COORDENADORES
Luís Flávio Neto
Roberto Codorniz Leite Pereira
Victor Borges Polizelli

IBDT / NUPEM

Tributação em Bases Universais

Desafios Atuais e Futuros para o Brasil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Tributação em Bases Universais

Desafios Atuais e Futuros para o Brasil

COORDENADORES
Luís Flávio Neto
Roberto Codorniz Leite Pereira
Victor Borges Polizelli

IBDT / NUPEM

Tributação em Bases Universais

Desafios Atuais e Futuros para o Brasil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

São Paulo – 2023

© Vários autores
Todos os direitos desta edição reservados.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Rua Padre João Manuel, 755 – 4º Andar
CEP 01411-001 – São Paulo – Fone/WhatsApp: (11) 3105-8206
e-mail: ibdt@ibdt.org.br *site:* www.ibdt.org.br

Diretoria
Presidente: Ricardo Mariz de Oliveira
Vice-Presidente: Luís Eduardo Schoueri
Diretor Administrativo e Financeiro: Rodrigo Maito da Silveira
Diretores Executivos: Bruno Fajersztajn, Fernando Aurelio Zilveti,
Luís Flávio Neto e Martha Toribio Leão

Conselho Deliberativo: Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva, João Francisco Bianco, José Maria Arruda de Andrade, Leonardo Aguirra de Andrade, Mara Eugênia Buonanno Caramico, Michell Przepiorka Vieira, Paulo Victor Vieira da Rocha, Ricardo Maitto da Silveira, Salvador Cândido Brandão Junior e Victor Borges Polizelli

Conselho Editorial Nacional: Fernando Aurelio Zilveti (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Humberto Ávila (Universidade de São Paulo/SP e Universidade Federal do Rio Grande do Sul/RS), João Francisco Bianco (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Luís Eduardo Schoueri (Universidade de São Paulo/SP), Paulo Celso Bergstrom Bonilha (Universidade de São Paulo/SP), Ricardo Mariz de Oliveira (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Roberto Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR), Roberto Quiroga Mosquera (Universidade de São Paulo/SP) e Walter Piva Rodrigues (Universidade de São Paulo/SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

FLÁVIO NETO, Luís; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite;
POLIZELLI, Victor Borges (coords.)

T743 Tributação em bases universais: desafios atuais e futuros para o Brasil. – IBDT / NUPEM – São Paulo, SP: IBDT, 2023.

260 p.; 16x23 cm.

ISBN e-PUB 978-65-86252-69-9

1. Bases Universais 2. Bitributação 3. Imposto de Renda 4. Pessoa Jurídica 5. Residência 6. Ganho de capital 7. Empresa 8. Brasil
I. Luís Flávio Neto II. Roberto Codorniz Leite Pereira
III. Victor Borges Polizelli IV. IBDT V. Título

DORIS 341.39103

Índice para catálogo sistemático:

1. Bases Universais: Brasil
2. Bitributação: Brasil
3. Imposto de Renda: Brasil
4. Pessoa Jurídica: Brasil
5. Residência: Brasil
6. Ganho de Capital: Brasil
7. Empresa: Brasil

Revisão: Sabrina Dupim Moriki / *Editoração*: Nelson Mitsuhashi

Sumário

Apresentação 9

Os problemas e os desafios do regime jurídico de tributação em bases universais previsto na Lei n. 12.973/2014

Tributação em Bases Universais: o Conceito de Controle e as Operações de Inversão
Ariene A. Henriques dos Reis / Ciro César Soriano de Oliveira / Leonardo Maués de Freitas
1. Introdução. 2. As inversões societárias por meio da alteração do controle intragrupo. 2.1. O controle e suas modalidades. 2.2. O controle exercido por empresa brasileira sobre empresa estrangeira. 2.3. Inversões de controle de empresa brasileira. 2.4. Inversões societárias: operações de inversão promovidas por empresas brasileiras. 2.4.1. A inversão da Magnesita. 2.4.2. A inversão da Ambev. 2.4.3. Inversão da JBS. 3. Inversões societárias: operações de inversão promovidas por empresas americanas. 4. Conclusão. Referências. 17

Assimetrias Temporais envolvendo a Dedução de Impostos Pagos no Exterior
Gabriela Moreno Bitu Cibella / Lucas Borges Gonçalves
1. Introdução. 2. Dedução do imposto – regime de caixa ou regime de competência. 3. Dedução do imposto – valor pago ou valor devido. 4. Conclusão. Bibliografia. 39

O Regime de Consolidação de Resultados de Controladas no Exterior no Modelo Brasileiro – Instrumento para Efetiva Apuração de Renda no Âmbito da TBU ou Mero Favor Fiscal?
Felipe de Carvalho Pavão / Giácomo Paro / Thales Michel Stucky
Introdução. I. Breves notas sobre as regras CFC e o Modelo de Tributação em Bases Universais Adotado pelo Brasil. II. O regime de consolidação de resultados de controladas no exterior na Lei n. 12.973/2014. II.1. Regime de consolidação. II.2. Restrições ao regime de compensação – análise crítica. II.2.1. Das disposições do art. 78, I, da Lei n. 12.973/2014. II.2.2. Das disposições do art. 78, incisos II e III, da Lei n. 12.973/2014. II.2.3. Das disposições do art. 78, IV, da Lei n. 12.973/2014. II.3. Comentários finais acerca das regras do regime de consolidação. III. As regras do regime de consolidação como instrumental para efetivo alcance do conceito de renda

para fins de incidência do IRPJ e da CSLL no âmbito do TBU. IV. Das propostas de alteração em relação às regras de consolidação presentes no PL n. 2.502/2021. V. Conclusões. VI. Referências bibliográficas. 51

A Tributação de Beneficiários Residentes Fiscais no Brasil de um *Trust* Localizado no Exterior
Luciano Burti Maldonado
I. Introdução. II. As relações jurídicas decorrentes do *Trust* sob a perspectiva do direito brasileiro. III. Da tributação sobre a transmissão *causa mortis* e doação. IV. Da tributação sobre a renda. V. Proposições sobre a tributação de beneficiários residentes fiscais no Brasil de um *Trust* localizado no exterior. V.a. Proposições acerca da incidência do ITCMD. V.b. Proposições acerca da incidência do IRPF. VI. Conclusão. Bibliografia. 79

A (In)compreensão das Estruturas de *Trust* por Decisões Administrativa e Judicial que estabeleceram Parâmetros Iniciais para a Tributação de Beneficiários Residentes Fiscais no Brasil
Luciano Burti Maldonado
I. Introdução. II. Das decisões administrativas e judiciais em matéria de *Trust*. II.1. Da manifestação da Receita Federal na Solução de Consulta Cosit n. 41/2020. II.2. Do quanto decidido em sentença proferida nos autos do Processo n. 5017217-81.2020.4.03.6100 prolatada pela Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo. II.3. Do quanto decidido no Acórdão proferido nos autos do Processo n. 0477287-44.2015.4.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. II.4. Notas comuns sobre as decisões administrativas e judiciais acerca da tributação do *Trust*. III. Da mitigação das assimetrias. IV. Conclusão. Bibliografia. 101

Assimetrias no Tratamento Tributário Conferido aos Lucros Auferidos no Exterior por Sociedades Coligadas quando Comparadas às Regras de Sociedades Controladas
Erlan Valverde
1. Introdução. 2. Análise técnica. 2.1. Contextualização histórica e legislativa. 2.2. Coligadas tributadas pelo regime de competência – limitação ao crédito de imposto pago no exterior. 2.3. Assimetria na consolidação de resultados. 2.4. Assimetria na dedução dos ajustes de preços de transferência e subcapitalização. 2.5. Dedução dos resultados de participações indiretas em empresas residentes no Brasil. 2.6. Variações cambiais. 3. Conclusão. Referências. 121

O regime jurídico brasileiro de tributação em bases universais em face dos tratados para evitar a dupla tributação da renda

Tributação em Bases Universais Prevista na Lei n. 12.973/2014 e os Tratados Internacionais contra a Dupla Tributação Firmados pelo Brasil

Gustavo Querotti e Silva / Henrique Mellão Cecchi de Oliveira
I. Introdução. II. Principais características das regras CFC adotadas internacionalmente. III. Evolução dos comentários da Convenção Modelo da OCDE sobre a compatibilidade entre regras CFC e os TDT. IV. Evolução da jurisprudência internacional sobre a questão da compatibilidade. V. Crítica à posição consolidada nos comentários à CM-OCDE e inaplicabilidade ao regime de TBU adotado no Brasil. VI. Evolução da jurisprudência brasileira sobre a questão da compatibilidade. VIII. Conclusão. Bibliografia. 139

Desafios Concretos da Aplicação dos Acordos contra Bitributação Celebrados pelo Brasil Frente à Lei n. 12.973/2014
Isabel Garcia Calich da Fonseca / Ana Paula Saunders
Introdução. 1) Sistemática e constitucionalidade da Lei n. 12.973/2014. 2) Classificação da legislação brasileira como regra CFC e consequências. 3) Contexto atual da tributação de lucros no exterior. 3.1) Tributação de lucros no exterior e art. 7º dos tratados. 3.2) Paradigma na jurisprudência administrativa sobre tributação de lucros de controlada indireta. 3.3) Tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. 4) Exemplos e o bloqueio do art. 7º sobre o art. 77 da Lei n. 12.973/2014. 4.1) Estrutura 1. 4.2) Estrutura 2. 4.3) Estrutura 3. 5) Conclusões. Bibliografia. 171

Os possíveis novos rumos para a legislação de tributação em bases universais do Brasil, tendo-se em vista aspectos constitucionais e de política tributária

A Competitividade das Multinacionais Brasileiras e a Tributação de Lucros no Exterior: Análise Comparada da Documentação Fiscal de Multinacionais e a Questão da Transparência como Entrave à Formulação de Políticas Fiscais
Mariana Brandão Fantini / Noely Albuquerque Pereira
Introdução. I. Competitividade das multinacionais brasileiras. II. A evolução legislativa da regra de TBU brasileira. II.1. Análise das empresas selecionadas: justificativa da escolha. II.2. Análise da regra de tributação em bases universais do Brasil. II.3. Análise da regra de tributação em bases universais da Holanda. II.3.1. Análise das demonstrações financeiras Heineken versus Ambev. II.4. Conclusão das análises. Referências bibliográficas. 191

Regras CFC Brasileiras e *Pillar 2*: Coordenação, Superposição ou Redundância?
Carlos Augusto Daniel Neto / Romero Lobão Soares
Introdução. 1. As regras de CFC: origem e escopo. 2. As regras CFC brasileiras: da Medida Provisória n. 2.158/2001 à Lei n. 12.973/2014. 3. O Pilar 2 do Beps e as regras CFC brasileiras. Conclusão. Bibliografia. 209

As Propostas de Regra CFC para Pessoa Física no Brasil: Uma Análise sobre Modelos de Tributação da Renda da Pessoa Física em Bases Universais Compatível com o Sistema Tributário Brasileiro
Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos
1. Introdução e delimitação do objeto de estudo. 2. O pêndulo entre a regra CFC antiabuso e a regra antidiferimento de tributação da renda. 3. Os limites impostos pelo sistema tributário brasileiro de tributação da renda da pessoa física. 3.1. O conceito de renda adotado pelo legislador complementar e o princípio da renda disponível. 3.2. As regras de tributação da renda da pessoa física: o legislador tem o dever de adotar o regime de caixa? 4. Proposta de um possível escopo de regra CFC para pessoa física. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas. 235

Apresentação

Tributação em Bases Universais: uma pesquisa importante para o Brasil

Desde a sua criação, o Núcleo de Pesquisas do Mestrado Profissional em Direito Tributário e Comparado (NUPEM), do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) tem selecionado alunas e alunos, além de especialistas do mercado, para a promoção de grupos temáticos vocacionados a desenvolver temas tributários de grande relevância para a sociedade brasileira. Toda a produção do NUPEM pode ser acessada no website do Mestrado do IBDT (mestrado.ibdt.org.br/nupem).

O presente livro celebra a criação de uma nova coleção de publicações do IBDT, que se dedicará a dar publicidade às pesquisas desenvolvidas no âmbito do NUPEM. Essa nova coleção está disponível a toda sociedade, ao lado das demais publicações do IBDT, como a *Revista Direito Tributário Atual*, a *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, a *Doutrina Tributária* e a *Tributação Aplicada*, bem como da coleção Tributação Aplicada, em que são publicados trabalhos de conclusão do Mestrado Profissional do IBDT.

Nesta edição inaugural, apresentamos trabalhos desenvolvidos por pesquisadores do grupo de pesquisas "**Tributação em Bases Universais**", que tratou do regime brasileiro de cobrança de IRPJ e CSLL sobre companhias brasileiras que possuem investimento em empresas controladas ou coligadas localizadas no exterior. Os trabalhos em questão refletem pesquisas e discussões desenvolvidas pelo grupo, preservando-se, no entanto, a liberdade dos respectivos autores para a apresentação de suas próprias conclusões quanto aos temas.

A referida temática, que geralmente é analisada pela doutrina estrangeira a partir das chamadas *Controlled Foreign Companies – CFC rules*, apresenta elevado nível de especificidade e complexidade, tal como é elevada a sua importância para a fluidez de investimentos no exterior e para o delineamento da adequada política fiscal brasileira.

O grupo de pesquisas do NUPEM "Tributação em Bases Universais" contou com a colaboração dos seguintes pesquisadores: Ariene A. Henriques dos Reis, Bruno Nepomuceno de Souza, Carlos Daniel Neto, Carolina Prado Von Zuben, Cecília Abreu Barbeitos, Giácomo Paro, Gustavo Querotti, Henrique Mellão Cecchi de Oliveira, Izadora Coutinho, Laura Salviano, Lucas Borges Gonçalves, Luciano Burti, Rafael Cunha Procópio, Rafael Ephraim Dzik, Romero Lobão Soares, Tadeu Henriques Júnior, Ciro Cesar Soriano de Oliveira, Claudio Marcio Tartarini, Erlan Valverde, Felipe de Carvalho Pavão, Gabriela Moreno Bitu Cibella, Leonardo Maues de Freitas, Renata Emery, Thales Stucky, Bruno Fettermann, Mariana Brandão Fantini e Noely Albuquerque Pereira.

As pesquisas desse grupo foram coordenadas por um dedicado Comitê Executivo, composto por Amanda Panissa (Mestranda do IBDT), Ana Paula Saunders (*LLM* em Direito Tributário Internacional por Leiden), Giovana Portolese (Doutora em Direito Tributário pela Universidade de Bologna), Isabel Calich (Professora do Mestrado do IBDT), Ramon Tomazela Santos (Professor do Mestrado do IBDT), além dos autores dessas notas introdutórias, Luís Flávio Neto (Coordenador e Professor do Mestrado do IBDT), Roberto Codorniz Leite Pereira (Professor do Mestrado do IBDT) e Victor Borges Polizelli (Professor do Mestrado do IBDT).

Para o desenvolvimento do projeto, os pesquisadores foram divididos em três frentes, que tiveram por objetivo aprofundar os seguintes temas:

1) Os problemas e os desafios do regime jurídico de tributação em bases universais previsto na Lei n. 12.973/2014;
2) O regime jurídico brasileiro de tributação em bases universais em face dos tratados para evitar a dupla tributação da renda;
3) Os possíveis novos rumos para a legislação de tributação em bases universais no Brasil, tendo-se em vista aspectos constitucionais e de política tributária.

Conforme será possível apreender com os textos que compõem o presente livro, a organização dessas três frentes de pesquisas permitiu o desenvolvimento de temas de grade relevância, compartilhados e discutidos por todo o grupo, por exemplo: (i) inversões societárias; (ii) consolidação de resultados no exterior; (iii) compensação do imposto de renda pago no exterior; (iv) relações jurídicas entre *settlor*, *trustee* e *beneficiary*, nas diferentes modalidades distintas de *trusts*; (v) compatibilidade do regime brasileiro de tributação em bases universais com os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil; (vi) aplicação de acordos de bitributação no contexto da Lei n. 12.973/2014, especialmente nas situações em que há tributação *per saltum* dos lucros apurados por controladas indiretas; (vii) reflexos do regime brasileiro de tributação em bases universais perante os princípios que orientam a Ordem Econômica Constitucional; (viii) regra brasileira de tributação em bases universais em face da proposta de uma tributação global mínima de 15% para grupos multinacionais; (ix) aplicação de um regime de antidiferimento para indivíduos (pessoas físicas); e (x) assimetrias entre os regimes aplicáveis aos lucros de sociedades controladas e coligadas.

A investigação de materiais necessários para subsidiar as pesquisas foi acompanhada de reuniões periódicas para o debate plural de ideias, troca de informações e de perspectivas. Considerando as medidas sanitárias para a pandemia da covid-19, todas as reuniões foram realizadas por meio de plataformas de videoconferências, que se mostraram eficazes. Foi notável o fluxo de conteúdo em todos os encontros do grupo.

No contexto dessas reuniões, devemos agradecer a participação dos especialistas estrangeiros, que apresentaram aos pesquisadores extraordinárias contribuições sobre a temática da tributação em bases universais: Błażej Kuźniacki

(Professor Assistente da Universidade de Amsterdam) e Simone Schiavini (*LLM* em Direito Tributário Internacional pela WU e advogado tributarista na Itália). No contexto brasileiro, contamos com a presença de Cláudia Pimentel (Mestre pelo IBDT e Subsecretária de Tributação e Contencioso da RFB), Daniel Prates (Mestre pelo IBDT e Auditor-Fiscal da RFB), Gustavo Carmona (sócio responsável pela área de tributação internacional da Ernest Young), Paula Zugaib Destruti (Doutora pela FDUSP) e Zabetta Macarini (Diretora Executiva do GETAP).

Entre os resultados desse grupo do NUPEM, foram produzidos textos pelos pesquisadores, aos quais faremos breves referências a seguir.

1) Os problemas e os desafios do regime jurídico de tributação em bases universais previsto na Lei n. 12.973/2014

A pesquisa apresentada por Ariane Henriques dos Reis, Ciro Cesar Soriano de Oliveira e Leonardo Maues de Freitas enfrenta o complexo problema das **inversões societárias**, hipótese em que há a alteração do controle da sociedade com a finalidade de se evitar a aplicação da regra de tributação de bases universais brasileira, de forma que a entidade controladora passe a ser regida por regimes jurídicos estrangeiros e com regras fiscais mais amenas. Em seu artigo, os autores analisam exemplos práticos de operações de inversões societárias envolvendo grupos transnacionais.

Gabriela Moreno Bitu Cibella e Lucas Borges Gonçalves analisaram as disposições da Lei n. 12.973/2014 que disciplinam a **compensação do imposto de renda pago no exterior** do imposto de renda a pagar, no Brasil, incidente sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior. Em especial, o trabalho analisa a mensuração do crédito que poderia ser considerado pela empresa controladora brasileira: o valor do imposto de renda efetivamente pago no exterior, ou o valor do imposto que seria devido no exterior? Os autores ainda analisaram possíveis cenários de compensação, seguindo-se o regime de competência e de caixa, concluindo não haver clareza na legislação quanto à compensação segundo o regime de competência.

A pesquisa de Felipe de Carvalho Pavão, Giácomo Paro e Thales Michel Stucky questiona em que medida o regime de **consolidação de resultados no exterior**, previsto no art. 78 da Lei n. 12.973/2014, corresponderia a um benefício fiscal ou seria uma medida necessária para a apuração da renda líquida e, portanto, um imperativo à luz das normas brasileiras, especialmente o art. 43 do CTN. Os autores entendem que o regime de consolidação é "ferramenta essencial para evitar que sejam computados na apuração do lucro real da controladora parcela de valores não representativa de um efetivo acréscimo patrimonial e que, por consequência, desbordaria do conceito constitucional de renda", criticando, no entanto, diversos dos limites impostos pelo legislador ordinário à aplicação do regime de consolidação.

Por sua vez, Luciano Burti Maldonado é o autor de dois textos, que cobrem a controvertida tributação das transações envolvendo indivíduos residentes no Bra-

sil e *trusts* constituídos no exterior. No primeiro texto, o pesquisador apresenta conclusões acerca das possíveis **relações jurídicas entre *settlor*, *trustee* e *beneficiary*, nas diferentes modalidades distintas de *trusts***, para identificar as nuances que afetam as diferentes transações e correspondentes incidências tributárias.

No segundo texto, Luciano Burti Maldonado apresenta análise crítica de precedentes da jurisprudência e de entendimentos das autoridades fiscais brasileiras em face de modalidades que o *trust* pode apresentar. O autor conclui que as autoridades administrativas e as cortes judiciais brasileiras não possuem a compreensão adequada acerta das estruturas de *trusts*, seja por falta de informações e documentos disponibilizados pelo contribuinte, seja pela falta de conhecimento de todas as variações no âmbito negocial que o negócio jurídico comporta.

Ainda nesta linha de pesquisa, Erlan Valverde se dedicou a analisar as situações de assimetria identificadas quando se compara os distintos regimes fiscais aplicáveis à tributação de controladas e coligadas no exterior. Em suas conclusões, o autor destaca que existem divergências interpretativas especialmente no contexto das sociedades coligadas tributadas pelo regime de competência que acabam gerando assimetrias injustificadas.

2) O regime jurídico brasileiro de tributação em bases universais em face dos tratados para evitar a dupla tributação da renda

Gustavo Querotti e Silva e Henrique Mellão Cecchi de Oliveira apresentam investigações sobre a **compatibilidade do regime brasileiro de tributação em bases universais com os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil**. A análise revela a ausência de um consenso sobre o tema, considerando os comentários da OCDE à sua convenção modelo, decisões de cortes brasileiras e também de outros países.

A pesquisa apresentada por Ana Paula Saunders e Isabel Calich, por sua vez, investiga a **aplicação de acordos de bitributação no contexto da Lei n. 12.973/2014, especialmente nas situações em que há tributação *per saltum* dos lucros apurados por controladas indiretas**.

O estudo conclui que a legislação brasileira "tem o condão de proteger apenas os lucros originários daquela jurisdição com a qual o Brasil possui tratado". Porém, em relação aos dividendos, as autoras concluem que a eventual aplicação do método da isenção "deve-se aplicar não apenas aos dividendos decorrentes de lucros da controlada direta como também da indireta".

3) Os possíveis novos rumos para a legislação de tributação em bases universais no Brasil, tendo-se em vista aspectos constitucionais e de política tributária

Mariana Brandão Fantini e Noely Albuquerque Pereira apresentam pesquisa sobre os **reflexos do regime brasileiro de tributação em bases universais peran-**

te os princípios que orientam a Ordem Econômica Constitucional, considerando o processo de internacionalização das empresas brasileiras, com a constituição de subsidiárias em outros países como estratégia de conquista de novos mercados.

As autoras concluem, em seu estudo, que "a falta de transparência das informações fiscais em conjunto à falta de previsibilidade gerada pela dissonância das regras globais e diretrizes da OCDE culmina em um ambiente em nada favorável ao crescimento do mercado brasileiro, o que, por certo, diminui a competitividade das multinacionais como um todo".

A pesquisa apresentada por Carlos Augusto Daniel Neto e Romero Lobão Soares contrapôs a **regra brasileira de tributação em bases universais em face da proposta de uma tributação global mínima de 15% para grupos multinacionais**, no contexto do chamado "Pilar 2" defendido pela OCDE e pelo G20 como desenvolvimento do Projeto BEPS. Os pesquisadores concluem que a regra brasileira, em princípio, possui o condão de já capturar a renda produzida no exterior independentemente da localização das subsidiárias estrangeiras, bem como do tipo de renda, estando, portanto, em linha com as recomendações relativas ao Pilar 2.

Por sua vez, a pesquisa de Bruno Fettermann trata da controvertida proposta de **aplicação de um regime de antidiferimento para indivíduos (pessoas físicas)**, destacando indagações constitucionais e quanto ao cumprimento dos requisitos de disponibilidade jurídica e econômica exigidos pela Código Tributário Nacional. O autor conclui que "uma possível regra CFC para pessoa física deveria se ater a incluir, na base de cálculo do imposto de renda de pessoa física, os rendimentos que são auferidos por *offshore* no exterior que, por questões societárias locais, são consideradas de livre disponibilidade do sócio residente no Brasil".

Convidamos toda a sociedade a tomar conhecimento das pesquisas ora apresentadas e contribuir para esse debate tão relevante. E fazemos votos que se mantenha viva em todos os pesquisadores que fizeram parte deste projeto a chama da indagação, da investigação, dos estudos e do debate, para que prossigam contribuindo para o desenvolvimento do direito tributário brasileiro.

Luís Flávio Neto
Roberto Codorniz Leite Pereira
Victor Borges Polizelli

Os problemas e os desafios do regime jurídico de tributação em bases universais previsto na Lei n. 12.973/2014

Tributação em Bases Universais: o Conceito de Controle e as Operações de Inversão

Worldwide Taxation: the Concept of Controlling Interest and Inversion Transactions

Ariene A. Henriques dos Reis
Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. MBA em Gestão Tributária pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (Fipecafi). Master of Advanced Studies em Tributação Internacional pela Université de Lausanne, Suíça. Advogada em São Paulo. Pesquisadora do NUPEM/IBDT. *E-mail*: ariene.hreis@gmail.com.

Ciro César Soriano de Oliveira
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestrando em Direito Tributário Internacional – IBDT. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas do Mestrado Profissional – NUPEM/IBDT. Advogado em São Paulo. *E-mail*: cirocso@gmail.com.

Leonardo Maués de Freitas
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas (FGV/SP). Advogado em São Paulo. Pesquisador do NUPEM/IBDT. *E-mail*: leonardo.mauesdefreitas@gmail.com.

Resumo
Um dos conceitos sobre o qual repousa o regime de tributação em bases universais brasileiro é o de controle societário. Com efeito, as pessoas jurídicas brasileiras estão obrigadas a sujeitar à tributação pelo Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) o lucro auferido no exterior por suas coligadas, controladas ou a elas equiparadas. Nessa linha, a compreensão do conceito de controle revela-se de suma importância na medida em que define em que extensão haverá tributação, sendo por isso oportuno defini-lo, reconhecendo-se de antemão que sua dimensão, no caso brasileiro, não se encontra na lei fiscal, mas sim na societária e na cível. Seja como for, a definição de controle será dada pela legislação de regência aplicável à pessoa jurídica, definida conforme o local em que é constituída (como é o caso do Brasil) ou o local em que se exerce efetivamente a sua administração, a depender do regime jurídico que lhe for aplicável, podendo ser exercido, ainda, direta ou indiretamente ou, ainda, por terceiros alheiros à sociedade. A ser dessa forma, o emprego do vocábulo "redomiciliação" poderá não ser de perfeita sinonímia, desde que o elemento de conexão "sede" possa não coincidir, necessariamente, com o de exercício do controle. O propósito do presente trabalho, dessa forma, é o de explorar o conceito de controle societário na legislação brasileira e cotejá-lo com o de direito comparado, com o intuito de conhecer em que medida a mudança de domicílio do controlador por meio de processos de inversão acarreta uma subtração da jurisdição brasileira sobre os lucros auferidos por entidades no exterior.
Palavras-chave: tributação em bases universais – TBU, conceito de controle, inversões.

Abstract
One of the concepts on which the Brazilian worldwide taxation regime is founded on is corporate control. Brazilian legal entities are subject to taxation by Corporate Income Tax (IRPJ) on profit and Social Contribution on Net Profits (CSLL) accrued abroad by their subsidiaries or equivalent entities. In this line, it is essential to understand the concept of corporate control to define to what extent there would be taxation, and its dimension to the Brazilian case, since it is not defined by the tax law but by the corporate and civil law. In any case, the legislation in force which is applicable to the legal entity defines corporate control according to where the company is incorporated (as in Brazil) or where its management is carried out, depending on the type of corporate control exercised directly or indirectly or by third parties. In this way, the use of the word "re-domiciliation" may not be of perfect synonymy, provided that the connection element "headquarters" may not necessarily coincide with the place of management. The purpose of this paper, thus, is to explore the concept of corporate control according to the Brazilian legislation, comparing it to the legislation of other jurisdictions, in order to conclude on whether to shift corporate domicile by means of inversion proceedings would subtract income earned by controlled entities from the Brazilian jurisdiction.
Keywords: worldwide taxation – TBU, corporate control concept, inversions.

1. Introdução

O impacto arrecadatório das estratégias agressivas adotadas por alguns países para atração das *Global Multinational Enterprises* (MNEs[1]) se encontra nos *hot topics* dos principais fóruns mundiais que tratam de assuntos tributários, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), na qual se debate, dentro do contexto das *Controlled Foreign Corportation Rules* (*CFC Rules*), estratégias para evitar processos de inversões societárias que promovem a alteração do controle intragrupo dos conglomerados internacionais como forma de planejamento tributário.

As inversões societárias promovidas pelos *big players* atraíram a atenção mundial quando quantificado tanto o impacto negativo gerado na arrecadação[2] quanto a quantidade de empresas[3] que adotaram a estratégia com a finalidade de diminuir o valor despendido para pagamento de tributos nas jurisdições das quais eram originárias.

---

1 Pelas divergências na literatura, entenda-se igualmente como "multinational corporations".

2 GLECKMAN, Howard. How much revenue the U.S. is losing through tax inversions, and how much worse it may get. *Forbes*, 2016. Disponível em: https://www.forbes.com/sites/beltway/2016/01/26/tyco-tax-inversions-income-shifting-and-lost-revenue/?sh=3182d65244b4. Acesso em: 26 nov. 2021, às 18:48.

