brasil por força do artigo 11.4.b da Convenção Brasil/Espanha” (excerto extraído de Declaração de Voto do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no Acórdão n. 1201001.919, Processo n. 10980.722279/201023, CARF, sessão de 18 de outubro de 2017).

mente na Convenção Modelo da OCDE de 1977, em referência ao art. 10 (dividendos), art. 11 (juros) e art. 12 (*royalties*). No entanto, apesar de o requisito do beneficiário efetivo manter-se presente nas subseqüentes Convenções Modelo da OCDE e também estar presente na maior parte dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação ratificados pelo Brasil, este termo não apresenta definição expressa na CM OCDE.

Nesse contexto, Klaus Vogel²⁶ dispôs que o uso da expressão “beneficiário efetivo” teve como principal objetivo restringir o acesso aos benefícios dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação a destinatários meramente formais dos rendimentos que, originalmente, não teriam direito a tais benefícios, como, por exemplo, as instituições financeiras. Para fundamentar seu entendimento, o autor menciona que, antes de aceitar a redação do termo “beneficiário efetivo”, a OCDE considerou a possibilidade de incluir um dispositivo que condicionasse os benefícios dos Acordos à incidência tributária dessas rendas no Estado de residência. Além disso, a OCDE também cogitou incluir a expressão “recebedor final” (*e.g.*, “*final recipient*”) com o mesmo objetivo de prevenir a elisão fiscal internacional.

Em adição, Leonardo Castro²⁷ dispõe que o termo “beneficiário efetivo” incluído nos Acordos é considerado como uma das condições necessárias para que as pessoas possam fazer jus ao direito de usufruir alguns dos benefícios advindos do Acordo, especificamente para os rendimentos oriundos de dividendos, juros e *royalties*. Neste sentido, caso o beneficiário efetivo não seja considerado um residente no outro Estado contratante, o Estado da fonte poderá tributar esses rendimentos de acordo com a sua lei interna, sem as limitações previstas nos Acordos para Evitar a Dupla Tributação.

Para fins do presente estudo, importante destacar que o item 10.1 dos Comentários ao art. 11 da Convenção Modelo da OCDE²⁸ refere-se ao relatório do Comitê de Assuntos Fiscais intitulado “Convenções de Dupla Tributação e o Uso de Empresas Intermediárias” (*i.e.*, “*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*”) concluindo que uma “empresa intermediária” (*i.e.*, “*conduit company*”) normalmente não será considerada como o beneficiário efetivo para fins de aplicação do art. 11, uma vez que esta detém poderes muito limitados que a tornam um mero fiduciário ou administrador atuando em nome das partes interessadas.

²⁶ VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3. ed. Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 561-562.

²⁷ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2012, p. 208.

²⁸ OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version*. Paris: OECD, 2017, p. 259.

Nesse sentido, os Comentários citam diversos exemplos (tais como: agente, indicado, mandatário e empresa intermediária atuando como fiduciária ou administradora) em que o destinatário direto dos juros não é o beneficiário efetivo, pois o direito desse destinatário de usar e usufruir dos juros é limitado por uma obrigação contratual ou legal de repassar o pagamento recebido a outra pessoa.

Logo, os Comentários ao art. 11 da CM OCDE²⁹ deixam claro que agentes, indicados, mandatários e empresas intermediárias atuando como fiduciárias ou administradoras não são considerados beneficiários efetivos dos juros. Isso se deve ao fato de que estes possuem apenas poderes restritos sobre a propriedade, atuando em nome de terceiros e não em seu próprio nome. Klaus Vogel, em referência a Joni Walser³⁰, estabeleceu critérios para definir uma pessoa que age na qualidade de “mero representante” ou “agente” e, portanto, não será considerada beneficiária efetiva sob a ótica dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação. Segundo esses critérios, tal pessoa possui apenas o título formal sobre a propriedade, sem deter qualquer outro atributo econômico, legal ou prático relativo à propriedade.

Diante desse contexto, torna-se nítido que a instituição financeira, na condição de agente custodiante dos títulos da dívida pública, não será o beneficiário efetivo dos juros advindos de tais títulos, uma vez que esta tão somente detém, diante de uma responsabilidade legal e contratual, a obrigação de repassar os rendimentos recebidos a outra pessoa que de fato realizou o investimento nestes títulos da dívida pública, sendo tal o verdadeiro beneficiário efetivo dos juros.

Por sua vez, também cabe mencionar que, apesar de a maior parte dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação ratificados pelo Brasil apresentarem o requisito do beneficiário efetivo em referência aos arts. 10, 11 e 12, os Acordos anteriores à Convenção Modelo da OCDE de 1977, como é o caso do TDT Brasil-Espanha (publicado em 1976), objeto de análise pelo CARF no Acórdão n. 1201001.919 supramencionado, não apresentam disposição acerca do requisito do beneficiário efetivo para fins de aplicação do art. 11 do referido Acordo.

