

A TRIBUTAÇÃO DOS DIVIDENDOS E AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO¹

Douglas Cunha Ribeiro²

Resumo: O presente estudo visa a delinear a tributação internacional em relação ao imposto de renda sobre os *dividendos*. Para tanto, discorre-se acerca do regime interno brasileiro dessa tributação e acerca do regime das convenções internacionais. Na seara tributária, hodiernamente, percebe-se que um fato passou a implicar mais de uma obrigação tributária, de modo a impor uma carga tributária dupla. Com efeito, analisar-se-á o regime interno brasileiro de tributação, explicitando como ocorre a tributação do residente e do não residente de forma geral e, especificamente, dos dividendos. Ocorre que, em havendo uma carga tributária dupla, muitas vezes, os Estados soberanos realizam acordos para evitar ou atenuar tal carga. Organizações internacionais iniciaram a elaborar Convenções Modelos, com o fito e auxiliar e padronizar a vedação ou a atenuação da dupla tributação, quando da celebração de tratados internacionais entre Estados soberanos com tal fim, conforme é o caso da Convenção Modelo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Palavras-chave: Direito Tributário Internacional – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – Dupla Tributação Internacional – Dividendos – Regime de Tributação Interna – Tributação do Residente – Tributação do Não Residente – Convenções Internacionais para Evitar a Bitributação – Convenção Modelo da OCDE.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, perante um mundo globalizado, a economia capitalista encontra-se excessivamente fugaz e líquida, assim vê-se um mundo mais *próximo*. Com isso, emergiu a possibilidade de haver uma fragmentação das cadeias produtivas, difundindo-as em Estados soberanos distintos, tornado viável, inclusive, a escolha de um ordenamento jurídico que não imponha carga tributária ou que a imponha menos severamente. Resulta, pois, com fundamento numa livre organização da atividade empresarial em virtude da livre iniciativa, numa prática de atos lícitos que evitam o surgimento da obrigação tributária ou o surgimento de uma obrigação tributária mais gravosa.

A partir dessa aproximação mundial, observa-se que, por vezes, certos *atos* repercutem na esfera jurídica de mais de um Estado soberano. Ora, veja-se o exemplo de dividendos auferidos por *holding* com sede na Inglaterra, pagos por subsidiária com sede na Alemanha e que possui atividade de mineração na Nova Zelândia, através de estabelecimento permanente. Note-se, por conseguinte, que, hodiernamente, são demasiadas as situações que possuem *contato* com mais do que um ordenamento jurídico com poder de tributar.

Em assim sendo, o regime jurídico interno dos Estados Soberanos necessitou aperfeiçoar-se, levando em consideração a existência de fatos mais complexos e, também, a economia nacional.

¹ O presente artigo foi elaborado com base na monografia, apresentada como requisito obrigatório da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul- PUCRS e requisito parcial para o diploma de bacharel em Direito, tendo como orientador o Prof. Guilherme Pederneiras Jaeger e como integrantes da banca examinadora o Prof. Ricardo Koboldt de Araújo e o Prof. Cláudio Lopez Preza Junior.

² Bacharelado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS, cursando o 10º semestre.

Todavia, em virtude da proliferação de situações conectadas a mais de um Estado soberano, cada Estado tributando o mesmo fato econômico, surgiu o fenômeno da *dupla tributação internacional*, o qual implicou elevada carga tributária.

Os Estados soberanos celebraram tratados bilaterais para que acordassem em relação à tributação de fatos econômicos internacionais, limitando suas competências tributárias.

Ainda, a fim de evitar imposições tributárias duplas, organizações internacionais elaboraram Convenções Modelos com o intuito de auxiliar os Estados soberanos, quando da celebração de tratados internacionais com tal fito.

O presente artigo, diante disso, pretende perquirir sobre a tributação internacional relativamente do imposto de renda sobre os *dividendos*, de forma a discorrer acerca do regime interno brasileiro dessa tributação bem como acerca da Convenção Modelo mais adotada como parâmetro em âmbito internacional, incluindo-se o Brasil, qual seja, a Convenção Modelo elaborada pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

2. O DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E O IMPOSTO SOBRE A RENDA

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Direito Tributário Internacional tem por objeto *situações internacionais* (*crossborder situations*)³, ou seja, atém-se a fatos que repercutem em mais de um Estado dotado de poder de tributar. Melhor dito, a fim de clarificar seu objeto, pode-se dizer que o Direito Tributário Internacional versa sobre *situações tributárias internacionais*.

De início, giza-se que muito embora tenham sofrido transformações com o advento da sociedade globalizada, pode-se dizer que os elementos constitutivos do Estado são o território, povo e soberania.

A soberania, no federalismo – frise-se –, é característica, elemento do Estado tido como *Estado Federal*, sendo que os Estados-membros possuem, sim, autonomia, a qual deve limitar-se na soberania. Nesse sentido, considera-se soberania a “capacidade de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno”⁴.

Todavia, ocorre que, diante da globalização, diante da sociedade da informação, a compreensão de tempo, espaço e conhecimento alteraram-se impactantemente⁵, de tal modo que os espaços se tornaram mais *próximos*, o tempo mais *longo* e os avanços da sociedade, com sua vertiginosa capacidade de inovação, mais *imprevisíveis*. Os Estados soberanos, com isso, necessitaram-se relacionar de modo mais usual e íntimo

O capitalismo, pois, necessita desvendar, incessantemente, novos métodos, a fim de ultrapassar as barreiras da demanda em relação à oferta. Com a tecnologia da informação, *desmaterializando* o mundo, surgiu a possibilidade de haver-se uma fragmentação geográfica das cadeias produtivas, no sentido de tornar-se o espaço mais próximo, tudo isso com vistas a viabilizar a utilização de mão-de-obra barata existente em certos países em desenvolvimento, onde há, inclusive, parca proteção aos direitos sociais dos trabalhadores, e – frise-se – com vistas a viabilizar a escolha de ordenamentos jurídicos em que haja branda imposição tributária.

A sociedade da informação, através do avanço da tecnologia da informação, tornou viável essa fragmentação da cadeia produtiva pelo globo, uma vez que, mesmo estando-se distante, através da operação em tempo progressivamente real e a baixo custo de transmissão, a concentração do controle econômico restou possível.

³ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 03.

⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 848.

⁵Cf. DE LUCENA, Carlos José Pereira; CAMPOS, Ivan Moura. *A construção da sociedade da informação no Brasil: o papel do Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia*. [http:// WWW.les.inf.pucRio.br/socinfo-paperal.htm](http://WWW.les.inf.pucRio.br/socinfo-paperal.htm), 2007. *Apud* RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da Privacidade*. Porto Alegre: Unisinos, 2003, p. 62.

Ora, diante dessa globalização, engendrada pelo capitalismo, há um enfraquecimento na visão de que os limites territoriais do país delimitavam o centro do poder. Veja-se que o poder se encontra além das fronteiras, de maneira que está em lugar nenhum e em todos os lugares⁶.

Conclui-se, pois, que os elementos constitutivos dos Estados estão cada vez mais interligados e *desmaterializados*, de tal modo que se faz forçoso compreendê-los diante duma economia líquida e global que influencia a sobreposição e, ao mesmo tempo, a complementação do econômico, do político e do cultural⁷.

Insta destacar que, a partir disso, se tornou possível, com a evolução do direito societário, que as empresas organizassem seu negócio de tal modo que implicasse uma carga tributária menos onerosa. Ocorre, então, a denominada *elisão fiscal internacional* (*tax avoidance*), que consiste na livre organização da atividade empresarial com supedâneo no princípio da livre iniciativa. Tudo isso se faz com o intuito de escolher o sistema jurídico tributário mais favorável, não se sujeitando a nenhuma ou sujeitando-se à menor carga tributária.

Aí se encontra a *situação tributária internacional*, objeto do Direito Tributário Internacional. Ora, veja-se que a situação, o fato, está *plurilocalizado*, uma vez que vinculado ao ordenamento jurídico de mais do que um Estado soberano por *elementos de conexão*, que, aliás, foram estipulados por estes. Noutras palavras, há uma ou alguma característica ou aspecto da *situação internacional* que funciona como *conexão* suscetível de desencadear a incidência e a aplicação das leis tributárias internas de mais do que um Estado Soberano⁸, ocorrendo uma dupla tributação.

É, pois, através do *elemento de conexão* que se fixa o âmbito de incidência e o âmbito de eficácia das normas tributárias, de tal modo que determina a situação, o fato num certo ordenamento jurídico e, por consequência, determina a aplicação das leis desse ordenamento a essa situação, a esse fato⁹, observando-se, assim, o limite do poder de tributar com respeito à *soberania* do outro Estado soberano. Há, portanto, uma *situação internacional* quando existir uma *conexão* entre ordenamentos jurídicos distintos, ou seja, relativos a mais de um Estado soberano.

Surge, portanto, a bitributação internacional ou dupla tributação internacional que designa a tributação instituída por dois Estados soberano sobre o mesmo fato. Trata-se dum *concurso de normas* e tal fenômeno ocorre quando o mesmo *fato* se enquadrar na *hipótese de incidência* de duas normas tributárias diversas, cada uma de um Estado soberano, sendo tais hipóteses de incidência, ao menos, semelhantes no que tange a seus aspectos.

Em suma, há a dupla tributação internacional quando dois fatos geradores (*hipótese de incidência e fato impositivo*), provenientes de ordenamentos jurídicos distintos cada qual de um Estado soberano, sejam idênticos, dando origem a duas obrigações tributárias, sempre se levando em conta, porém, a *adaptação*¹⁰ do sentido dado pelo ordenamento jurídico do Estado soberano distinto, a fim de que se verifique a *semelhança* do tributo.

⁶ *Em contraste com o imperialismo, o Império* [referindo-se, a grosso modo, à soberania na pós-modernidade] não estabelece um centro territorial de poder, nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas. É um aparelho de “descentralização” e “desterritorialização” do geral que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão. [grifei] (HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2ª ed., 2001, p. 12). *No espaço liso do Império* [referindo-se, a grosso modo, à soberania na pós-modernidade], não há “lugar” de poder – ele está ao mesmo tempo em todos os lugares e em lugar nenhum. *O Império é uma “ou-topia”, ou, de fato, um “não-lugar”*[grifei] (Ibidem, p. 210).

⁷ Cf. Ibidem, p. 13.

⁸ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010., p. 04.

⁹ Cf. Ibidem, p. 187.

¹⁰ Quer-se dizer que, por corolário, a análise da identidade não deve ser realizada de maneira formal, mas, sim, impõe-se realizar uma *adaptação* ao sentido dado pelo ordenamento jurídico do Estado soberano distinto, analisando-se a *semelhança* da hipótese de incidência do tributo: *Interessa, isso sim, ressaltar que a averiguação*

2.2. ELEMENTOS DE CONEXÃO

O *elemento de conexão* determina o âmbito de incidência e o âmbito de eficácia de certa norma tributária, isto é, como dito alhures, estabelece a ocorrência/localização duma *situação* num certo ordenamento jurídico e, por consequência, determina a aplicação das leis desse ordenamento a essa situação. Assim, em havendo uma *conexão* entre ordenamentos jurídicos distintos, ou seja, relativos a mais de um Estado soberano, há uma *situação internacional*.

Têm-se elementos de conexão *subjetivos*, que se reportam a pessoas (nacionalidade e residência/domicílio), e *objetivos*, que se reportam a coisas e a fatos (fonte de produção ou fonte de pagamento da renda, lugar do exercício da atividade, lugar da situação dos bens, lugar do estabelecimento permanente, lugar de celebração de um contrato)¹¹.

Contudo, não se pode olvidar que existem casos nos quais há um *abuso de conexão*, é dizer, ocorre uma fragilidade ou artificialismo do elemento de conexão escolhido pela norma tributária interna¹².

Todos estes casos revelam que a causa que determina eventuais violações aos limites da soberania situa-se precisamente na fragilidade ou artificialismo do elemento de conexão escolhido pela lei interna: uma remessa financeira equiparada à residência; a fonte de produção do lucro de uma subsidiária equiparada à fonte de produção do lucro da matriz; o lugar da compra de matéria-prima equiparado ao lugar de produção do lucro; o lugar de domicílio do acionista controlador equiparado ao lugar de domicílio de subsidiária estrangeira. Verifica-se assim uma violação do princípio da não translaticidade das leis, segundo o qual a qualquer fato só deve aplicar-se, em princípio, uma lei que com ele esteja em contato. violação essa decorrente de um abuso de conexão proibido pelo Direito Internacional Público (...)¹³. [grifei]

Vê-se, pois, a relevância dos elementos de conexão para o Direito Tributário Internacional, de tal modo que – acima de tudo –, a partir deles, se pode concluir pela existência ou não duma *situação tributária internacional*.