3 MIDER, Zachary. Tax inversion. *Bloomberg*, 2017. Disponível em: https://www.bloomberg.com/quicktake/tax-inversion. Acesso em: 26 nov. 2021, às 18:53).

Neste sentido, visando conter os avanços das inversões societárias e mitigar a perda de arrecadação, países como os Estados Unidos optaram por promover uma série de reformas fiscais para adequar a forma de tributação da renda, sendo estas, contudo, muitas vezes contornadas pelo dinamismo da economia frente à impossibilidade do Poder Legislativo de acompanhar as transformações mundiais.

Em paralelo às tentativas americanas, a OCDE estimulou a adoção das já mencionadas *CFC Rules*, cuja finalidade se exprime na criação de diretrizes para evitar a transferência artificial do lucro de empresas para jurisdições de tributação nula ou favorecida em relações intragrupo quando comparadas à jurisdição de origem.

Sobre as *CFC Rules* como mecanismos de mitigação de inversões societárias, deve-se pontuar que, apesar de serem adotadas por 50 países[4], estas podem assumir efeitos contrários à sua finalidade, estimulando processos de inversão em decorrência da criação de condições desfavoráveis no que diz respeito à concorrência fiscal.

Analisando-se as *CFC Rules* sobre o prisma da concorrência fiscal, o modelo matemático proposto em estudo realizado pela Faculdade de Economia da Universidade de Luxemburgo[5] demonstra que a falta de coercitividade e a permissibilidade dessas regras induzem um efeito ambíguo, de forma que podem potencializar comportamentos indesejados na ótica do combate à elisão fiscal em decorrência da redomiciliação para aproveitamento de diretrizes mais brandas.

Analisando-se a questão dentro da ótica das políticas fiscais brasileiras, observou-se a criação de sucessivas normas para mitigar a transferência artificial da renda não tributada, sendo destacável dentre as principais normas a Lei n. 9.249/1995, a Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e a Lei n. 12.973/2014.

Contudo, em que pese o esforço legislativo brasileiro, em decorrência da falta de uniformidade da legislação doméstica com as diretrizes adotadas pelas maiores economias mundiais, melhor sorte não obteve, na medida em que apresenta uma conformação de elementos conflitivos, seja por ser ineficaz frente à sua finalidade que foi a de cobrir as várias situações em que os lucros aferidos no exterior fossem capturados pela tributação brasileira – dentro dos parâmetros constitucionais permitidos pelo que foi decidido pelo STF na ADI n. 2.588[6] –, como por simultaneamente desestimular a realização de investimentos brasileiros no exterior, por torná-los, do ponto de vista fiscal, menos competitivos.

---

4 OECD, Controlled Foreign Company (CFC Rules). Disponível em: https://qdd.oecd.org/data/CFC/.ALL. Acesso em: 27 nov. 2021, às 11:52.

5 PAULUS, Nora. The impact of CFC-rules on tax competition. *Discussion Paper of Department of Economics and Management of University of Luxemburg*, 2020. Disponível em: https://wwwfr.uni.lu/recherche/fdef/dem/publications/discussion_papers. Acesso em: 22 nov. 2021, às 07:13.

6 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.588/DF, Pleno, Rel. Min. Ellen Grade (Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa), j. 10.04.2013, *DJe* 10.02.2014.

Posto o insucesso dos países em conter os processos de inversão societária, a adoção da reorganização intragrupo pela alteração do domicílio fiscal da empresa controladora continua na pauta das grandes empresas mundiais, seja pela redução da carga tributária global ou pelos custos para manutenção da empresa em sua jurisdição originária.

Será objeto do presente estudo a inversão da estrutura pela alteração do controle por meio de processos societários, incluindo-se a reorganização da detenção das ações do grupo (controle direto) e modalidades que contemplam o controle exercido por terceiros (controle indireto).

Para tanto, iniciaremos com uma digressão acerca das formas de exercício do poder de controle segundo a legislação brasileira, analisando casos concretos de reorganizações societárias de inversão realizadas por empresas brasileiras dos quais se teve informação.

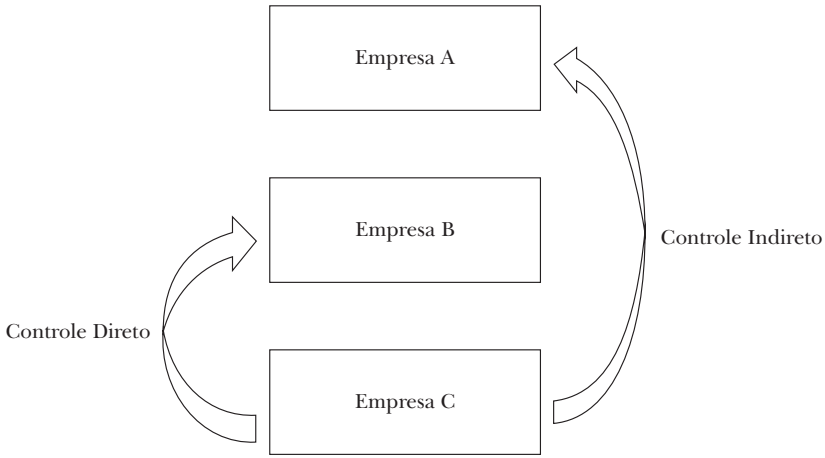
Na sequência, realizaremos uma comparação com a experiência norte-americana, que se apresenta em um estágio mais avançado no que diz respeito à matéria de inversões, para demonstrar que as motivações que levam à realização dos procedimentos podem variar em função do amadurecimento ou das diferenças entre as experiências das diversas jurisdições.

2. As inversões societárias por meio da alteração do controle intragrupo

2.1. O controle e suas modalidades

No direito brasileiro, o Código Civil prevê duas hipóteses independentes que qualificam uma empresa como controladora de outra, quais sejam: (i) a detenção da maioria simples das ações com direito a voto (controle direto); e (ii) o controle de uma sociedade que detém participações de empresa terceira suficiente para nortear as decisões (controle indireto).

Figura 1



Ainda sobre as normas legais que permeiam a definição de controle para fins societários, a Lei n. 6.404/1976 confere contornos mais rígidos à qualificação ao exigir que o controlador, cumulativamente, detenha a maioria dos votos em assembleia geral, bem como exerça de modo efetivo o controle, atuando como o representante da empresa nos processos decisórios.

Em outras palavras, de acordo com a legislação vigente, tem o controle de uma sociedade aquela pessoa física ou jurídica ou grupo que a comanda, escolhendo seus administradores e estabelecendo as suas linhas e formas de atuação, visando sempre o alcance do melhor desempenho do objeto social.

Interpretando estes dispositivos, porém, a doutrina demonstra a existência de formas de controle que não prescindem da detenção do percentual majoritário das ações, vinculando-o ao efetivo exercício do poder de controle, independentemente do percentual de quotas detidas[7].

A leitura da desnecessidade da detenção da maioria simples das quotas sociais de uma empresa para exercício do efetivo controle se conecta à possibilidade da pulverização das ações, comum em empresas que se encontram listadas na bolsa de valores, sobre as quais pessoas físicas ou jurídicas podem exercer o efetivo controle societário com um percentual reduzido das ações.

Este fato representa um preocupante desafio às companhias abertas de grande porte, pois, nestes casos, muitas vezes, o capital votante encontra-se totalmente pulverizado no mercado, nas mãos de um número considerável de acionistas especuladores e rendeiros que não estão interessados na condução da sociedade, imperando o absenteísmo dos acionistas em ocasiões de decisões nas assembleias. Como consequência, são frequentes os momentos em que, em uma assembleia, esteja presente apenas uma parcela minoritária dos detentores de capital votante.

Referido cenário, inclusive, já foi submetido à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, analisando casuisticamente o tema, já se posicionou de forma diversa, devendo-se destacar para fins deste artigo que, em determinadas hipóteses, reconheceu a desnecessidade da cumulatividade dos critérios expressos na Lei da S.A., entendendo pela possibilidade do exercício de controle ainda que a pessoa física ou jurídica não detenha percentual superior a 50% das ações da empresa (Processo Administrativo n. RJ2014/10023).

No caso do Processo Administrativo n. RJ-2007-14099, que também tramitou perante a CVM, foi reconhecido, de forma equivocada, que a transferência de ações realizada para um terceiro consistia em forma de aquisição de controle originária, pelo fato de que os três maiores acionistas detinham, respectivamente, 3,05%, 2,67% e 2,14%. Ou seja, por entender o órgão julgador que não havia uma situação de controle antes da operação de transferência de ações por se tratar de

---

7 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Tomo II, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4, p. 40.

estrutura acionária extremamente pulverizada, a conceituação de aquisição de controle originária e derivada foi distorcida por ter sido ignorado um aspecto de fato de que a companhia era de alguma forma gerida por administradores eleitos.

Isto porque o controle, sendo uma situação de fato, é marcado pelo efetivo poder de gerenciamento da empresa, o qual se caracteriza não pela quantidade de ações detidas, mas pela possibilidade e legitimidade para condução do objeto social.

Neste sentido, ainda que a legislação brasileira busque balizar a definição de controle para fins societários, observa-se que são admitidas interpretações conectadas à realidade das operações atinentes à potencialidade de o poder de controle ser exercido, ainda que o exercício não seja efetivo.

Considerando-se referida possibilidade, expandindo-se a leitura do controle para estudos internacionais, deve-se destacar que Adolf A. Berle e Gardiner C. Means[8] abordam em seus estudos outras possibilidades que também podem ser vistas no direito brasileiro, como (i) o controle gerencial; e (ii) o controle mediante expedientes legais.

Sobre o controle gerencial, conhecido também como controle administrativo, observa-se que este se encontra fundado nas prerrogativas dos administradores, em uma hipótese não diretamente ligada à propriedade das quotas sociais da empresa, mas à presença de marcadores que indicam uma efetiva situação de controle.

Comum em casos em que há pulverização das ações, referida hipótese é verificada pela presença de um conselho de administração que norteia a atividade social, sendo os integrantes eleitos para exercer a representação da empresa e sendo desnecessário que se qualifiquem como sócios para serem elegíveis à função.

Esse tipo de controle é bastante comum em corporações americanas[9] de capital aberto e, também, objeto de estudos sobre a lucratividade de entidades sob esse tipo de controle quando comparadas com aquelas cujo controle é exercido diretamente pelos acionistas[10].

Ainda, Berle e Means trata do controle exercido em decorrência de expedientes legais – ou seja, sem a propriedade direta de ações da sociedade – como ocorre, por exemplo, com o controle em cadeia em um mesmo grupo societário,

---

8 BERLE JR., Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: The Macmillan Company, 1933.

9 A doutrina cita como exemplo o caso da Pennsylvania Railroad Co., que, no ano de 1929, seus 20 maiores acionistas juntos possuíam apenas 2,70% do capital social da empresa.

10 Vide, por exemplo, SPIELER, Andrew C.; MURRAY, Andrew W. Management controlled firms v. owner controlled firms: a historical perspective of ownership concentration in the US, East Asia and the EU. *Journal of International Business Law* v. 7, Issue 1, art. 3, 2008. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=jibl. Acesso em: 29 nov. 2021, às 11:37).

ou ações com voto limitado ou ações sem direito de voto. Esse é, também, o caso dos *voting trust*, já que o *trustee* não é o proprietário dos bens e direitos, mas exerce o controle com base em direito próprio.

Ademais, existem os casos de controle externo em que terceiros, tais como credores, podem passar a exercer o controle de uma entidade. Por exemplo, o endividamento da sociedade pode acarretar a alteração de seu controle, de forma que o crédito pode ser usado como meio de capitalização da entidade.

No direito brasileiro, a Lei n. 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial e extrajudicial, prevê de forma expressa essa hipótese de alteração de controle[11], definindo que os credores podem rejeitar determinadas previsões contidas dentro do plano de recuperação judicial, percebendo-se uma mitigação do direito dos controladores anteriores, no que concerne à autonomia para gerenciamento da empresa.

Ainda no plano internacional, a OCDE traça comentários sobre os níveis de controle, bem como de seus efeitos, destacando que o controle pode ser parcial e vinculado, como o controle econômico decorrente da detenção de direitos reais sobre ativos de empresa terceira. Nesta hipótese, o detentor de referidos direitos pode vetar a autonomia da empresa controlada sobre o ativo, e o controle com base na consolidação, presente nas relações intragrupo. Exemplo disso é o IFRS 10 (*International Financial Reporting Standards*), no qual a empresa controladora pode definir métricas para consolidação de suas subsidiárias que estejam direta ou indiretamente por ela controladas.

É de se notar que as várias hipóteses de controle externo não são tratadas de forma expressa pela lei societária ou cível brasileira, uma vez que, como versado, nosso conceito legal de controle tem como premissa a propriedade de capital social.

2.2. O controle exercido por empresa brasileira sobre empresa estrangeira

Definidos os tipos de controle, em um recorte metodológico, passa-se a abordar como o Brasil trata a tributação dos lucros auferidos no exterior por empresa controlada (ou a ela equiparada) ou coligada à empresa nacional, sendo tal questão expressa na Lei n. 12.973/2014.

---

[11] "Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
[...]
III – alteração do controle societário;
Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.
[...]
§ 7º O plano de recuperação judicial apresentado pelos credores poderá prever a capitalização dos créditos, inclusive com a consequente alteração do controle da sociedade devedora, permitido o exercício do direito de retirada pelo sócio do devedor."

Referida lei estabelece que, caso a controladora de um conglomerado internacional se encontre domiciliada no Brasil, para fins tributários, esta deve registrar em subcontas de investimentos, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior[12].

Outrossim, para fins de referido registro, é equiparada à condição de controladora, a entidade brasileira que detenha participação em coligada no exterior e que, em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas tanto no Brasil quanto no exterior, também consideradas a ela vinculadas, possua mais de 50% do capital votante da coligada.

Trata-se de uma regra antifragmentação que tem por objetivo impedir que as sociedades controladoras brasileiras pulverizem participações societárias em outras jurisdições utilizando-se de pessoas a elas vinculadas como forma de afastar a tributação em território nacional dos lucros auferidos no exterior.

Para tanto, o legislador listou no inciso I, parágrafo único, do art. 83 da Lei n. 12.973/2014 possíveis veículos que podem ser utilizados para esse fim. Neste sentido, são consideradas pessoas vinculadas à entidade brasileira:

i) a pessoa física ou jurídica cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora, direta ou indireta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei n. 6.404/1976;
ii) a pessoa jurídica que seja caracterizada como sua controlada, direta ou indireta, ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei n. 6.404/1976;
iii) a pessoa jurídica quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos 10% do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;
iv) a pessoa física ou jurídica que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;
v) a pessoa física que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus conselheiros, administradores, sócios ou acionista controlador em participação direta ou indireta;
vi) a pessoa jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado, conforme dispõem os arts. 24 e 24-A da Lei n. 9.430/1996, desde que não comprove que seus controladores não estejam enquadrados nos incisos I a V.

[12] Vide art. 76 da Lei n. 12.973/2014.

Por outro lado, nos Estados Unidos, por exemplo, também existem regras antifragmentação, tal como se verifica das seções 318(A) e 958(b) da *Internal Revenue Code*. De acordo com aquela legislação, se uma empresa possuir, direta ou indiretamente, mais de 50% do poder de voto total combinado de todas as classes de ações com direito a voto de outra empresa, será considerada como possuidora de todas as ações com direito a voto e, portanto, controladora dessa última.

Feitas essas considerações a respeito da legislação tributária, nota-se a importância da previsão legal do conceito de controle, haja vista que essa definição impacta diretamente a forma de tributação de lucros auferidos no exterior por controladora nacional, bem como a carência legislativa induz a inseguranças que podem potencializar e incentivar processos de inversão, sendo a consequência destes a queda na arrecadação nacional.

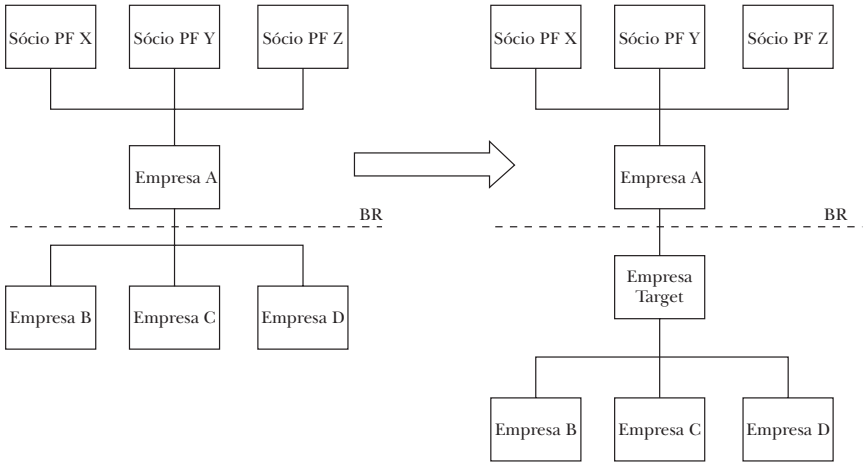
2.3. Inversões de controle de empresa brasileira

Traçadas as razões que motivam a realização do processo de inversão societária, sejam estas fiscais ou societárias, bem como as políticas nacionais e transnacionais para mitigação deste planejamento, adentra-se aos procedimentos costumeiramente empregados pelas empresas para realização das inversões.

Pois bem, sobre a primeira questão a ser analisada para realização do processo de inversão, deve-se definir o local em que se pretende domiciliar a empresa, constituindo-se nova interposta dentro do grupo societário ou utilizando empresa já presente.

Definido o local de residência da futura controladora, a empresa A constituirá, como controlada direta, a empresa *target*, contribuindo para o capital social desta com a integralidade das quotas detidas em "B", "C" e "D", as quais serão avaliadas pelo Método de Equivalência Patrimonial, obtendo-se o seguinte cenário:

Figura 2



Em razão da referida movimentação societária, a Empresa "A", quando da consolidação dos resultados de seus investimentos no exterior, poderá perceber acréscimo patrimonial em decorrência de flutuações cambiais pela alteração do domicílio da empresa controlada direta.

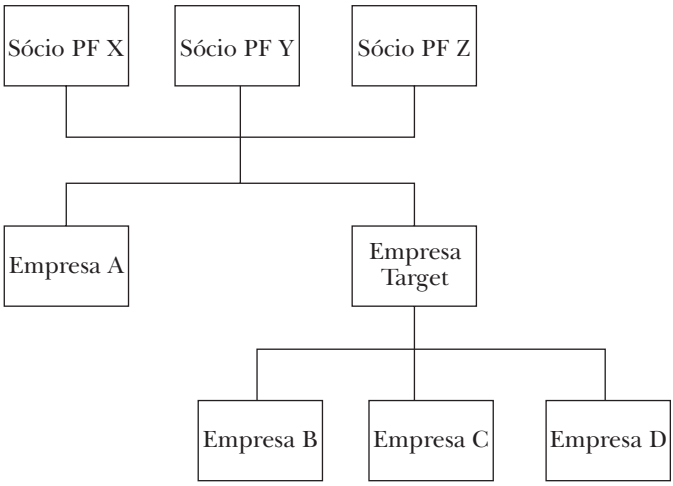
A parcela do valor correspondente à variação cambial não implicará efeitos fiscais para fins de IRPJ e de CSLL, como disposto no art. 77 da Lei n. 12.973[13] e confirmado pela Solução de Consulta Cosit n. 39, de 2021[14].

Faz-se oportuna uma digressão sobre a existência de propósitos negociais que justifiquem a realização da operação.

Sobre o propósito negocial, observa-se que a legitimação do Fisco para promoção de atos de desconsideração das operações realizadas pelo contribuinte deve se limitar aos atos praticados à margem da legislação.

No entanto, considerando-se que, na grande maioria dos casos, os atos realizados ocorreram dentro das balizas legais, a desconsideração da reorganização seria justificada tão somente com base na discricionariedade das autoridades fiscais, haja vista a ausência de previsão legislativa que impossibilite a movimentação realizada, bem como a garantia constitucional ao direito de livre organização.

Figura 3

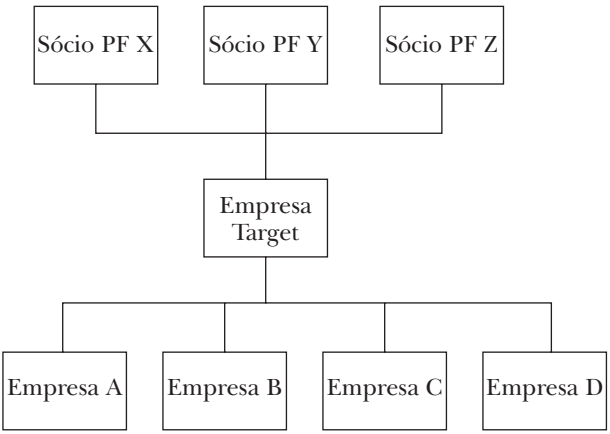


[13] Lei n. 12.973, de 2014: "Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76."

[14] BRASIL, Ministério da Economia. Coordenação-Geral de Tributação – Cosit. 22 de março de 2021. "SC Cosit nº 39/2021". 22 de março de 2021. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=116270.

Pois bem, passados referidos *steps*, como passo seguinte da reorganização societária visando à inversão, a empresa *target* realizará aumento de capital, sendo as quotas emitidas integralizadas pelos sócios por meio da participação detida em "A", de forma que o cenário após a operação será:

Figura 4



Após a integralização das novas quotas de *target*, restará perfectibilizada a inversão societária, contudo, como demonstrado ao longo do tópico, diversas nuances presentes na operação podem gerar questionamentos fiscais. Versaremos sobre a questão tomando por base precedentes apreciados pelos tribunais brasileiros.

2.4. Inversões societárias: operações de inversão promovidas por empresas brasileiras

2.4.1. A inversão da Magnesita

A operação de inversão da Magnesita fora inicialmente publicada por Fato Relevante de dezembro de 2015[15], justificando a operação, dentre as principais razões, em função do fortalecimento de sua presença global – dado auferir cerca de 75% de suas receitas do mercado internacional –, e acesso ao mercado financeiro e novas formas de financiamento para fortalecimento de sua estrutura de capital.

É de se perceber, de saída, que as razões dadas para justificar a operação, a exemplo do caso da Ambev, que se verá na sequência, não tinham cunho estritamente fiscal[16].

---

[15] MAGNESITA, MAGNESITA REFRATÁRIOS S.A. Fato Relevante. São Paulo, 2015. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/fatos-relevantes/pdf/18310647.pdf. Acesso em: 29.11.2021, às 18:21).

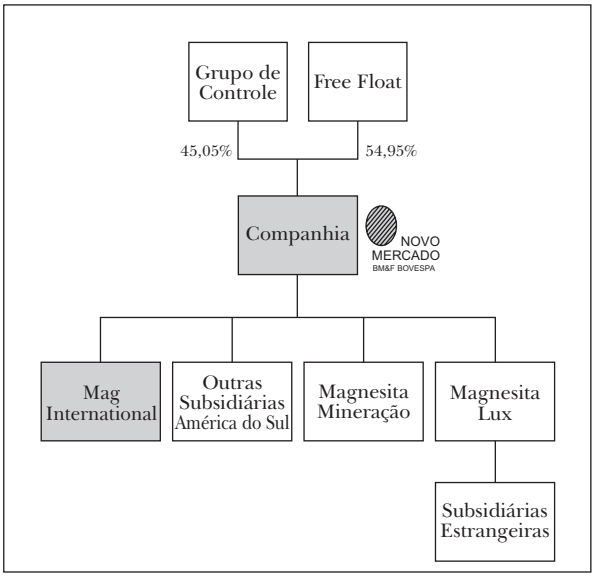
[16] Ao tempo em que escrevemos esse artigo, presenciamos novo movimento de internacionalização – e inversões – por parte de empresas brasileiras, como dão notícia matérias publicadas em *O*

A operação foi realizada conforme os seguintes passos:

a) Constituição de uma *holding* (Mag International) que passaria a deter as participações societárias dos negócios de mineração de matérias-primas no Brasil e dos negócios de produção e distribuição de refratários fora do Brasil (exceto América do Sul), até então detidas pela Magnesita Refratários;
b) Diminuição do capital da Magnesita, pagando os seus acionistas com a totalidade das participações societárias de Mag International;
c) Admissão de Mag International no mercado de ações londrino[17]; e
d) Troca das ações da Magnesita ainda detidas por acionistas da Mag International, por ações desta última, de modo que o investimento passasse a ser detido em Magnesita exclusivamente por meio de Mag International.

O Fato Relevante fornece a seguinte demonstração gráfica anterior e posterior à operação (Figuras 5 e 6):

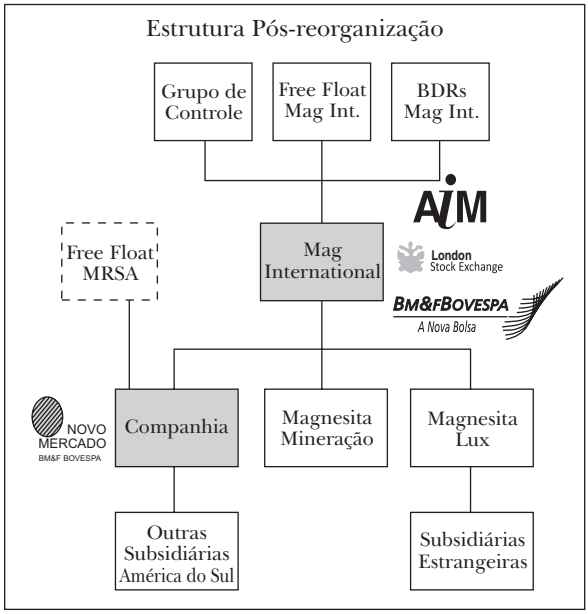
Estrutura antes da inversão:



Estado de São Paulo, de 28 de novembro de 2021, p. B1 e B2, "Empresas avaliam trocar B3 por EUA" e "Ida à NY reflete a aversão ao risco brasileiro", respectivamente. Ambas as matérias dão conta de preocupações e críticas com a legislação societária e o risco brasileiros. Não há menção a questões fiscais que dessem razão à realização dessas operações.

17 O Fato Relevante explica o detalhe de que o mercado específico em que as ações seriam negociadas seria no Alternative Investment Market (AIM) da London Stock Exchange (LSE) no Reino Unido, um mercado para companhias em crescimento, e desde o seu lançamento em 1995.

Estrutura após a inversão:



A Figura 6 deixa claro, em comparação à Figura 5, que o controle da companhia, antes sediado no Brasil, passou a ser detido por Mag Internacional, mudando-se, com isso, a jurisdição do domicílio de controle da empresa.

A operação, entretanto, não se realizou dessa forma, mas de forma mais comum, dada a aquisição das participações societárias da Mag Internacional por empresa estrangeira em uma operação de troca de ações pela qual os antigos controladores da Magnesita passaram a ser acionistas de uma empresa originalmente sediada na Holanda. A operação foi anunciada por Fato Relevante de 2016 e confirmada por Fato Relevante de 2017[18].

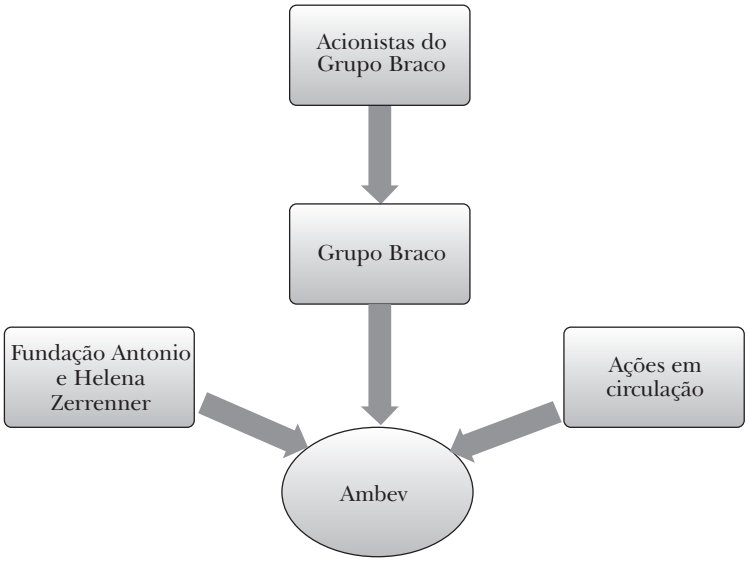
2.4.2. A inversão da Ambev

A Ambev é formada pela associação formalizada entre as empresas Companhia Cervejaria Brahma ("Brahma") e Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos ("Antarctica"), passando o seu capital votante a pertencer ao Grupo Braco (com 76%) e à Fundação Zerrener (com 24%), acionistas originais da Brahma e da Antarctica, respectivamente, além de participações minoritárias e preferencialistas negociadas publicamente[19] (Figura 7).

---

[18] MAGNESITA, MAGNESITA REFRATÁRIOS S.A. Fato Relevante. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmDownloadDocumento.aspx?Tela=ext&numProtocolo=583785&descTipo=IPE&CodigoInstituicao=1. Acesso em: 29 nov. 2021, às 22:21.

[19] AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Histórico criação da Ambev. Ambev re-



A Ambev iniciou seu movimento de internacionalização em 1994. O primeiro passo foi dado pela Brahma, empresa que viria a ser incorporada pela Antarctica, dando origem à Ambev, iniciou suas atividades em países latino-americanos como a Argentina, Paraguai e Venezuela.