Todavia, conforme prevê Ramon Tomazela³¹, ainda que o conceito de beneficiário efetivo estivesse presente no TDT Brasil-Espanha, é certo que a pes-

²⁹ “In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the interest is not the ‘beneficial owner’ because that recipient’s right to use and enjoy the interest is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person” (OECD. *Model tax convention on income and on capital*: condensed version. Paris: OECD, 2017, p. 260).

³⁰ VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3. ed. Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 23.

³¹ SANTOS, Ramon Tomazela. Os rendimentos provenientes de títulos públicos e o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo: IBDT, n. 4, 2018, p. 179.

soa jurídica residente no Brasil seria considerada a beneficiária efetiva dos juros advindos dos títulos da dívida pública. Desta maneira, o autor compreende que uma vez cumpridos os pressupostos indispensáveis para a aplicação do referido Acordo, a competência exclusiva do Estado de fonte para tributação dos juros permaneceria aplicável ao respectivo caso.

Portanto, entende-se que, independentemente de os Acordos para Evitar a Dupla Tributação ratificados pelo Brasil apresentarem (ou não) o requisito do beneficiário efetivo em referência ao art. 11, a competência exclusiva do Estado de fonte para tributação dos juros advindos dos títulos da dívida pública não seria objeto de modificação.

6. Conclusão

Para fins de tributação dos juros no âmbito dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação, em caráter geral, a Convenção Modelo da OCDE prevê em seu art. 11, parágrafo 1, que os juros provenientes de um Estado contratante e pagos a um residente do outro Estado contratante podem ser tributados neste último Estado, portanto apresentando uma competência cumulativa para a tributação dos juros. Todavia, os Estados contratantes podem, no âmbito das negociações bilaterais de seus TDTs, concordar em dispor sobre a previsão para uma competência exclusiva para a tributação dos juros.

Nesse contexto, uma hipótese de competência exclusiva são juros provenientes da dívida pública, dos títulos ou debêntures emitidas pelo Governo de um Estado contratante, os quais serão isentos de qualquer imposto no Estado de residência, atribuindo a competência para tributação exclusiva no Estado de fonte.

Ao realizar uma análise específica dos Acordos ratificados entre o Brasil e os demais Estados contratantes que contêm a referida cláusula, observando o princípio da primazia do texto como critério de interpretação e aplicação dos TDTs, notou-se que não há qualquer previsão expressa em tais Acordos para Evitar a Dupla Tributação acerca da possível desconsideração da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes da dívida pública, caso haja a atuação de uma instituição financeira custodiante residente em Estado diferente da fonte pagadora dos juros.

Todavia, *a priori*, esse não foi o entendimento CARF no Acórdão n. 1201-001.919, em que a turma julgadora compreendeu que, para a aplicação da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes de títulos da dívida pública, seria necessário que os juros fossem pagos pelos próprios governos ou, ao menos, por agentes residentes em tais países, determinando a não aplicação da competência exclusiva no Estado de fonte, quando o pagamento de tais juros decorrem de instituições financeiras residentes em outros Estados que não os dos respectivos Acordos.

Apesar disso, a exposição contida no presente estudo determina que a atuação/interveniência de uma instituição financeira custodiante não poderá ser considerada como um elemento para a descaracterização da competência exclusiva no Estado de fonte para tributação dos juros provenientes de títulos da dívida pública, uma vez que: (i) os rendimentos produzidos continuarão a ser classificados juros advindos da dívida pública pelos respectivos emitentes; e (ii) não haverá alteração para fins do requisito do beneficiário efetivo destes juros, visto que a instituição financeira, na condição de agente custodiante dos títulos da dívida pública, não será o beneficiário efetivo dos juros, pois apenas detém a obrigação de repassar os rendimentos recebidos a outra pessoa que *de fato* realizou o investimento em tais títulos da dívida pública, sendo este o verdadeiro beneficiário efetivo dos juros.

Referências bibliográficas

- ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Conceito de beneficiário efetivo nos acordos internacionais contra a bitributação*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2012.
- HASLEHNER Werner. In: Reimer & Rust (ed.). Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Article 11. at m.no. 70. 5. ed., 2021.
- LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; PINETZ, Erik. The definition of dividends, interest, royalties and capital gains. *The OECD Model Convention and Its Update 2014*. Amsterdam: IBFD, 2015.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NETO, Eduardo Salomão. *Atividade privativa de instituição financeira*. Tese de livre docência. São Paulo. Universidade de São Paulo, 1998.
- OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version*. Paris: OECD, 2017, p. 263.
- ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. São Paulo: Quartier Latin. 2013.
- ROCHA, Sergio André. Relação entre o direito doméstico e as convenções para evitar dupla tributação da renda no Brasil: o art. 98 do Código Tributário Nacional. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord). *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. São Paulo: IBDT, Ed. Histórica. 2019.
- SANTOS, Ramon Tomazela. Os rendimentos provenientes de títulos públicos e o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, IBDT, n. 4, 2018.

VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3. ed. Boston: Kluwer Law International, 1997.