No que tange ao imposto sobre a renda, utiliza-se como elemento de conexão a *fonte* e a *residência*, sendo que há consenso em relação à utilização desses dois critérios de conexão.

Ademais, destaque-se que, ainda como elemento de conexão, há o princípio do *estabelecimento permanente*¹⁴, que se trata de uma conexão mais restrita do princípio da fonte.

De outra banda, após constatar-se uma *conexão* (subjetiva ou objetiva), quer dizer, um fundamento para o poder de tributar, deve-se analisar a extensão desse poder, verificada pelos chamados princípios da *universalidade* e da *territorialidade*¹⁵.

Note-se que há uma relação entre os chamados princípios da *universalidade* e da *territorialidade* com os elementos de conexão. Ora, quando se adota a residência como

da identidade pressupõe, por vezes, um problema de “adaptação” (Anpassung, Angleichung), entendido este conceito com o significado específico que assume na Teoria Geral do Direito de Conflitos. E isto é assim porque as normas em concurso provêm de ordenamentos distintos, inspirados por princípios porventura diversos, utilizando técnicas e conceitos diferentes também, de tal sorte que a comparação não pode ater-se a critérios formais rígidos. [grifei] (XAVIER, Alberto, op. cit., p. 23).

¹¹ Cf. *Ibidem*, p. 187-188.

¹² Cf. *Ibidem*, p. 12.

¹³ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 192.

¹⁵ Cf. *Ibidem*, p. 192.

elemento de conexão, em regra, é estabelecida uma obrigação tributária *ilimitada*, ou seja, o residente do país é tributado por todos os seus rendimentos, tanto de fonte interna como de fonte externa. Trata-se, neste caso, do princípio da universalidade (*world-wide-income*)¹⁶.

A seu turno, ao tributarem-se os não residentes, em regra, estabelece-se uma obrigação limitada, de modo a lhes tributar tão somente os rendimentos oriundos de fontes localizadas no território submetido a esse ordenamento jurídico (*país da fonte* – elemento de conexão objetivo)¹⁷.

Relativamente aos elementos de conexão subjetivos, os quais se referem às pessoas, predomina o critério da *residência* e do *domicílio*.

De início, cumpre esclarecer que o conceito de residência e de domicílio não se refere ao de domicílio fiscal (art. 127, Código Tributário Nacional). Deve-se, sim, tomar emprestado o conceito do direito civil. Então, para caracterizar-se a residência, há de haver a conjugação da permanência física num dado local (*corpus*) e a intenção de o sujeito tornar-se residente dum certo país (*animus*)¹⁸.

Reputam-se pessoas jurídicas, para efeitos de tributação do imposto de renda, conforme prevê o art. 147 inc. I do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no país, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital. Na sequência, ao analisar o art. 75 inc. IV do Código Civil, conclui-se que o domicílio da pessoa jurídica de direito privado é ou o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou o lugar onde elegerem o domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

Por derradeiro, urge grifar que a discriminação que se funda na *residência* não é considerada ilegítima, e sim pode ser utilizada para embasar um tratamento desigual¹⁹.

De outro laudo, por elemento de conexão *objetivo*, quanto ao imposto sobre a renda, tem-se o lugar da situação da *fonte dos rendimentos*. É de se frisar que o elemento de conexão objetivo se vincula ao próprio fato gerador do tributo ou à sua base de cálculo²⁰.

É, pois, a localização da fonte dos rendimentos que determinará o surgimento ou não da obrigação tributária relativamente aos *não residentes*.

O conceito de fonte de rendimentos dividiu-se em *fonte de produção* e em *fonte de pagamento*²¹. Aquele refere-se à fonte econômica, isto é, onde brota a renda, de tal forma que há uma causalidade entre a renda e o fato que a determina. Por sua vez, a fonte de pagamento reporta-se à fonte financeira, quer dizer, trata-se da *origem* dos rendimentos para o beneficiário; noutras palavras, é a figura da fonte pagadora, em que se utiliza a retenção do imposto por meio da substituição tributária.

O *estabelecimento permanente* consiste num dos mais relevantes elementos de conexão *objetivos*, razão pela qual se analisará mais esmiuçadamente.

O estabelecimento permanente (EP) consiste num critério do elemento de conexão *objetivo*, que se trata de conceito peculiar de *fonte efetiva de rendimentos*²². Para delimitar-se um conceito sobre estabelecimento permanente, tomar-se-á como norte a Convenção Modelo da OCDE, a qual, de acordo com seu art. 5º, dispõe que o Estabelecimento Permanente consiste em *uma instalação fixa de negócios onde a empresa exerça, no todo ou em parte, a sua atividade*, que compreende: o lugar da direção da empresa; uma sucursal ou filial; um escritório; uma oficina; um laboratório; uma mina; poços de gás ou petróleo; uma pedreira ou

¹⁶ Cf. *Ibidem*, p. 192.

¹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 192.

¹⁸ Cf. *Ibidem*, p. 220.

¹⁹ Cf. *Ibidem*, p. 213.

²⁰ Cf. *Ibidem*, p. 231.

²¹ Cf. *Ibidem*, p. 231-232.

²² Cf. TÔRRES, Heleno, op. cit., p. 511.

qualquer lugar de extração de recursos naturais; um canteiro de obras ou de construção, montagem ou instalação, que seja mantido por período superior a doze meses²³.

Veja-se, então, a necessidade da existência de quatro requisitos – quando não se tratar das hipóteses acima referidas, que estão listadas no §2º do art. 5º da supracitada Convenção Modelo –, para que se tenha um estabelecimento permanente²⁴: *i*) existência de uma empresa; *ii*) realização de negócios; *iii*) existência de uma sede fixa; *iv*) onde a empresa exerça, no todo ou em parte, suas atividades.

Para verificar-se a existência de uma empresa, deve-se analisar o termo *empresa* na Convenção Modelo da OCDE, que se refere à ocorrência, por uma pessoa jurídica ou física, de *carrying on of any business*, ou seja, realiza atos de comércio²⁵; mas – para melhor compreender o termo acima citado –, impende analisar a letra “g”, §1º do art. 3º dessa Convenção Modelo, que designa o termo *business* como sendo o desempenho profissional de serviços ou outras atividades de modo independente.

No que tange à sede fixa, em linhas gerais, há de existir uma *presença objetiva* de uma empresa em outro ordenamento jurídico. Tal presença objetiva é configurada com a cumulação de uma *presença física* e de uma *permanência*²⁶.

Deve haver, também, a realização de negócios. Primeiramente, entende-se que se faz imprescindível que haja uma atividade que “deva servir aos “propósitos gerais” da empresa”²⁷, não sendo necessário que seja da mesma atividade desenvolvida pela empresa matriz, por exemplo. Outrossim, por outro lado, impõe-se que tal atividade seja *negocial*, *i.e.*, que haja uma ligação com a realização de negócios²⁸.

Por fim, diz-se que, a fim de caracterizar-se um estabelecimento permanente, deve existir um *poder de disposição*. Trata-se de a empresa ter a disposição do lugar de negócios, ou seja, “a empresa necessita ter o direito de uso (right of use) do lugar de negócios”²⁹.

Ademais, insta grifar que há uma *listagem negativa de espécies de estabelecimentos permanentes*³⁰, que está prevista no §4º do art. 5º da Convenção Modelo da OCDE, sendo que tal enumeração é tão só exemplificativa.

2.3. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA

Veja-se que, em termos gerais, o *dividendo* consiste em parte do lucro do exercício social, auferido pela sociedade por ações, distribuído em dinheiro aos acionistas na proporção que cada um possuir da fração do capital social³¹. Trata-se, pois, de *renda*, havendo competência da União para tributá-lo, ou seja, o *dividendo* é renda.

Ao estabelecer regras de competência, as hipóteses de incidência, as repartições tributárias, dentre outras normas jurídicas, pode-se dizer que a Constituição Federal conceituou o que é tributo³². Desse modo, é evidente que a legislação infraconstitucional não poderia deturpá-lo.

O Código Tributário Nacional (CTN), assim, ao conceituar tributo, em seu art. 3º, norteando-se por essas normas constitucionais, fê-lo corretamente. Note-se que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não

²³ Cf. *Ibidem*, p. 512.

²⁴ Cf. CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos Permanentes em Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

²⁵ *Dicionário Jurídico – Law Dictionary*. 9ª ed, São Paulo: Método, 2009, p. 623.

²⁶ Cf. CALIENDO, Paulo, op. cit., p. 104-105.

²⁷ *Ibidem*, p. 112.

²⁸ Cf. *Ibidem*, p. 113.

²⁹ *Ibidem*, p. 114.

³⁰ Cf. *Ibidem*, p. 136.

³¹ Cf. MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: artigo por artigo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 845.

³² Cf. PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24.

constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Como é sabido, tributo é gênero, de modo que há espécies dele. O imposto é, então, uma espécie de tributo.

Em apertada síntese, o imposto é um tributo não vinculado, quer dizer, é um “tributo cuja hipótese de incidência consiste na conceituação legal dum fato qualquer que não se constitua uma atuação estatal”³³. O fato gerador do imposto refere-se a um fato do contribuinte, sendo que tal fato deve ser um *fato econômico*.

É de se ressaltar que, conquanto se possa aferir que os impostos sejam mais ligados à capacidade econômica dos contribuintes, “cuida-se de princípio fundamental de tributação aplicável a todas as espécies tributárias, ainda que de modo distinto conforme as características de cada qual”³⁴.

Como espécie de imposto, a Constituição Federal outorgou, em seu art. 153, inc. III, competência à União para instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Assim como os demais tributos, a Constituição Federal delimitou o que pode ser considerado como hipótese de incidência desse imposto, contornando o que pode ser tributado e o que não pode. O legislador ordinário, por conseguinte, sob pena de inconstitucionalidade, não pode extrapolar os contornos estabelecidos pela Constituição. Corretamente, o CTN prevê, em seu art. 43, que renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e os proventos de qualquer natureza referem-se aos acréscimos patrimoniais decorrentes de uma atividade que já cessou.

Veja-se, pois, que o fato gerador do imposto de renda consiste no *acréscimo patrimonial*, ou seja, consiste numa riqueza nova, consiste no “saldo positivo resultante do confronto entre certas entradas e saídas”³⁵, revelando sua diferenciação do conceito de *patrimônio*, uma vez que este é estático, e a *renda*, por seu turno, é entendida como dinâmica.

Haja vista as limitações ao poder de tributar, impõe-se uma proteção efetiva ao direito fundamental de propriedade e de livre iniciativa. Portanto, faz-se necessário que “as despesas necessárias ao livre exercício de atividades empresariais e para a manutenção da fonte geradora da renda devem ficar livres da tributação”³⁶.

Diante disso, conforme ensina Humberto Ávila, “pode-se conceituar a hipótese de incidência do imposto de renda: **produto líquido (receita menos despesas necessárias à manutenção da fonte produtora ou da existência digna do contribuinte) calculado durante o período de um ano**”³⁷ [grifei].

Veja-se que são a *base de cálculo* e a *alíquota* que quantificam a obrigação tributária, de tal maneira que possibilita ser apurada a exata quantia de dinheiro a pagar (*quantum debeat*). Em linhas gerais, a base de cálculo é a “expressão econômica da materialidade do tributo”³⁸. Observe-se que, inclusive, sob pena de inconstitucionalidade, a base de cálculo deve ter *conexão* com o aspecto material da hipótese de incidência do respectivo tributo³⁹.

Relativamente ao imposto sobre renda da pessoa jurídica, no regime interno e na tributação do residente, sua base de cálculo é o montante *real, arbitrado* ou *presumido* da renda ou dos proventos (art. 44 do Código Tributário Nacional). A regra geral consiste no

³³ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 137.

³⁴ PAULSEN, Leandro, op. cit., p. 78.

³⁵ DE MELO, José Eduardo Soares. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 457.

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

³⁷ *Ibidem*, p. 34.

³⁸ CARRAZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.

³⁹ *Deveras, temos por inconstitucional incluir, por meio de ficções ou presunções, na 'base de cálculo possível' do tributo, valores que extrapolem sua materialidade, descaracterizando-o.* [grifei] (*Ibidem*, p. 72).

lucro real, que é o “lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária”⁴⁰.

Todavia, por outro lado, quando se trata da tributação dos não residentes no Brasil, desde que sejam considerados *como tais*, sujeitam-se a uma *tributação definitiva*⁴¹, ou seja, há uma tributação analítica (tratamento isolado) por retenção na fonte definitiva sobre o *rendimento bruto*, que consiste, pois, em sua base de cálculo.