Posteriormente, foi realizada uma associação com a Quinsa em 2003, e diversas aquisições realizadas ao longo de 2004 na América Central, no Peru, no Equador e na República Dominicana[20].

A inversão da Companhia se deu em 2004 como resultado de uma combinação de negócios com a Interbrew, uma cervejaria belga detida por várias entidades representativas das Famílias Fundadoras da Interbrew[21].

Os passos por meio dos quais se concretizou a inversão tiveram início com a emissão de ações pela Interbrew, subscritas pelos acionistas do Grupo Braco e por eles integralizadas com as ações que detinham nesta companhia. Dessa forma, a Interbrew passou a ser controladora direta do Grupo Braco e indiretamente da Ambev[22] (Figura 8).

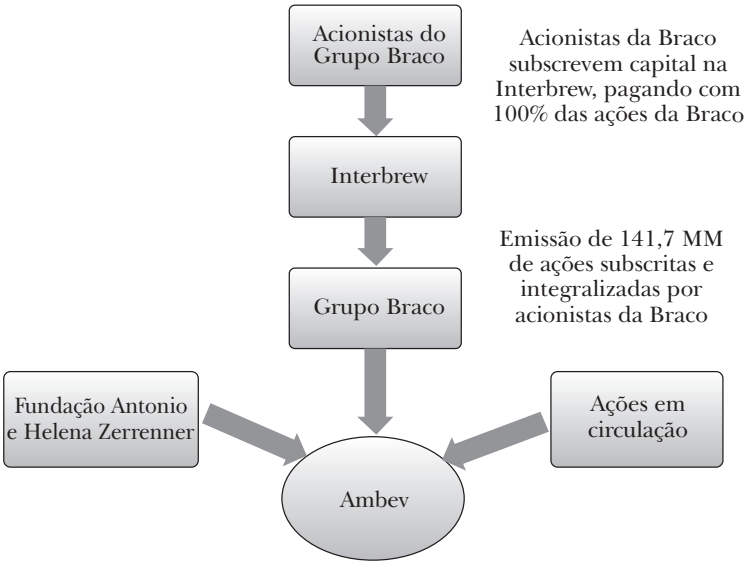
---

lações com investidores, 2021. Disponível em: https://ri.ambev.com.br/visao-geral/historico/. Acesso em: 14 set. 2021, às 09:10.

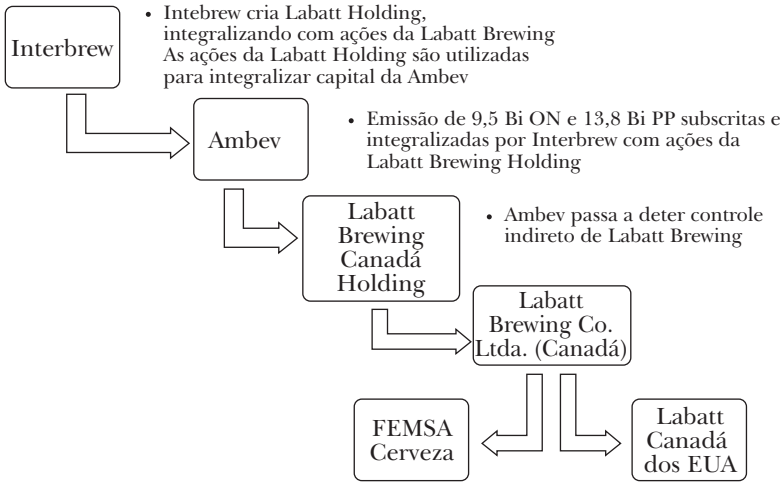
[20] AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Histórico visão geral. Ambev relações com investidores, 2021. Disponível em: https://ri.ambev.com.br/visao-geral/historico/. Acesso em: 14 set. 2021, às 14:20.

[21] AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Histórico Canadá e Operações InBev-AmBev. Ambev relações com investidores, 2021. Disponível em: https://ri.ambev.com.br/visao-geral/historico/. Acesso em: 14 set. 2021, às 16:03.

[22] AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Fato Relevante – Interbrew e AmBev criam InterbrewAmBev, a cervejaria número um do mundo. São Paulo: [s.n.]. 2004, p. 1.



Em outra vertente, Interbrew criou a Labatt Brewing Canada Holding, conferindo em capital as ações detidas na Labatt Breewing Co. Ltd. (Canadá). Ato seguinte, subscreveu capital na Ambev, integralizando-o com as ações da Labatt Brewing Canada Holding, recém-criada. Como Labatt Breewing Co. Ltd. já detinha participações em FEMSA Cerveza e em Labatt Canadá dos EUA, ficaram concentradas na Ambev as operações "Labatt" realizadas na América do Norte (Figura 9).



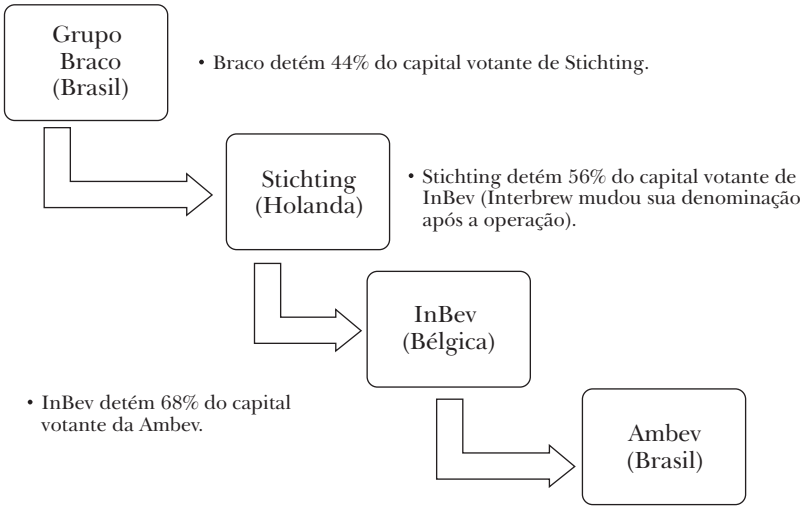
O movimento, como se percebe, realizou-se em duas frentes, primeiro com a transferência do controle detido pelo Grupo Braco para a Interbrew e, após, com a concentração das operações da Labatt na América do Norte sob a Ambev:

> "As 'operações InBev-Ambev' consistiram em duas operações negociadas simultaneamente: (i) na primeira operação, o Grupo Braco trocou suas ações na Ambev por ações na Interbrew S.A./N.V. ("Interbrew"); e (ii) na segunda operação, a Ambev emitiu ações para a Interbrew em troca de uma participação de 100% da Interbrew na Labatt."[23]

Encerradas as operações em agosto de 2004, as participações societárias finais passaram a ser as seguintes[24]:

a. Participação votante do Grupo Braco na Stichting (controladora da Interbrew após a reorganização societária:	44,00%
b. Participação votante da Stichting na Interbrew	56,00%
c. Participação votante da Interbrew na Ambev	68,00%
d. Participação indireta final do Grupo Braco no capital votante da Ambev	16,76%

A descrição desse movimento de internacionalização e de expansão das atividades da Companhia é importante para que se compreenda que a inversão tenha se dado como resultado precípuo de uma combinação de negócios, e não por razões estritamente fiscais (Figura 10).



Percebe-se que, após a operação, a participação do Grupo Braco no capital votante da Ambev passou de 76% para 16,76%. Deixou, assim, de ser controlador da Ambev, realizando-se, dessa forma, a redomiciliação do controle da Companhia para o exterior.

---

[23] Histórico Canadá e Operações InBev-AmBev, nota 21.

[24] Nota 21 acima.

É de se ver que a operação não implicou o total afastamento da regra de tributação em bases universais, na medida em que o que se transferiu para o exterior foi o controle detido pelo Grupo Braco, que deixou de se submeter às regras de TBU brasileiras no que diz respeito às operações da Ambev. A Ambev, entretanto, continuou a ser controladora das operações na América do Sul, Caribe e América do Norte (operação Labatt), submetendo-se, no que diz respeito ao lucro apurado por estas, às regras brasileiras de TBU.

2.4.3. Inversão da JBS

Já a operação de inversão do Grupo JBS foi descrita em Fato Relevante de 2016[25], que perpassou as seguintes fases:

a) Criação da JBS Food International para a qual a JBS S.A. transferiria seus negócios fora do Brasil e os negócios da Seara Alimentos Ltda. ("Seara"); e
b) Redução de capital da JBS S.A., operação por meio da qual a JBS S.A. entregaria em pagamento dos seus sócios as participações até então detidas sobre o capital da JBS Food International.

Curioso notar que nos três casos citados, o passo seguinte ao procedimento de inversão societária foi a efetivação de uma captação de valores no exterior, evidenciando-se que as razões fiscais, de fato, não pareciam ser o elemento que motivou a realização da operação.

É possível dizer que há certa padronização nas operações de inversão. Do que se viu nos casos da Ambev e da Magnesita, e agora exemplificando-se com o caso da JBS, o roteiro parece seguir a seguinte cronologia:

a) Existência ou criação de uma holding sediada no exterior que receberá participações societárias em contribuição ao seu capital social;
b) Posterior redução de capital da investidora, pagando os sócios com suas participações societárias detidas no capital da holding estrangeira recém-criada.

É possível haver, no entanto, algumas variações conforme a motivação que dá causa à operação. Eventualmente, a composição societária não permitirá que todo o capital seja vertido, realizando-se posteriormente uma oferta pública de ações, permitindo que os acionistas que continuaram com participação na (antiga) investidora troquem suas ações por títulos representativos da empresa estrangeira. Foi o que se observou, por exemplo, no caso Magnesita.

---

[25] JBS, JBS S.A. Fato Relevante. São Paulo, 2016. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/043a77e1-0127-4502-bc5b-21427b991b22/avisos-comunicados-e-fatos-relevantescentral-de-downloads/fe2e6a78b8edce547dee9fae1e8c995e75b35b272b83e41944d86e83c79cbb44/fato_relevante_reorganizacao_societaria_fato_relevante.pdf. Acesso em: 29 nov. 2021, às 20:15.

3. Inversões societárias: operações de inversão promovidas por empresas americanas

As análises dos casos de inversão revelam que a motivação de tais operações podem variar conforme a jurisdição de que se trate, podendo justificar-se por razões que não são estritamente fiscais – como sugere a descrição dos casos brasileiros anteriormente citados –, ou ter o componente tributário como elemento incentivador primordial, como parecem indicar os casos norte-americanos.

A literatura especializada indica a realização de 77 operações de inversão realizadas nos EUA entre os anos de 1994 e 2014[26], ou seja, uma média de 3 a 4 operações em cada ano. Não parece um número elevado, a se considerar que se trata de parâmetro fixado em país de tradição de investimento no exterior (exportador de capital) e o tamanho daquela economia e o número de empresas multinacionais de origem americana que operam em vários países do mundo – e compreensível, portanto, que tenha havido poucas operações dessa natureza no Brasil.

O que é interessante observar, entretanto, é que, diversamente do que se percebe na descrição das operações brasileiras, a economia fiscal parece ter sido a tônica nas operações realizadas nos EUA, que implicaram a adoção de diversas medidas tomadas pelo Fisco norte-americano para afastar as pretensões elisivas praticadas por contribuintes daquele país, estimulados por fugir da tributação do *Subpart* F e, também, da tributação de 35% de imposto incidente sobre os dividendos pagos à controladora americana[27]. É possível destacar algumas das medidas que foram adotadas pelo Fisco norte-americano ao longo do tempo para o combate das práticas de inversão[28]:

- Tributação de valores pagos pela empresa invertida à nova empresa mãe quando a relação *debt/equit* fosse superior a 1,5 vezes;
- Tributação na pessoa dos sócios pessoas físicas, dos ganhos auferidos na operação de inversão, nas hipóteses em que o controle permanecia detido por pessoas físicas;

---

[26] TALLEY, Eric L. Corporate inversions and the unbundling of regulatory competition. *Virginia Law Review* v. 101, 2015, p. 1748-1751 *apud* BRANDÃO, Ana Gabriela Guilherme Marques. O regime de tributação sobre os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e seus efeitos: operações de inversão corporativa. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Orientador: Roberto França de Vasconcellos. Anexo, Tabela I, 2021, p. 135.

[27] BRANDÃO, Ana Gabriela Guilherme Marques. O regime de tributação sobre os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e seus efeitos: operações de inversão corporativa. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Orientador: Roberto França de Vasconcellos. Anexo, Tabela I, 2021, p. 54.

[28] BRANDÃO, Ana Gabriela Guilherme Marques. O regime de tributação sobre os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e seus efeitos: operações de inversão corporativa. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Orientador: Roberto França de Vasconcellos. Anexo, Tabela I, 2021, p. 51-53.

- Considerou como americana a empresa invertida, quando era detida por 80% ou mais de sócios americanos que originalmente detinham a empresa que sofreu inversão;
- Na hipótese de detenção de faixa entre 60% e 80% da nova empresa invertida, seus lucros continuavam a ser tributados nos EUA pelo prazo de 10 anos;
- Havendo participação inferior a 60% ou quando a empresa invertida mantinha atividades empresariais substanciais no país da inversão, não era considerada inversão para fins fiscais; e,
- Estipulação de testes de substância para aceitação de uma operação como não sendo inversão para fins fiscais (i.e. 10% de empregados ativos e vendas estariam localizados no país final da inversão).

Interessa saber se tais medidas foram suficientes a impedir ou diminuir a realização de práticas de inversão. Ao que parece a resposta é negativa, tendo em vista a continuidade de operações realizadas mesmo após a adoção das medidas fiscais pelo Governo norte-americano[29].

Assim, de certa forma, as medidas adotadas pelo fisco norte-americano para combater as inversões foram de pouca efetividade dado que, embora tenham estipulado critérios objetivos para trazer as operações à tributação, não conseguiam eliminar outras formas encontradas pelos contribuintes para, dentro da própria legislação, fugir à regra[30].

Exemplificativamente, as regras que estabelecem percentuais de participação societária (os critérios de 60% e de 60%-80%) poderiam ser afastadas pela montagem de uma estrutura societária que satisfizesse esses critérios. Na operação Pfizer/Allergan, por exemplo, a Pfizer terminaria com 56% de participação societária, fugindo à caracterização de inversão nos termos legais[31].

Outro exemplo consiste nas situações em que, imediatamente à operação de inversão, a empresa invertida seria adquirida por uma empresa local, satisfazendo o critério objetivo do teste de substância vigente à época[32].

---

[29] BRANDÃO, Ana Gabriela Guilherme Marques. O regime de tributação sobre os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e seus efeitos: operações de inversão corporativa. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Orientador: Roberto França de Vasconcellos. Anexo, Tabela I, 2021, p. 51-53.

[30] AVI-YONAH, Reuven S.; MARIAN, Omri Y. Inversions and competitiveness: reflections in the wake of Pfizer/Allergan (December 14, 2015). *U of Michigan Law & Econ Research Paper* No. 15-021, *U of Michigan Public Law Research Paper* No. 488, p. 9. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2703576 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2703576. Acesso em: 29 nov. 2021, às 19:10.

[31] AVI-YONAH, Reuven S.; MARIAN, Omri Y. Inversions and competitiveness: reflections in the wake of Pfizer/Allergan (December 14, 2015). *U of Michigan Law & Econ Research Paper* No. 15-021, *U of Michigan Public Law Research Paper* No. 488, p. 7. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2703576 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2703576. Acesso em: 29 nov. 2021, às 19:10.

[32] AVI-YONAH, Reuven S.; MARIAN, Omri Y. Inversions and competitiveness: reflections in the wake of Pfizer/Allergan (December 14, 2015). *U of Michigan Law & Econ Research Paper* No. 15-

Reuven Avi-Yonah sugere medidas destinadas a afastar as práticas de inversão, consistentes na conjugação de uma diminuição de alíquota com a mudança do conceito de residência, para considerar como residente a companhia cuja administração e operações sejam de fato realizadas nos EUA, conectando-as àquela jurisdição por questões de fato, mais do que formalmente pela formalidade da constituição da empresa no exterior.

Em consideração extremamente interessante, Reuven Avi-Yonah defende que nenhuma empresa transferirá recursos humanos necessários para gerir seus negócios para jurisdições onde há baixos níveis de infraestrutura. A decisão, assim, será tomada em um balanço entre a demanda corporativa por infraestrutura e a receita necessária para tanto.

Na medida em que se imponha uma regra de residência substantiva, essa demanda por infraestrutura aumentará e será colocada em funcionamento a balança para o equilíbrio entre a demanda e a receita necessária para atendê-la. Por isso que a diminuição de alíquota, nesse caso, não implicaria uma *race-to-the-botton*.

Tais considerações parecem fazer sentido na análise da realidade norte-americana e a partir da constatação de que as práticas de inversão lá realizadas tinham essencialmente a pretensão de *profit shifting*.

4. Conclusão

Os exemplos mencionados relativos às inversões praticadas no Brasil e nos Estados Unidos demonstram intuitos diferentes, eventualmente em razão da diferença de estágio de internacionalização vivido pelas empresas de cada um dos países. Os casos selecionados para análise revelaram mais motivações negociais do que intuito elisivo por parte das empresas brasileiras mencionadas, situação diversa daquelas operações realizadas pelas empresas norte-americanas. Como causa – ou, eventualmente, consequência –, o Fisco norte-americano demonstrou-se mais atuante no que diz respeito à adoção de medidas fiscais que neutralizassem os efeitos da perda de arrecadação resultante das inversões.

Há de se ter em mente, no entanto, a diferença de política fiscal entre os dois países, os Estados Unidos, que caminharam para a aplicação atual de um princípio de territorialidade para tributação de lucros no exterior – mitigado pelas medidas antidiferimento e antielisivas –, enquanto a legislação brasileira abarca de forma geral todos os lucros auferidos por controladas no exterior, independentemente de o contribuinte ter pretendido alcançar alguma diminuição ou postergação do ônus fiscal.

Eventualmente, alcançaremos um estágio em que as inversões se tornem uma saída para o custo fiscal imposto pelas regras de TBU brasileiras, quando igual-

021, *U of Michigan Public Law Research Paper* No. 488, p. 5. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2703576 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2703576. Acesso em: 29 nov. 2021, às 19:10.

mente às empresas americanas, atingirmos um estágio de amadurecimento do processo de internacionalização que justifique a realização das operações.

Essa característica da legislação brasileira tem levantado críticas contra o custo fiscal dela decorrente, abrindo espaço para a revisão de nosso regime de TBU, tal como a amplitude do conceito de controle, de forma a disciplinar, além do controle direto e indireto, outras formas de controle que restrinjam o alcance da norma fiscal.

A discussão relativa ao propósito negocial não é propriamente o foco do presente trabalho, mas é inegável que se trata de assunto a ser revisto, evitando-se os subjetivismos e excessos de discricionariedade, sem que se permita que o contribuinte se sujeite ao alvitre da autoridade fiscal, tanto mais quando se percebe que o efeito de diminuição de tributos tenha sido até agora um efeito e não a causa das movimentações efetuadas pelas empresas brasileiras.

Referências

AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Fato Relevante – Interbrew e AmBev criam InterbrewAmBev, a cervejaria número um do mundo. São Paulo: [s.n.]. 2004.

AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Histórico Canadá e Operações InBev-AmBev. AMBEV Relações com investidores, 2021. Disponível em: https://ri.ambev.com.br/visao-geral/historico/.

AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Histórico criação da Ambev. Ambev Relações com investidores, 2021. Disponível em: https://ri.ambev.com.br/visao-geral/historico/.

AMBEV, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS. Histórico visão geral. Ambev Relações com investidores, 2021. Disponível em: https://ri.ambev.com.br/visao-geral/historico/.

AVI-YONAH, Reuven S.; MARIAN, Omri Y. Inversions and competitiveness: reflections in the wake of Pfizer/Allergan (December 14, 2015). *U of Michigan Law & Econ Research Paper* No. 15-021, *U of Michigan Public Law Research Paper* No. 488. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2703576 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2703576.

BERLE JR., Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: The Macmillan Company, 1933.

BRANDÃO, Ana Gabriela Guilherme Marques. O regime de tributação sobre os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e seus efeitos: operações de inversão corporativa. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Orientador: Roberto França de Vasconcellos. Anexo, Tabela I, 2021.

BRASIL, Ministério da Economia. Coordenação-Geral de Tributação – Cosit. "SC Cosit nº 39/2021". 22 de março de 2021. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=116270.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.588/DF, Pleno, Rel. Min. Ellen Grace (Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa), j. 10.04.2013, *DJe* 10.02.2014.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Tomo II, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

GLECKMAN, Howard. How much revenue the U.S. is losing through tax inversions, and how much worse it may get. *Forbes*, 2016. Disponível em: https://www.forbes.com/sites/beltway/2016/01/26/tyco-tax-inversions-income-shifting-and-lost-revenue/?sh=3182d65244b4.

JBS, JBS S.A. Fato Relevante. São Paulo, 2016. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/043a77e1-0127-4502-bc5b-21427b991b22/avisos-comunicados-e-fatos-relevantescentral-de-downloads/fe2e6a78b8edce547dee9fae1e8c995e75b35b272b83e41944d86e83c79cbb44/fato_relevante_reorganizacao_societaria_fato_relevante.pdf.

MAGNESITA, MAGNESITA REFRATÁRIOS S.A. Fato Relevante. São Paulo, 2015. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/fatos-relevantes/pdf/18310647.pdF.

MAGNESITA, MAGNESITA REFRATÁRIOS S.A. Fato Relevante. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/frmDownloadDocumento.aspx?Tela=ext&numProtocolo=583785&descTipo=IPE&CodigoInstituicao=1.

MIDER, Zachary. Tax inversion. *Bloomberg*, 2017. Disponível em: https://www.bloomberg.com/quicktake/tax-inversion.

OECD, Controlled Foreign Company (CFC Rules). Disponível em: https://qdd.oecd.org/data/CFC/.ALL.

PAULUS, Nora. The impact of CFC-rules on tax competition. *Discussion Paper of Department of Economics and Management of University of Luxemburg*, 2020. Disponível em: https://wwwfr.uni.lu/recherche/fdef/dem/publications/discussion_papers.

SPIELER, Andrew C.; MURRAY, Andrew W. Management controlled firms v. owner controlled firms: a historical perspective of ownership concentration in the US, East Asia and the EU. *Journal of International Business Law* v. 7, Issue 1, art. 3, 2008. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=jibl.

TALLEY, Eric L. Corporate inversions and the unbundling of regulatory competition. *Virginia Law Review* v. 101, 2015 *apud* BRANDÃO, Ana Gabriela Guilherme Marques. O regime de tributação sobre os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e seus efeitos: operações de inversão corporativa. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Orientador: Roberto França de Vasconcellos. Anexo, Tabela I, 2021.

Assimetrias Temporais envolvendo a Dedução de Impostos Pagos no Exterior

Temporal Asymmetries involving the Deduction of Foreign Tax Credits

Gabriela Moreno Bitu Cibella
Mestranda em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento pelo IBDT. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Insper. Certificada em tratados internacionais pela Leiden University, Holanda. Advogada e contadora em São Paulo. *E-mail*: g.bitu@hotmail.com.

Lucas Borges Gonçalves
Profissional da área tributária. Advogado e contador em São Paulo.
E-mail: lucasbgon07@gmail.com.

Resumo
O presente artigo aborda de forma pragmática os impactos que a legislação atual de tributação em bases universais brasileira pode causar a empresas multinacionais no âmbito dos impostos sobre a renda pagos no exterior e compensados no Brasil. O texto legal possui complexidade em sua interpretação e aplicação, assim, poderá causar relevantes repercussões nos resultados das Companhias a depender de sua exegese. É o caso de reconhecer o crédito conforme o regime de caixa ou de competência, ou ainda, conforme o valor efetivamente pago ou devido. O texto discorrerá sobre estes pontos polêmicos e demonstrará as possíveis consequências de cada posicionamento. Por fim, cumpre salientar que a legislação brasileira deveria não apenas objetivar a arrecadação fiscal, como também sopesar as dificuldades de aplicação da norma.
Palavras-chave: Imposto de Renda, tributação em bases universais, compensação do imposto pago no exterior.

Abstract
This article mentions with a pragmatic approach some impacts that the current Controlled Foreign Company (CFC) Brazilian rules may cause to multinational companies in the context of income taxes paid abroad and compensated in Brazil. The legal text is complex in its interpretation and application, thus, may have relevant repercussions on the Companies' results, depending on its exegesis. It is the case of recognizing the credit on the cash or accrual basis, or even, according to the amount actually paid or due. The article will discuss these controversial points and demonstrate the possible consequences of each position. Finally, it should be noted that Brazilian legislation should not only aim at tax collection, but also balance the difficulties in applying the regulation.
Keywords: Income Tax, Controlled Foreign Company (CFC) Rules, compensation of tax credits paid abroad.

1. Introdução

A sociedade humana é criativa e se desenvolve de forma constante de maneiras inimagináveis. Hoje, a troca de informações ocorre em tempo equivalente à velocidade da luz e, com isto, as fronteiras dos países tendem a perder importância, tendo em vista que os produtos são vendidos em qualquer local do planeta e a comunicação é feita de forma instantânea.

Essa facilidade e rapidez das transações faz com que empresas estendam seu mercado para fora de seu país de origem e, literalmente, dominem o mundo. Este fenômeno, comumente chamado de globalização, desafia o *status quo* da soberania e induz governos a buscar fontes de renda (por meio da tributação) fora de suas fronteiras. Os mecanismos para que esta tributação seja justa e devida são complexos, envolvem ao menos negociação entre países e padronização internacional de normas.

É óbvio que a iniciativa privada é muito mais rápida que os *leviatans*[1] e, rapidamente, aproveitou-se das brechas legislativas e tributárias instituídas no globo terrestre. Nesse contexto, tendo em vista a redução da carga tributária, muitas Companhias Multinacionais mudaram sua sede para países com menor tributação, transferiram sua propriedade intelectual para territórios que ofereciam vantagens fiscais e passaram a cobrar *royalties* de suas empresas ligadas sediadas em países com maior tributação. Estas foram algumas das muitas formas que as empresas privadas se aproveitaram para reduzir sua carga tributária. É o caso de empresas famosas, como Starbucks, Google e Amazon:

> "Se você estiver lendo os jornais ou assistindo aos telejornais nos últimos meses, você indiscutivelmente viu reportagens sobre multinacionais pagando pouco ou nenhum imposto efetivo sobre seus lucros globais. Starbucks, Amazon, Google, GE e outras multinacionais não baseadas nos Estados Unidos foram identificadas como tendo cargas tributárias efetivas muito baixas. E isso está acontecendo ao mesmo tempo em que países estão editando programas de austeridade, enfrentando déficits fiscais e aumentando as alíquotas de tributos indiretos sobre os consumidores comuns. Não surpreendentemente, este fato chamou a atenção dos políticos." (Tradução livre)[2]

---

[1] HOBBES, Thomas. Hobbes's Leviathan. Oxford University Press. Reprinted from the edition of 1651. Disponível em: files.libertyfund.org/files/869/0161_Bk.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021. O livro diz respeito à estrutura da sociedade e do governo.

[2] "If you have been reading the papers or watching TV in the last few months, you have undoubtedly seen reports about MNEs paying little or no effective taxes on their worldwide profits. Starbucks, Amazon, Google, GE, and other, non-U.S.-based companies have been identified as having very low effective tax rates. And this is happening at a time when countries are enacting austerity programs, facing budget deficits, and raising VAT rates on ordinary consumers. Not surprisingly, this has caught the attention of politician." (AULT, Hugh J. Some reflections on the OECD and the sources of international tax principles (July 1, 2013). Reprinted from *Tax Notes International* v. 70, No. 12, June 17, 2013, p. 1.195, *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2013-03. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2287834 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2287834. Acesso em: 17 dez. 2021.

Enganam-se aqueles que pensaram que governos deixaram de se aproveitar da internacionalização das companhias. Em verdade, o movimento da globalização acelerou a competição entre as diversas jurisdições que motivadas a atraí-las para seu território, adotaram diversas medidas, dentre elas, a redução da alíquota nominal do imposto de renda, dentre outros incentivos fiscais concedidos[3].

Instigado por esta dança de alíquotas e redomiciliações de companhias (dentre diversos outros mecanismos), governos de países se uniram e surgiu, em 2015[4], a iniciativa BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) para evitar a competição tributária danosa.

O Brasil passou a tributar os lucros de empresas no exterior pelo imposto de renda no ano de 1995, com o advento da Lei n. 9.249. Em 2014, com a publicação da Lei n. 12.973, novas regras foram estabelecidas, vigentes até a data do presente artigo.

A sistemática brasileira para tributar os lucros das pessoas jurídicas no exterior é universal, ou seja, abarca todos os lucros, rendimentos e ganhos auferidos no exterior. O mecanismo adotado unilateralmente pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, que geralmente já sofreu a respectiva incidência de imposto de renda no exterior, consiste no método do crédito. Respeitadas as regras dispostas na legislação vigente, ao tributar o lucro no Brasil, é possível creditar-se dos impostos efetivamente pagos no exterior.

Diversas exigências são impostas ao contribuinte antes de admitir a compensação do imposto pago no exterior: há requerimentos de ordem documental; limitações de valor do imposto compensável; regras específicas nas situações de prejuízo fiscal e/ou lucro real positivo, mas inferior ao total dos lucros auferidos no exterior, bem como outras questões que não serão abordadas neste artigo.

Tais regras não são absolutamente claras e comportam diferentes interpretações. Adicionalmente, há situações em que a legislação é silente. Desta forma, as possíveis interpretações quanto à aplicação da norma de TBU no caso concreto geram aumento de contencioso, ao passo que o contribuinte pode entender de maneira diferente ao entendimento da autoridade tributária e, portanto, ficar sujeito à autuação fiscal.

A despeito das diversas discussões envolvendo a legislação de TBU atual (como por exemplo a discussão da aplicação de tratados internacionais, momento

---

[3] "O sistema permite que países compitam com outros de forma a desestabilizar o Sistema em si. Os países competem para atrair atividade econômica e favorecer companhias domésticas, que por ao menos trinta anos levou a reduções graduais na efetiva taxação dos lucros (tradução livre)". "The system allows countries to compete with one another in a manner which destabilizes the system itself. Countries compete to attract economic activity and to favor 'domestic' companies, which for at least thirty years has led to gradual reductions in effective rates of taxation of profit." (DEVEREUX, Michael P.; VELLA, John. Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century? Oxford University Centre for Business Taxation. November 2014)

[4] OECD. What is BEPS? Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/about/. Acesso em: 14 out. 2021.

da tributação dos lucros auferidos no exterior – competência ou caixa), o objeto do presente artigo é discutir as principais divergências observadas na aplicação prática da legislação no que se refere à dedução dos impostos pagos no exterior, principalmente quanto às assimetrias temporais.

2. Dedução do imposto – regime de caixa ou regime de competência

Tendo em vista que o Brasil adotou unilateralmente em sua legislação interna a metodologia de crédito para aliviar a dupla tributação, os impostos recolhidos no exterior sobre o lucro oferecido à tributação no Brasil podem ser considerados como créditos (dedução) na determinação do valor devido.

Em outras palavras, o resultado positivo auferido por entidade controlada no exterior é adicionado no cálculo do Lucro Real[5] brasileiro e os impostos pagos no exterior por essa mesma entidade, sobre esse mesmo resultado, poderá ser compensado no Brasil desde que respeitados os requisitos definidos pela legislação atual.

Com base nos termos da Seção V, "Das deduções", da Lei n. 12.973/2014, o termo "pago" aparece inúmeras vezes, de modo que muitos contribuintes entendem tratar-se de regime de caixa, como poderá ser observado no art. 87: "A pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, *o imposto sobre a renda pago* no exterior [...] e § 9º "Para fins de dedução, o documento relativo ao *imposto sobre a renda pago* [...]."

Portanto, com base nessa hipótese de leitura e interpretação, o imposto só poderia ser compensado se efetivamente pago (o que seria equivalente ao regime de caixa).

Apesar de o art. 14, § 13, da IN SRF n. 213, de 2002, prever a possibilidade de compensação do imposto de renda incidente no exterior antes de seu efetivo pagamento, confunde o leitor ao dispor, no § 2º do mesmo artigo, que a conversão em reais do tributo pago deverá se dar na data do efetivo pagamento. Neste caso, aplica-se o art. 87, § 5º, da Lei n. 12.973/2014, em que traz a possibilidade de conversão na data do balanço apurado.

Para que o documento seja passível de compensação no Brasil, deverá ser consularizado ou apostilado. O apostilamento aplica-se apenas a documentos públicos[6], o que restringe as opções de documentos que poderão ser apresentados. Em muitos países não há documento emitido pela Receita Federal, como é o caso

---

[5] No Brasil há quatro regimes de tributação para o cálculo do imposto de renda: Lucro Real, Lucro Presumido, Simples Nacional e Lucro Arbitrado. De acordo com o RIR 2018, art. 257, inciso III, caso a empresa tenha auferido lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior, será obrigada à apuração conforme o regime do Lucro Real.

[6] CNJ – Conselho Nacional de Justiça. HCCH – Convenção da Apostila da Haia. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/apostila-da-haia/. Acesso em: 17 dez. 2021.

do Darf (Documento de Arrecadação de Receitas Federais) no Brasil. O documento mais comum apresentado para a comprovação de pagamento é o extrato bancário, documento privado, que, portanto, não poderá ser apostilado. Assim, para estes casos, apenas a declaração do imposto de renda poderá ser apostilada.

Tendo em vista que a declaração do imposto de renda dos países no exterior possui, em geral, data de entrega no segundo semestre do ano subsequente e, segundo o § 13 da IN SRF n. 213, o documento deverá ser colocado à disposição da Secretaria da Receita Federal a partir de 1º de janeiro do ano seguinte, não fica claro, na prática, qual seria o documento comprobatório do pagamento no primeiro semestre.

Em consideração ao mencionado nos parágrafos acima, a legislação atual traz extrema complexidade e pouca clareza nos casos de compensação de tributo antes do efetivo pagamento, como se afastasse a interpretação da compensação conforme o regime de competência.

Porém, a consequência desta interpretação da compensação conforme o regime de caixa pode resultar em uma dupla tributação, por óbvio, indesejada. É o que ocorre no caso hipotético demonstrado a seguir.

Hipótese:

A empresa Xcom, residente fiscal da Espanha efetua o pagamento de três parcelas (adiantamentos de imposto de renda) durante os anos X1 e X2, e os respectivos recolhimentos finais anuais em meados do próximo ano[7]. Em X3, a empresa apresenta prejuízo e, portanto, não houve neste ano antecipação ou recolhimento anual. Assumindo que a compensação de impostos pagos no exterior siga o regime de caixa, demonstra-se no quadro abaixo os efeitos esperados no Brasil:

ANO	*Resultado antes do IR Xcom*	*Adiant. IR – Xcom*	*Última parcela – pgto. no ano seguinte*	*Imposto devido no Brasil (34% lucro exterior)*	*Crédito cf. regime de caixa*	*Crédito cf. regime de compet.*	*Imposto a recolher no Brasil (caixa)*	*Imposto a recolher no Brasil (comp.)*
X1	1.000	200	50	340	200	250	140	90
X2	1.500	250	125	510	300	375	210	135
X3	– 500	0	0	0	125	0	0	0
Total							*350*	*225*

Como se pode observar, a diferença entre as metodologias de cálculo demonstradas no quadro acima é de 125, exatamente o imposto que a Cia Xcom recolheu no ano em que obteve prejuízo (X3). Assim, é possível concluir que, de

[7] PWC. Worlwide tax summaries. Disponível em: https://taxsummaries.pwc.com/spain. Acesso em: 17 dez. 2021.

forma geral, caso a empresa gere prejuízo e, no mesmo ano, tenha recolhimento de imposto, de acordo com a norma vigente, este poderá ser não reconhecido como crédito para fins de dedução do imposto a recolher no Brasil, caso o entendimento da legislação seja o de que o crédito deverá ser tomado conforme o regime de caixa.

Importante ressaltar que, apesar de a Cia apurar prejuízo fiscal no período, conforme demonstrado no cenário, o imposto de renda pago neste mesmo ano se refere ao resultado positivo de ano anterior, o que gerou a mencionada distorção e que, como consequência, causou a dupla tributação.

Assim, a fim de evitar esta incoerência, a legislação deveria prever o registro do crédito na parte B do Lalur para uso futuro no caso de o pagamento referir-se a resultado positivo reconhecido e tributado no Brasil em outro período de competência.

Esse mesmo efeito pode ser observado também em caso de parcelamento de imposto concedido à empresa no exterior. Ainda, eventuais situações de fiscalização e autuação da empresa residente do exterior poderão resultar em assimetrias nos valores considerados como créditos para fins de dedução no Brasil, caso não haja retificação posterior das obrigações acessórias locais.

Outra possível situação que pode distorcer os efeitos da dedução com base no regime de caixa é a fase pré-operacional. Neste caso, a empresa teria prejuízos nos primeiros exercícios e lucros futuros, sem que necessariamente o desembolso de impostos no exterior (por muitas vezes antecipado) esteja conciliado com o momento em que os lucros são auferidos, e, por consequência, tributados para fins de imposto de renda no Brasil.

A interpretação de que a dedução do crédito pago no exterior deveria ser realizada conforme o regime de caixa parece, a princípio, não trazer vantagens ao contribuinte, de modo que seu embasamento estaria na leitura fria da norma.

Autores como Ramon Tomazela entendem que a dedução dos impostos pagos no exterior só poderá ocorrer no Brasil no período em que os lucros desta mesma entidade forem tributados no Brasil:

> "na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, a dedução deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação no exterior, com a observância dos limites do método da imputação proporcional adotado pelo Brasil, calculados em relação ao ano-calendário em que os lucros foram oferecidos à tributação no Brasil"[8].

Ou seja, é dizer que a dedução dos impostos recolhidos no exterior deve ser reconhecida conforme o regime de competência, assim como ocorre com a tribu-

[8] SANTOS, Ramon Tomazela. O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 194.

tação do lucro correspondente, independentemente da disponibilização dos recursos para o investidor brasileiro.

Inclusive, o art. 87, § 7º, da Lei n. 12.973/2014 e o art. 14, § 13, da IN SRF n. 213, de 2002, preveem a possibilidade de compensação conforme o balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela controladora domiciliada no Brasil. Ou seja, é possível realizar a compensação mesmo sem o respectivo comprovante. Importante lembrar, como já mencionado, que este comprovante deverá ser entregue a partir de 1º de janeiro do ano seguinte.

Interessante notar que a IN n. 1.520/2014, art. 25, § 4º, praticamente transcreveu o art. 87, § 7º, da Lei n. 12.973/2014, com exceção da expressão "ou em ano-calendário posterior". Assim, é possível interpretar que, segundo a lei, o pagamento de imposto poderá ser compensado não apenas no ano seguinte, como também nos anos subsequentes, ou seja, traz uma abrangência maior de tempo.

Na opinião dos autores, ambas as interpretações são possíveis para a dedução do imposto pago no exterior – com base no regime de caixa ou de competência. Entretanto, o ponto de atenção recomendável é a coerência da metodologia e consistência adotada, ou seja, uma vez que a dedução tenha sido reconhecida conforme o regime de competência, a empresa deverá manter esta metodologia nos anos subsequentes.

Via de regra, a despeito das discussões envolvendo a real motivação da legislação de TBU brasileira, o objetivo principal da legislação é evitar planejamentos tributários abusivos, isto significa tratar-se de norma antielisiva. Desta forma, os autores entendem que uma alternativa para minimizar os impactos advindos da discussão quanto ao momento da compensação do crédito de imposto pago no exterior (caixa ou competência) seria conferir, ao contribuinte, a opção de escolher pelo método lhe seria mais vantajoso.

Desta forma, a opção do regime caixa ou de competência para a dedução traria efeitos meramente temporais e, portanto, não causaria prejuízo ao fisco brasileiro. Assim, os autores entendem que a legislação poderia prever essa opção de modo a sanar as controvérsias enfrentadas pelos contribuintes, reduzindo também o contencioso sobre o tema.

Como ilustração, há outras normas tributárias que trazem esta opção (caixa ou competência), como no caso da tributação da variação cambial, prevista no Regulamento do Imposto de Renda de 2018 (Decreto n. 9.580/2018), art. 407, que estabelecem a regra de tributação conforme o regime de caixa "As variações monetárias [...] serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda e da determinação do lucro da exploração, *quando da liquidação* da correspondente operação" e oferecem ao contribuinte a opção da tributação ser conforme o regime de competência "à *opção* da pessoa jurídica, as

variações monetárias poderão ser consideradas na determinação da base de cálculo de acordo com o *regime de competência*".

Com base em situações hipotéticas visualizadas pelos autores, não foi possível identificar situações em que o regime de caixa seria mais benéfico para os contribuintes e, portanto, por quais razões este regime seria escolhido para a dedução de impostos.

Nota-se que há Projeto de Lei atualmente em curso para discutir alterações na legislação de TBU sobre a compensação de impostos pagos no exterior. Inclusive na tentativa de trazer menor complexidade ao tema:

> "no que tange ao art. 87, sobre a base para o limite para utilização do crédito do imposto sobre a renda pago no exterior, a atual mecânica de dedução do imposto de renda pago no exterior cujo limite é calculado com base na parcela positiva a que o imposto se refere, criou sistemática de difícil implementação ('regime de competência'), e eventual cenário de bitributação. A vinculação entre o imposto pago no exterior ao ano de adição do lucro no Brasil demanda controle complexo por parte das empresas, especialmente para contribuintes que possuem investidas em múltiplas jurisdições, cujas regras de pagamento de imposto no exterior não são uniformes."[9]

Portanto, ao compararmos as eventuais consequências da dedução do imposto pago no exterior com base no regime de caixa e regime de competência, podemos listar as seguintes:

Regime de caixa	*Regime de competência*
Pode causar bitributação, principalmente se houver recolhimento de imposto (eventual antecipação com base em lucro anterior) em ano em que a investida auferiu prejuízo no exterior	Diminui as chances de bitributação, se comparado com o regime de caixa, haja vista que o imposto segue o período em que o lucro foi oferecido à tributação no Brasil (regime de competência)
Menor controle de documentos e cálculo menos complexo	Maior controle de documentos e cálculo mais complexo
O crédito será utilizado somente se o imposto for efetivamente pago no exterior, quando realizado	Possível causa de retificações de obrigações acessórias para que os créditos fiquem em conformidade com os valores efetivamente pagos
Maior segurança jurídica para o contribuinte, reduzindo o contencioso tributário	Menor segurança jurídica para o contribuinte e potencial aumento de contencioso tributário

Como demonstrado, há efeitos práticos consideráveis a cada opção. O contribuinte que possui controlada no exterior que gera lucros constantes com baixa

[9] Justificativas do Projeto de Lei nº 2.502, de 2021. Autoria: Senadora Kátia Abreu (PP/TO).

sazonalidade provavelmente escolheria o regime de caixa para compensação dos impostos pagos no exterior, tendo em vista que terá todos os comprovantes em mãos e, portanto, maior segurança em sua utilização. Por outro lado, o contribuinte que possui controlada no exterior com alta sazonalidade, a fim de evitar possível bitributação, optaria pelo regime de competência.

De qualquer forma, ambas as escolhas não prejudicariam a Receita Federal Brasileira e, portanto, esta seria uma alternativa de minimizar complexidades desnecessárias ao contribuinte.

3. Dedução do imposto – valor pago ou valor devido

Além da discussão quanto ao momento da tributação (caixa ou competência), há também questões quanto ao valor do imposto passível de compensação – o imposto efetivamente pago ou devido no exterior. Destacamos as seguintes consequências, a depender do entendimento adotado:

Imposto pago	*Imposto devido*
Menos complexo	Mais complexo
Maior segurança jurídica	Menor segurança jurídica
Valor de crédito líquido e certo	O fechamento final do valor apurado poderá ocorrer em prazo muito superior ao fechamento do cálculo de IR no Brasil
Diminuição dos possíveis impactos causados pela assimetria "resultado no exterior versus apuração do IR"	Sem impacto para mitigação de possíveis assimetrias "resultado no exterior versus apuração do IR"
Tratamento de TBU discrepante para os negócios sazonais e não sazonais	Equalização no tratamento de TBU para os negócios sazonais e não sazonais

Na dicotomia, pago-devido, haverá divergências mais acentuadas que na abordagem caixa-competência. Isto porque o valor pago antecipadamente pela empresa que ultrapassar o valor devido poderá, muitas vezes, ser resgatado em dinheiro ou compensado com outros impostos. Esse procedimento causaria compensação adicional pela empresa no Brasil.

Porém, é preciso ter em consideração que a compensação do imposto conforme o valor devido no exterior trará maior complexidade ao processo, isto porque o documento principal para a compensação seria a declaração de impostos – os comprovantes de recolhimento seriam secundários. Ademais, o valor devido, por se tratar de cálculo, pode ser alterado antes ou após a entrega da obrigação acessória. Assim, o contribuinte fica sem subsídio ou segurança para concluir os cálculos de TBU.

Considerando que a legislação traz o limite de compensação do imposto no Brasil aos 34%, um modo de simplificar a norma seria manter o valor pago no exterior como crédito para compensação no Brasil.

No mesmo sentido, o projeto de Lei n. 2.502 defende que a mudança no regime de dedução, para que seja conforme o imposto pago no exterior, não representaria um rompimento com a mecânica atual, "na medida em que se mantém o critério de imputação ordinária, isto é, mantém-se o limite da compensação ao imposto devido no Brasil sobre a adição dos lucros auferidos no exterior"[10].

Por outro lado, considerando que o cálculo de imposto de renda é anual, é correto o entendimento de que o valor devido é aquele apurado no final do ano e qualquer valor recolhido, de forma antecipada, superior ao devido, não seria necessariamente imposto de renda, e sim, pagamento a maior. Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, o imposto passível de compensação seria o devido.

Em fiscalizações recentes, nota-se que as autoridades fiscais tendem a adotar o entendimento de que o crédito passível de compensação no Brasil seria o efetivamente *devido*, ainda que tal entendimento não tenha base legal (a legislação utiliza o termo "pago"). Segundo o Acórdão n. 1201002.761 proferido pelo Carf, o valor devido é aquele passível de compensação no Brasil:

> "Verifico que a lei permite compensar o 'imposto de renda incidente' no exterior, ou seja, o valor devido no final do período de apuração. Com isso, entendo ser correto o procedimento da fiscalização ao reduzir, do valor pago antecipadamente, aquele valor que o contribuinte irá recuperar, encontrando assim o valor de incidência do tributo."[11]

Portanto, considerando que atualmente discute-se potenciais mudanças na legislação aplicável à TBU, é oportuno trazer para discussão a possibilidade de conferir ao contribuinte a opção por escolher qual o regime mais alinhado à sua realidade de negócios, nível de *compliance* e controle envolvendo o momento da dedução do imposto pago no exterior.

Adicionalmente, no que se refere à discussão quanto ao imposto pago ou imposto devido, nota-se que a legislação atual utiliza somente a nomenclatura "pago". Desta forma, com o objetivo de reduzir o contencioso atrelado ao tema, recomenda-se que esta controvérsia seja endereçada em eventual alteração da legislação.

4. Conclusão

A legislação brasileira voltada à tributação dos lucros no exterior, como está escrita, ainda traz dúvidas e complexidades quanto à sua aplicação. O legislador, ao tecer uma norma tributária, deveria não apenas pesar a balança para o lado da Administração, mas também sopesar os impactos práticos ao contribuinte.

---

[10] Justificativas do Projeto de Lei nº 2.502, de 2021. Autoria: Senadora Kátia Abreu (PP/TO).

[11] BRASIL. Carf. Acórdão n. 1201002.761, 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, 1ª Seção de Julgamento, 19 de março de 2019.

Como demonstrado neste artigo, pela forma como a legislação atual está transcrita, há extrema complexidade na aplicação e pouca clareza quanto aos casos em que a compensação do tributo pago no exterior ocorre antes do efetivo pagamento. A discussão quanto ao momento da compensação – regime de caixa ou regime de competência – é relevante e deveria ser objeto de análise do legislador, em potencial alteração da norma tributária.

Outras situações tais como na hipótese de parcelamento do imposto pago no exterior, bem como eventuais situações de fiscalização e auto de infração na outra jurisdição também podem resultar em assimetrias nos valores considerados como créditos para fins de dedução no Brasil.

Como forma de minimizar os impactos advindos da discussão quanto ao momento da compensação do crédito de imposto pago no exterior (caixa ou competência), os autores propõem que o contribuinte possa escolher qual método lhe seria mais vantajoso para fins de compensação. Esta opção não seria prejudicial às autoridades fiscais, poderia sanar as controvérsias destacadas neste artigo e colaborar para a redução do contencioso tributário atrelado a este tema.

Adicionalmente, foram discutidos os principais aspectos quanto às controvérsias envolvendo o imposto pago e o imposto devido no exterior, no que se refere ao valor passível de compensação no Brasil.

Na opinião dos autores, considerando que a legislação atual utiliza somente a nomenclatura "pago", embora o entendimento atual em decisões do Carf é o de que somente o imposto "devido" seria passível de compensação, caberia uma alteração da legislação para determinar de maneira expressa qual é o montante passível de compensação.

Bibliografia

ABREU, Kátia. Justificativas do Projeto de Lei nº 2502, de 2021. Autoria: Senadora Kátia Abreu (PP/TO).

AULT, Hugh J. Some reflections on the OECD and the sources of international tax principles (July 1, 2013). Reprinted from *Tax Notes International* v. 70, No. 12, June 17, 2013, *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2013-03. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2287834 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2287834. Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. Carf. Acórdão n. 1201002.761, 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, 1ª Seção de Julgamento, 19 de março de 2019.

DEVEREUX, Michael P.; VELLA, John. Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century? *Oxford University Centre for Business Taxation*. November 2014.

HOBBES, Thomas. Hobbes's Leviathan. Oxford University Press. Reprinted from the edition of 1651. Disponível em: files.libertyfund.org/files/869/0161_Bk.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

OECD. What is BEPS? Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/about/. Acesso em: 14 out. 2021.

PWC. Worlwide tax summaries. Disponível em: https://taxsummaries.pwc.com/spain. Acesso em: 17 dez. 2021.

SANTOS, Ramon Tomazela. O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

O Regime de Consolidação de Resultados de Controladas no Exterior no Modelo Brasileiro – Instrumento para Efetiva Apuração de Renda no Âmbito da TBU ou Mero Favor Fiscal?

The Consolidation Regime in Brazilian Taxation Rules for the Taxation of Foreign Controlled Companies – Instrument for the Effective Assessment of Foreign Profits or Simple Tax Relief?

Felipe de Carvalho Pavão
Profissional da Contabilidade e Advogado. Mestrando em Direito Tributário Internacional e Comparado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).
E-mail: felipe@felissacontabilidade.com.br.

Giácomo Paro
Advogado. Mestre Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP).
E-mail: giacomo.paro@soutocorrea.com.br.

Thales Michel Stucky
Advogado. *LL.M.* em Tributação Internacional pela New York University.
E-mail: thales.stucky@trenchrossi.com.

Resumo
O objeto do presente estudo centra-se na análise da regra de consolidação de resultados de controladas no exterior prevista na Lei n. 12.973/2014 e sua compatibilidade com o modelo de tributação em bases universais adotado pelo Brasil. A partir da revisão dos fundamentos que resultaram na Lei n. 12.973/2014, especialmente a partir da decisão do legislador em estabelecer uma regra geral de tributação de lucros no exterior e não uma regra de *Controlled Foreign Corporation – CFC,* conforme conceito usualmente adotado em outros países, buscou-se analisar se o modelo de consolidação de resultados adotado leva à tributação apenas daquela parcela que efetivamente se adequa ao conceito constitucional de renda para fins de incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL.
Palavras-chave: tributação em bases universais, imposto de renda, planejamento tributário, antielisão, regime de consolidação.

Abstract
The object of this study is centered on the analysis of the consolidation rules provided for in Law 12973/2014 and its compatibility with the model adopted by Brazil for the taxation of foreign controlled entities. Starting from the re-

view of the considerations that resulted in Law No. 12973/2014, especially from the decision of the legislator to establish a general rule for taxation of profits abroad and not a standard Controlled Foreign Corporation – CFC rule, according to the concept usually adopted in others countries, we sought to analyze whether or not the consolidation rule, in particular, the exceptions to its application, are effective for the taxation of only that portion that effectively is able to reflect the constitutional concept of income for the purposes of the Corporate Income Tax – IRPJ and Social Contribution on Net Income – CSLL.
Keywords: taxation on universal bases, income tax, tax planning, anti-elision, consolidation regime.

Introdução

A publicação da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, posteriormente regulamentada pela Instrução Normativa RFB n. 1.520, de 4 de dezembro de 2014, inaugurou um novo panorama legislativo com relação às regras de tributação de resultados apurados por controladas e coligadas de pessoas jurídicas brasileiras no exterior.

Diferentemente dos marcos legislativos anteriores que versaram sobre o tema (por exemplo, Lei n. 9.249/1995, Lei n. 9.532/1997 e art. 74 da MP n. 2.158-35/2001), a Lei n. 12.973/2014 mostra-se muito mais ampla e completa[1], pois muito além de simplesmente tratar da possibilidade de se tributar pelo IRPJ e pela CSLL as parcelas de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, tratou também de trazer regras específicas aplicáveis às controladas, distinguindo-as daquelas às quais estariam sujeitas as coligadas. Além disso, incorporou ao texto legal conceitos como subtributação e renda ativa própria, até então inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro relativo às regras de Tributação em Bases Universais (TBU).

De igual maneira, a Lei n. 12.973/2014 trouxe regras explícitas quanto às situações que podem caracterizar controle societário para fins de aplicação das regras de TBU brasileiras o que, a despeito das regras presentes na legislação societária, notadamente da Lei n. 6.404/1976, acabaram por aumentar os cenários em que são aplicáveis as regras de TBU brasileiras. Neste aspecto em específico, nos reportamos às disposições do art. 83[2] da Lei n. 12.973/2014, que versa sobre hipóteses de equiparação à condição de controladora para fins de aplicação do regime de TBU.

---

[1] Entendemos que alguns embates judiciais contribuíram para essa evolução. Dentre eles, cita-se a ADI n. 2.588 e o RE n. 611.586, em que o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade parcial do art. 74 da MP n. 2.158-35/ 2001, ao reconhecer a possibilidade de tributação automática de lucros auferidos por controladas no exterior, assim como de coligadas em paraísos fiscais, mas vedar a tributação automática pelo IRPJ e pela CSLL de lucros auferidos por coligadas em jurisdições de tributação regular.

[2] BRASIL. Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, art. 83.

Por outro lado, o novo marco legislativo continuou silente quanto à interação das normas decorrentes de acordos internacionais para evitar a dupla tributação com as regras de TBU brasileiras, sendo verificado o mesmo silêncio quanto à aplicação de tais regras aos resultados apurados por empresas *offshore* detidas por pessoas físicas residentes no Brasil (não obstante a tentativa de inserção de tal regra quando da redação original da MP n. 627/2013, que deu origem à Lei n. 12.973/2014).

Uma das relevantes inovações trazidas pela Lei n. 12.973/2014 envolve o regime de consolidação dos resultados apurados por controladas no exterior. Tal regime, previsto no art. 78 e de caráter, até o momento, provisório, ante a previsão de vigência até o final de 2022, vem se mostrando uma importante ferramenta às multinacionais brasileiras para fins de apuração efetiva de resultados de suas controladas no exterior.

Não obstante a veiculação do regime de consolidação na Lei n. 12.973/2014 e o benefício gerado por tal instrumento às controladoras no Brasil, a mesma regra que introduziu o regime trouxe diversas restrições à sua utilização plena. Dentre essas limitações podemos citar a inaplicabilidade do regime às controladas localizadas em jurisdições de tributação favorecida e às empresas indiretamente controladas por entidades localizadas em tais jurisdições, de modo que, mesmo presente e aplicado o regime de consolidação, as limitações impostas pela legislação podem implicar a adição de valores que nem sempre representam parcela de lucros apurados a partir do *pool* de controladas no exterior.

Note-se que para efeitos do presente artigo não estamos ingressando na controversa questão envolvendo a discussão sobre a tributação de lucros ainda não disponibilizados pelas controladas e que, portanto, podem não vir a implicar um efetivo acréscimo patrimonial à controladora, pois que a possibilidade de se tributar tais lucros antes da sua efetiva disponibilização em relação às controladas restou encerrada, assim entendemos, quando da proclamação pelo Supremo Tribunal Federal do acórdão objeto da ADI n. 2.588/DF[3].

De igual maneira, para fins da hipótese debatida no presente artigo parte-se da premissa adotada pela legislação e pelo Fisco Federal de que os resultados positivos equivalentes à parcela de lucros apurados pelas controladas são atributos da própria controladora, posto que imediatamente adicionados à base de apuração do IRPJ e da CSLL devidos, mesmo que não disponibilizados. Neste ponto em específico, ressaltamos entendermos equivocada essa interpretação e abordagem do Fisco Federal, mas a adotaremos como ponto de partida para a discussão que aqui se pretende fazer, inclusive para fins de destacar as ilegalidades contidas nas regras de restrição à aplicação do regime de consolidação.

---

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588/DF, Rel. Min. Ellen Gracie.

Considerando o exposto, no presente artigo apresentaremos uma análise centrada nas regras do regime de consolidação de resultados de controladas no exterior. Essa análise se dará a partir do entendimento das características do modelo de TBU adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro na abordagem adotada pelo Fisco Federal e a sua compatibilidade (ou não) com o atual regime de consolidação existente, especialmente quanto às exceções para aplicação de tal regime, tendo como pano de fundo o conceito constitucional de renda, estendendo esse estudo às atuais propostas legislativas de alteração ao regime de consolidação.

I. Breves notas sobre as regras CFC e o Modelo de Tributação em Bases Universais Adotado pelo Brasil

Conforme aponta Sergio André Rocha[4], o tema tributação brasileira de lucros auferidos no exterior por controladas de empresas residentes no Brasil e a possibilidade de qualificação do tema ser entendido como regras CFC é uma questão extremamente controvertida. Diante disso, buscando melhor compreensão e esclarecimento acerca do objeto de estudo, passa-se a tecer breves linhas sobre o instituto em comento.

As regras CFC são normas estabelecidas e destinadas a notadamente combater abusos, ou seja, de nítido caráter antielisivo. De acordo com a OCDE[5], a adoção de referidas regras tem como objetivo evitar a erosão da base tributável e a transferência artificial de lucros, mas não um ilícito. Desta forma, um pressuposto para aplicação das referidas regras, então, é a identificação do deslocamento de lucros para países que impõem tributação reduzida ou nula sobre a renda.