3. REGIME DE TRIBUTAÇÃO INTERNA DOS DIVIDENDOS

3.1. TRIBUTAÇÃO DO RESIDENTE

3.1.1. Do Princípio da Territorialidade ao da Universalidade do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – Das Formas de Atuação do Residente no Exterior

De início, cumpre lembrar que, após verificar-se a existência de um elemento de conexão (que fundamenta o poder de tributar do Estado), impende analisar a extensão desse poder, cabendo, pois, a análise dos princípios da *territorialidade* e da *universalidade*.

Por territorialidade, como dito alhures, num sentido de territorialidade pura, tributase a renda tão somente oriunda da *fonte de produção* localizada no território do país, ou seja, tributam-se apenas os fatos ocorridos no território da ordem jurídica a que pertencem (territorialidade pura).

A universalidade funda-se, por outro lado, na tributação de toda a renda, da renda mundial, do lucro mundial, do *world-wide-income*, segundo o qual “toda a renda da pessoa jurídica deve ser tributada no país de domicílio, incluindo a renda externa, seja esta decorrente de atividade funcional ou jurídica, seja esta obtida através de filiais ou de subsidiárias”⁴².

Analisar-se-á, neste ponto, a tributação da renda das pessoas jurídicas residentes no território brasileiro, ou seja, levando-se em consideração o elemento de conexão subjetivo estabelecido, o qual, após algumas alterações na legislação tributária, atualmente, se baseia no princípio da universalidade.

Veja-se que o art. 25, *caput*, da Lei n.º 9.249/85 prevê que “os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano”.

*De fato, o art. 25 da Lei 9.249, de 26.12.1995, criou um regime geral de renda mundial (worldwide income taxation) para as rendas de pessoas jurídicas, nos moldes do que já havia para as pessoas físicas, mas com caráter de lex specialis para estabelecer a tributação de qualquer renda ou ganho obtido alhures, fora do país, prevalecendo sobre a territorialidade pura dantes em vigor, baseada na localização intraterritorial da fonte de produção do rendimento.*⁴³

Observe-se que, conforme se denota do artigo 25 da lei supracitada, a expressão “rendimentos e ganhos de capital” se aplica à *atividade direta* no exterior, e, por outro lado, a expressão “lucros” refere-se à *atividade indireta* no exterior.

Assim, ao estabelecer o princípio da universalidade como extensão do imposto de renda, o Brasil adotou uma espécie do método *per basket* (cestas), isso porque dividiu em três classes distintas de renda, cada qual com tratamento específico⁴⁴.

Eis que há a tributação dos rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, dos lucros auferidos no exterior por intermédio de filial e de lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e coligadas.

⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 339.

⁴¹ Cf. XAVIER, Alberto, op. cit., p. 435.

⁴² XAVIER, Alberto, op. cit., p. 367.

⁴³ TÔRRES, Heleno Taveira. *Plurilocalização Internacional sobre as Rendas de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 303.

⁴⁴ Cf. *Ibidem*, p. 303.

As pessoas jurídicas domiciliadas no território brasileiro podem atuar *diretamente* no exterior, auferindo, pois, rendimentos ou ganhos de capital. Trata-se da *atividade funcional* (exploração do próprio objeto social). Ou atuar de forma indireta, exercendo *atividade jurídica* (juros de empréstimos, *royalties*, aplicações financeiras, ganhos de capital etc.)⁴⁵. Insta grifar que este regime de tributação não é aplicável às filiais ou sucursais de sociedades estrangeiras instaladas no Brasil, as quais, observando o critério de conexão do *estabelecimento permanente*, são apenas tributadas em relação aos lucros produzidos no Brasil⁴⁶. Em suma, como já dito, este regime de tributação é aplicável tão somente às pessoas jurídicas domiciliadas/residentes no Brasil, assim consideradas pela legislação tributária.

Quanto às atividades indiretas por intermédio de filiais ou sucursais no exterior, destaque-se que os lucros por elas auferidos são *adicionados integralmente ao lucro líquido*, para determinar-se o lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro de cada ano. Os lucros das filiais no exterior serão computados, por conseguinte, na apuração do lucro real da pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Importante frisar a alínea “a” do §1º do art. 1º da Lei nº. 9.532/97, a qual impôs que os lucros auferidos no exterior por filiais devem ser considerados *disponibilizados* na data do balanço no qual tiverem sido *apurados*, quer dizer, reputou-se o momento da *apuração* com o da *disponibilização*. Com efeito, haja vista que as filiais não possuem personalidade jurídica distinta da empresa matriz (*unidade da empresa*), não realizando ato símile à distribuição dos dividendos, conforme realizam as sociedades coligadas, resta procedente tal presunção jurídica.

Todavia, conforme prevê o §5º do art. 25 da já citada lei, os lucros auferidos e as despesas das filiais ocorridos no exterior devem ser considerados sinteticamente para que se apure o lucro líquido em balanço próprio, de tal modo que só então é que o resultado deste balanço próprio é adicionado ao lucro da empresa matriz brasileira⁴⁷. Prevê este artigo que os prejuízos e perdas decorrentes das operações praticadas no exterior não serão compensados com os lucros auferidos no Brasil, e o art. 16, I da Lei n.º 9.430/96 previu que os lucros serão considerados de forma individualizada.

Há, como se percebe, a aplicação da *contabilidade separada* e da *autonomia patrimonial*⁴⁸, isso porque a filial possui uma contabilidade própria diversa da matriz, para que, então, se possa apurar o lucro da filial e, na sequência, adicioná-lo na apuração do lucro real da matriz brasileira; mas – ressalte-se –, embora aplicáveis a *contabilidade separada* e a *autonomia patrimonial*, as filiais de sociedades brasileiras no exterior não são reputadas, em face da lei fiscal brasileira, titulares de personalidade jurídica própria.

Como última espécie de tributação deste regime, tem-se a tributação dos lucros auferidos no exterior por intermédio de coligadas e controladas, atuação tida como *indireta* no exterior pelas pessoas jurídicas residentes no Brasil.

Note-se que, com o advento da Lei n.º 9.249/95, em seu art. 25, houve a fixação do regime de *Transparência Fiscal Internacional* no que tange às coligadas e controladas no exterior. Na análise do imposto de renda devido pelas coligadas e controladoras residentes no território brasileiro (lucro real), os lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior serão computados na apuração do lucro real mediante *adição* ao lucro líquido na proporção da participação no capital social.

Trata-se do *Controlled Foreign Corporations (CFC – legislation)*, ou seja, a fim de evitar atitudes elisivas, tais como o diferimento da distribuição dos dividendos (*tax deferral*), instituíram-se regras antielisivas em relação à tributação dos lucros de controladas e coligadas

⁴⁵ Cf. XAVIER, Alberto, op. cit., p. 371.

⁴⁶ Cf. Ibidem., p. 371.

⁴⁷ Cf. Ibidem, p. 372.

⁴⁸ Cf. Ibidem, p. 372.

estrangeiras, de tal maneira que se atribui às controladoras e coligadas residentes, através da *adição* ao lucro destas, a totalidade do lucro obtido por aquelas na proporção da participação no capital social, “ainda que tais lucros tenham sido integralmente retidos e não distribuídos”⁴⁹.

Posteriormente a esta lei, publicou-se a Lei n.º 9.532/97, que, contudo, estabeleceu que os lucros auferidos no exterior por intermédio de coligadas ou controladas deviam ser computados ao lucro líquido, para que se chegasse ao lucro real da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tão somente quando fossem *disponibilizados* para estas pessoas. Tal lei, juntamente com as alterações realizadas pela Lei n.º 9.539/97, afastou a aplicação da *transparência fiscal internacional*.

Todavia, trazendo à tona novamente a *transparência fiscal internacional* no sistema jurídico brasileiro, o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/01 considerou que a *disponibilização* dos lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior para a controlada ou coligada no Brasil se dá na data do balanço em que houverem sido **apurados**. Assim, equiparou-se a disponibilização à *apuração* do lucro, de tal modo que, embora os lucros tenham sido integralmente retidos ou não distribuídos, se deve *adicionar* ao lucro líquido da coligada ou controladora residente o lucro da coligada ou controlada estrangeira na proporção de sua participação. Desse modo, defende Alberto Xavier⁵⁰, o imposto de renda brasileiro atingiria renda de titularidade jurídica de sociedades estrangeiras independentes, ampliando o princípio da universalidade, aliás, de modo que também é conhecida como *tributação extraterritorial* ou *ultraterritorialidade ofensiva*⁵¹.

Ademais, destaque-se que o art. 74 da Medida Provisória supracitada obteve suporte no § 2º do art. 43 do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar n.º 104/01, que dispõe: *Na hipótese de receita ou rendimento oriundo do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade para fins de incidência do imposto referido neste artigo* [referindo-se ao imposto sobre a renda].

Outrossim, cumpre referir que, quando da reforma constitucional alavancada pela Emenda n.º 32/01 (que, dentre outros pontos, alterou o instituto da medida provisória), o artigo 2º dessa emenda estabeleceu que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa emenda, incluindo aqui a MP n.º 2.158-35/01, continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Hoje, pois, vige, quanto à tributação do lucro auferido por intermédio de coligadas ou controladas no exterior, o tratamento tributário da *transparência fiscal internacional*.

Quanto à compensação de prejuízos auferidos no exterior, há, como já dito em relação às filias no exterior, uma tributação *separada*, de modo a isolar duas esferas de tributação (esfera interna e esfera externa)⁵², portanto os prejuízos e perdas decorrentes das operações no exterior não serão compensados com lucros auferidos no Brasil, nos termos em que dispõe o §5º do art. 25 da Lei n.º 9.249/95. No mais, frise-se que, consoante ensina Alberto Xavier⁵³, no que concerne aos prejuízos ocorridos no Brasil, estes poderão, sim, absorver os ganhos no exterior auferidos, isso porque tais lucros do exterior devem ser adicionados no lucro líquido da pessoa jurídica do Brasil para fins de cálculo do lucro real.

Por fim, importa sublinhar que o art. 26 da Lei n.º 9.249/95 institui o sistema de *tax credit*, mas com uma limitação. A pessoa jurídica residente no Brasil poderá “compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital

⁴⁹ Ibidem, p. 373.

⁵⁰ Op. cit., p. 373.

⁵¹ Cf. Ibidem, p. 373.

⁵² Cf. Ibidem, p. 425.

⁵³ Cf. Ibidem, p. 426.

computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital”. Assim, deduz-se o imposto pago no exterior até o limite relativo à fração do seu próprio imposto correspondente aos rendimentos oriundos do país da fonte⁵⁴.

3.1.2. Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras (TLCE)

Observe-se que, conforme dispõe o art. 25 da Lei n.º 9.249/95 c/c o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/01, serão tributados os *lucros* auferidos no exterior por intermédio de controladas e coligadas, na data de sua apuração, computando-se no lucro real, ao *adicioná-lo* ao lucro líquido, das pessoas jurídicas residentes no Brasil no balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

Em decorrência disso, alguns entendimentos e algumas legislações estrangeiras consideraram tal tributação como sendo sobre um *dividendo ficto* (*deemed dividend*). Todavia, o entendimento predominante é no sentido de que se trata, em verdade, da tributação dos *lucros* das controladas e coligadas estrangeiras, isso porque a legislação tributária que fundamenta tal tributação preceitua que serão *adicionados* ao lucro da pessoa jurídica brasileira os *lucros auferidos* por controladas e coligadas estrangeiras *independentemente de serem pagos*.

*A principal crítica que deve ser dirigida a este entendimento este em que a lei interna que fundamenta a tributação (o art. 25 da Lei 9.249/95, para o qual remete o art. 74 da Medida Provisória n.º 2158-35/01) não permite a referida construção [referindo-se à tese dos “dividendos fictos”], eis que alude à adição ao lucro da pessoa jurídica brasileira dos próprios lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, independentemente de serem pagos ou creditados. A ficção de disponibilização mais não significa do que a determinação do momento temporal que esse cômputo se deve verificar, não tendo o condão de alterar a natureza do objeto da tributação.*⁵⁵

De toda forma, no que concerne à Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras (TLCE), ocorre uma *imputação automática* dos lucros de sociedade não residente a seus sócios residentes: “submetendo à tributação um lucro do exterior tal como se ele tivesse sido produzido internamente (teoria da desconsideração da personalidade jurídica); ou como se a sociedade, para fins tributários, já tivesse distribuído dividendos (teoria do dividendo fictício)”⁵⁶[grifei].