Nesse sentido, tem-se que essas regras substituem as regras gerais de tributação, prevendo situações que possibilitam a não tributação ou uma tributação reduzida da renda pelo simples deslocamento e manutenção dessa renda em outra jurisdição, ou seja, a desestimular determinados arranjos corporativos internacionais permitem que a renda auferida no contexto de um grupo empresarial não seja tributada ou sofra uma tributação reduzida.

---

4 ROCHA, Sergio André. *A tributação internacional na era pós-BEPS*. Volume I – Relatório geral e coerência. São regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior "regras CFC"? Análise a partir do relatório da Ação 3 do Projeto BEPS, p. 225.

5 OCDE. Controlled Foreign Company (CFC) rules. Disponível em: https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=CFC. Acesso em: 17 ago. 2021. "In general, a CFC is defined as a foreign company that is either directly or indirectly controlled by a resident taxpayer. Jurisdictions apply a variety of criteria to determine control. Some approaches make reference to voting rights held by resident taxpayers or to shareholder value held by resident taxpayers, while others stipulate that a foreign company is a CFC if it carries out its operations in a low-tax jurisdiction and others base CFC designation on a taxation test (i.e., if the foreign company does not pay tax in its jurisdiction of residence). Jurisdictions also vary in their definitions of CFC income, with some applying CFC rules to any type of income while others apply them to only passive income (i.e., income from interest, rental property, dividends, royalties or capital gains). Finally, jurisdictions also vary in the presence of substantial activity tests."

Ciente desse tipo de situação, o legislador faz uso de regras CFC para permitir que essa renda seja alcançada e tributada no país de origem nos mesmos níveis verificados caso aquele arranjo corporativo não existisse.

Assim, há que se pensar nas regras CFC não como regras destinadas a aumentar a arrecadação, mas sim como destinadas a evitar comportamentos que, via erosão da base tributável ou transferência artificial de lucros, afetam a igualdade, a livre concorrência e a neutralidade fiscal.

Atua, assim, o legislador para, prevendo situações específicas, que capturam esse comportamento elisivo, restaurar a tributação da renda que seria alcançada não fossem esses arranjos, colocando, sob esse prisma, os contribuintes em situação de igualdade, promovendo a livre concorrência e a neutralidade fiscal.

Noutras palavras, as regras CFC, ao buscar evitar comportamentos que levam a uma elisão fiscal, o faz tributando a renda em determinadas situações específicas (diferentes das previstas nas regras gerais), pelo que devem obediência aos princípios que norteiam a tributação da renda.

Tais considerações são fundamentais para entendermos que as regras de TBU brasileiras não guardam características de regras CFC, posto que o modelo aqui adotado determina (i) a adição da parcela relativa aos lucros no exterior apurada por controladas independentemente destas entidades estarem localizadas ou não em países de tributação favorecida; (ii) independentemente do fato de tais resultados terem sido disponibilizados ou não; e (iii) independentemente da constatação de a estrutura corporativa empregada pelo contribuinte ser abusiva em sua forma (fraude ou simulação).

Destarte, conforme adiante exposto, parte-se da premissa de que o modelo de tributação universal de resultados equivalentes aos lucros de controladas no exterior adota a premissa de que tais resultados devem ser refletidos imediatamente nos resultados da sua controladora no Brasil, não apenas como reflexo da avaliação do investimento, mas também adicionados para apuração do IRPJ e da CSLL devidos, não tratando de diferenciar os lucros de tais controladas como resultados distintos da sua controladora.

Tal constatação quanto à interpretação dispensada pelas autoridades fiscais em relação ao lucro de controladas no exterior resta clara, por exemplo, na Solução de Consulta Interna n. 18/2013[6], em que resta afirmado que os lucros das investidas, mesmo que não distribuídos, refletem um acréscimo patrimonial tributável o que, inclusive, serviria como justificativa a afastar as disposições do art. 7º dos tratados para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil como norma de bloqueio à tributação destes lucros no Brasil. Vale notar que embora a referida solução de consulta tenha sido emitida quando da vigência do então art. 74 da MP

[6] BRASIL. Solução de Consulta Cosit n. 18, de 2013. Item 19. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=50774. Acesso em: 07 dez. 2021.

n. 2.158-35/2001, sua interpretação e premissas continuam aplicadas pelo Fisco, de modo que também no âmbito da Lei n. 12.974/2014, nas disposições do art. 77[7], estabeleceu a adição imediata, para fins de IRPJ e de CSLL da controladora o Brasil, da parcela equivalente aos lucros apurados pelas controladas no exterior.

Isso posto e considerando tais premissas, passemos a tratar da interação do modelo de tributação em bases universais adotado pelo Brasil e as regras do regime de consolidação previsto a partir do art. 78 da Lei n. 12.974/2014.

II. O regime de consolidação de resultados de controladas no exterior na Lei n. 12.973/2014

A Lei n. 12.973/2014, ao reformular regras de tributação universal das pessoas jurídicas, em substituição ao art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, em uma mudança sutil da redação passou a estabelecer a tributação da parcela representativa de lucros de controladas e coligadas no exterior em nível individualizado[8] mediante a obrigação de adição desta parcela ao lucro real da investidora, mantendo a regra de que tais resultados devem ser adicionados mesmo sem a sua efetiva disponibilização à controladora no Brasil (art. 77).

Igualmente, a referida lei trouxe em seu art. 78 a possibilidade de consolidação dos resultados auferidos por investidas localizadas no exterior, de modo a autorizar a compensação entre lucros e prejuízos apurados entre as diferentes investidas no exterior durante determinado exercício. Assim, ao menos em tese, restou afirmada a possibilidade de se adicionar à base de cálculo do IRPJ e da CSLL da controladora apenas a parcela equivalente ao lucro efetivamente apurado a partir das operações com controladas diretas e indiretas.

Por outro lado, a Lei n. 12.973/2014 continuou sem permitir a compensação de eventual resultado negativo no exterior para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL[9] da investidora no Brasil.

Até a edição da Lei n. 12.973/2014 se admitia apenas a chamada consolidação vertical dos resultados apurados pelas investidas no exterior, ou seja, modelo em que os "resultados auferidos por sociedades participadas deveriam ser consolidadas no balanço da controlada ou coligada direta para efeito da determinação do

---

7 BRASIL. Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, art. 77.

8 BRASIL. Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, art. 79.

9 SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação de lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 155. "O resultado positivo da consolidação deverá ser adicionado ao lucro líquido em dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pelas sociedades domiciliadas no exterior, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora do Brasil. O resultado negativo decorrente da consolidação não poderá ser compensado na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil. Além disso, as parcelas negativas utilizadas na consolidação deverão ser informadas de forma individualizada, no Demonstrativo de Consolidação de que trata o artigo 37 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014".

lucro real da beneficiária no Brasil (Instrução Normativa n. 213/2002, art. 1º, § 5º)"[10], restando proibida, ou ao menos silente, a consolidação horizontal a qual se verifica "entre empresas situadas no mesmo nível, em relação à investidora comum (empresas irmãs)"[11].

Conforme referido por Xavier[12], a Lei n. 12.973/2014 ao "estabelecer o regime de tributação individualizada das controladas indiretas e, consequentemente, estabelecer um vínculo jurídico-fiscal entre a controladora brasileira e a controladora indireta estrangeira, com a consequente horizontalização dessas realizações", tornou inócuo o regime de consolidação vertical até então existente, abrindo espaço para um regime mais amplo para consolidação de resultados auferidos por controladas no exterior e que, em tese, teria melhores condições de se apurar o efetivo lucro auferido a partir das operações de tais controladas.

II.1. Regime de consolidação

Com relação ao regime de consolidação de resultados adotado pelo art. 78, de início destacamos que se trata de norma de adoção opcional e aplicável apenas aos resultados de investidas localizadas no exterior[13]. Diferentemente de outros países como, por exemplo, os Estados Unidos[14] que, uma vez atendidos certos requisitos[15], permitem a consolidação de resultados e apresentação de uma única declaração de imposto de renda para o grupo de empresas localizadas em sua jurisdição, o Brasil não adota um regime de consolidação para fins fiscais em re-

---

[10] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 455.

[11] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 455.

[12] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 458.

[13] A esse respeito, destaca-se a Emenda ao Projeto de Lei n. 2.337/2021, de autoria do Deputado Jerônimo Goergen, estabelecendo o regime de consolidação em relação aos resultados de empresas domiciliadas no Brasil e pertencentes a um mesmo grupo econômico.

[14] 26 CFR §1.1502-75. Disponível em: https://.www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.1502-75. Acesso em: 28 jul. 2021.

[15] WORLDWIDE TAX SUMMARIES. PWC. United States. "An affiliated group of US 'includible' corporations, consisting of a parent and subsidiaries directly or indirectly 80% owned, generally may offset the profits of one affiliate against the losses of another affiliate within the group by electing to file a consolidated federal income tax return. A foreign incorporated subsidiary may not be consolidated into the US group, except for (i) certain Mexican and Canadian incorporated entities, (ii) certain foreign insurance companies that elect to be treated as domestic corporations, and (iii) certain foreign corporations that are considered 'expatriated' under the so-called 'anti-inversion' rules and are thus deemed to be domestic for income tax purposes. A partnership may not be included in a consolidated return, even if it is 100% owned by members of an affiliated group, since a partnership is not a corporation. However, a member's earnings that flow through from a partnership are included as part of the consolidated group's taxable income or loss. Filing on a consolidated (combined) basis is also allowed (or may be required or prohibited) in certain states. Sales, dividends, and other transactions between corporations that are members of the same group generally are deferred or eliminated until such time as a transaction occurs with a non-member of the group. Losses incurred on the sale of stock of group members are disallowed under certain circumstances." (Disponível em: https://taxsummaries.pwc.com/united-states/corporate/group-taxation. Acesso em: 08 ago. 2021)

lação aos resultados de empresas de um mesmo grupo, mesmo que todas estejam localizadas no Brasil. Assim, em âmbito estritamente doméstico cada entidade deve apresentar sua respectiva declaração de imposto de renda e tributar os respectivos resultados, sendo estes resultados reportados no nível do beneficiário final via equivalência patrimonial, estando a parcela positiva da equivalência patrimonial excluída da base de incidência do IRPJ e da CSLL[16].

De igual maneira, destaca-se que as regras de consolidação de resultados auferidos por investidas no exterior não constavam em quaisquer das legislações anteriores à Lei n. 12.973/2014, relativas à tributação de lucros no exterior[17], mas sim apenas em âmbito infralegal[18] tratando-se, portanto, de uma inovação trazida no bojo da atual norma que regula as regras de tributação universal aplicável às pessoas jurídicas.

Tal novidade que, à primeira vista, poderia facilitar o reporte dos resultados de investidas no exterior, entretanto, veio acompanhada de diversas regras restritivas quanto à sua aplicação pelos contribuintes sujeitos às normas de TBU, seja em relação ao aspecto temporal, seja em relação às condições materiais para sua fruição, estabelecendo ao regime de consolidação de resultados alguns contornos e conceitos próprios usualmente adotado em normas *CFC*.

II.2. Restrições ao regime de compensação – análise crítica

O legislador estabeleceu a possibilidade de aplicar a regra de consolidação apenas até o exercício do ano-calendário de 2022. Tal limitação temporal nos parece indicar que o legislador quis aplicar ao regime de consolidação um caráter de excepcionalidade, tal qual ao geralmente dispensado quando da instituição de vantagens ou desonerações fiscais.

Ou seja, muito mais do que estabelecer o regime de consolidação como um instrumento para efetiva apuração dos resultados efetivos obtidos por investidas no exterior, de modo a adicionar à base de cálculo do IRPJ e da CSLL apenas aquela parcela de lucro auferidos por tais investidas, ao limitar a utilização do regime de consolidação até 2022 atribui-se à norma um caráter de excepcionalidade e transitoriedade em relação às regras gerais de tributação com bases universais, quase que um favor fiscal. Tal aspecto fica ainda mais destacado se lembrarmos que na redação da Medida Provisória n. 627, de 11 de novembro de 2013, o prazo então estabelecido para aplicação do regime de consolidação seria ainda mais restrito, qual seja, até o exercício do ano-calendário de 2017[19].

---

[16] Arts. 23 do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e 426 do Decreto n. 9.580, de 22 de novembro de 2018.

[17] Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 74 da MP n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

[18] Art. 4º, §§ 4º e 5º, da IN/SRF n. 213, de 7 de outubro de 2002.

[19] "Art. 74. Até o ano calendário de 2017, as parcelas de que trata o art. 73, restritas aos resultados decorrentes de renda ativa própria, poderão ser consideradas de forma consolidada na determi-

De igual forma, o potencial caráter de favor fiscal atribuível ao regime de consolidação fica ainda mais destacado se considerarmos que os prejuízos apurados por investidas no exterior não podem ser compensados diretamente com lucros auferidos pela controladora no Brasil, ao contrário do que se verifica em alguns outros países sob certas circunstâncias[20]. Ou seja, a começar pela limitação temporal, sempre de modo a preservar a possibilidade de se adicionar à base tributável o lucro auferido por controladas no exterior, nos parece que que o legislador buscou atribuir ao regime de consolidação um caráter de regra de exceção e não como uma regra geral para apuração do efetivo valor a ser adicionado pela controladora a partir do lucro auferido por suas controladas localizadas no exterior.

Este caráter de excepcionalidade de aplicação do regime de consolidação também se verifica quando se leva em conta os demais requisitos elencados no art. 78 para sua fruição. Com efeito, considerando a rede de tratados em matéria tributária dos quais o Brasil é signatário, assim como os modelos mais adotados por empresas multinacionais brasileiras em suas estruturas internacionais, os incisos I a IV do referido dispositivo acabam por estabelecer condições bastante restritas para a utilização do regime de consolidação na sua máxima extensão, ainda mais se consideramos que os requisitos colocados em tais incisos são alternativos e não cumulativos, senão vejamos.

II.2.1. Das disposições do art. 78, I, da Lei n. 12.973/2014

Com relação ao inciso I, este estabelece a vedação do regime de consolidação com relação às investidas localizadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações. A esse respeito, vale destacar, percebe-se atualmente uma condição mais simples de atendimento do que aquela verificada quando da publicação da Lei n. 12.973/2014. Isso porque, à época da publicação da referida lei, o atendimento de tal requisito estava condicionado à vigência de acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil os quais, seguindo o art. 26[21] da Convenção Modelo sobre a Tributação da Renda e do Capital da OCDE, dispunham sobre os procedimentos de trocas de

---

nação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora no Brasil, excepcionadas as parcelas referentes às pessoas jurídicas investidas que se encontrem em pelo menos uma das seguintes situações: [...]"

[20] DOERNBERG, Richard. *International taxation*. Thomson West, 2007, p. 254/255. "Because U.S. taxpayers are taxed on worldwide income, a foreign loss has the potential of decreasing U.S. taxes on U.S. income. That seems appropriate in light of the fact that foreign gains increase U.S. taxes. But, suppose a U.S. taxpayer has an overall foreign loss (OFL) in one year and foreign income in a subsequent year that is not offset by the earlier foreign loss. An overall foreign loss is a foreign source income generated by the taxpayer. The excess loss is then available to offset U.S. source income. In the absence of a corrective provision, the impact over a two year period would be to lower U.S. taxation of U.S. source income."

[21] BRASIL, Decreto n. 5.922, de 3 de outubro de 2006, art. 26 – Troca de informações.

informações, assim como ao até então outro único tratado para intercâmbio de informações em matéria tributária então vigente, no caso, o acordo para intercâmbio de informações relativas a tributos firmado com os Estados Unidos (Decreto n. 8.003/2013).

No entanto, observando-se a tendência cada vez maior por transparência em matéria fiscal, de 2014 em diante houve um incremento significativo em relação à adesão do Brasil aos instrumentos internacionais para troca de informações em matéria tributária, com a execução de acordos bilaterais, tais como aqueles firmados com Jersey (Decreto n. 9.969/2019), Reino Unido (Decreto n. 9.815/2019) e Suíça (Decreto n. 9.814/2019), assim como pela adesão do Brasil à Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária ("MCAA-CRS"), promulgada pelo Decreto n. 8.842/2016.

Assim, atualmente nos parece que a exigência colocada pelo art. 78, I, da Lei n. 12.973/2014, é relativamente simples de ser superada pelas multinacionais brasileiras, tendo em vista a gama de países aderentes ao MCAA-CRS. De igual maneira, como bem observado por Rocha, o fato de alguns acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil não autorizarem a troca de informações para fins de aplicação da legislação doméstica – casos dos tratados firmados com Coreia do Sul, Filipinas, Países Baixos, Hungria, Itália, Japão, Luxemburgo, Eslováquia e República Tcheca –, não seria um impeditivo ao regime de consolidação, pois "considerando que o art. 78 da Lei nº 12.973 não detalhou o conteúdo mínimo da cláusula de troca de informações para que se considere cumprido o requisito ali previsto, parece-nos que mesmo nesses casos deve-se considerar existente a regra de troca de informações"[22]. Portanto, havendo cláusula com previsão sobre troca de informações, independentemente de seu conteúdo específico, estaria superada a restrição imposta pelo art. 78, I, da Lei n. 12.973/2014.

De igual maneira, Rocha[23] destaca que o § 7º do art. 78 possibilitou aos contribuintes uma alternativa de contorno à exigência do inciso I, tendo em vista o problema prático de que o atendimento de exigência, a rigor, estaria fora do alcance dos contribuintes, posto que cabe ao Estado Brasileiro a execução de acordos internacionais. Visto assim, o referido § 7º mitigou tal exigência ao estabelecer que a consolidação será admitida se a controladora no Brasil disponibilizar a

---

[22] ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos no exterior (Lei nº 12.973/2014)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 101.

[23] ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos no exterior (Lei nº 12.973/2014)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 102. "Uma vez que a celebração e aprovação de tratados com cláusula de troca de informações para fins fiscais é tarefa do Estado, a exigência de tal tratado para que seja possível a consolidação parece descabida. Felizmente, a mesma foi suavizada no texto da Lei nº 12.973 que, no parágrafo 7º do artigo 78, estabeleceu que 'na ausência da condição do inciso I do *caput*, a consolidação será admitida se a controladora no Brasil disponibilizar a contabilidade societária em meio digital e a documentação suporte da escrituração, na forma e prazo a ser estabelecido pela RFB', mantidas as demais condições."

contabilidade das investidas em meio digital, assim como a documentação suporte nos prazos estabelecidos pela Receita Federal do Brasil[24]. Portanto, mesmo que o país em que localizada a investida não mantenha acordo para troca de informações em matéria firmados com o Brasil, ainda assim a Lei n. 12.973/2014 tratou de estabelecer uma alternativa dependente exclusivamente de ações do contribuinte para viabilizar a consolidação de resultados em relação às investidas situadas em tais jurisdições, desde que, por óbvio, não presentes as exigências contidas nos demais incisos do art. 78.

II.2.2. Das disposições do art. 78, incisos II e III, da Lei n. 12.973/2014

Com relação às disposições dos incisos II e III do art. 78 da Lei n. 12.973/2014, também se verifica a imposição de regras restritivas à aplicação do regime de consolidação, pois tais dispositivos vedam a adoção do regime com relação aos resultados de controladas localizadas em jurisdições de tributação favorecida ou beneficiárias de regimes fiscais privilegiados, atraindo para estes incisos uma nítida característica de norma específica antielisiva.

Isso porque ao não permitir a consolidação de resultados em relação às controladas diretas e indiretas localizadas em país ou dependência com tributação favorecida ou que tais controladas estejam submetidas a um regime fiscal privilegiado, por via indireta, o referido comando legal busca desestimular a realização de investimentos por intermédio de sociedades sujeitas a tais condições, impedindo que eventuais resultados positivos auferidos por tais entidades venham a ser compensados com prejuízos de outras controladas localizadas em jurisdições de tributação regular.

Tal restrição atinge as controladas localizadas nos países listados no art. 1º da IN/RFB n. 1.037/2010, assim como aquelas entidades constituídas de acordo com as disposições do art. 2º da referida instrução normativa, ambas listas taxativas, não obstante as regras gerais à respeito dos conceitos aplicáveis às jurisdições de tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados contidos nos arts. 24[25] e 24-A[26] da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

---

[24] A esse respeito, o art. 13 da IN/RFB n. 1.520/2014 assim dispõe: "Art. 13. Caso as pessoas jurídicas investidas estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários, conforme inciso I do § 1º do art. 11, a consolidação será admitida se a controladora no Brasil disponibilizar a escrituração contábil em meio digital e a documentação de suporte e desde que não incorram nas condições previstas nos incisos II a V do art. 11. § 1º A escrituração contábil de que trata o *caput* deve: I – estar em idioma português; II – abranger todas as operações da controlada; III – ser elaborada em arquivo digital padrão; e IV – ser transmitida por meio de processo eletrônico da RFB, cujo número deverá ser informado na escrituração e prazo estabelecidos no art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.422, de 19 de dezembro de 2013."

[25] BRASIL. Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 24.

[26] BRASIL. Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 24-A.

Adicionalmente às restrições de consolidação impostas às controladas localizadas em país com tributação favorecida, também se veda a aplicação do regime de consolidação em relação àquelas controladas sujeitas ao regime de subtributação, uma novidade introduzida pela Lei n. 12.973/2014 e aplicável àquelas entidades domiciliadas no exterior sujeitas à tributação pelo lucro em alíquota inferior a 20% (vinte por cento)[27]. De igual maneira, a imposição de tal condição adicional, mesmo à controlada não estando domiciliada em jurisdição de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, nos parece reforçar a presença de elementos característicos próprios das legislações CFC ou de, no mínimo, desestimular a realização de investimento em sociedades sujeitas a tais regimes tributários diferenciados.

Importante destacar que a limitação ao regime de consolidação atinge não apenas as controladas em jurisdições de tributação favorecida ("JTF") ou sujeitas a regimes fiscais privilegiadas ("RFP") ou, ainda, ao regime de subtributação (art. 78, II), mas também os resultados daquelas sociedades controladas, direta ou indiretamente, por tais sociedades (art. 78, III), o que nos parece apontar para uma inconsistência interna das regras de TBU brasileiras.

Conforme acima referido, a Lei n. 12.973/2014 estabeleceu o regime TBU tanto em relação às controladas e coligadas diretas ou indiretas, razão pela qual tais entidades são tratadas de forma independente pela referida legislação. Ou seja, independentemente de uma controlada domiciliada no exterior ser uma controladora integral de outra empresa no exterior, ainda assim para regras de TBU adotadas pelo Brasil tais entidades são tratadas como independentes para fins de adição dos lucros apurados por tais sociedades na forma estabelecida pelo art. 76[28].

Tal situação implica dizer que nem sempre há uma consolidação de resultados no topo da cadeia societária, mas uma adição de resultados a partir de controladas diretas e indiretas de forma individualizada, de modo que o regime de consolidação previsto no art. 78 tem ainda mais relevância no modelo de TBU atual, tendo em vista a potencial capacidade de capturar de forma adequada a efetiva parcela de lucros decorrente de controladas no exterior a ser adicionada aos resultados da controladora do Brasil, evitando assim qualquer diferimento[29].

---

[27] BRASIL. Lei n. 12.973, de 4 de maio de 2014, art. 84.

[28] BRASIL. Lei n. 12.973, de 4 de maio de 2014, art. 76.

[29] Importante destacar que para fins do presente artigo não estamos analisando os eventuais efeitos do art. 7º das Convenções para evitar a Dupla Tributação firmados pelo Brasil como norma de bloqueio à adição de resultados apurados por intermédio de controladas e coligadas no exterior. Não obstante, neste ponto somos da posição que as regras de Convenção devem ser aplicadas e observadas, de modo que mesmo que a Lei n. 12.973/2014 estabeleça a tributação individualizada dos lucros auferidos no exterior, tal não teria o condão de impedir a aplicação das regras dos tratados como forma de diferir a tributação ou mesmo não tributar tais lucros, a depender da redação da convenção.

A esse respeito, como bem apontado por Ramon Tomazela Santos[30],

> "em caráter geral, pode-se dizer que o regime de consolidação foi concebido para atenuar os efeitos da tributação individualizada dos lucros auferido por controladas diretas e indiretas no exterior. Isso porque, ao prever a tributação 'per saltum' das controladas indiretas, a Lei nº 12.973/2014 passou a permitir que uma sociedade brasileira, que não auferiu resultado positivo em suas operações internacionais, seja obrigada a pagar IRPJ e CSLL sobre resultados isolados das sociedades controladas indiretas lucrativas".

Não obstante, nos parece que o art. 78, III, ao estabelecer a impossibilidade de consolidar os resultados de controladas indiretas pelo fato de se tratarem de subsidiárias de empresas sujeitas às condições do art. 78, II, frustra o objetivo do regime de consolidação ou, no mínimo, prejudica-o em grande medida, pois mesmo aqueles resultados de controladas que não se encontrem domiciliadas em paraísos fiscais, ou sujeitas aos regimes fiscais privilegiados ou subtributação, mas que se tratem de entidades controladas por empresas localizadas em tais jurisdições, ainda assim não poderão ser objeto de consolidação, implicando uma eventual tributação de resultados positivos que, em verdade, podem ter sido absorvidos por "resultados negativos apurados em degraus superiores da cadeia vertical de investimento"[31].

Neste caso, entendemos que, a partir do momento em que a Lei n. 12.973/2014 adotou o critério da individualidade das investidas para fins de adição dos lucros auferidos no exterior, impedir a aplicação do regime de consolidação pelo fato de controladas indiretas serem controladas diretas por empresas localizadas em paraísos fiscais, por exemplo, é uma medida inconsistente ou, no mínimo, bastante questionável sob o prisma da proporcionalidade, pois não nos parece a medida mais adequada para obtenção dos supostos fins pretendidos (desestimular o investimento em jurisdições de tributação favorecida).

Ora, se a norma de tributação de lucros já viabiliza a tributação imediata dos lucros das controladas indiretas, o fato de estas controladas estarem abaixo na cadeia societária de empresa localizada em um paraíso fiscal mostra-se um critério desarrazoado para impedir a aplicação do regime, pois abre a possibilidade de tributação de parcela não representativa de lucros das controladas, na medida em que evita que esta parcela venha a ser absorvida por eventuais prejuízos de outras controladas.

De mais a mais, desconsidera a norma que a instalação de empresas, notadamente *holdings*, em jurisdições que se classifiquem como JTF ou sujeitas a RFP, muitas vezes se dá por questões notadamente extratributárias, tais como maior

---

[30] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 129.

[31] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 129.

flexibilidade nas normas societárias e administração das sociedades, acesso ao mercado de capitais e financeiro, entre outros.

Nos termos apresentados em detalhes no item III do presente artigo, ao impedir que a controladora no Brasil aplique a regra de consolidação dos resultados de controladora indireta nas condições acima, entendemos haver uma indevida limitação à aplicação do regime, contrária, inclusive, ao seu próprio objetivo, já que acaba por ser possibilitada a tributação de uma eventual não renda, conforme bem aponta Santos[32]: "Vale ressaltar que o regime de consolidação de resultados do exterior constitui medida essencial para tributação do efetivo acréscimo patrimonial experimentado pela pessoa jurídica investidora no Brasil, sob pena de violação ao conceito de renda."

II.2.3. Das disposições do art. 78, IV, da Lei n. 12.973/2014

Por fim, o último requisito colocado pelo art. 78 da Lei n. 12.973/2014 para aplicação do regime de consolidação também reflete influências de aspectos gerais de regras CFC, pois veda a possibilidade de consolidação em relação aos resultados daquelas controladas diretas ou indiretas que tenham "renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total"[33].

Neste ponto, o conceito de renda ativa própria encontra-se presente nas disposições do art. 84, I, da Lei n. 12.973/2014, sendo apurado a partir de um exercício de exclusão, pois a referida regra classifica como renda ativa própria aquela renda "obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria", excluindo deste conceito as receitas decorrentes de *royalties*, juros, dividendos, participações societárias, aluguéis, ganhos de capital (exceto se decorrentes de alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de dois anos), aplicações financeiras e intermediação financeira.

Aqui, novamente, se verifica a aplicação de conceitos próprios de regras CFC como elemento a restringir o direito à adoção do regime de consolidação, visto que condiciona que a controlada direta ou indireta tenha um percentual de renda ativa própria superior a 80%. A esse respeito, Rocha, ao comentar a utilização do conceito de renda ativa própria como limitador ao aproveitamento de certas vantagens contidas na Lei n. 12.973/2014, assim se manifestou:

> "De fato, na experiência de outros países a distinção entre rendas ativas e passivas é utilizada como instrumento para a identificação dos casos em que a própria regra de transparência fiscal internacional será aplicada, ressaltando o seu caráter antielusivo. No Brasil, considerando a sistemática de tributação de lucros au-

[32] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 130.

[33] BRASIL. Lei n. 12.973, de 4 de maio de 2014, art. 78, III.

feridos por controladas no exterior pós-Lei 12.973, a distinção de rendas ativas e passivas foi utilizada apenas para excluir determinadas situações de regimes em princípio mais vantajosos previstos pela lei."

Uma crítica adicional à utilização do critério de renda ativa própria como requisito ao regime de consolidação decorre do próprio conceito de renda ativa colocado no art. 84 da Lei n. 12.973/2014. Isso porque o art. 84, ao tratar de receitas de *royalties*, aluguéis, juros e participações societárias como fora do conceito de renda ativa própria, desde logo excluiu da possibilidade de consolidação os resultados auferidos por empresas cujas atividades sejam próprias de *holding* ou mesmo empresas cujas atividades principais sejam a locação de equipamentos e imóveis ou a gestão de marcas e patentes.