Em sua origem, as normas do regime de TLCE possuem o fito de evitar a perda de arrecadação decorrente da utilização de sociedades interpostas em jurisdições de branda tributação (paraísos fiscais ou regimes de tributação menor), de tal modo que se institui o instituto da *transparência fiscal*, o qual visa a “atingir a capacidade contributiva que teriam os sócios caso não existisse a interposição societária”⁵⁷.

As empresas, fazendo uso de meios lícitos, transferiam seus lucros para sociedades localizadas em paraísos fiscais ou em países de tributação normal, mas que estivessem aplicando um regime preferencial, e, desse modo, *diferiam* indefinidamente a tributação (*tax deferral*), uma vez que havia a postergação da distribuição dos dividendos⁵⁸. Por isso, como dito, engendrou-se o método de tributação conhecido por *transparência fiscal*.

⁵⁴ Cf. *Ibidem*, p. 427.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 417-418.

⁵⁶ MACIEL, Taísa. *Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras*. in TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, v. III, 2005, p. 203.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 207.

⁵⁸ Cf. *Ibidem*, p. 206-207.

Nesse passo, impende reiterar-se que o regime de TLCE se funda (ao menos se fundara) em evitar a elisão fiscal internacional nos casos em que há uma relação com ordenamentos jurídicos que se regem por uma *imposição tributária branda*, ou seja, trata-se de regras antielisivas.

Em regime de TLCE, via de regra, utilizam-se quatro “testes”⁵⁹ para verificar se há ou não sua aplicação no caso. O primeiro consiste no teste do território-alvo, ou seja, a participação em sociedade estrangeira deve estar localizada em um país de nula ou baixa tributação ou que conceda um regime fiscal privilegiado (método jurisdicional), ou atem-se à natureza dos rendimentos independentemente do local de domicílio da sociedade (método transacional). O segundo teste se refere ao tipo de renda tributável, determinando que somente certo tipo de rendimento auferido pela sociedade residente deva ser tributado nos termos da TLCE. Há, ainda, o teste do controle (percentual mínimo de participação), o qual exige que o sócio detenha percentual mínimo de participação na sociedade não residente para que seja aplicada as normas de TLCE, incluindo, aqui, a análise do controle indireto; subsiste, neste teste, a ideia de que tal sócio possui condições de influenciar a decisão acerca da distribuição dos dividendos. Por último, tem-se o teste dos sócios, isso porque, em regra, somente os sócios estão sujeitos a este regime. Cabe sublinhar que tais testes dão um panorama do regime de TLCE, uma vez que há peculiaridades em cada ordenamento jurídico e, outrossim, há países que o excepcionam.

Todavia, em que pese a existência de certas peculiaridades em ordenamentos jurídicos estrangeiros acerca do regime de TLCE, tão somente o Brasil possui um regime de TLCE aplicável de modo indiscriminado a controladas e coligadas de quaisquer países e a quaisquer rendimentos, denotando-se, pois, um grave afastamento ao fim colimado por tal regime, qual seja – em linhas gerais –, evitar uma elisão fiscal que acarretaria uma constatação inverossímil da capacidade contributiva dos sócios.

*Tomando com base não apenas os países europeus, mas também países em desenvolvimento, como Argentina, México e Venezuela, o que se constata é que apenas no Brasil existe uma legislação CFC (artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01) aplicável indiscriminadamente a controladas de quaisquer países e a quaisquer tipos de rendimentos.*⁶⁰

Há de se destacar, ainda, o método de equivalência patrimonial (MEP), o qual é adotado na TLCE (§6º, art. 25, Lei n.º 9.249/95). Sustentando a constitucionalidade da TLCE adotada pelo Brasil, defende-se que, em razão do método de equivalência patrimonial, já se considera que tal equivalência é parte integrante do lucro da investidora brasileira independentemente da distribuição⁶¹. Veja-se que o MEP visa a que o balanço da sociedade reflita contabilmente o valor dos investimentos pelo valor que se tem a cada momento nas sociedades investidas, de tal maneira que se torna um “espelho” das mutações positivas ou negativas do patrimônio das sociedades investidas⁶². O MEP consiste num método, para fins de controle da situação societária, de avaliação dos investimentos relevantes (na forma da lei) de uma empresa (investidora) em suas coligadas e controladas (investidas), cujo valor é determinado mediante a aplicação, sobre o valor do patrimônio líquido da investida, da porcentagem de participação da investidora no capital social daquela⁶³.

⁵⁹ Cf. *Ibidem*, 209.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 204.

⁶¹ Cf. XAVIER, Alberto, *op. cit.*, p. 404.

⁶² Cf. *Ibidem*, p. 405.

⁶³ É nesse sentido o voto-vista do Ministro Nelson Jobim na ADI n.º 2588, conforme Informativo n.º 373: *IR e CSLL: Lucros Oriundos do Exterior* – 2.

Outro aspecto de suma relevância no qual se estrutura a insurgência contra a TLCE nos termos em que instituída – uma vez que se sustenta não haver a *aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica* da renda – é o fato de que, quanto às Sociedades por Ações, a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição dos dividendos estão sujeitas à deliberação da assembleia geral ordinária, de acordo com o disposto no inc. II, art. 132 da Lei n.º 6.404/76.

No mais, tem-se o argumento de que o regime de TLCE instituído no Brasil utilizou uma ficção ou presunção legal, atribuindo-se à pessoa jurídica residente os lucros auferidos por coligada não residente, tudo isso porque se faz necessário evitar a elisão fiscal internacional⁶⁴.

Após situar, em linhas gerais, a questão relativa à TLCE, insta apontar que a doutrina, de modo majoritário, se posicionou pela inconstitucionalidade da tributação automática, seja em razão de que não há a *aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica*; seja em razão de que não é *proporcional* a ficção ou presunção legal instituída; seja em razão de que deve ser tida como uma presunção *relativa*, viabilizando à sociedade controladora ou coligada residente provar que não há intenção de não pagar o imposto (elisão fiscal internacional). Nesse sentido:

*Tenha-se desde já presente que o § 2º do art. 43 do CTN, ao dispor sobre receita ou rendimentos oriundos do exterior, manteve-se fiel ao conceito constitucional de renda, não abandonado o requisito da disponibilidade para fins de incidência do imposto constante do caput do art. 43, pelo que também a renda de origem externa, tal como a renda de origem interna, é apenas tributável quando da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica. (...) Todavia, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 extrapolou o permissivo da lei complementar, eis que considerou disponibilizados por ficção legal lucros que, na verdade, disponibilizados não são.*⁶⁵

*Por outras palavras, o método da equivalência patrimonial pode revelar, para efeitos de avaliação, um aumento do patrimônio dos sócios, mas o que de modo algum revela é, para efeitos de tributação, a aquisição pelo sócio da disponibilidade da renda própria das sociedades controladas e coligadas enquanto não ocorrer um ato jurídico de transferência patrimonial efetiva, a título de lucro distribuído. (...) Deve, pois, reputar-se constitucionalmente ilegítima, por ofensa ao novo § 2º do art. 43 do CTN, a ficção legal do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, pelas razões já atrás longamente apontadas.*⁶⁶

*E daí que JOÃO FRANCISCO BIANCO e LUÍS EDUARDO SCHOUERI afirmem que ela ofende o princípio da proporcionalidade, dada a inadequação e a desnecessidade dos meios adequados (legislação contendo regra genérica e não restrita a certos territórios e rendimentos) para atingir os fins antielisivos em vista.*⁶⁷

⁶⁴ MACIEL, Taísa, op. cit., p. 224-225.

⁶⁵ XAVIER, Alberto, op. cit., p. 402.

⁶⁶ Ibidem, p. 406 e 412.

⁶⁷ Ibidem, p. 373.

*Então, a contrario sensu, deve ser assegurado ao contribuinte o direito à mais ampla defesa e contraprova, por todos os meios de prova em direito admitidos, de que a presunção legal de que os lucros das controladas já lhe foram disponibilizados não se lhe aplica (...). Por essa razão, a conclusão mais adequada é a de que o parágrafo 2º do artigo 43 do CTN pretendeu autorizar o legislador a estabelecer uma presunção, por definição, sempre relativa e atinente ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que, em ocorrendo cumulativamente os requisitos x, y e z, há grande probabilidade de que o contribuinte brasileiro tenha auferido a disponibilidade sobre aqueles rendimentos.*⁶⁸

Veja-se que o tema está sendo submetido ao Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 2588, em que a Confederação da Indústria (CNI) questiona o art. 74, *caput* e § único, da MP n.º 2.158-35/01 e o art. 43, §2º do Código Tributário Nacional. Em apertada síntese, com exceção da Min. Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal divide-se no sentido de que, de um lado, se entende não haver *disponibilidade jurídica ou econômica* da renda e, de outro lado, se pugna por que, em razão do *método de equivalência patrimonial*, se pode considerar presente a *disposição da renda* com base no regime de competência. Portanto, deve-se aguardar o julgamento da ADI, para que haja a resolução dessa controversa.

3.1.3. Tributação dos Dividendos

Diante do regime de transparência fiscal internacional – segundo o qual se tributam os lucros auferidos por controladas e coligadas, considerando-se disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados (art. 74 da MP n.º 2.158-35/01) –, por conseguinte, não há a tributação dos *dividendos* eventualmente distribuídos, visto que se pode concluir que foram adicionados no lucro líquido da controladora ou coligada brasileira para fins de apuração do lucro real.

*Desta adição imediata do lucro de controlada ou coligada estrangeira decorre logicamente a não tributação dos dividendos eventualmente distribuídos, já que estes se encontram incluídos no lucro que foi previamente adicionado, independentemente de distribuição. [...]. Aliás, a exclusão da tributação dos dividendos distribuídos é pacificamente adotada pela generalidade dos países que adotam o sistema controlled foreign corporations. Também na Lei n.º 9.249/95 não há previsão legal expressa para a tributação autônoma dos dividendos distribuídos por controladas ou coligadas estrangeiras.*⁶⁹

Dessa maneira, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o regime de TLCE, não se tributam os dividendos eventualmente distribuídos.

3.2. TRIBUTAÇÃO DO NÃO RESIDENTE

3.2.1. Imposto de Renda sobre Residentes no Exterior

De início, impende lembrar que, no que diz respeito à tributação dos não residentes, se adotam como elementos de conexão – para que, então, se tenha uma *situação internacional tributária*, ou seja, fato ou ato que dê ensejo a uma obrigação tributária vinculado a mais de um ordenamento jurídico de um Estado soberano – o *objetivo* e o *estabelecimento permanente*.

Tributam-se os não residentes com fundamento nos elementos de conexão objetivo e do estabelecimento permanente. Diante disso, diz-se que, sob um aspecto negativo, se tem a

⁶⁸ MACIEL, Taísa, op. cit., p. 227 e 228.

⁶⁹ XAVIER, Alberto, op. cit., p. 374.

não incidência do imposto de renda instituído no Brasil sobre rendimentos produzidos no exterior (fontes localizadas fora do território nacional); sob um aspecto positivo, incide o imposto de renda instituído no Brasil nos rendimentos produzidos em seu território⁷⁰.

É de suma relevância fazer-se, aqui, uma consideração acerca do regime de tributação dos não residentes. Ora, insta grifar que se poderão ter residentes no exterior considerados *como tais* ou residentes no exterior *equiparados a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil*, de tal forma que há peculiaridades em cada qual.

*Mas quanto a estes há que distinguir o regime de tributação em que os residentes no exterior são **considerados como tal**, sujeitando-se a uma tributação definitiva sobre os rendimentos provenientes de fontes nacionais, do regime de tributação pelo qual os residentes no exterior **são equiparados a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil**, sujeitando-se às mesmas regras que a estes são aplicáveis: é este último regime que vigora para os não residentes que dispõem no Brasil de estabelecimentos permanentes, na forma de filiais, sucursais ou representantes.*⁷¹ [grifei]

Os residentes no exterior considerados como tais sujeitam-se a uma tributação definitiva, de tal modo que os rendimentos por eles auferidos são reputados *isolada* ou *analiticamente*, portanto cada rendimento possui tratamento individualizado (juro, *royalty*, dividendo etc.).

Por outro viés, quanto aos residentes no exterior *equiparados a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil*, como é o caso de existir um estabelecimento permanente, consideram-se os rendimentos por ele auferidos de forma *complexiva* ou *sintética*, adotando-se o regime do lucro da empresa, que deverá ser apurado nos mesmos termos em que o é por um residente no Brasil, é dizer, tem-se como base de cálculo o lucro real.

Concebe-se, pois, um residente no exterior como *equiparado à pessoa jurídica domiciliada no Brasil* em razão de que, além do fato de ter-se a localização da fonte de produção no território brasileiro, “há o *exercício* nesse mesmo território de uma *atividade* à qual são imputáveis os rendimentos através de uma *organização* de pessoas ou bens, e que permite afirmar que o residente no exterior está ‘realizando negócios’ (*doing business*) no Brasil”⁷².

Nota-se que, quando se considera o não residente como tal, o elemento de conexão será o objetivo e que, por outro lado, quando se considera como equiparado às pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, será o estabelecimento permanente.

No que toca aos residentes no exterior, veja-se que, de acordo com sua equiparação a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, vige a “independência da tributação das filiais” e a “contabilidade separada”⁷³. Segundo preleciona Alberto Xavier⁷⁴, consagrou-se, no Brasil, o método direto em oposição ao método indireto; naquele, tributa-se o lucro de cada dependência conforme sua própria contabilidade; neste, considera-se o lucro da filial como sendo parcela do lucro global da matriz residente no exterior, tributando-se essa parcela com base em critérios presuntivos. Mais adiante, Alberto Xavier explica que como corolário do método direto, adotado pelo Brasil, provêm os princípios da “territorialidade das despesas” e o princípio da “conexão efetiva”.

⁷⁰ Cf. *Ibidem*, p. 435.

⁷¹ *Ibidem*, p. 435.

⁷² *Ibidem*, p. 436.

⁷³ Cf. *Ibidem*, p. 531.

⁷⁴ Cf. *Ibidem*, p. 531-532.

É, aliás, nesse sentido o denominado, por Heleno Taveira Tôres⁷⁵, “princípio da força atrativa restrita”, segundo o qual conceitua o estabelecimento permanente como uma entidade autônoma, de tal forma que lhe atribui apenas as rendas por ele produzidas.

Assim, o método direto, nos termos do art. 397 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), que funda a aplicação da territorialidade das despesas neste regime de tributação, disciplina que, noutras palavras, a empresa matriz domiciliada no exterior poderá deduzir as despesas realizadas por suas dependências (filiais – estabelecimento permanente) no território nacional. Impõe-se esclarecer que a dedutibilidade das despesas não está relacionada à sua realização no território nacional, e sim à sua conexão com o estabelecimento localizado no território brasileiro, ou seja, em havendo despesas realizadas pelo estabelecimento permanente localizado no território nacional, conquanto sejam as despesas realizadas no exterior, poderão ser deduzidas.

Quanto ao princípio da conexão efetiva, preconiza-se que são considerados tão somente os lucros imputados à filial, ao estabelecimento permanente.

Contudo, há entendimento em contrário sustentado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – conforme expõe Alberto Xavier⁷⁶ –, no sentido de que toda operação efetuada pela matriz, diretamente, no Brasil deve ser arrogada à sua filial localizada no país. Com base no art. 146 e 147, II do RIR/99, tem-se a independência e autonomia da filial localizada no território brasileiro de empresa matriz estrangeira, com contabilidade separada inclusive, devem ser atribuídos os lucros das operações realizadas pela filial tão somente, é dizer, “de tal modo que os resultados das vendas diretamente efetuadas pela matriz, sem participação da filial, não podem ser atribuída a esta última”⁷⁷.

Portanto, em relação aos não residentes equiparados a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, a tributação da renda dá-se de forma complexiva, ou seja, a partir duma apuração em que se demonstrem as receitas e despesas da empresa, observando-se, em atenção ao método direto (adotado no Brasil), a territorialidade das despesas e a conexão efetiva dos lucros.

*Corolário do método direito são, por uma lado, o princípio da territorialidade das despesas – apenas são dedutíveis os custos e despesas realizadas pelas dependências localizadas no território (art. 397 do RIR) – e, por outro lado, o princípio da conexão efetiva, segundo o qual apenas são considerados os lucros atribuídos à dependência (effectively connected income) e não todo e qualquer lucro realizado no território, ainda que não atribuível ao estabelecimento, como pretende o princípio da força atrativa.*⁷⁸

Diante do que se percebe, quando se trata dos não residentes equiparados a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, ter-se-á uma como fato gerador do imposto de renda o **acréscimo patrimonial** de modo a englobar o saldo positivo resultante do confronto entre certas entradas e saídas, consoante a apuração com base no lucro real⁷⁹ com as ressalvas da territorialidade das despesas e a conexão efetiva da renda, levando-se em consideração um período. É, pois, um fato gerador complexivo, *i.e.*, uma composição de diversos fatos ou atos.

É diverso, como se verá, o regime de tributação dos residentes no exterior considerados como tais.

Neste regime, há uma tributação definitiva, considerada como isolada ou analítica, sendo que é constituída na forma de tributação na fonte sobre o rendimento bruto.

⁷⁵ Cf. op. cit., p. 332-333;

⁷⁶ Op. cit., p. 533.

⁷⁷ Ibidem, p. 533.

⁷⁸ Ibidem, p. 532.

⁷⁹ Cf. TÔRRES, Heleno Taveira, op. cit., p. 342.

A hipótese de incidência deste regime de tributação da renda encontra-se consolidada no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) em seus artigos 682 e 685.

Art. 682. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:

I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 97, alínea "a"); (...).

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º): (...).

No entendimento de Alberto Xavier⁸⁰, os não residentes serão tributados quando sua fonte de rendimentos estiver no Brasil, assim considerada se *cumulativamente* foram economicamente produzidos no Brasil (fonte de produção) e se o devedor tem domicílio também no Brasil (fonte de pagamento). Melhor dito, os não residentes serão tributados quando a fonte de produção e a fonte de pagamento estiverem localizadas no território brasileiro⁸¹. Chega-se a essa conclusão porque os artigos supracitados dispõem que estão sujeitos ao imposto sobre a renda na fonte os rendimentos *provenientes de fontes situadas no País* (art. 682) e que estão sujeitos ao imposto sobre a renda retida na fonte os rendimentos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, *por fonte situada no País*, a pessoa jurídica residente no exterior (art. 685). O autor excepciona, contudo, o caso da remuneração da prestação de serviços prestados por residentes no exterior, sendo suficiente que se encontre no Brasil a fonte de pagamento⁸².

Por outro viés, Heleno Taveira Tôrres entende que não se faz necessário haver a ocorrência *cumulativa* da fonte de produção e da fonte de pagamento no território brasileiro, para que haja o fato gerador do imposto sobre a renda neste regime de tributação.

*Mesmo se ambos os raciocínios esposados sejam feitos com grande coerência e firmeza de raciocínio, seja defendendo a cumulatividade das fontes de produção e de pagamento, seja a exclusiva presença da fonte de pagamento, contrariamente, pensamos que a regra deva ser aquela da presença da **fonte efetiva de produção do rendimento**, salvo a hipótese de pagamentos serem praticados no Brasil por fatos cujas hipóteses de incidência estejam previamente entabuladas pela legislação como aplicável nestes termos, expressamente.*⁸³[grifei]

Desse modo, no entendimento de Heleno Tôrres, encontrando-se a fonte de produção no Brasil, não obstante o pagamento não seja feito a partir do Brasil, haverá a tributação do não residente. Não se encontrando a fonte de produção no Brasil, todavia, somente haverá a incidência do imposto de renda, quando a fonte de pagamento estiver localizada no Brasil em favor de não residente, desde que haja previsão legal. Como exemplo o autor expõe o fato de um contrato de empréstimo com credor no exterior e devedor no Brasil, quando o devedor, ao invés de pagar os juros a partir do Brasil, os paga mediante conta no Estados Unidos da América (EUA), Assim, Heleno Tôrres conclui que, em que pese a remessa não tenha sido diretamente do território Brasil, a *entrega* dos rendimentos se deu no Brasil, de acordo com a

⁸⁰ Cf. op. cit., p. 437.

⁸¹ Cf. Ibidem, p. 232-233.

⁸² Cf. Ibidem, p. 439.

⁸³ Cf. op. cit., p. 339-340.

súmula 587 do STF: *Incide Imposto de Renda sobre os juros remetidos para o exterior, com base em contrato de mútuo.*

O fato gerador do imposto de renda, quando se trata dos não residentes considerados como tais, consiste no momento em que os rendimentos forem *percebidos* pelo titular, conforme art. 682 do RIR/99. Assim, como aponta Alberto Xavier⁸⁴, a percepção dos rendimentos é congruente com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, conforme o art. 43 do Código Tributário Nacional. É, aliás, com supedâneo nesses conceitos que se devem analisar os momentos referidos no art. 685 do RIR/99, quais sejam, pagar, creditar, entregar, empregar ou remeter os rendimentos⁸⁵, de tal sorte que deve incidir o imposto de renda retido na fonte somente quando houver a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica do titular.

Ainda, importa discorrer sobre a base de cálculo do imposto de renda dos não residentes considerados como tais. Nesse passo, sublinhe-se que, como já dito, sob pena de inconstitucionalidade, a base de cálculo deve ter *conexão* com o aspecto material da hipótese de incidência do respectivo tributo. Assim sendo, quanto ao imposto de renda, a base de cálculo deve referir-se à renda.

Neste regime de tributação, ante o contexto em que se circunda, o imposto de renda não possui como base de cálculo o *lucro real* – conforme é adotado pelos residentes e não residentes equiparados àqueles –, mas, sim, consiste no *rendimento bruto*. E, portanto, em se tratando de tributação definitiva, não se admite, em regra⁸⁶, qualquer dedução de despesas necessárias à sua formação (art. 713 do RIR/99).

*A base de cálculo no modelo analítico – tratamento isolado – Existe uma regra geral sobre a formação da base de cálculo dos rendimentos tratados isoladamente, que é a consideração do rendimento pelo seu valor bruto (numa espécie de withholding tax), que se apresenta como benefício do contribuinte (...)*⁸⁷.

Segundo expõe Hugo de Brito Machado, existem dois tipos de tributação na fonte, quais sejam, “a denominada tributação exclusivamente na fonte e a tributação na fonte como simples antecipação do imposto devido na declaração anual de rendimentos”⁸⁸.

*Ao invés, no sistema de incidência exclusiva, abstrai-se em absoluto do imposto calculado em face da declaração, de tal modo que as retenções efetuadas não são com ele compensáveis, sendo portanto o Imposto de Renda na fonte **único que se considera devido** em relação aos rendimentos que o suportaram. Pode assim dizer-se que enquanto o IR na fonte como antecipação tem caráter instrumental relativamente ao imposto apurado na declaração, o imposto com incidência exclusiva tem caráter substitutivo.⁸⁹ [grifei]*

⁸⁴ Cf. op. cit., p. 441.

⁸⁵ Cf. Ibidem, p. 442.

⁸⁶ Nos termos de Alberto Xavier, há três exceções: *os rendimentos de imóveis, hipótese em que é permitido deduzir dos aluguéis ou royalties, mediante comprovação, as despesas previstas no art. 50 do RIR (art. 705, § único); o arrendamento mercantil do tipo financeiro em que se permite a exclusão do valor de cada parcela remetida que corresponder à amortização do bem arrendado (Instrução Normativa nº 252/02, art. 6º, §2º); os prêmios de resseguro cedidos ao exterior, em que a base de cálculo corresponde a 8% do valor pago (Medida Provisória nº 2.158-35/01, art. 26) (op. cit., p. 445).*

⁸⁷ TÓRRES, Heleno, op. cit., p. 343.

⁸⁸ MACHADO, Hugo de Brito, op. cit., p. 337.

⁸⁹ XAVIER, Alberto. *Contribuinte e Responsável no Imposto de Renda sobre juros pagos a residentes no exterior*. In Revista de Direito Tributário, ano 15, janeiro – março de 1991, n.º 55.

No caso do regime de tributação dos não residentes considerados como tais, trata-se, por conseguinte, da tributação exclusivamente na fonte, também denominada de tributação definitiva.

Essa, aliás, é a tributação dos dividendos, ou seja, isoladamente (tributação definitiva), quando distribuídos por sociedade domiciliada no Brasil a sócio, pessoa jurídica ou física, não residente.

*No primeiro [referindo-se à tributação dos não residentes considerados como tais], a lei considera os rendimentos auferidos pelos não residentes isolada ou analiticamente, submetendo cada um, de per si, ao tratamento que lhe for individualmente aplicável (juro royalti, aluguel, **dividendo**, salário etc.) (...).*⁹⁰ [grifei]

Ocorre que, ante o contexto em que se circunda – muito embora possa haver divergências quanto aos moldes dessa tributação, uma vez que não se deduzem as despesas necessárias com as receitas auferidas –, ao que parece, se impõe sustentar que uma tributação global seria inviável.

Note-se que a Constituição impõe inúmeros fins a serem alcançados pelo Estado. No âmbito internacional, há, expressamente no art. 4º da Constituição, os princípios que o Estado Federal se deve reger em suas relações internacionais. Nesse ponto, deve-se ressaltar a prevalência da *soberania* tanto sua quanto dos Estados, ou seja, prevalência, em suas relações internacionais, duma independência nacional.