Deste modo, entendemos que a limitação imposta pelo art. 78, IV, combinada com as disposições do art. 84, I, da Lei n. 12.973/2014, acaba por excluir um número significativo de controladas cujos resultados sejam passíveis de consolidação tendo em vista as estruturas mais comumente utilizadas para realização de investimentos no exterior, consistente no estabelecimento de estruturas *holdings* para controle de outras subsidiárias no exterior.

II.3. Comentários finais acerca das regras do regime de consolidação

Ainda em relação às características das regras do modelo de consolidação de resultados implementado pela Lei n. 12.973/2014, chama atenção a ausência de referência a qualquer situação de abuso do direito para fins de limitação à aplicação do regime de consolidação. Ao contrário, aparentemente estabelece que as situações listadas nos incisos I a IV do art. 78 seriam presuntivas de abuso, sem qualquer possibilidade de prova em contrário dos contribuintes, o que representa uma abordagem bastante agressiva, especialmente nas situações das controladas indiretas controladas por outras controladas localizadas em jurisdições de tributação favorecida.

Além disso, há, em verdade, uma contradição na Lei, pois se de um lado para tributação de lucros das controladas o modelo de TBU do Brasil foge ao *standard* das regras CFC, por outro lado ao estabelecer requisitos para adoção do regime de consolidação a lei trata de trazer padrões típicos das regras CFC, o que nos parece indevido ou, no mínimo, incoerente.

Quanto aos requisitos de ordem formal colocados para fins de consolidação, destaca-se que a controladora deverá efetuar a opção pela consolidação e, ao fazê-la, tal é irretratável (art. 78, § 6º), sendo possível, conforme esclarecido pelo art. 11, § 7º, II, da IN/RFB n. 1.520/2014[34], a opção parcial, ou seja, de consolidação apenas dos resultados de algumas controladas no exterior.

---

[34] BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa n. 1.520, de 4 de dezembro de 2021, art. 11.

Ainda, não obstante a possibilidade de consolidação, mas seguindo o critério de individualização dos resultados das entidades na forma apresentada pelo art. 76, é exigido que as controladoras apresentem os resultados das controladas de maneira individual em subcontas de investimento, assim como demonstrem por cada controlada a renda ativa e a renda passiva apuradas durante o ano-calendário (art. 78, § 1º). Neste ponto, nos parece que a individualização em subcontas, mesmo em caso de consolidação, acaba sendo um aspecto necessário em face da regra contida no art. 78, § 4º, a qual autoriza a utilização do saldo remanescente de prejuízos não utilizados na consolidação para compensação de lucros futuros da mesma controlada à qual aquele prejuízo anterior foi verificado, mas não possibilitando a compensação cruzada com lucros de outras controladas.

Assim, considerando todo exposto acima e os contornos da Lei n. 12.973/2014, temos que em termos gerais a instituição do regime de consolidação de resultados de controladas no exterior, especialmente em face da regra de tributação individualizada de lucros no exterior estabelecida pela referida lei, foi um importante avanço no que tange às regras de TBU adotadas pelo Brasil, notadamente por permitir a chamada consolidação horizontal, nas palavras de Xavier, conforme já referido. Por outro lado, não obstante esse avanço legislativo, cabe investigarmos sobre a compatibilidade dos requisitos impostos para adoção de tal regime aos princípios e conceitos que regem a tributação sobre a renda.

III. As regras do regime de consolidação como instrumental para efetivo alcance do conceito de renda para fins de incidência do IRPJ e da CSLL no âmbito do TBU

Muito já se discutiu e, a rigor, ainda se discute acerca dos limites do fato gerador do imposto sobre a renda a fim de expurgar da base de incidência de tal tributos elementos econômicos que não configurem um efetivo acréscimo patrimonial, especialmente quando se trata de alterações patrimoniais temporárias ou transferências patrimoniais (por exemplo: variação cambial não realizada, integralização de capital etc.).

Para fins da análise aqui proposta partimos do pressuposto de que, não obstante as controvérsias a respeito[35], e em linha com princípios constitucionais aplicáveis ao direito tributário[36], os contornos do fato gerador do imposto sobre a

[35] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I, p. 203-205.

[36] "A outra corrente recusa a vacuidade de conceitos indefinidos na Constituição, sustentando que necessariamente há um limite semântico para os dois termos, o qual essa corrente se esforça para encontrar através de múltiplos recursos, seja pelos recursos de que o legislador constituinte tenha se valido para adotar os dos termos, seja pelo contexto global e sistemático da Constituição em vigor. Neste último caso, para alguns autores o conceito constitucional de renda, em sentido lato, deve ser haurido de outros princípios constitucionais, sejam os gerais (capacidade contributiva,

renda encontram fundamento na Constituição Federal, ou seja, existe um conceito constitucional implícito de renda a ser observado pelo legislador ordinário quando da instituição de leis visando fazer incidir o imposto sobre a renda sobre determinados fatos jurídicos.

A esse respeito, Mariz[37], especialmente ao tratar do decidido dos autos do RE n. 256.304/RS[38], demonstra que por reiteradas vezes o STF já tratou de afirmar a existência de um conceito constitucional de renda a identificar a materialidade da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, adotando a premissa de que para fins de incidência há de se verificar a ocorrência de um efetivo acréscimo patrimonial (acréscimo definitivo) a ser apurado durante determinado lapso temporal, excluindo-se aquelas situações de meras transferências patrimoniais ou aquelas em que o patrimônio é incrementado, mas por ações alheias às atividades do contribuinte (por exemplo, doações).

Seguindo nesta linha de pensamento para verificação do conceito de renda a justificar a incidência do imposto previsto no art. 153, III, da Constituição, entendemos que as disposições do art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN) também assim devem ser interpretadas. Ou seja, a renda para fins de tributação deve ser sempre entendida como um acréscimo patrimonial que efetivamente se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não havendo que se falar em incidência do imposto sobre renda quando se está diante de mera expectativa de renda ou mesmo quando verificados ingressos provisórios.

Com efeito, sem que haja a verificação de fato que consolide o acréscimo patrimonial em favor do contribuinte, não há que se falar em hipótese de incidência do imposto sobre a renda, pois ausente aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica sobre aquele ingresso, conforme exige o art. 43 do CTN[39].

Considerando o regime imposto sobre a renda das pessoas jurídicas obrigadas ao lucro real, verifica-se a apuração do imposto devido a partir do confronto entre receitas e despesas incorridas ao longo do exercício, efetuando-se as adições

---

proibição de confisco, mínimo existencial), sejam os específicos para o imposto de renda (generalidade, universalidade, progressividade)."– (MARIZ *apud* Luis Cesar Souza de Queiroz (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I, p. 204-205)

37 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. vol. I, p. 213-217.

38 "Assim, não é lícito tomar por renda – que tem conformação conceitual mínima – nenhum pressuposto de fato que desencadeie outras competências, tal como 'receita', 'faturamento', 'lucro', 'patrimônio', nem pressuposto de fato que não desencadeie competência alguma (meros ingressos ou simples trânsito de valores). É, pois, mister averiguar se a disposição concreta da correção monetária em níveis inferiores à efetiva desvalorização da moeda ultrapassou os limites a que se deveria adstringir." (Voto do Min. Cézar Peluso. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I, p. 216)

39 BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 966. "Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica."

e as exclusões conforme comandos legais aplicáveis[40], de forma a apurar o efetivo lucro real a ser oferecido à tributação. No caso de pessoas jurídicas com investidas no exterior, a parcela de lucro decorrente destas investidas passou a ser tributável a partir da Lei n. 9.249/1995, de modo que tal parcela deverá ser adicionada à base de cálculo para apuração do lucro real, conforme demandam os arts. 76 e 77 da Lei n. 12.973/2014, também já referidos.

Aqui, é importante levarmos em consideração as características das regras de tributação de lucros no exterior adotadas pelo Brasil. Como visto, atualmente vigora um sistema que estabelece a (i) imediata adição de lucros (ou parcela equivalente[41], nos termos do art. 76 da Lei n. 12.973/2014) de controladas, mesmo sem disponibilização efetiva no exterior; (ii) a adição individualizada de tais lucros, mesmo relativo a controladas indiretas[42], sem qualquer estabelecimento de um subnível máximo de controladas cujos lucros são alcançados pelo art. 77 da Lei n. 12.973/2014; e, ainda (iii) a ausência de distinção quanto aos lucros decorrentes de rendas passivas ou ativas auferidas pelas controladas quanto à obrigatoriedade de adição dos lucros destas investidas.

O modelo brasileiro adota um regime em relação às controladas que, a rigor, não faz qualquer distinção quanto ao domicílio das controladas, posição na cadeia societária ou origem das receitas que geraram o lucro a ser adicionado ao lucro real da controladora no Brasil. Isso implica dizer que para fins de adição da efetiva parcela equivalente ao lucro das controladas no exterior faz sentido considerar todas essas controladas como uma única entidade, de modo a se apurar o real lucro auferido por intermédio de tais investidas.

Isso porque é esse lucro que poderá afetar a apuração do lucro real da controladora no Brasil e, assim, ser tributado na exata medida do acréscimo patrimonial definitivo que tais operações no exterior trazem à controladora.

Como já afirmado, as regras relativas à incidência do imposto sobre a renda devem estar conformadas com aqueles limites impostos pela Constituição e interpretados pelo STF para fins da apuração do conceito constitucional de renda acima já referido. Tal raciocínio, a partir do momento em que a legislação brasileira passou a autorizar a inclusão de resultados de controladas e coligadas no exterior para fins de apuração do IRPJ, também se aplica àquelas parcelas decorrentes de lucros auferidos no exterior.

Considerando a abrangência das regras de tributação de lucros adotadas pelo Brasil, assim como a intepretação do STF que chancelou o modelo de TBU

---

40 "Art 6º Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. (Decreto-lei nº 1.598/1977)."

41 SANTOS, Ramon Tomazela, *apud* Marcos Vinicius de Neder Lima e Larissa Pimentel. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21.

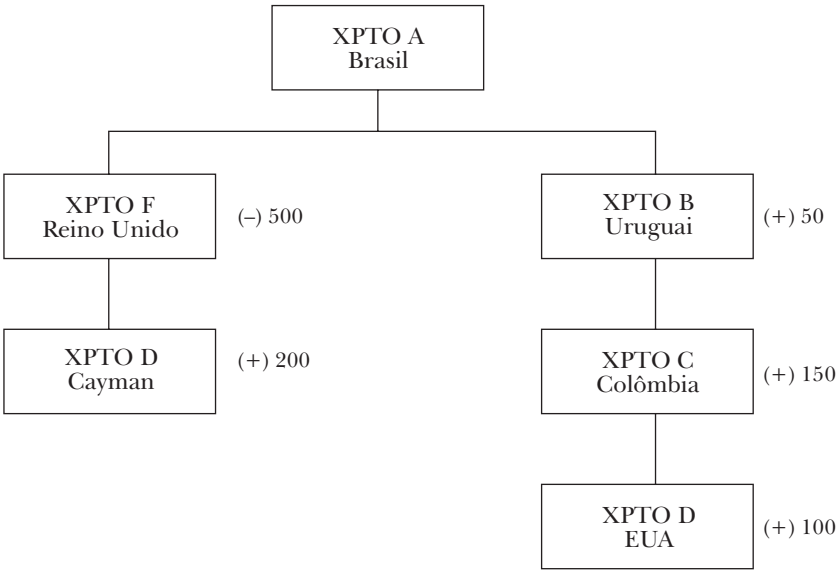
42 Tributação "per saltum". SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 39.

que acabou incorporado na Lei n. 12.973/2014, o regime de consolidação de resultados mostra-se uma ferramenta essencial às empresas para apuração dos resultados que devem ser adicionados à apuração do lucro real.

Ocorre que, o modelo implementado pela Lei n. 12.973/2014, embora seja mais abrangente que o então vigente ao permitir a consolidação horizontal, continua a proporcionar possíveis distorções ao conceito constitucional de renda.

Com efeito, a possibilidade de consolidação horizontal na forma em que estabelecida pelo art. 78 não elimina o risco de se tributar pelo IRPJ e pela CSLL uma parcela representativa de patrimônio e não de um acréscimo patrimonial, pois as diversas restrições acima comentadas à adoção do regime de consolidação podem implicar a necessidade de se adicionar ao lucro real parcelas de resultados apurados em relação às controladas no exterior que, na prática, não refletem a apuração da parcela de lucros nas operações via tais controladas.

A fim de ilustrar, pensemos no seguinte exemplo[43]:



No exemplo acima, verifica-se que de acordo com as regras anteriores à Lei n. 12.973/2014, a controladora no Brasil era obrigada a reportar um total de USD 300,00 relativos aos lucros apurados a partir das controladas no exterior, não obstante o resultado efetivo do grupo de controladas no exterior fosse zero. Já no atual regime, mesmo com a possibilidade de consolidação horizontal e se verificando que, efetivamente, o resultado das operações no exterior como um todo é

[43] Os valores no exemplo representam o resultado de operações próprias, isto é, sem o reflexo dos resultados das controladas indiretas.

zero, ainda assim a controladora deverá adicionar ao lucro real um total de USD 200,00, tendo em vista a restrição contida no art. 78, II, que impede que os resultados de controladas localizadas em jurisdições de tributação favorecida sejam consolidados com os das demais controladas.

Assim, mesmo que o novo regime de consolidação tenha eliminado algumas ineficiências e possibilite uma maior aproximação ao conceito constitucional de renda em relação aos resultados de investidas no exterior, ainda assim as atuais regras de consolidação possibilitam a adição ao lucro real de valores que, a rigor, não representam qualquer acréscimo patrimonial à controladora e seus acionistas.

É de se notar que no exemplo acima apresentado é irrelevante se a empresa controlada domiciliada em JTF seja uma entidade efetivamente operacional e dotada de substância, pois o mero fato de estar localizada em jurisdição de tributação favorecida já impede que os resultados daquela entidade sejam consolidados com os das demais empresas controladas localizadas no exterior.

Portanto, não obstante a extensa produção doutrinária a respeito do conceito de renda, assim como as diversas manifestações do STF a respeito dos contornos necessários que a legislação infraconstitucional deve obedecer para não desbordar dos limites do conceito constitucional de renda, notadamente calcado na verificação de um efetivo acréscimo patrimonial, mesmo com os avanços da Lei n. 12.973/2014, ainda assim verifica-se que o regime de consolidação atualmente presente não impede que, ao fim ao cabo, signos representativos de patrimônio ou mesmo "não renda" decorrentes de operações realizadas por controladas no exterior sejam tributados pelo IRPJ e pela CSLL.

Assim, aqui seguimos o entendimento exposto por Xavier (*apud* Santos[44]) que repudia a possibilidade de se interpretar o regime de consolidação como sendo um incentivo ou benefício fiscal: "Tenha-se a presente que a consolidação não é benefício, mas consequência lógica e natural de conceitos de Direito Privado e garantia da não tributação do patrimônio."

A nosso ver, alguns pequenos ajustes na legislação atual poderiam mitigar ou até mesmo eliminar as consequências adversas acima referidas. Tais ajustes poderiam consistir, por exemplo, na simples revogação das regras de restrição à consolidação de resultados quando apurados por controladas localizadas em jurisdições de tributação favorecida ou sujeitas a regimes fiscais privilegiados (ou pelo menos da regra que impede a consolidação dos resultados das controladas indiretas quando estas sejam controladas por empresa localizada em paraíso fiscal), assim como da exigência de renda ativa própria superior a 80%, ou mesmo a inserção de regra a vedar o regime de consolidação para tais controladas diretas ou indiretas caso estas não atendam exigências mínimas de substância a partir de critérios definidos em lei.

---

[44] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 130.

Mais uma vez, ressalte-se que o regime de consolidação não deve ser entendido como um incentivo ou favor fiscal conferido aos contribuintes sujeitos às regras de tributação com bases universais, de modo que as restrições de aplicação devem ser mínimas, quiçá evitadas, sob pena de se levar à tributação situações não representativas de acréscimo patrimonial, pois ante o modelo de TBU adotado pelo Brasil, que implica a tributação mesmo sem disponibilização de lucros auferidos por controladas no exterior, independentemente da natureza de tais lucros (se decorrentes de rendas passivas ou ativas), ou da localização de tais controladas, certamente há o risco de uma regra restritiva ao regime de consolidação levar à tributação de patrimônio.

Deste modo, a imposição de restrições à aplicação do regime de consolidação baseado nos critérios atualmente vigentes estabelece um risco às multinacionais brasileiras de terem de adicionar resultados ao lucro real que, a rigor, não representam parcela de lucro decorrente de suas operações no exterior.

De mais a mais, ao restringir a utilização do regime de consolidação em relação aos resultados apurados por controladas inseridas nas condições dos incisos I a IV do art. 78, a referida legislação trata de criar um ônus adicional à expansão das operações das empresas brasileiras no exterior, pois além da obrigatoriedade de adicionar o lucro de controladas mesmo sem efetiva disponibilização, o que não se verifica em relação às regras de TBU de diversos outros países, ainda sofrem limitação no emprego do regime de consolidação de resultados e que poderia servir de alívio com relação aos custos necessários para o desenvolvimento de operações internacionais.

Neste ponto, conforme se verifica a seguir, as propostas de alteração às regras do regime de consolidação, embora tragam avanços em relação à regra atual, ainda nos parecem tímidas a fim de estabelecer a consolidação como um instrumento hábil e definitivo a evitar a adição ao lucro real de outras parcelas que não apenas os lucros auferidos por intermédio de controladas domiciliadas no exterior.

IV. Das propostas de alteração em relação às regras de consolidação presentes no PL n. 2.502/2021

Dentre as diversas propostas legislativas de reforma do IRPJ e da CSLL, no âmbito das regras de TBU destaca-se o Projeto de Lei n. 2.502/2021 ("PL n. 2.502/2021"), de autoria da Senadora Kátia Abreu (PP/TO), que em seu bojo traz importantes alterações às regras que tratam do regime de consolidação de resultados de controladas domiciliadas no exterior.

A primeira mudança significativa apresentada no referido PL dá-se em relação à extinção da limitação temporal para aplicação do regime de consolidação. Como visto, a regra atual autoriza a opção pela consolidação até exercício do ano-calendário 2022 (art. 78, I, da Lei n. 12.973/2014). De acordo com a proposta

apresentada, essa limitação deixa de existir, tornando a consolidação uma regra perene no arquétipo legislativo relativo às regras de TBU adotadas pelo Brasil.

Entendemos que tal alteração é bastante positiva, pois adotamos a posição de que o regime de consolidação não tem caráter de incentivo ou benefício fiscal, mas sim de um instrumento necessário à apuração efetiva dos lucros auferidos por controladas no exterior. Deste modo, a imposição de um limite temporal ao aproveitamento das regras de consolidação não faz sentido, visto que a extinção do regime a partir de determinado exercício certamente levaria a situações de tributação de parcela não representativa de lucros auferidos no exterior.

De igual maneira, a instituição de regra de regime de consolidação sem qualquer limitação temporal ajuda no afastamento da concepção de que o regime seria uma espécie de incentivo fiscal, pois incorpora de forma definitiva as regras de consolidação ao modelo de TBU adotado pelo Brasil.

Deste modo, a eliminação de um prazo para fins de utilização do regime de consolidação nos parece uma medida acertada na proposta objeto do PL n. 2.502/2021, ante a fixação de uma perenidade ao regime de modo a se tributar apenas aquela parcela efetivamente relativa ao lucro auferido por controladas no exterior e não parcela do patrimônio.

Outra medida benéfica veiculada no bojo do PL n. 2.502/2021 trata da extinção do conceito de subtributação. Com base em tal revogação, por consequência, exclui-se a exigência de que os resultados de controladas domiciliadas em jurisdições que se enquadrassem no conceito de subtributação pudessem ser objeto de consolidação.

Com efeito, considerando a amplitude do conceito de subtributação, qual seja, países que tributam a renda em alíquota nominal inferior à 20%, verifica-se que mesmo controladas em países com os quais o Brasil mantém acordos para evitar a dupla tributação, ou seja, cuja troca de informações fiscais é plenamente possível, caso de Singapura, que aplica uma alíquota nominal de 17% de imposto de renda corporativo ou mesmo Reino Unido (19%), estariam impedidas de terem seus resultados objeto de consolidação no âmbito da controladora. De igual maneira, considerando o recente movimento global de redução das alíquotas, a tendência é que cada vez mais países tenham alíquotas nominais próximas ou abaixo de 20%, o que esvaziaria cada vez mais a efetividade do regime de consolidação caso mantida a restrição quanto às controladas localizadas em países de subtributação[45].

Não obstante tais avanços quanto à extinção de prazo e exclusão do conceito de subtributação, o referido projeto de lei ainda manteve as restrições à consoli-

[45] A rigor, verifica-se que o conceito de subtributação como limitador à utilização do regime de consolidação é até mesmo contraditório com as regras domésticas, pois que a alíquota nominal de imposto de renda das pessoas jurídicas é de 15%, chegando a 25% apenas via adicional.

dação em relação às controladas localizadas em paraísos fiscais ou sujeitas a regimes fiscais privilegiados, assim como para aquelas que tenham renda própria inferior a 80%.

Aqui, conforme acima exposto, embora as alterações propostas no PL n. 2.502/2021 ajudem a tornar mais simples a aplicação do regime de consolidação, entendemos que o projeto poderia ter sido mais abrangente e excluir tais exigências, especialmente com relação àquela que impede a aplicação do regime de consolidação em relação às empresas que, mesmo não localizadas em paraísos fiscais, sejam controladas por empresas em tais jurisdições.

Como visto, essa limitação imposta nos parece indevida em função do modelo de TBU adotado pelo Brasil e consistente na análise individualizada das entidades localizadas no exterior, de modo que embora várias empresas possam estar vinculadas a uma mesma cadeia societária em nível vertical, cada uma daquelas entidades é vista como única perante a regra prevista no art. 77 da Lei n. 12.973/2014. Deste modo, o fato de uma empresa ser controlada por outra entidade localizada em paraíso fiscal, sem permitir qualquer teste de substância para que o contribuinte possa contornar a vedação imposta, não nos parece ser um critério adequado para limitar o emprego do regime de consolidação dos resultados, pois distorce o conceito de "individual approach" proposto pela Lei n. 12.973/2014 para um "group approach" apenas para fins de evitar o emprego do referido regime, o qual, como visto, mostra-se fundamental para evitar a tributação de parcelas não representativas de lucros auferidos por controladas no exterior.

V. Conclusões

O modelo de tributação de resultados auferidos por controladas e coligadas no exterior adotado pelo Brasil não segue o padrão das chamadas regras CFC. A Lei n. 12.973/2014, ao determinar a inclusão da parcela relativa ao lucro auferido por controladas no exterior (i) mesmo sem a efetiva disponibilização à controladora, (ii) sem qualquer distinção quanto à jurisdição em que domiciliada a controlada e (iii) sem qualquer distinção quanto ao tipo de receita (passiva ou ativa) que deu origem àquele lucro no exterior, se afastou dos *standards* que definem o conceito de uma regra CFC, tais como a controlada estar localizada em país de tributação favorecida ou cujas receitas preponderantes sejam consideradas passivas, *standards* estes que visam caracterizar a regra CFC com uma efetiva regra específica antielisiva para combater a erosão da base tributável mediante o deslocamento de resultados para jurisdições de baixa ou nenhuma tributação.

Deste modo, o modelo brasileiro em relação à tributação de resultados de controladas localizadas no exterior acaba por considerar os resultados destas controladas como sendo resultados (atributos) da própria controladora, tendo em vista a necessidade de se computar na apuração do lucro real, mesmo sem a efetiva disponibilização, a parcela correspondente ao lucro auferido por controladas

no exterior, não obstante as controladas terem personalidade jurídica própria e distinta da sua controladora, não havendo a previsão de qualquer teste de substância como alternativa a afastar esse modelo de antidiferimento.

Ante tais características, o regime de consolidação de resultados das controladas no exterior previsto no art. 78 da Lei n. 12.973/2014, ao lado da concessão de crédito presumido (art. 87, § 10) é ferramenta essencial para evitar que sejam computadas na apuração do lucro real da controladora parcelas de valores não representativas de um efetivo acréscimo patrimonial e que, por consequência, desbordariam do conceito constitucional de renda, qual seja, aquele que se verifica quando o contribuinte efetivamente obtiver o acréscimo patrimonial mediante a confirmação da sua disponibilidade jurídica ou econômica[46].

De acordo com regra vigente relativa ao regime consolidação, vislumbra-se que o legislador permitiu maior flexibilidade aos contribuintes em sua aplicação, mediante a autorização da chamada consolidação horizontal, tornando possível a consolidação dos resultados entre controladas irmãs, mesmo que localizadas em diferentes jurisdições. Comparando com a regra anterior e constante no art. 1º, § 6º, da IN/SRF n. 213/2002, a qual viabilizava apenas o modelo de consolidação vertical, entendemos que a atual regra constante do art. 78 representa um incremento nos meios disponíveis aos contribuintes para apuração do lucro no exterior a ser computado no lucro real, mesmo que ainda não efetivamente disponibilizados.

Não obstante o acerto do legislador em veicular em lei ordinária o regime de consolidação e sua maior amplitude se comparada com as disposições das regras então dispostas na IN/SRF n. 213/2002, a imposição de limites à aplicação do regime de consolidação merece críticas.

Inicialmente, o fato de impedir a consolidação de resultados quando a controlada estiver localizada em jurisdição de tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado, ou indiretamente controlada por entidade com tais características, mostra-se contraditório com o modelo de TBU aplicável às controladas. O mesmo comentário aplica-se ao impedimento de utilização do regime de consolidação quando verificado que a controlada tenha renda ativa própria inferior a 80% da sua renda total.

Isso porque, uma vez adotado como regra geral que os lucros das controladas serão considerados como próprios da controladora no Brasil independentemente de sua efetiva disponibilização (art. 77), sejam quais forem as localizações destas controladas, impedir o regime de consolidação nos parece representar uma contradição *inter lege*, pois ao mesmo tempo em que *standards* próprios das regras CFC não são considerados para fins de definição do momento em que lucros au-

[46] DANIEL NETO, Carlos Augusto; KRALJEVIC, Maria Carolina Maldonado Mendonça. Tributação do valor justo de ativos na devolução de capital social. *Revista Direito Tributário Atual* v. 44, ano 38. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre de 2020, p. 150.

feridos no exterior serão oferecidos à tributação no Brasil, por outro lado a Lei n. 12.973/2014 faz uso de tais *standards* para, justamente, limitar o direito à aplicação do regime de consolidação de resultados.

Ainda, ao impor tais limitações ao regime de consolidação o legislador permite que sejam adicionadas no cômputo do lucro real parcelas que não necessariamente representam acréscimo patrimonial efetivo, ou seja, implica a tributação pelo IRPJ/CSLL de signos representativos de patrimônio e não renda.

Nos parece mais grave ainda é impedir o emprego do regime de consolidação em relação aos resultados apurados por aquelas controladas indiretas detidas por empresas localizadas em jurisdições de tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiada, pois além de se tratar de uma reiteração da incoerência *interna corporis* da lei como acima explicada, também é contrária ao disposto no *caput* do art. 77, pois ao mesmo tempo em que o legislador decidiu por afirmar a independência das controladas no exterior para fins de adição do lucro nos resultados da controladora no Brasil (ou seja, desconsiderou a verticalização da cadeia societária), para fins de aplicação do regime de consolidação tratou de afirmar a vinculação entre as controladas diretas e indiretas como critério válido para justamente afastar a opção de consolidação.

De igual maneira, a regra que limita a aplicação do regime de consolidação – até 2022 – também nos parece indevida, pois induz à percepção de que o regime de consolidação tratar-se-ia de um mero favor fiscal com prazo de validade conferido aos contribuintes e não como um efetivo instrumento para apurar a efetiva parcela correspondente aos lucros auferidos por controladas no exterior, de modo que espera-se que o Legislativo prorrogue tal prazo ante o grave impacto negativo que esta limitação temporal pode refletir a partir de 2023.

Considerando o exposto, entendemos que embora o regime de consolidação para fins de apuração da parcela representativa de lucros de controladas no exterior represente um ajuste em relação à legislação anterior à Lei n. 12.973/2014, tal regime ainda merece reparos, iniciando-se, no mínimo, pela eliminação da limitação temporal, pois se trata de instrumento necessário para evitar ou, ao menos, mitigar, o risco de se levar à tributação parcelas que não representam acréscimo patrimonial (renda disponível). Neste aspecto, ao eliminar a limitação temporal atualmente presente, o PL n. 2.502/2021 trata de reconhecer a relevância do regime de consolidação para o fim a que se propõe, razão pela qual esperamos seja confirmado pelas casas do Congresso Nacional.

Não obstante o avanço veiculado no referido projeto de lei quanto à extinção do prazo para emprego do regime de consolidação, ainda assim as alterações são tímidas e não eliminam as outras inconsistências acima apontadas nas regras que limitam a consolidação, permanecendo o risco de, em violação às disposições dos arts. 150, I, e 153, III, da Constituição Federal, levar-se à tributação parcelas representativas de patrimônio e não de acréscimo patrimonial, conforme aqui exposto.

VI. Referências bibliográficas

About the Dataset Controlled Foreign Company (CFC) Rules. OECD. Disponível em: https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=CFC. Acesso em: 15 out. 2021.