Assim, de acordo com o já discorrido alhures, tem-se a *soberania* como elemento constitutivo predominante do Estado, assim os elementos de conexão estabelecidos pelo ordenamento jurídico devem respeitá-lo. No imposto sobre a renda, há a *residência/domicílio* e a *fonte de rendimento* (fonte de produção e fonte de pagamento) como elementos de conexão com tal ordenamento jurídico.

Desse modo, em havendo uma estipulação que extrapole os elementos de conexão de residência/domicílio e fonte de rendimento, haver-se-ia um *abuso de conexão*. A hipótese de tomar-se a renda de forma global (*fato gerador complexivo*), implicaria um elemento de conexão ilegítimo, renda produzida no exterior sem sequer estar a fonte de pagamento no território brasileiro.

Além disso, levando-se em consideração que não se pode, jamais, fustigar totalmente um direito fundamental, *i.e.*, preservando-se sua *eficácia mínima*⁹¹, resta razoável concluir-se que há, sim, um *acréscimo patrimonial*, ainda que se haja uma tributação isolada. Ora, o aspecto temporal pode ser tido como *instantâneo*, reputado como sendo um fato isolado que ocorre em um determinado momento que seja identificável⁹². É, ao analisar-se tal fato isolado, visível que há um *acréscimo patrimonial*, como é o caso do dividendo, uma vez que, aliás, não se está tratando de *indenização*, a qual não aumenta o patrimônio, mas simplesmente o recompõe.

Em conclusão, vê-se que essa tributação dos não residentes considerados como tais tem suporte na inviabilidade de que essas pessoas façam a apuração do valor, isso porque, caso se reputasse os rendimentos de forma *complexiva* (lucro real), se teria, em verdade, uma *conexão* imprópria com o ordenamento jurídico distinto (ao passo que se incluiria a globalidade da renda que não possui qualquer *conexão* com o nosso ordenamento jurídico) e, ainda, porque se teria um problema em relação à fiscalização da apuração realizada.

⁹⁰ XAVIER, Alberto, op. cit., p. 435.

⁹¹ É nesse sentido o postulado normativo da Proibição de Excesso: *A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 133).

⁹² PAULSEN, Leandro, op. cit., p. 137.

Duas grandes ordens de razões têm levado o legislador ordinário a multiplicar as hipóteses de incidência exclusiva, tanto na sua forma obrigatória quanto na opcional: uma relacionada com a impossibilidade ou dificuldade de identificar o contribuinte ou de controlar os seus rendimentos globais (como sucede nos casos de beneficiários não identificados, ou residentes no exterior); outra relacionada com o propósito de dar um tratamento tributário mais favorável a certos tipos de rendimentos, subtraindo-os da incidência porventura mais elevada do imposto apurado na declaração (é o que sucede com numerosas aplicações no Mercado de Capitais).⁹³

Este modelo se justifica pela alegação da impossibilidade ou dificuldade que os não-residentes sem estabelecimento permanente teriam para cumprir todos os requisitos necessários ao adimplemento das condições para a permissão de dedutibilidade de gastos, custos e despesas necessárias quaisquer. No Brasil, o imposto retido na fonte sobre rendimentos dos não-residentes, isolada ou analiticamente considerados, equivale a uma tributação definitiva, de sorte que se encontram desobrigados de apresentar no país qualquer declaração de rendimento ou a elaborar demonstrações financeiras⁹⁴. [grifei]

Ademais, o critério de residência/domicílio, para fins de tributação dos não residentes, pode ser considerado como legítimo a fim de que se lance uma tributação *diferente* ao residente ou ao não residente, uma vez que a não discriminação se refere à nacionalidade⁹⁵. Portanto, diante de uma situação não equivalente, institui-se um tratamento desigual, com vistas a proteger a soberania doutro Estado e a sua capacidade contributiva, uma vez que consiste em produto do trabalho, do capital ou da combinação dos dois (art. 43, inc. I do Código Tributário Nacional).

Aliás, por certo ângulo, há um benefício ao não residente, porquanto não está obrigado a apresentar qualquer declaração de rendimento e, assim, manter a escrituração devida.

Entretanto, não se pode olvidar de que o tema não é pacífico, levantando diversos debates acerca da constitucionalidade da tributação definitiva no imposto de renda, mais predominantemente em relação aos residentes do que aos não residentes.

A verdade é que o regime de incidência exclusiva (pelo menos no tocante a pessoas físicas ou jurídicas residentes no Brasil) tem sido severamente criticado não só com base em razões de política fiscal, mas também com base na sua ilegitimidade constitucional.⁹⁶

Para chegar-se ao quanto devido de imposto, além de sua base de cálculo, deve-se ter a alíquota aplicável. No imposto de renda na fonte de residentes no exterior, a alíquota *normal* é de 15 %, conforme art. 28 da Lei n.º 9.249/95. Há, porém, uma alíquota *agravada* de 25 %, quando se tenha como objeto rendimento do trabalho com ou sem vínculo empregatício e os de prestação de serviços e rendimentos de que o beneficiário seja residente em país que não tribute a renda ou a tribute a alíquota máxima inferior a 20 %, segundo os arts. 7º e 8º da Lei

⁹³ XAVIER, Alberto. *Contribuinte e Responsável no Imposto de Renda sobre juros pagos a residentes no exterior*. In Revista de Direito Tributário, ano 15, janeiro – março de 1991, n.º 55, p. 97.

⁹⁴ TÓRRES, Helena Taveira, p. 343-344.

⁹⁵ *Por outro lado, a discriminação proibida é apenas a que se funda na nacionalidade, mas não assim a que se baseia na residência, considerada critério legítimo de tratamento fiscal diferenciado.* [grifei] (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. Op. cit., p. 213)

⁹⁶ XAVIER, Alberto. *Contribuinte e Responsável no Imposto de Renda sobre juros pagos a residentes no exterior*. In Revista de Direito Tributário, ano 15, janeiro – março de 1991, n.º 55.

n.º 9.779/99 respectivamente. Havendo, contudo, certas exceções que diminuem tal alíquota agravada⁹⁷.

3.2.2. Tributação dos Dividendos

Atualmente, o art. 10 da Lei n.º 9.249/95 estabelece que 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.

*Com a adoção deste regime, o Direito brasileiro eliminou radicalmente a dupla tributação econômica dos lucros, submetendo-os exclusivamente à tributação na pessoa jurídica que os produziu, sem que ocorra nova incidência em razão da sua distribuição aos sócios.*⁹⁸

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro eliminou a dupla tributação econômica dos lucros, de modo a tributar-se, exclusivamente, os lucros produzidos na sociedade distribuidora, portanto afastou-se a tributação quando da distribuição aos sócios a título de dividendo.

4. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO E A CONVENÇÃO MODELO DA OCDE

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De início, cumpre esclarecer que as normas convencionais de direito tributário, ou seja, aquelas oriundas de convenções internacionais, são classificadas em dois grupos: *normas de reconhecimento de competência* e *normas de limitação de competência*.

As normas de reconhecimento de competência consistem nas normas estabelecidas em convenções internacionais com a finalidade de determinar a competência tributária dos Estados soberanos (da residência ou da fonte), podendo fixar a *competência exclusiva* ou a *competência cumulativa*.

Por sua vez, no que diz respeito às normas de limitação de competência, em se tratando de competência cumulativa dos Estados, essas normas determinam o limite de competência dos Estados, eliminando ou atenuando a dupla tributação.

Vimos atrás que as normas convencionais se podem distinguir em dois grandes subgrupos: um primeiro respeita à questão prévia de determinar a competência tributária dos Estados em presença; um segundo grupo pressupõe resolvida esta questão no sentido do reconhecimento concorrente de ambos, de modo a eliminar ou atenuar os efeitos da dupla tributação.

*As primeiras são normas de reconhecimento de competência; as segundas são normas de limitação de competência.*⁹⁹

Outrossim, sublinhe-se que a maioria dos rendimentos possui uma tributação complexa. Veja-se que, em certos casos, muito embora a norma convencional tenha atribuído competência exclusiva a um Estado, se estipulam, no entanto, *exceções* em virtude de circunstâncias especiais¹⁰⁰. Como exemplo tem-se a tributação do lucro das empresas, que é atribuído à competência exclusiva do Estado da fonte, *exceto* se os lucros forem imputáveis a

⁹⁷ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. Op. cit., p. 449.

⁹⁸ Ibidem, p. 485.

⁹⁹ Ibidem, p. 547.

¹⁰⁰ Cf. Ibidem, p. 548.

estabelecimento permanente situado no outro Estado. Em face disso, a competência exclusiva atribuída a certo Estado é, comumente, conceituada de *competência exclusiva primária*¹⁰¹.

Insta grifar que as normas de limitação de competência tão somente têm lugar quando se trate de competência cumulativa de ambos os Estados, isso porque, assim sendo, se visa a atenuar ou eliminar os efeitos da dupla imposição tributária.

No mais, em geral, as normas de limitação de competência são voltadas ao Estado da residência, devendo, pois, limitar a imposição tributária através do método de isenção ou de imputação (crédito de imposto). Porém, há, sim, normas de limitação de competência dirigidas ao Estado da fonte, tais como as referentes a dividendos, juros e *royalties*¹⁰², nas quais o Estado da fonte deve observar a redução de alíquotas estipuladas.

De outro viés, questão de extrema relevância trata-se da prevalência da norma internacional face à norma interna em matéria tributária. Os tratados internacionais que versam sobre matéria tributária têm, sim, *supremacia hierárquica* sobre a lei interna, conforme se vislumbra do art. 98 do Código Tributário Nacional, cujo teor dispõe neste sentido: *Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.* [grifei]

Embora se sustente que os tratados não *revogam* a lei interna, isso porque, relativamente às hipóteses não abarcadas pelo tratado a lei interna mantém sua eficácia, é evidente que, ao menos em matéria tributária, o legislado ordinário deve observar tal norma jurídica internacional. O Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar, portanto, haja vista a competência desta para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 146, inc. I, CF), a previsão constante do art. 98 do referido código encontra-se conforme a Constituição Federal.

*O que ela pretende dizer [referindo-se à previsão do art. 98 do CTN] é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior. (...) Em matéria tributária, porém, mesmo em face da orientação jurisprudencial da Corte Maior, tem-se de considerar o disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional, de sorte que a lei posterior ao tratado, para prevalecer sobre ele, em matéria tributária, terá de ser uma lei complementar.*¹⁰³

Por conseguinte, os tratados internacionais de matéria tributária devem ser respeitados pelas leis ordinárias que lhes sobrevierem, prevalecendo, então, sobre a lei interna.

4.2. CONVENÇÃO MODELO DA OCDE PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO

4.2.1. Convenção Modelo da OCDE

Com o fito de diminuir-se ou evitar-se a imposição dupla de tributos por Estados soberanos distintos, organizações internacionais dedicaram-se a desenvolver *Convenções Modelos*, a fim de que fossem utilizadas como parâmetro de orientação aos países que realizem tratados com tal fito.

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), adotou o projeto apresentado em 1963: *projeto de convenção de dupla tributação concernente à renda e ao patrimônio*. Depois de se realizarem diversos estudos, instituiu-se uma nova versão da Convenção Modelo em 1977¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cf. *Ibidem*, p. 548.

¹⁰² Cf. *Ibidem*, p. 548.

¹⁰³ MACHADO, Hugo de Brito, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁴ Cf. TÔRRES, Taveira Heleno, p. 500.

Outrossim, cumpre referir que a OCDE revisa, periodicamente, os trabalhos sobre a matéria de bitributação, de modo a alterar sua Convenção Modelo, que, aliás, obteve sua última revisão no ano de 2010.

As Convenções Modelo (ou convenções tipo) possuem a natureza jurídica de mera *recomendação*¹⁰⁵. Tendo em vista as inúmeras situações comerciais, suas progressivas inovações e o ordenamento tributário de cada Estado, os tratados para evitar a bitributação são, usualmente, realizados entre dois Estados, ou seja, são tratados bilaterais, diferentemente do que ocorre com as Convenções Modelo. Desse modo, as Convenções Modelo são destinadas a orientar os Estados na realização de seus tratados tributários bilaterais que visem a evitar a bitributação. Os Estados contratantes não estão obrigados a utilizar, na íntegra, o conteúdo dessas convenções: “(...) são plenamente legítimas e desejadas, com a adaptação do mesmo às contingências da realidade econômica e da diversidade das normativas tributárias existentes entre ambos os contratantes”¹⁰⁶.

Insta frisar que a Convenção Modelo da OCDE é o parâmetro mais seguido pelos Estados soberanos, orientando-se por suas prescrições tanto países membros quanto os não membros da OCDE.

Aliás, mesmo não sendo membro, a generalidade das convenções internacionais para evitar a bitributação celebrada pelo Brasil obedece ao modelo de Convenção da OCDE¹⁰⁷.

É questão primordial compreender que função possuem os tratados de dupla tributação em relação à legislação interna, de tal modo a saber se têm função positiva ou negativa.

Em se afirmando ter função positiva, estar-se-ia atribuindo aos tratados força para criar tributo que não tenha previsão na lei interna. Por outro lado, por função negativa, entende-se que o tratado tão só delimita as pretensões tributárias que já tenham fundamento em lei interna dos Estados partes.

É pacífico na doutrina que as convenções internacionais em matéria tributária possuem uma função negativa, ou seja, os tratados evitam ou atenuam as imposições tributárias já existentes dos Estados soberanos.

*A orientação unânime da doutrina é no sentido de que os tratados de dupla tributação desempenham uma **função negativa**, como corolário do princípio da legalidade ou tipicidade da tributação, segundo o qual nenhum tributo pode ser exigido senão com base na lei. Como muito bem diz ARNOLD KNECHTLE, “the conflict rules of DTAs can only leave the taxing power unchanged, restrict it, or repress it, but they cannot enlarge it or initiate it”. Em formula similar, KLAUS VOGEL sublinha que “a tax treaty neither generates a tax claim that does not otherwise exist under domestic law nor expands the scope or alters the type of an existing claim (...)”. E no mesmo sentido BAKER conclui “the treaty comes only to relieve from tax which might otherwise have been imposed”.*¹⁰⁸ [grifei]

Dessarte, os tratados tão somente possuem um efeito negativo em relação à ordem jurídica interna.

¹⁰⁵Cf. XAVIER, Alberto, op. cit., p. 97.

¹⁰⁶ TORRÊS, Heleno Taveira, op. cit., p. 503.

¹⁰⁷ Cf. XAVIER, Alberto, op. cit., p. 71.

¹⁰⁸ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Op. cit., p. 111.

4.2.2. A Tributação dos Dividendos na Convenção Modelo da OCDE

4.2.2.1. Conceito de Dividendo

Nos termos da Convenção Modelo da OCDE (art. 10º, §3º), os dividendos são considerados rendimentos provenientes de ações ou direitos de fruição, ações de empresas mineradoras, partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos e rendimentos provenientes de outras participações de capital, submetidos ao mesmo regime tributário dos rendimentos das ações pela legislação tributária do Estado de residência da sociedade que os distribui¹⁰⁹.

Conforme expôs Heleno Taveira Tôres, os dividendos consistem em rendimentos provenientes de uma *participação de capital*, isso porque se referem a qualquer participação numa *sociedade de capitais*. Outrossim, insta frisar que, por tratar-se de rendimentos duma *participação de capital*, não se inclui, aqui, o pagamento de um crédito contra a sociedade, mesmo que esse crédito seja relativo à certa participação nos lucros (debêntures, partes beneficiárias, etc.)¹¹⁰.

Quando, em um dado sistema jurídico, uma ‘sociedade’ é qualificada como sociedade de capitais, dotada de personalidade jurídica distinta em relação aos seus sócios, os rendimentos a estes distribuídos podem ser classificados como dividendos, seja qual for a forma jurídica. Mas não basta que seja de uma sociedade de capitais; apenas é necessário que o rendimento provenha de uma ‘participação societária’ nos lucros, pouco importando o tipo de tal participação (direito de fruição, partes do fundador, quotas de capital, ações ordinárias, preferenciais, etc.). O elemento nuclear em torno do conceito convencional de dividendo é, pois, o de rendimento de uma ‘participação de capital’, entendida como participação em uma sociedade de capitais.¹¹¹ [grifei]

Ocorre que, segundo Alberto Xavier, a legislação da maioria dos países membros da OCDE não confere personalidade jurídica às sociedades de pessoas (*partnerships*), de modo que os lucros são percebidos diretamente pelos sócios e não pela sociedade. Assim, Alberto Xavier, no mesmo sentido esposado por Heleno Taveira Tôres, compreende que o dividendo significa um rendimento proveniente de uma *participação de capital*.

O elemento nuclear em torno do qual se articulou o conceito convencional de dividendo foi, pois, o de rendimento de uma ‘participação de capital’, assim entendida a participação numa sociedade de capitais (‘joint stock companies’). E isto é assim porque na legislação da generalidade dos países da OCDE, apenas as sociedades de capitais têm personalidade jurídica, não já as sociedades de pessoas (‘partnerships’), caso em que os lucros se reputam diretamente percebidos pelos sócios (‘partners’) e não pela sociedade.¹¹² [grifei]

Segundo o direito interno brasileiro, em relação à intensidade da *affectio societatis* (“a vontade de união, aceitação de cláusulas comuns e participação ativa no objeto a ser realizado”¹¹³), as sociedades classificam-se em de pessoas, de capitais e mistas¹¹⁴. Com os

¹⁰⁹ Cf. TÔRRES, Heleno Taveira, op. cit., p. 519.

¹¹⁰ Cf. Ibidem, p. 520

¹¹¹ Ibidem, p. 519-520.

¹¹² XAVIER, Alberto, op. cit., p. 725.

¹¹³ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito Comercial e de Empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 328.

¹¹⁴ Cf. Ibidem, p. 273.

ensinamentos de Spencer Vampré, as sociedades de capitais distinguem-se das sociedades de pessoas pelo critério da “transmissibilidade dos direitos e obrigações de cada sócio, permitindo a qualquer indivíduo adquirir uma parte de direitos na sociedade, ou dela retirar-se à vontade”¹¹⁵. Desse modo, na sociedade de capitais, “são os capitais que se unem, não as pessoas. A garantia de terceiros está unicamente no capital social. Essas sociedades fundam-se na força do capital, pelo que as entradas de todos os sócios, representadas por ações, são títulos transmissíveis e negociáveis”¹¹⁶. Vê-se que é tipicamente uma sociedade de capital a *sociedade anônima*¹¹⁷, nos termos do direito interno.

A seu turno, os dividendos, no sentido adotado pela Convenção Modelo da OCDE, possuem um conceito mais largo do que o conferido pelo direito interno brasileiro, na medida em que não se caracterizam por rendimentos distribuídos somente por sociedades anônimas.

*No Direito Tributário Internacional, o termo dividendo é, pois, mais compreensivo que no direito interno brasileiro, pois enquanto neste assume a acepção restrita de rendimentos das sociedades anônimas, naquele abrange não só os lucros distribuídos por estas (‘companies limited by shares, sociétés anonymes’), mas também pelas sociedades em comandita por ações (‘limited partnerships with share capital, sociétés en commandite par actions’) e por sociedades por quotas de responsabilidade limitada (limited liability companies, sociétés à responsabilité limitée).*¹¹⁸ [grifei]

Além do mais, não se pode olvidar de que o Modelo da OCDE não adotou uma posição rígida sobre a qualificação de dividendos, de tal maneira que permitiu que os Estados contratantes aplicassem as disposições relativas aos dividendos, quando a legislação interna do Estado da sociedade distribuidora assim qualifique tal rendimento.

*Nos termos do Modelo, são considerados como dividendos (art. 10, §3º) os rendimentos provenientes de ações ou direitos de fruição; ações de empresas mineradoras; partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos, **bem como rendimentos de outras participações de capital assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação tributária do Estado em que reside a sociedade que realiza a distribuição.***¹¹⁹ [grifei]

Relativamente aos juros sobre capital próprio, entende-se que, haja vista não se tratar de crédito em face da sociedade, mas, sim, de rendimentos de participações no capital social, devem sujeitar-se ao regime de tributação dos dividendos, salvo se houver disposição específica em contrário. Em verdade, os juros sobre capital próprio¹²⁰ tem a natureza jurídica

¹¹⁵ *Tratado Elementar de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., v. 2, §1º. *Apud.* NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito Comercial e de Empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273.

¹¹⁶ NEGRÃO, Ricardo, op. cit., p. 275.

¹¹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 275.

¹¹⁸ XAVIER, Alberto, op. cit., p. 726.

¹¹⁹ TÔRRES, Helena Taveira. *Lucros auferidos por meio de controladas e coligadas no exterior*. In TÔRRES, Helene Taveira (coord.). Op. cit., p. 162.

¹²⁰ A denominação “juros sobre capital próprio” decorre do fato de que o valor dedutível a este título para fins de apuração da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda e o lucro, corresponde ao resultado da aplicação da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP sobre as contas do patrimônio líquido, o qual é definido pelos contabilistas como “o valor contável pertencente aos acionistas ou sócios” correspondente à “diferença entre o valor do ativo e o dos passivos e resultado de exercícios futuros”, sendo dividido pelas seguintes contas segundo o art. 178, §2º, alínea “d”, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações): (...). (BASTIANELLO, Cristina Cezar. *Juros sobre o Capital Próprio: Natureza jurídica e tratamento conferido pela lei interna e pelos tratados para evitar dupla tributação internacional firmados pela República Federativa do Brasil*. In TÔRRES,

de “resultado distribuível” da sociedade e é sujeito a regime de tributação especial, isso porque podem assumir a figura de *dividendo* ou de *aumento de capital*, conforme sejam distribuídos ou capitalizados¹²¹.

Como vimos, a generalidade dos tratados, seguindo aliás o Modelo da OCDE, considera da essência do conceito de “juros” a existência de remuneração de “créditos de qualquer natureza”, enquanto o conceito de “dividendos” tem a sua nota essencial no fato de serem “rendimentos de participações no capital”. Assim, na ausência de disposição convencional em contrário, a correta qualificação dos “juros sobre capital próprio” para efeitos dos tratados seria a de “dividendos”, vez que, como se demonstrou, neles não se verifica um crédito preexistente, sendo na verdade lucros distribuíveis aos titulares do capital social da pessoa jurídica pagadora.¹²²

No mesmo sentido é o caso das ações bonificadas ou do aumento de valor nominal das ações decorrentes da capitalização de lucros (*bônus shares, stock dividends*). Assim, nos moldes do §3º do art. 10º da OCDE, caso as leis internas os qualifiquem como dividendos, pode-se aplicar tal regime de tributação. Aliás, de acordo com os Comentários do Comitê Fiscal da OCDE (art. 10º, item 28), em face do conceito alargado lançado aos dividendos (*rendimentos auferidos de uma participação de capital*), é viável a classificação das ações bonificadas como dividendos.

4.2.2.2. Tributação pelo Estado da Fonte e Estado da Residência

Relembre-se de que, em regime convencional em matéria tributária, há dois grupos de normas, as normas de reconhecimento de competência e as de limitação de competência.

No caso da tributação dos dividendos, a Convenção Modelo da OCDE estabeleceu a competência cumulativa do Estado da fonte e do Estado da residência, de tal modo que tanto o Estado da sociedade distribuidora quanto o do sócio beneficiário pode tributar os dividendos.

Diante disso, como já visto, uma vez que ambos os Estados podem tributar tal rendimento, impõe-se a fixação duma norma de limitação de competência, eliminando ou atenuando a dupla tributação.

Encontra-se comumente consagrado o direito de tributar os dividendos do Estado da residência do beneficiário, embora se admita – apenas com algumas limitações – o direito do Estado da fonte, ou seja, do Estado onde está domiciliada a sociedade distribuidora.¹²³

Assim, o Estado contratante competente para tributar os dividendos, em regra, é o Estado da residência do beneficiário, ou seja, do beneficiário que recebe a renda na forma de dividendos. Todavia, a Convenção Modelo da OCDE também previu a possibilidade de haver uma competência concorrente entre os Estados contratantes, desde que haja, por certo, uma limitação ao Estado da fonte, ou seja, o Estado em que a sociedade distribuidora se encontra.

4.2.2.2.1. Tributação pelo Estado da Residência

A tributação dos dividendos pelo Estado da Residência do beneficiário é a regra. A Convenção Modelo da OCDE é clara em estabelecer a possibilidade de tributação pelo Estado da Residência do beneficiário.

Helena Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. III. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 731.

¹²¹ Cf. BASTIANELLO, Cristina Cezar. *Juros sobre o Capital Próprio: Natureza jurídica e tratamento conferido pela lei interna e pelos tratados para evitar dupla tributação internacional firmados pela República Federativa do Brasil*. In TÓRRES, Helena Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. III. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 731.

¹²² XAVIER, Alberto, op. cit., p. 607.

¹²³ *Ibidem*, p. 740.