BIANCO, João Francisco (coord.). *Regulamento do Imposto de Renda* – RIR 2020 – anotado e comentado. 23. ed. São Paulo: RT.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588/DF, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 611.586/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

BRASIL, Decreto n. 9.969, de 8 de agosto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9969.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Decreto n. 9.815, de 30 maio de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9815.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Decreto n. 9.814, de 30 maio de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9814.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Decreto n. 8.842, de 29 agosto de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Decreto n. 5.922, de 3 outubro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5922.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Instrução Normativa – Receita Federal do Brasil n. 1.520, de 4 dezembro de 2014. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59074&visao=anotado. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Instrução Normativa – Secretaria da Receita Federal n. 213, de 7 de outubro de 2020. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15088&visao=original. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Instrução Normativa – Receita Federal do Brasil n. 1.037, de 4 de junho de 2010. Disponível em: http:http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Lei Federal n. 12.973, de 13 de maio de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Lei Federal n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Lei Federal n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Lei Federal n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Lei Federal n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL, Projeto de Lei (PL) n. 2.502, de 2021. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149079. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Solução de Consulta Cosit n. 18, de 2013. Item 19. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=50774. Acesso em: 07 dez. 2021.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. A aquisição da disponibilidade e o acréscimo patrimonial no Imposto sobre a Renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imposto de Renda*: conceitos, princípios e comentários. São Paulo: Atlas, 1996.

CIBELLA, Gabriela Moreno Bitu. Aspectos controvertidos da compensação de tributos pagos no exterior no âmbito da tributação em bases universais (Lei n. 12.973/14). Disponível em: www.dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/2518. Acesso em: 23 ago. 2021.

CORNELL LAW SCHOOL. *Filing of consolidated returns*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.1502-75. Acesso em: 15 out. 2021.

DANIEL NETO, Carlos Augusto; KRALJEVIC, Maria Carolina Maldonado Mendonça. Tributação do valor justo de ativos na devolução de capital social. *Revista Direito Tributário Atual* v. 44, ano 38. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre de 2020.

DOERNBERG, Richard. *International taxation*. Thomson West, 2007.

FREIRE, Felipe Thé. A tributação da renda ativa e passiva auferida por empresas coligadas e controladas no exterior e a legislação Controlled Foreign Corporation (CFC) brasileira. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 128/2016, Mai-Ju/2016.

GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha. As (muitas) controvérsias advindas com a Lei nº 12.973/2014 no regime de tributação das controladas diretas e indiretas. In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional* – homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin.

MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Estudos sobre o Imposto de Renda homenagem a Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

MOREIRA, Clara Gomes. Regra constitucional de competência e tributação de transações transfronteiriças entre partes vinculadas. *Série Doutrina Tributária* n. 36. São Paulo: IBDT, 2021.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I.

POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda. Reconhecimento de receitas e despesas para fins de IRPJ. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Corporate – Group taxation*. Disponível em: https://taxsummaries.pwc.com/united-states/corporate/group-taxation. Acesso em: 15 out. 2021.

RAUSCH, Aluizio Porcaro. Sobre a tributação da renda em bases universais no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAUSCH, Aluizio Porcaro; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. *Worldwide Basis Income Taxation*: a comparative analysis between Brazilian and the US Systems – Essays in international taxation, a tribute do Professor H. D. Rosembloom by his Brazilian ITP Alumni. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ROCHA, Sergio André. Tributação de lucros auferidos no exterior (Lei nº 12.973/2014). São Paulo: Dialética, 2014.

ROCHA, Sergio André. A tributação internacional na era pós-BEPS. Volume I – Relatório geral e coerência. São regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior "regras CFC"? Análise a partir do relatório da Ação 3 do Projeto BEPS.

SANTOS, Ramon Tomazela. O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A Tributação de Beneficiários Residentes Fiscais no Brasil de um *Trust* Localizado no Exterior

Taxation of Brazilian Tax Residents' Beneficiaries of a Foreign Trust

Luciano Burti Maldonado
É sócio em CBLM Advogados atuando na área do Direito Tributário. Professor seminarista no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – Ibet. Graduado em Direito pela Universidade Paulista (2003) e especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2005), em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (2011). *LL.M.* em direito tributário do Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper (2014) e mestre em Direito Tributário pela FGV-Direito (2017). Pós-graduado em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT (2020). Foi membro da Comissão do Contencioso Administrativo Tributário da OAB/SP entre 2015 e 2018. *E-mail*: luciano.burti@cblm.com.br.

Resumo
O presente artigo tem por escopo analisar as relações jurídicas formadas entre o instituidor do *Trust* e próprio *Trust* e/ou *trustee*, bem como entre o *Trust/trustee* e o beneficiário residente fiscal no Brasil para, então, analisar e propor quais seriam as possíveis incidências tributárias (ITCMD ou IRRF) em diferentes cenários decorrentes da modalidade de *Trust* que seja adotada.
Palavras-chave: *trust*, tributação, ITCMD, IRRF.

Abstract
This paper aims to analyze the legal relationships between the settlor and the Trust/trustee and between the Trust/trustee and the tax resident beneficiary in Brazil. Once the legal relationships are identified, this author proposes to discuss the possible Brazilian taxes (ITCMD or IRRF) that can be levied in different scenarios according to the different characteristics of a Trust.
Keywords: trust, taxation, gift tax, personal income tax.

I. Introdução

O instituto do *Trust* tem uma longa tradição no direito inglês, sendo reconhecido pelo governo do Reino Unido[1] como um instituto intrínseco do sistema jurídico britânico de utilização secular e com um papel valioso para a sociedade britânica. Ao longo dos séculos, o instituto do *Trust* foi se desenvolvendo, deixando de ser aplicado tão somente em relação à administração e à proteção de terras e de imóveis para ser aplicado nas mais diversas situações. Durante o século XX,

[1] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/754210/The_Taxation_of_Trusts_A_Review.pdf.

houve um grande desenvolvimento da modalidade do *Trust* discricionário[2] no qual o *trustee* é investido de um poder relevante na determinação e na tomada de decisões sobre o pagamento de rendimentos ou transferência de capital, para qual ou quais beneficiários os pagamentos devem ser realizados, qual a frequência dos pagamentos tendo em vista a possibilidade de inexistência de direitos fixos ou predeterminados em relação aos beneficiários[3]. Nesse sentido, pois, é alegado que o instituto do *Trust* é decorrente e vinculado à criatividade e à competência dos advogados[4] que os desenham em conjunto com a aceitação e a construção jurisprudencial dos tribunais[5].

A flexibilidade do *Trust* como aqui reportada foi aprimorada com a criação do *trustee* profissional, o que, segundo Arnoldo Wald[6], inclusive, contribuiu para o desenvolvimento da sociedade norte-americana tendo em vista a ampla utilização do instituto nos "campos da cultura, da pesquisa, das universidades e das fundações, nos planos da saúde e da filantropia, e, especialmente, na área bancária e negocial". Esta versatilidade do *Trust* é utilizada inclusive pelo setor público, como se verifica nos casos da previdência com o *Pension Schemes Act 1993* e *Pensions Act 2008*, possibilitando a utilização de *trusts funds* para um maior público[7].

O instituto do *Trust*, portanto, há muito tempo não se limita tão somente a arranjos particulares, sendo empregado em diversas áreas tanto para a proteção de patrimônios privados das famílias em benefício dos herdeiros quanto no levantamento de fundos, de capital para projetos de interesse público, para o financiamento de programas de saúde e de educação, inclusive na assistência e no combate aos efeitos da pandemia da covid-19, tal como se depreende dos recursos empregados e destinados pela fundação *Bill e Melinda Gates Foundation*[8].

---

2 Em oposição ao *Trust* fixo, no qual são estabelecidos de forma fixa os benefícios a serem percebidos pelos beneficiários, *v.g.*, distribuição de uma renda fixa sobre os ativos alocados no *Trust*.

3 Como descrito no relatório produzido pela *Society of Trust and Estate Practioners* – STEP "This flexibility is particularly important where one beneficiary may need more financial help than another or where a person wants to leave property to a beneficiary who is not capable of dealing with the property themselves." (STEP, Social and Economic Benefits of Trust, 2021, p. 8)

4 "The trust in fact become a 'lawyers' device', used chiefly within the domain of private property transactions and institutions, and capable of serving a wide variety of purposes. (GARTON, Jonathan; PROBERT, Rebecca; BEAN, Gerry. *Moffat's trusts law*: text and materials. Seventh edition. Cambridge, United Kingdom. ISBN 9781108855044 (e-book), p. 1.

5 O historiador e jurista F. W. Maitland afirma que "the development from century to century of the trust idea as the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence" *apud Moffat's trusts law*: text and materials. Seventh edition. Cambridge, United Kingdom. ISBN 9781108855044 (e-book), p. 1.

6 WALD, Arnaldo. Algumas considerações a respeito da utilização do "trust" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil* n. 99, p. 110.

7 Ver: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272069/2342_ii.pdf e http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Trust-Company-Service-Providers.pdf.

8 A fundação em questão se trata de organização não governamental e sem fins lucrativos com o objetivo de combater a pobreza, as doenças e inequidades ao redor do planeta. Dentre os projetos

Neste cenário, a demanda pelo controle e pela transparência dos *Trust* tem aumentado sensivelmente ao longo dos anos, especialmente com o desenvolvimento do combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Aqui, igualmente, é de se destacar a evolução da legislação internacional sobre a troca de informações automáticas, afastando, assim, uma das possíveis utilizações (desvio) do *Trust* para acobertar e esconder patrimônio. Atualmente, há mais de 200 subscritores do *Financial Action Taskforce*[9] (FATF), o qual em 2012 propôs rigorosos padrões para que os subscritores, tais como as empresas dedicadas à prestação de serviços de *Trust*, identificassem da melhor maneira possível os beneficiários finais (*real ultimate owners and controllers*) atrás das pessoas jurídicas (companhias) e destacadamente de arranjos societários e contratuais, inclusive *Trusts*[10].

Pois bem, de forma simplificada e generalizada, o *Trust* é um instrumento jurídico que envolve três partes. A primeira é o proprietário original dos bens e direitos, denominado de *settlor*[11] que, por ato consciente deliberado, inclusive por testamento, compromete-se a transferir ao *Trust* determinados bens e direitos. A segunda parte será o *trustee*, a quem é atribuída a tarefa de administrar e cuidar dos bens e direitos transferidos ao *Trust*. O *trustee* manterá a propriedade legal (*nominal property*[12]/*legal title*) dos bens e direitos. A terceira parte é o *beneficial owner*[13], o beneficiário do *Trust*, a quem serão destinados os bens e direitos ou rendimentos daqueles alocados no *Trust* e o qual poderá deter a propriedade fiduciária (*equitable property*). O *trustee*, pois, assume uma obrigação fiduciária para com

---

mantidos pela fundação, podem ser citados os programas de proteção maternal e aos recém-nascidos, bem como o de erradicação da pólio. Ver https://www.gatesfoundation.org/our-work#-jump-nav-anchor1. Outra aplicação dos *Trusts* a ser destacada é para a educação, tal como o *Trust* mantido com o objetivo de financiar bolsas de estudos para a Universidade de Cambridge na Inglaterra (STEP, Social and Economic Benefits of Trust. 2021, p. 12).

9 The Financial Action Task Force (FATF) is an independent inter-governmental body that develops and promotes policies to protect the global financial system against money laundering, terrorist financing and the financing of proliferation of weapons of mass destruction. The FATF Recommendations are recognised as the global anti-money laundering (AML) and counter-terrorist financing (CFT) standard (http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Trust-Company-Service-Providers.pdf).

10 Ver também STEP, Social and Economic Benefits of Trust. 2021, p. 5.

11 Também denominado de *founder*, *creator* ou *donor*.

12 Na liação de Namem Chalhub, a qual pode ser aplicada para uma grande maioria de tipos de *Trust*, "sobreleva como seu traço marcante a coexistência, sobre um mesmo bem, de dois direitos de propriedade, vale dizer, um deles chamado *nominal property*, que é atribuído ao *trustee*, e outro chamado *equitable property*, que é reservado ao *cestui que trust*, ou beneficiário. Isso se torna possível porque o direito anglo-saxão admite a dicotomia da propriedade, pela qual podem coexistir, sobre um mesmo bem, uma propriedade de garantia e uma propriedade de fruição." (CHALHUB, Melhim Namem. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* v. 1, n. 2. São Paulo, maio/ago. 1998, p. 118)

13 Também denominado de *beneficiaries* ou *cestuis que trust*.

os beneficiários[14], os quais possuem a propriedade econômica (*equitable title*) dos bens, devendo o *Trustee* colocar os interesses do beneficiário acima dos próprios interesses. O conceito aqui apresentado é endossado pelo art. 2º da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento[15], bem como pela premissa adotada no processo C-646/15 pela Corte de Justiça Europeia[16].

Todavia, muito embora o *Trust* se trate de instituto secular no direito estrangeiro, notadamente nos países de tradição do *common law*, tendo inclusive aceitação em países de tradição *civil law*, ainda é uma figura jurídica de restrita divulgação e utilização em nosso País, apresentando grande desafio à adequada determinação da natureza jurídica[17] e à qualificação à luz do direito interno vigente, além da (in)devida sujeição tributária.

Nesse contexto, especialmente sob a perspectiva do direito tributário, a preocupação do legislador e das autoridades fiscais passou a ser mais acentuada após

---

[14] Não se ignora aqui a possibilidade da constituição de um *Trust* para o atendimento de um objetivo específico sem a identificação de um ou mais beneficiários certos e determinados, mas sim a coletividade.

[15] "Article 2. For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics – a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust."

[16] "Os *trusts* [...] 3. Resulta dos autos apresentados ao Tribunal de Justiça que, nos países da *common law*, o termo *trust* [fundo fiduciário] designa, em princípio, uma operação triangular, pela qual o fundador do *trust* transmite bens a uma pessoa, o *trustee*, para que faça a sua gestão, nos termos do ato constitutivo do *trust*, em benefício de uma terceira pessoa, o beneficiário. Os *trusts* constituídos em benefício de pessoas específicas são, por vezes, apelidados de *settlements*. 4. O *trust* caracteriza-se pelo facto de a propriedade dos bens que o compõem estar dividida entre a propriedade jurídica e a propriedade económica, que pertencem, respetivamente, ao *trustee* e ao beneficiário. 5. Ainda que o *trust* seja reconhecido por lei e produza efeitos jurídicos, não tem personalidade jurídica própria e deve agir por intermédio do seu *trustee*. Assim, os bens que compõem o *trust* não integram o património do *trustee*. Este último deve gerir estes bens como um património separado, distinto do seu próprio património. A obrigação essencial do *trustee* é respeitar as condições e os encargos estipulados no ato constitutivo do *trust* e o direito em geral." (Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0646. Acesso em: 23 maio 2021)

[17] Não se desconhece a discussão sobre a natureza jurídica do *Trust*, cujo debate gira em torno dos argumentos de natureza contratual e obrigacional, de um patrimônio autônomo ou da divisão do direito de propriedade. Nesse sentido, ver SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle, posição 1182 e seguintes. Todavia, este autor é da opinião de que tal discussão resulta infrutífera, especialmente diante da ausência de referibilidade em nosso ordenamento, bem como da flexibilidade do instrumento jurídico em questão, razão pela qual os esforços aqui empreendidos serão em identificar as possíveis relações jurídicas decorrentes e os reflexos tributários.

a primeira versão do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT, instituído pela Lei n. 13.254/2016 visando a regularização de recursos, bens e direitos mantidos no exterior por residentes fiscais no Brasil e que não estavam devidamente declarados às autoridades. Igualmente, a produção literária passou a ser mais profícua, ao menos na seara tributária, sendo que, atualmente, inclusive, se tem em discussão o Projeto de Lei n. 4.758/2020, o qual trata sobre o regime especial da fidúcia, nacionalizando, pois, o instituto do *Trust* em nosso ordenamento.

Entretanto, a despeito da menção ao *Trust* na legislação da denominada repatriação de recursos, Lei n. 13.254/2016 e Instrução Normativa RFB n. 1.627/2016, a legislação brasileira não traz regras expressas ou dedicadas à tributação do patrimônio e dos rendimentos alocados ou decorrentes de estruturas de *Trust*, quer na alocação – constituição do *trust fund* – quer na transferência integral aos beneficiários ("restituição do patrimônio") ou nos pagamentos dos rendimentos ou pensões, por exemplo. Especificamente sobre a legislação tributária editada quando da repatriação de recursos, sobre o *Trust* tem-se uma única menção na Lei n. 13.254/2016 (art. 4º, V), da qual, inicialmente, se realiza duas possíveis interpretações. Uma é a de que o legislador teria qualificado o *Trust* como uma entidade transparente, tratando-se de uma espécie de ativo no exterior do instituidor residente fiscal brasileiro até 31 de dezembro de 2014, tendo em vista que se reconhece a existência de um vínculo entre o contribuinte brasileiro e o patrimônio alocado no *Trust*. A outra é a de que realmente o *Trust* é um patrimônio dissociado do patrimônio do contribuinte brasileiro (instituidor) sob a titularidade de terceiro e que é elencado na lei da repatriação para alcançar as condutas dos contribuintes brasileiros realizadas até 31 de dezembro de 2014, quando da inexistência de ativos sob a titularidade destes últimos após a data de corte proposta pela lei.

Já na INRFB n. 1.627/2016, verifica-se que as duas interpretações acima apresentadas são possíveis conforme se analise o *Trust* a partir da perspectiva do *settlor* ou do beneficiário. Isto porque, nos termos do § 6º do art. 7º em conjunto com o art. 9º, é reconhecida a transferência da propriedade dos ativos do *settlor* (instituidor contribuinte brasileiro) para o *Trust* (*trustee*), consolidando, pois, o entendimento de que o *Trust* é um patrimônio dissociado do *settlor*. Contudo, ao mesmo tempo, elegeu-se o beneficiário como declarante da Declaração de Regularização Cambial e Tributária – Dercat, atribuindo-lhe, pois, a condição de contribuinte no âmbito da legislação do RERCT, o que permite a aplicação da interpretação de que o *Trust* seria uma entidade transparente, cujo patrimônio nele alocado encontra vínculo de propriedade com o beneficiário[18].

---

[18] Cavalcanti e Silva são críticos à posição adotada porventura da legislação do RERCT. Nesse sentido apontam os autores que "por ocasião da regulamentação do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária ('RERCT'), pareceu admitir que bens transferidos por um contribuinte

Pois bem, na ausência de disciplina legal do *Trust* sob o aspecto do Direito Civil, bem como por falta de regulamentação dos efeitos do *Trust* para fins de incidência tributária, à exceção das situações abrangidas pela lei da repatriação, de forma tímida, vêm sendo proferidas manifestações da Receita Federal, da Fazenda do Estado de São Paulo e do Poder Judiciário sobre o tema, as quais merecem ser analisadas e debatidas de forma a se estabelecer uma compreensão geral sobre o tema e até mesmo para a formação de uma política brasileira de tributação do *Trust*[19].

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo debater sobre (i) como o *Trust* deveria ser entendido pelas autoridades fiscais no Brasil para fins de tributação dos rendimentos auferidos por pessoa física residente no Brasil beneficiária ou controladora de *Trust*; e (ii) uma possível estruturação da tributação dos beneficiários residentes fiscais no Brasil de um *Trust* localizado no exterior. Para tanto, o presente artigo investigará as relações jurídicas decorrentes do *Trust*, bem como os desdobramentos de tais relações na tributação do IRPF e do ITCMD para, ao final, propor uma racionalização dos possíveis cenários e tributação.

II. As relações jurídicas decorrentes do *Trust* sob a perspectiva do direito brasileiro

Viu-se acima que o *Trust* decorre de construção social e histórica inglesa, posteriormente encampado e desenvolvido pela jurisprudência, o que implica dizer que não se trata de uma figura jurídica desenhada ou idealizada pelo legislador ou pela doutrina e posteriormente executada na realidade, mas sim de fato bruto (evento) a ser absorvido e sistematizado pelo direito e pela ciência do direito, tal como observa Eduardo Salomão Neto[20]. Outro ponto a ser observado é que

---

brasileiro a *Trust* no exterior (que não configure como mera interposta pessoa) deixam de compor seu patrimônio, não sendo mais ativos de sua titularidade – cf. art. 7º, § 6º da Instrução Normativa ('IN') RFB 1.627/16). Por outro lado, essa mesma regulamentação desconsiderou que, enquanto o acervo do *Trust* é mantido fiduciariamente no patrimônio do *trustee* (figurando ele como seu proprietário legal), os eventuais beneficiários podem não apresentar qualquer disponibilidade sobre os bens e direitos subjacentes, tendo exigido desses beneficiários o reporte e o recolhimento de tributos sobre aquele acervo – cf. art. 9º da IN RFB nº 1.627/16." (CAVALCANTI, Flávia; SILVA JR., Antonio Luis. *Trust* e suas repercussões fiscais no Brasil. *Jota*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/trust-e-suas-repercussoes-fiscais-no-brasil-25052020. Acesso em: 25 maio 2020)

[19] Solução de Consulta Cosit n. 41/2020; Resposta à Consulta n. 25343/2022; Sentença proferida nos autos do Processo n. 5017217-81.2020.4.03.6100 prolatada pela Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo e Acórdão proferido nos autos do Processo n. 0477287-44.2015.4.8.19.0001 proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

[20] "Juridicamente, já foi observado no manual clássico de Hanbury e Maudsley que é mais fácil caracterizar do que definir um *trust*. Uma razão para isso encontra-se no fato de que o *trust*, antes de ser definido foi formado por imperativos derivados de realidades históricas e sociais, às quais se adaptou. Foi portanto instituto de existência real antes de ser sujeito a teorizações e, como tal, não pode ser perfeitamente abrangido por ideias e conceitos necessariamente posteriores e su-

um dos motivos do sucesso e da evolução do *Trust* é justamente a flexibilidade do instituto e a capacidade de adaptação e emprego de acordo com os mais diversos propósitos, o que, portanto, traz enorme dificuldade para simplesmente generalizar um conceito universal a todo e qualquer tipo de *Trust*.

Assim, ao invés de se procurar a definição da natureza jurídica do *Trust*, i.e., se de direito obrigacional, ou de direito real, ou de um patrimônio autônomo, ou da divisão do direito de propriedade, tal como muito bem explicado por Eduardo Salomão Neto[21], aqui, procurar-se-á identificar as relações jurídicas existentes na formação, na manutenção e na extinção do *Trust*. Para tanto, lembre-se desde já a advertência de Paulo de Barros Carvalho[22] de que, a partir de um mesmo evento ocorrido no mundo fenomênico, poderão ser construídas quantas relações jurídicas forem as normas jurídicas que preveem em seus respectivos antecedentes os eventos ocorridos. E, assim, a partir do processo de incidência, construção de linguagem, passarão a ser fatos jurídicos produtores de relações jurídicas.

Ao se considerar um *Trust* privado, cujas validade e legalidade devem ser reconhecidas no Brasil, tal como tratado anteriormente, pode-se identificar as seguintes relações jurídicas: (i) a relação decorrente da instituição do *Trust* pela qual o *settlor* transfere ao *trustee* a propriedade legal de bens e direitos (ativos) para a constituição do *trust fund*. Esta é uma relação jurídica cujas partes são o *settlor* e o *trustee* e o objeto é a transferência de bens e direitos do patrimônio do *settlor* (devedor[23] em relação à obrigação de transferência do patrimônio) ao *trustee* (credor em relação ao direito no recebimento do patrimônio); (ii) a relação de confiança decorrente do dever assumido pelo *trustee* em administrar o *Trust*. Esta relação, conforme o caso concreto e a peculiaridade do *Trust,* poderá ser estabelecida entre o *settlor* e o *trustee* ou entre o *trustee* e o beneficiário. Aqui, pois, o

---

perpostos à realidade." (SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle, posição 343)

21 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle.

22 Afirmação feita neste ponto é exemplificada com a seguinte passagem: "O atacadista 'A' vende uma mercadoria para o comerciante 'B'. Quatro relações chamam a atenção nesse negócio. Deu-se entre 'A' e 'B', contrato de compra e venda, do qual decorrem dois liames jurídicos de direito civil: um, consistente na (i) obrigação de 'A' entregar a 'B' a mercadoria (A*rj*B); outro, pela (ii) obrigação de 'B' pagar o valor do preço da mercadoria, acrescido pelo imposto de circulação, para 'A' (BrjA). Como 'A' é o comerciante vendedor, figura também na (iii) *relação jurídica tributária (rjt)* com o Estado (F) (*ArjtF*) e, finalmente, como 'B' é comerciante, a norma do *direito ao crédito*, que decorre do princípio constitucional da não cumulatividade, incide também sobre essa operação, fazendo irromper (iv) a *relação de direito ao crédito (rdc)* entre 'B' e o Fisco (B*rdc*F) [...] Teremos duas relações prescritas pela legislação tributária, podendo, em exemplos como o do ICMS, surgir do mesmo suporte fáctico. Aproveito para insistir que não estou me referindo a 'mesmo fato jurídico', mas empregando a terminologia de Pontes de Miranda, ao distinguir *suporte fáctico* e *fato jurídico*." (CARVALHO, Paulo de Barros. Isenções tributárias do IPI, em face do princípio da não-cumulatividade. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 33. São Paulo: Dialética, 1998, p. 142-173)

23 Empregam-se os termos "devedor" e "credor" de forma a destacar a posições opostas nas relações jurídicas estabelecidas entre s*ettlor*, *trustee* e beneficiário.

trustee será o devedor diante da obrigação por ele assumida de administração diligente do *Trust* de acordo com os comandos do *settlor* e no interesse dos beneficiários; e (iii) a relação decorrente do dever pelo *trustee* de transferência dos bens e direitos ou dos rendimentos advindos destes ao beneficiário. Nesta relação, o *trustee* também figura na posição de devedor enquanto o beneficiário é o credor em decorrência da obrigação assumida pelo *trustee* de garantir a transferência de rendimentos e/ou do patrimônio do fundo do *Trust* ao beneficiário.

Sob o ponto de vista do direito tributário, as relações jurídicas (i) e (iii) possuem impacto imediato, na medida em que implicam a transferência de ativos de um sujeito a outrem, podendo, sob a perspectiva do direito brasileiro, resultar na incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, do imposto sobre transmissão de bens imóveis ou do imposto sobre a renda. Já a relação (ii), que tem um cunho eminentemente civilista, somente tem relevância para o direito tributário de forma mediata, eis que o dever de administração assumido pelo *trustee* implicará ou poderá implicar a acumulação de patrimônio pelo *Trust*, o que pode vir a ser objeto de tributação pelo imposto sobre a renda e até mesmo pelo imposto sobre operações financeiras a depender das operações a serem realizadas pelo *trustee* no dever de fidúcia em administrar o *Trust*. Igualmente, a manutenção do patrimônio imóvel e a negociação de tal acervo poderia implicar também a incidência do imposto sobre propriedade urbana, do imposto sobre propriedade rural e do imposto sobre a transmissão de bens imóveis. De toda forma, das incidências comentadas, verifica-se que a repercussão tributária é direta sobre o *trustee* e não toma como antecedente a relação de confiança, mas sim os atos decorrentes do cumprimento de tal relação. Sob o ponto de vista da tributação brasileira, como até o momento o *Trust* não é figura legislativa no Brasil, o que, portanto, dificulta a existência de um *Trust* brasileiro com patrimônio aqui alocado ou de que um residente fiscal brasileiro seja o *trustee* com as implicações tributárias materializadas em nosso país, deter-se-á, nesse momento, sobre as relações (i) e (iii), sem olvidar a possibilidade da incidência de imposto sobre a renda retido na fonte no auferimento de rendimentos de capital alocado no Brasil, bem como dos demais impostos acima relacionados sobre o patrimônio imobiliário e do imposto sobre operações financeiras a depender das operações realizadas no País.

Pois bem, sobre a relação (i), a transferência da propriedade de bens e direitos pelo *settlor* ao *trustee*, sob a perspectiva do direito brasileiro, em um primeiro momento, do ponto de vista da formalidade, tem-se que a transferência da propriedade resulta da tradição dos bens móveis, da cessão para os direitos e do registro para os bens imóveis, com os devidos atos jurídicos necessários. O problema, no entanto, se dá ao definir a que título jurídico foi realizada a transferência da propriedade dos bens e direitos do *settlor* ao *trustee*. Pode-se falar em doação?

A primeira resposta que vem à mente e defendida por parte da doutrina é que sim, efetivamente haveria uma doação entre *settlor* e *trustee* ao menos de acor-

do com uma leitura preliminar do art. 538 do Código Civil, pelo qual considera-se "doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra".

Todavia, da análise cuidadosa do art. 538 do Código Civil percebe-se ser elemento da doação a transferência de patrimônio do doador para o donatário, o que traz a discussão se o *trustee* seria efetivamente um donatário, pois, ainda que mantenha a propriedade formal (legal) dos bens e direitos que constituem o *trust fund*, não necessariamente detém os direitos econômicos, a própria posse ou ainda o direito de dispor, usar ou gozar da propriedade. Em muitas das possíveis hipóteses e modalidades de *Trust*, o direito econômico da propriedade, assim como o direito de usar e gozar são detidos pelo beneficiário. Ademais, é característica dos ordenamentos que admitem o *Trust* a previsão de que o patrimônio do *trustee* não se confunde com o patrimônio do *Trust* e não deve responder por dívidas deste último, salvo hipóteses de má gestão pelo *trustee*.