Não se aplicará essa regra, contudo, se o beneficiário dos dividendos tiver um *estabelecimento permanente* no Estado da Fonte, ou seja, no mesmo Estado da sociedade distribuidora. Neste caso, deve-se aplicar o regime de tributação dos lucros das empresas (art. 7º da Convenção Modelo da OCDE).

Vê-se, com isso, a prevalência de certos elementos de conexão, vale dizer, a conexão *estabelecimento permanente* afasta a aplicação da conexão da *residência*, portanto “os dividendos recebidos pela filial de uma sociedade residente na França não são tributados neste país, como dividendos do acionista francês, mas sim no Brasil como lucros do estabelecimento permanente”¹²⁴. Trata-se, pois, da chamada “reserva de estabelecimento permanente”¹²⁵. Em face disso, por óbvio, tais rendimentos serão tributados de forma complexiva e sintética, ou seja, globalmente.

Todavia, destaque-se que apenas se observará a reserva de estabelecimento permanente, de modo a tributar-se o rendimento a título de lucro da empresa, quando e desde que tal estabelecimento permanente seja o beneficiário efetivo (*beneficial owner*) dos dividendos. Essa condição dá-se em vista da intenção de evitar-se um uso indevido do tratado, como é o caso do *treaty shopping*, é dizer, alterando-se o elemento de conexão subjetivo, para que se aproveite dum tratado mais favorável (elisão fiscal internacional).

A utilização desse conceito [referindo-se ao “beneficiário efetivo” (beneficial owner)] destina-se a evitar determinados usos indevidos do tratado, em especial a denominada “escolha do tratado mais favorável” (‘treaty shopping’).¹²⁶

Os rendimentos provenientes da participação societária devem possuir uma *efetiva ligação* ao estabelecimento permanente¹²⁷. Desse modo, somente se aplicará as disposições concernentes à tributação do lucro da empresa, quando houver uma *conexão* dos rendimentos com o estabelecimento permanente.

De outro viés, veja-se que, apesar de o Estado da Residência tribute de modo total os rendimentos provenientes de participações de capital, conforme acentua Alberto Xavier¹²⁸, os tratados bilaterais, normalmente, estabelecem métodos de atenuação da dupla imposição (isenção ou imputação), isso para quando já houverem sido tributados no país da Fonte (país da sociedade distribuidora), seja por meio da tributação dos lucros, seja por meio de retenção na fonte dos lucros distribuídos. Em se tratando de pessoa jurídica, uma tributação sem a aplicação de métodos de atenuação da dupla imposição pode originar uma “cadeia de tributações sucessivas”¹²⁹ (dupla tributação intersocietária internacional – DTII). Diante disso, conforme ensina Alberto Xavier¹³⁰, dependendo do caso, a adoção ao regime de transparência fiscal internacional aplicado na tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras (TCLE) pode torna-se mais benévola.

Por derradeiro, frise-se que o último parágrafo do art. 10 proíbe que se imponha uma tributação de *lucros não distribuídos*. Noutras palavras, o Estado de residência do beneficiário dos dividendos somente pode instituir tributos sobre dividendos, isto é, exige-se que já tenham sido distribuídos.

Nesses termos é o §5º do art. 10:

Quando uma sociedade residente em um Estado Contratante receba lucros ou rendimentos do outro Estado Contratante, esse outro Estado Contratante não poderá cobrar qualquer imposto sobre os dividendos

¹²⁴ Ibidem, p. 596.

¹²⁵ Ibidem, p. 596.

¹²⁶ CALIENDO, Paulo, op. cit., p. 552.

¹²⁷ XAVIER, Alberto, op. cit., p. 596.

¹²⁸ Cf. Ibidem, p. 597.

¹²⁹ Ibidem, p. 597.

¹³⁰ Cf. Ibidem, p. 597.

*pagos pela sociedade, exceto se tais dividendos forem pagos a residente desse outro Estado, ou se a participação em virtude da qual os dividendos são pagos, relacionar-se efetivamente a um estabelecimento permanente situado nesse outro Estado; **nem poderá sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a imposto sobre lucros não distribuídos**, ainda que os dividendos pagos ou os lucros não distribuídos consistam, no total ou parcialmente, de lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.*¹³¹ [grifei]

E nesse sentido é o entendimento de Heleno Taveira Tôres:

*Como se demonstra, à exaustão, **o Art. 10 não cogita, em nenhuma hipótese, de tributação antecipada dos dividendos**, ao se referir sempre aos “dividendos pagos”, acompanhado, ainda, de disposição expressa para esse fim. Na combinação dos dispositivos constantes dos art. 7(1) e 10(5) do Tratado, **exsurge evidente impedimento à tributação recíproca de lucros ou dividendos antes da sua efetiva distribuição, sob a condição de disponibilidade então qualificada como “dividendo pago”, como medida para eliminar eventual dupla tributação ou tratamento discriminatório**, que são os fins primordiais desses tratados.*¹³² [grifei]

De outra banda, em geral, cabe ao Estado da Residência a adoção de método para eliminar a dupla tributação, limitando-se o país da fonte a reduzir as alíquotas do imposto retido na fonte em determinados casos (dividendos, juros e *royalties*).

Nos casos em que o Brasil é o Estado da Residência do beneficiário dos dividendos, o método utilizado, de modo predominante, é o da *imputação ordinária*, o qual consiste na dedução do imposto brasileiro incidente sobre os rendimentos do residente um montante igual ao imposto sobre a renda pago no Estado da Fonte, sendo que o montante deduzido não poderá, contudo, exceder a fração do imposto sobre a renda correspondente aos rendimentos que foram tributados no Estado da Fonte, calculados antes da dedução¹³³. Algumas Convenções celebradas pelo Brasil adotam diversos métodos, tais como a isenção e o crédito presumido.

Quanto aos casos em que o Brasil é o Estado da Fonte, os Estados da Residência adotam, em geral, métodos mistos; mas, algumas Convenções adotam um único método, como, dentre outros, o da isenção (Argentina, Tchecoslováquia) e o da imputação ordinária (Dinamarca, Portugal).

4.2.2.2.2. Tributação pelo Estado da Fonte

Para que o Estado da Fonte possa tributar os rendimentos a título de dividendos, faz-se necessário a presença de dois pressupostos: *i*) quanto ao devedor (sociedade distribuidora), a residência da sociedade distribuidora no país da fonte, que seja um dos Estados contratantes; *ii*) quanto ao credor (beneficiário dos dividendos), a inexistência, no país da fonte, de estabelecimento permanente pertencente ao credor (sociedade distribuidora)¹³⁴.

Em outras palavras, a Convenção não se aplica – assim não se adotando a tributação pelo Estado da Fonte – quando a sociedade distribuidora (devedor) for residente em terceiro país, mesmo que possua, no país da fonte, um estabelecimento permanente que pague

¹³¹ Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Lucros auferidos por meio de controladas e coligadas no exterior*. In TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Op. cit., p. 161.

¹³² Ibidem, p. 163.

¹³³ Cf. XAVIER, Alberto, op. cit., p.597.

¹³⁴ *Exige-se, pois, uma conexão simples – a residência – não se admitindo o sistema de conexão alternativa (residência ou estabelecimento permanente), previsto quanto a juros e royalties.* (Cf. XAVIER, Alberto, op. cit., p. 591).

dividendos. Portanto, deve haver uma “conexão simples”¹³⁵ (apenas ao elemento de conexão *residência*), é dizer, o regime de tributação dos dividendos, e, então, a tributação pelo Estado da Fonte, atém-se ao elemento de conexão da *residência*, de tal sorte que não se lhe aplicará quando se tiver o estabelecimento permanente como elemento de conexão.

*Como pressuposto relativo ao devedor, as Convenções designaram, como conexão relevante para definir a fonte dos dividendos, a residência da pessoa jurídica que os distribui, mas não o lugar do estabelecimento permanente.*¹³⁶

Outrossim, em mesmo viés, para aplicar-se a Convenção, o beneficiário dos dividendos (credor) deve estar a residência em um dos países contratantes, ou seja, adota-se o elemento de conexão da residência¹³⁷. Porém, como já dito em relação à tributação pelo Estado da Residência, não se aplicará o regime de tributação dos dividendos, caso o beneficiário, mesmo possuindo residência em um dos Estados contratantes, possua um estabelecimento permanente no Estado da Fonte (país de residência da sociedade distribuidora), aplicando-se, nesta hipótese, o regime os lucros das empresas.

Assim sendo, o Estado da Fonte poderá tributar quando a sociedade distribuidora (devedor) possuir sua residência neste Estado e quando o beneficiário dos dividendos (credor) não possua, no Estado da Fonte, estabelecimento permanente.

A propósito, também na tributação pelo Estado da Fonte, conforme se percebe das Convenções recentes celebrados pelo Brasil, exige-se que, em um dos Estados contratantes, esteja o *beneficiário efetivo* dos dividendos, a fim de se evitar uma elisão fiscal internacional, como o *treaty shopping*¹³⁸.

De forma a atenuar a dupla tributação, em se considerando a faculdade de haver uma competência cumulativa do Estado da Fonte e da Residência, conforme confere o §2º do art. 10 da Convenção Modelo da OCDE, o Estado da Fonte deverá *reduzir a alíquota de retenção na fonte*, de modo a ter-se como alíquota máxima: *i)* 5% quando o beneficiário for uma sociedade que detém diretamente, pelo menos, 25% do capital da sociedade distribuidora; ou, *ii)* 15% do montante bruto dos dividendos nas outras hipóteses. Trata-se, a propósito, de norma convencional de limitação de competência.

Aliás, a limitação do Estado da Fonte quanto à alíquota de 5% tem fundamento no fato de que há uma relação de controle entre as pessoas jurídicas, por isso, como já dito, evita-se uma cadeia de tributações sucessivas (dupla tributação intersocietária internacional – DTII).

5. CONCLUSÃO

Com o presente estudo foi possível delinear como ocorre a tributação internacional dos dividendos tanto no regime interno quanto em convenções internacionais. Observou-se que, perante um mundo globalizado, as *situações internacionais* tributárias se tornaram mais presentes, de modo a acarretar, no mais das vezes, uma dupla tributação internacional por Estados soberanos distintos. Assim, exigiu-se uma relação mais intensa entre Estados no que tange a evitar ou a atenuar a bitributação, por meio de convenções internacionais.

Ao discorrer-se sobre o imposto sobre a renda sob um ângulo constitucional, notou-se que é há certas peculiaridades para o imposto de renda do residente e o do não residente considerado como tal, demonstrando-se a necessidade de estudá-los como maior minúcia.

Em outro plano, no quarto capítulo, tratando-se das convenções internacionais, já de início, constatou-se a existência de uma Convenção Modelo que norteou os estudos, uma vez

¹³⁵ Ibidem, p. 591.

¹³⁶ Ibidem, p. 591.

¹³⁷ Cf. Ibidem, p. 591.

¹³⁸ Cf. Ibidem, p. 592.

que seria de todo desgastante e, possivelmente, pouco didático uma análise minucioso de cada tratado celebrado pelo Brasil em matéria tributária. Teve-se como parâmetro a Convenção Modelo da OCDE, que, por sinal, é adotada em sua estrutura pelo Brasil. De suma importância é que, conforme se ressaltou, em matéria tributária, os tratados internacionais têm prevalência sobre a lei interna, sendo observados pelas leis internas que lhes sobrevenham.

Por derradeiro, adentrou-se a tributação dos dividendos nas convenções internacionais para evitar a bitributação, nos moldes da OCDE. A Convenção Modelo estabeleceu a competência cumulativa do Estado da Fonte e do Estado da Residência para tributarem os dividendos. Em vista disso, fixou-se limitações a suas competências, tudo a fim de evitar ou atenuar uma dupla imposição tributária.

Dessarte, o presente artigo observou como se dá a tributação internacional dos dividendos tanto em análise ao regime interno quanto em análise às convenções internacionais, a fim de que se pudesse compreender a dupla tributação internacional e os métodos utilizados para evitá-la.

6. REFERÊNCIAS:

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos Permanentes em Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DE MELLO, Maria Chaves. *Dicionário Jurídico – Law Dictionary*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- DE MELLO, José Eduardo Soares. *Curso de Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- DE MELLO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. *Impostos: Federais, Estaduais e Municipais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 12.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: 2012.
- MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Artigo por Artigo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito Comercial e de Empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. 7ª ed. São Paulo, 2010.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da Privacidade*. Porto Alegre: Unisinos, 2003.
- TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. III. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- XAVIER, Alberto. *Contribuinte e Responsável no Imposto de Renda sobre juros pagos a residentes no exterior*. In Revista de Direito Tributário, ano 15, janeiro-março de 1991, n.º 55.
- _____. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.