Questionável, portanto, tal como apontado por CALIL e DO VAL[24], se haveria uma efetiva doação do *settlor* para o *trustee* quando da constituição do *Trust*. Esta dúvida é ainda mais intensa quando se tratar de um *Trust* no qual o *settlor* tenha plenos poderes de determinar o uso e a destinação do *trust fund* ou em que ele seja o próprio beneficiário, tal como é o caso de um *grantor trust*[25] ou como pode ocorrer em *trusts* revogáveis. Em tal hipótese, ainda que a forma jurídica ateste a transferência do patrimônio, a substância econômica indica que o patrimônio permanece na titularidade do *settlor*. Situação próxima seria a de um *Trust* fixo em que os ativos transferidos juridicamente ao *trustee* devem ser usados pelo beneficiário e, implementada determinada condição, a propriedade deve ser juridicamente transferida ao beneficiário, sendo o *Trust* e o *trustee* apenas veículo de passagem, por exemplo, até o beneficiário atingir a maioridade[26].

Em tais situações não se deveria falar em simulação uma vez que se adote a premissa de que o *Trust*, mesmo o revogável e com total poder do *settlor*, é constituído de acordo com as regras jurídicas vigentes em determinada jurisdição que

---

[24] CALIL, Ricardo. A incidência do imposto de renda e do ITCMD em operações com *trust*. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 04. São Paulo: IBDT, 2018, p. 198; e DO VAL, Julia Moreira. *Análise da incidência de ITCMD em planejamentos tributários e sucessórios envolvendo* trusts *irrevogáveis constituídos no exterior por pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil*. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

[25] *Grantor Trust* é aquele instituído por uma pessoa (*settlor* ou *grantor*) que mantém determinado poder de controle sobre o *Trust* e, portanto, de acordo com a Section 673 é qualificado como "the owner of any portion of a trust in which he has areversionary interest in either the corpus or the income therefrom, if, as of the inception of that portion of the trust, the value of such interest exceeds 5 percent of the value of such portion" (Disponível em: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/673. Acesso em: 03 jun. 2021).

[26] Ver MALDONADO, Luciano Burti. ITCMD: erros e acertos em São Paulo. *Jota*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/itcmd-erros-e-acertos-da-resposta-a-consulta-tributaria-no-25343-2022-20042023.

assim o reconhecem e, portanto, o direito brasileiro não deveria desqualificar os atos jurídicos adotados no estrangeiro apenas pela inexistência de regras jurídicas específicas em nosso ordenamento sobre o tema.

Não obstante, sob a perspectiva brasileira, poder-se-ia entender pela ocorrência de um negócio fiduciário *lato sensu*[27] no primeiro caso (*trust revogável*), aproximando-se, inclusive, de um mandato, mas com esse não se confundido diante do traço característico da transferência da propriedade. Já no segundo caso (*Trust* fixo com a indicação do beneficiário e condições de transferência do patrimônio), poder-se-ia defender a configuração de um negócio indireto em sentido estrito[28], no qual as partes desejam as consequências jurídicas decorrentes da formação do *Trust*, porém este vem a se revelar apenas um meio para se atingir a transferência do patrimônio do *settlor* para o beneficiário por doação em vida ou pela sucessão hereditária. Neste último cenário, inclusive, podemos fazer o paralelo com a substituição fideicomissária disciplinada nos arts. 1.951 a 1.960 do Código Civil, quando, então, a incidência tributária ocorre, tal como ocorreria sobre as relações jurídicas decorrentes da substituição fideicomissária. Por outro ângulo, ainda, sob a ótica do beneficiário, poder-se-ia entender que há uma doação com condição suspensiva, a qual se perfaz com o implemento da condição

---

[27] Emprega-se a expressão negócio fiduciário *lato sensu*, eis que a despeito das previsões no Código Civil para a propriedade fiduciária (arts. 1.361 a 1.368-B) e da substituição fiduciária (arts. 1.951 a 1.960), as quais tratam, respectivamente, da concessão de garantia e de forma de regulamentação da sucessão, não há previsão expressa em nosso ordenamento regulando o negócio fiduciário, o que, todavia, não impede o reconhecimento pela jurisprudência, inclusive em distinção da simulação. Nesse sentido é a ementa do REsp n. 155.242/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado por unanimidade em 19.08.1997: "Direito civil. Negócio fiduciário. Simulação. Compra e venda de imóvel, com promessa de devolução. Pagamento de parte do financiamento pelo vendedor. Enriquecimento sem causa. Negócio real e não aparente. Arts. 102, 103 e 104, CC. Valores jurídicos. Hermenêutica. Recurso provido. I – O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega de um bem, geralmente em garantia, com a condição, *verbi gratia*, de ser devolvido posteriormente. II – Na lição de Francesco Ferrara, 'o negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinário, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido' (A simulação dos negócios jurídicos, São Paulo: Saraiva, 1939, p. 76). III – No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade manifestada, ao contrário do negócio fiduciário, no qual a vontade declarada corresponde à realidade. IV – No cotejo entre dois valores protegidos pelo Direito, cabe ao julgador prestigiar o de maior relevo e que no caso de manifesta com maior nitidez."

[28] Conforme aponta Livia de Carli Germano, o "negócio jurídico indireto é um negócio sério, real, efetivamente querido pelas partes, as quais utilizam sua disciplina jurídica, embora como meio para alcançar o escopo último a que visam. Já o negócio simulado é fictício e as partes dele se valem apenas para criar uma aparência negocial simplesmente (simulação absoluta) ou uma aparência negocial que oculta o negócio jurídico dissimulado (simulação relativa)." (GERMANO, Livia de Carli. *A elusão tributária e os limites à requalificação dos negócios jurídicos*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-19112010-083302/publico/Livia_De_Carli_Germano_Dissertacao_DEF_2010_Elusao_tributa.pdf)

prevista no *trust deed*, por exemplo com a maioridade ou casamento do beneficiário quando, então, o *trustee* deve liquidar o *Trust* e transferir o patrimônio fiduciário ao beneficiário. Outra hipótese, ainda, é a do *Trust* discricionário no qual o *trustee* detém maiores poderes, inclusive de decidir as quantias a serem pagas ou dos bens a serem transferidos ao beneficiário, podendo até mesmo não transmitir ao beneficiário imediato e apenas aos herdeiros destes. Neste caso, também são identificados os problemas acima apontados de que, embora o *trustee* tenha a propriedade legal, não a possui livremente, não detendo, conforme o caso, o direito de usar, dispor ou fruir. Da mesma forma, o *trust fund* não integra o patrimônio do *trustee*, o que pode se mostrar como um dificultador na qualificação da relação jurídica decorrente da constituição do *Trust* e da respectiva transferência de patrimônio ao *trustee* como um negócio jurídico de doação ou até mesmo de qualificá-la como um negócio indireto para se atingir uma doação posterior ao beneficiário ou de transferência por sucessão hereditária, eis que essas podem não ocorrer.

Avançando para a relação (iii), qual seja, aquela relativa ao dever do *trustee* de transferir patrimônio ou rendimento decorrentes do *fund trust* ao beneficiário, entende-se que também será primordial analisar o caso concreto, i.e., a modalidade do *Trust* executado e os termos da *trust deed*. Isto porque, a depender da modalidade de *Trust* e da forma como desenhado, o *trustee* terá mais ou menos discricionariedade no cumprimento de sua obrigação, bem como poderá ou não haver a obrigação de transferência integral do patrimônio do *Trust* ao beneficiário ou apenas de parte dele ou, ainda, de nenhum dos ativos que compõem o *trust fund*, assim como poderá ou não haver o dever de transferir rendimentos ao beneficiário.

Observe-se que, a despeito de na *common law* ser juridicamente reconhecido e válido o desdobramento da propriedade entre propriedade legal e econômica, aquela detida pelo *trustee* e essa pelo beneficiário, além do direito de sequela do beneficiário na proteção dos ativos alocados no *Trust* em caso de má administração[29], é certo que a depender da modalidade de *Trust* haverá maior ou menor grau de vinculação entre o patrimônio e o beneficiário. Assim, com o reconhecimento da divisão da propriedade e até mesmo o reconhecimento, por exemplo, no Reino Unido, de que o beneficiário é titular de direito real sobre os bens do

[29] Ao criticar o entendimento da natureza jurídica do *Trust* como a de um direito obrigacional do beneficiário, Eduardo Salomão defende que a "A teoria obrigacional é entretanto incorreta por considerar a relação obrigacional como o caráter distintivo do *trust*, excluindo qualquer forma de titularidade do beneficiário sobre os bens do *trust*. A principal razão para que isso constitua uma incorreção é que o beneficiário tem sobre os bens e direitos sob *trust* um verdadeiro direito de sequela que faz com que seu título prevaleça contra quaisquer terceiros adquirentes, exceto nas raras hipóteses de aquisição onerosa por terceiros de boa-fé sem conhecimento da existência do *trust*." (SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle, posição 1202 e 1226)

Trust[30], é possível defender que o beneficiário faz jus à aplicação do art. 1.288 do Código Civil, pelo qual "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Uma vez reconhecida a aplicação do art. 1.288 do Código Civil na relação entre o *trustee* e o beneficiário, pode-se concluir que, ao ser constituído o *Trust*, o *settlor* transfere direitos reais ao beneficiário, os quais possuem maior ou menor amplitude conforme os termos da *trust deed*. Aqui, pois, faz-se referência à ideia acima apresentada da doação com condição suspensiva. Por essa ótica, o recebimento pelo beneficiário dos direitos reais mais ou menos limitados decorreriam de uma doação, i.e., da transferência de patrimônio, ainda que configurasse a ocorrência de um negócio indireto no qual o *settlor* pretende a doação do patrimônio ao beneficiário, mas o faz por meio de um *Trust* e não de um contrato de doação. Destacando aqui que, no caso de o beneficiário ainda não ter sido concebido, o *Trust* constituído quando da morte do *settlor* terá idêntico conteúdo jurídico ao da substituição fideicomissária.

Com a linha de argumentos aqui adotada, a conclusão é a de que a partir da constituição do *Trust*, o beneficiário tem o seu patrimônio aumentado com os direitos transferidos pelo *settlor* a ele em relação aos ativos alocados no *Trust*, os quais poderão ser de maior ou menor extensão a depender dos termos da *trust deed*[31]. Dentre esses direitos poderão estar o direito de usar as propriedades imobiliárias alocadas no *Trust*, o direito de receber rendimentos gerados pelos ativos formadores do *trust fund* ou tão somente o direito certo e futuro de receber a propriedade plena dos bens quando implementada a condição prevista na *trust deed*, hipótese esta última que permite a definição da relação jurídica de uma doação ou sucessão hereditária por meio de negócio jurídico indireto.

III. Da tributação sobre a transmissão *causa mortis* e doação

Ao que interessa ao presente estudo, tem-se que o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, o ITCMD, é previsto no art. 155, I, da Constituição Federal, de competência dos Estados e do Distrito Federal.

---

[30] Eduardo Salomão comenta que em caso submetido à Casa dos Lordes sobre a possibilidade de tributação do beneficiário em relação a dividendos gerados por ações alocadas em *fund trust*, a conclusão da corte foi a de que deveria haver a tributação do residente britânico, destacando para tanto o caráter de direito real, vejamos "A solução da divisão legal da Casa dos Lordes, após analisar de forma completa a doutrina e jurisprudência sobre o assunto, foi pela tributação integral dos dividendos gerados pelas ações sob *trust*, mesmo que ainda não distribuídos, sob o fundamento de que o beneficiário é titular de direito real sobre bens sob *trust*." (SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle, posição 1323)

[31] Em reforço do argumento aqui defendido, vale atentar ao disposto no § 4º do art. 4º do Projeto de Lei n. 4758/2020 pelo qual o "beneficiário poderá transmitir seus direitos, inclusive por testamento; poderá, também, o fiduciário transmitir sua posição contratual, nos termos do título de constituição da relação fiduciária".

A própria Carta Magna traça diretrizes suficientes para a instituição do imposto pelos entes federados ao determinar que relativamente (i) a bens imóveis e respectivos direitos, o imposto compete ao ente federado da situação do bem; e (ii) a bens móveis, títulos e créditos, compete ao ente federado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador. Por outro lado, a Constituição Federal deixou em aberto ao legislador complementar a regulamentação da tributação pelo ITCMD sobre as situações em que (i) o doador tiver domicílio ou residência no exterior; (ii) o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior. Ademais, deixou ao cargo do Senado Federal a determinação das alíquotas máximas do imposto. Desígnios constitucionais esses ainda não estabelecidos. Nesse sentido, observe-se que o Código Tributário Nacional, em relação ao ITCMD não traz qualquer disciplina sobre o referido imposto como autorizado pelos arts. 146, III, "b" e 155, § 1º, III, ambos da Constituição Federal.

A falta do exercício de competência pelo legislador complementar leva à conclusão de que os Estados e o Distrito Federal possuem competência para definir as condições de incidência e exigência do imposto – configuração da regra-matriz de incidência (RMIT) ou da hipótese de incidência conforme se queira chamar – porém com a competência limitada por ausência de lei complementar em relação à disciplina da tributação das doações advindas de doadores residentes no exterior e de transmissão *causa mortis* quando o *de cujos* também era residente no exterior e lá foi processado o inventário dele. Essa limitação do exercício da competência foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 851.108, julgado sob o rito da repercussão geral, tema 825, no qual foi fixada a tese de que "é vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional". Assim, a ausência de lei complementar tem um impacto relevante em relação à impossibilidade de tributação pelo ITCMD das transferências patrimoniais por *Trust* constituído no exterior a beneficiário brasileiro nas hipóteses em que for reconhecida a (i) efetiva transferência e desvinculação do patrimônio do *settlor* e *trustee* quando da instituição do *Trust*; e (ii) a subsequente transferência do patrimônio do *trustee* ao beneficiário quando do cumprimento dos termos da *trust deed* (liquidação ou execução do *Trust*). Tal limitação também é aplicável nas situações em que o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior.

Outro ponto a ser observado sobre o ITCMD, notadamente sobre a doação, é que somente deve haver a tributação pelo ITCMD em relação às transferências patrimoniais que se qualifiquem como doação nos termos do art. 538 do Código Civil, em que há liberalidade na transferência do patrimônio e que o bem ou o direito doado efetivamente deixe o patrimônio do doador e ingresse no patrimônio do donatário. Desta forma, como o *trustee* recebe a propriedade legal dos bens

e direitos transferidos ao *Trust*, propriedade formal, porém não tem o direito de dispor da propriedade ou encontra demais limitações do exercício de propriedade em muitos dos modelos estruturados, é extremamente discutível que haja efetivamente uma doação do *settlor* ao *trustee* no momento da constituição do *Trust* e, portanto, que exista fato jurídico a ser tributado pelo ITCMD em tal momento[32]. Em reforço à conclusão apresentada, destaca-se que a legislação e a jurisprudência nos países em que o *Trust* é legalmente reconhecido normalmente estabelecem a inexistência de confusão entre o patrimônio do *Trust* e o patrimônio do *trustee*, o que permite a proteção do patrimônio do *Trust* contra os credores do *trustee*.

Por fim, diante da não previsão do *Trust* no ordenamento brasileiro, vale o comentário de que no caso de constituição de um *Trust* quando do falecimento do instituidor residente fiscal no Brasil, a princípio a totalidade do patrimônio do *de cujus* seria objeto de inventário e sujeita ao ITCMD. Assim, apenas os *Trusts inter vivos*, i.e., constituídos em vida pelo *settlor* residente fiscal no País poderiam, em hipótese, escapar à tributação do ITCMD.

IV. Da tributação sobre a renda

A tributação sobre a renda pode ser orientada por dois distintos princípios: o da territorialidade e o da universalidade[33]. Ambos utilizam os elementos de conexão entre Estado e contribuinte para estabelecer critérios com vista ao exercício do poder estatal de tributar. A utilização de um ou outro princípio será definida conforme a política fiscal planejada pelo país. No que diz respeito à tributação das pessoas físicas, tem-se que desde 1939[34], com a edição do Decreto-lei n. 1.168,

---

[32] Tal como defendido por Ricardo Calil e Julia Moreira do Val (ver item II, acima). Essa discussão também é proposta na literatura portuguesa. Nesse sentido ver PIEDADE, Liliana Oliveira. *Tributação de estruturas fiduciárias*: do *trust* em especial. Dissertação de mestrado em Direito e Gestão. Universidade Católica Portuguesa, p. 29-31. Ver também Resposta à Consulta n. 25343/2022 – Sefaz/SP.

[33] Sobre os referidos princípios, trazemos as seguintes lições de Luís Eduardo Schoueri: o "princípio informador do Direito Tributário Internacional, a territorialidade relaciona-se com o aspecto espacial do fato gerador do tributo. Dada a afirmação de que 'não existe Estado sem território', a noção de territorialidade guarda uma conexão estrita com a própria evolução da teoria do Estado e suas relações internacionais". Sobre o princípio da universalidade Schoueri aponta que no "Direito Tributário Internacional, a adoção do princípio da universalidade é que possibilita o alcance da norma tributária a situações que ultrapassam o território do Estado tributante. Ao princípio da universalidade, opõe-se o princípio da territorialidade pura (fonte), em sua acepção econômica, que limitaria a tributação de seus residentes a situações internas. O binômio universalidade – territorialidade pura (fonte) aponta, assim, duas opções oferecidas ao legislador interno para tributar aqueles que com ele mantêm uma conexão pessoal (residência ou nacionalidade)." (SCHOUERI, L. E. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 1, p. 362;354-355)

[34] Na lição de Bulhões Pedreira, *apud* Alberto Xavier, "o imposto de renda brasileiro, desde a sua implantação, em 1924, adotou o critério territorial para definir os sujeitos passivos do imposto, que são apenas as pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no país". Continua o autor

o Brasil passou a adotar o princípio da universalidade, aperfeiçoando as estruturas e o alcance da tributação em bases universais para pessoas físicas em 1942 com o Decreto-lei n. 4.178 e, finalmente, em 1988 com a Lei n. 7.713. Com isso, como regra, as pessoas físicas residentes fiscais brasileiras devem oferecer à tributação do imposto sobre a renda tanto os rendimentos produzidos no território pátrio quanto fora do território nacional, i.e., renda cuja fonte de produção se localize no exterior.

De acordo com o arcabouço legal vigente, as pessoas físicas, embora tributadas em bases universais, apenas devem oferecer à tributação os rendimentos e os ganhos de capitais auferidos mediante o regime de caixa e conforme a tabela progressiva específica para os rendimentos ou para os ganhos de capital. Assim, para a efetiva tributação deve haver tanto a disponibilidade jurídica quanto financeira[35] do rendimento ou do ganho de capital. A partir de tal premissa, pois, é possível questionar o quanto disposto no art. 6º da Lei n. 9.250/2006, pelo qual os rendimentos recebidos de fontes situadas no exterior, sujeitos à tributação no Brasil, serão convertidos em reais mediante utilização do valor do dólar dos Estados Unidos da América fixado para compra pelo Banco Central do Brasil para o último dia útil da primeira quinzena do mês anterior ao do recebimento do rendimento. Isso, pois, diante da notória e corrente instabilidade da moeda brasileira, a volatilidade em um período de 15 dias permite a distorção da real expressão monetária da renda auferida, transmutando-a em renda presumida e ofendendo, por consequência, o princípio da capacidade contributiva e desvirtuando a sistemática da tributação com base no regime caixa, i.e., tributação dos valores recebidos e não a de valores presumidos.

Neste ponto, é importante lembrar que a sistemática de tributação das pessoas físicas com base no regime de caixa e apenas com a conjunção da disponibilidade jurídica e financeira vem resistindo a alterações legislativas no tempo com a criação, pois, quer de regime de transparência fiscal, quer de regra *Controlled Foreign Corporation* – CFC para pessoas físicas, quer de regras antidiferimento. Exemplos de tais tentativas foram a Medida Provisória n. 627, de 2013, e o respectivo Projeto de Lei de Conversão (PLV) n. 02, de 2014. Por tais instrumentos legis-

---

afirmando que: "As primeiras Leis sobre o imposto (nº 4.625, de 1922, e 4.783, de 1923) e o RIR de 1924 adotavam o critério de territorialidade para todas as hipóteses de incidência, definindo como tributáveis apenas os rendimentos produzidos no País (*Direito tributário internacional do Brasil*, p. 368).

[35] A menção à palavra "financeira" não tem por escopo confundir ou assemelhar ao conceito de "disponibilidade econômica", valendo a advertência de que a "aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda pode pressupor disponibilidade financeira, mas o inverso não é verdadeiro" (SILVEIRA, Rodrigo Maito da. A realização da renda à luz do Código Tributário Nacional. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário*: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019, p. 100).

lativos, pretendeu-se instaurar a tributação das pessoas físicas por competência em relação aos lucros auferidos por empresas controladas (*CFC rules*) localizadas em países de tributação favorecida ("paraíso fiscais") ou com regime privilegiado de tributação. Idêntica medida foi novamente tentada na redação do art. 6º do recente Projeto de Lei n. 2.337, de 2021, apresentado pelo Governo Federal com a mal denominada reforma tributária da tributação sobre a renda, a qual sequer resistiu ao substitutivo apresentado pelo Deputado Celso Sabino, no qual foram retiradas por completo as disposições acerca da criação de regras CFC para pessoas físicas[36], o que foi confirmado quando da aprovação do texto do Projeto de Lei pela Câmara dos Deputados, o qual não contemplou as referidas regras CFC[37].

Assim, no que diz respeito à tributação da renda auferida pela pessoa física residente fiscal no Brasil em relação aos rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, além da verificação do acréscimo patrimonial, é essencial que o contribuinte brasileiro possua a titularidade da renda, i.e., a renda decorra do produto do capital (propriedade) ou do trabalho da pessoa física (contraprestação de esforço pessoal) ou da conjugação de ambos, ou ainda de ganhos extraordinários tais como loteria, prêmios, jogos etc., excluindo-se, ademais, as doações e heranças recebidas por expressa previsão do inciso XVI do art. 6º da Lei n. 7.713/1988 diante da inexistência de qualquer limitação sobre a origem da doação ou da herança[38].

V. Proposições sobre a tributação de beneficiários residentes fiscais no Brasil de um *Trust* localizado no exterior

A posição deste autor é a de que não deve haver uma regra predeterminada para a tributação do patrimônio ou da renda alocada ou decorrente de um arran-

---

[36] Anote-se, conforme reportagem da *Folha de São Paulo*, que o próprio Relator do Projeto de Lei teria se posicionado pela volta ao texto do projeto da regra de tributação dos recursos mantidos no exterior por meio de estruturas localizadas em países com baixa tributação ou regimes fiscais privilegiados mediante regime CFC ou antidiferimento (Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/07/reforma-tributaria-tera-regra-para-fechar-cerco-a-paraisos-fiscais-diz--relator.shtml. Acesso em: 31 jul. 2021). Todavia, o fato é que até o momento tal pretensão política não foi convertida em lei e sequer ganhou corpo durante a tramitação do Projeto de Lei.

[37] Na data de entrega deste artigo, o Projeto de Lei estava em tramitação no Senado Federal.

[38] Observe-se que a partir da premissa de que o acréscimo patrimonial deve decorrer de causa interna ao patrimônio do contribuinte ou por esforço deste, há autores com a posição de que as transferências patrimoniais tais como a doação e a herança já estão logicamente fora do alcance da incidência do imposto sobre a renda. Sobre o tema ver OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v.1, p. 107, 108, 155, 156, 174-180; e SANTOS, Ramon Tomazela. A realização da renda no direito tributário brasileiro – reflexões à luz do direito comparado. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário*: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019, p. 221-222.

jo de *Trust*. Isto porque, como comentado acima, não há um modelo ou uma estrutura única e universal de *Trust*, eis que se trata de um arranjo altamente flexível e adaptável às características do negócio jurídico que se pretenda implementar. Não há, pois, um conjunto de regras de direito privado impondo previamente a forma do *Trust*, cuja formatação foi estruturada a partir de longa construção jurisprudencial e em vista daquilo que é ou foi aceito e não foi rejeitado pela jurisprudência.

Ademais, ainda que a construção jurisprudencial, bem como o mercado jurídico e o de planejamento sucessório tenham formatado modelos de *Trust*, estes são dos mais variáveis, tais como o *Trust* revogável ou irrevogável, discricionário ou fixo, o *business trust*, o *charitable trust* etc. Ainda em relação aos modelos de *Trust* revogável e irrevogável, discricionário ou fixo, mais comuns no planejamento sucessório, há flexibilidade acerca da possibilidade de maior ou menor ingerência do *settlor*, bem como maior ou menor controle ou direito do beneficiário. Com isso, a possível tributação, notadamente do IRPF ou do ITCMD, dependerá efetivamente do caso concreto e das relações jurídicas identificáveis a partir do arranjo do *Trust* submetido à análise, adiantando, desde já, a indispensabilidade da análise da substância da operação e não apenas dos títulos ou instrumentos jurídicos apenas sob o ponto de vista formal. É necessário que se identifique o efetivo negócio jurídico pretendido, tendo em vista que em muitas situações o *Trust* será um verdadeiro negócio jurídico indireto para se atingir ou efetivar a sucessão ou a proteção patrimonial.

V.a. Proposições acerca da incidência do ITCMD

Com base nas premissas acima apesentadas, este autor acredita que em relação ao ITCMD haverá fundamentação jurídica para a incidência tributária quando, nos termos do art. 538 do Código Civil, houver (i) liberalidade na transferência do patrimônio e (ii) que o bem ou direito doado efetivamente deixe o patrimônio do doador e ingresse no patrimônio do donatário, o qual, normalmente, é sujeito de direitos distinto do *trustee*. Com base em tais premissas, poder-se-á ter quatro distintos cenários ou argumentos para a incidência ou não do ITCMD segundo o tipo de *Trust* que se esteja analisando no caso concreto. Para os fins do presente artigo, quais sejam: (i) *Trust* revogável; (ii) *Trust* irrevogável; (iii) *Trust* discricionário; e (iv) *Trust* irrevogável e fixo.

i) Trust *revogável*

Nos casos em que se estiver diante da instituição de um *Trust* revogável e com efetivo controle pelo *settlor*, ainda mais quando este for o beneficiário, não há que se falar em doação e muito menos de incidência do ITCMD mesmo quando o beneficiário for pessoa distinta do *settlor*, tendo em vista que em tal arranjo o *settlor* mantém o controle econômico da propriedade e possui o direito potestativo

de adquiri-la formalmente a qualquer momento, o que justifica a conclusão de que jamais ocorreu qualquer liberalidade na transferência da propriedade suficiente à configuração da doação e, por consequência, da incidência do ITCMD.

ii) Trust *irrevogável*

Quando se tratar de um *Trust* irrevogável com beneficiário distinto do *settlor*, é possível, em uma primeira análise, afirmar que formal e substancialmente os bens e direitos alocados no *Trust* deixaram de integrar o patrimônio do *settlor*, havendo uma transferência de propriedade, notadamente diante da impossibilidade jurídica de o *settlor* readquirir a propriedade apenas com a manifestação da vontade dele. Entretanto, embora o título legal (formal) da propriedade fique em nome do *trustee*, o patrimônio do *Trust* não pertence ao *trustee*. É patrimônio segregado, o que leva a um impedimento legal para a incidência do ITCMD no momento da constituição do *Trust,* eis que a doação é decorrente do estabelecimento de uma relação jurídica entre duas pessoas, a qual é impossível ser formada entre uma pessoa e um ente despersonalizado como o *Trust* ou o *trust fund*. Da mesma forma, não haveria que se falar em incidência do ITCMD sob a perspectiva do beneficiário em relação à expectativa futura de receber o patrimônio alocado no *Trust*. Isto, pois, até que seja liquidado o *Trust* ou executada a *trust deed*, o beneficiário não detém título jurídico sobre os bens e direitos alocados no *fund trust*, bem como não possui, geralmente, qualquer direito real sobre tais bens e direitos, inexistindo, pois, capacidade contributiva do beneficiário para ser contribuinte do ITCMD apenas porque eventualmente no futuro poderá receber os bens e direitos alocados no *Trust*.

iii) Trust *discricionário*

Já em relação ao *Trust* discricionário, a depender de alteração legislativa específica, poder-se-ia sustentar que há efetiva doação pelo *settlor*, residente fiscal brasileiro, ainda que sem donatário identificado a exemplo do *charitable trust* ou do *Trust* discricionário em que não há a destinação predeterminada do patrimônio. Nessas situações, pois, seria possível admitir legislação específica determinando a tributação pelo ITCMD, eis que há a efetiva liberalidade e transferência patrimonial ainda que a um terceiro não determinado, isto, pois, em determinado momento temporal haverá a efetiva transferência da propriedade a determinada pessoa sujeita de direitos, permitindo o estabelecimento de relação jurídica entre o *settlor* e o beneficiário caracterizadora da doação.

iv) Trust *irrevogável e fixo*

Com argumentação semelhante àquela vista para o *Trust* discricionário, seria defensável a tributação pelo ITCMD em relação ao *Trust* irrevogável e fixo, no qual é determinada na *trust deed* a transferência do patrimônio ao beneficiário uma vez cumprida as condições fixadas na própria *trust deed*. Nesse caso, seria

passível de discussão o momento da incidência do ITCMD, o qual poderia ser resolvido por regra antielisiva ou antidiferimento visando evitar tanto as possíveis "brechas legais" para a não incidência ou até mesmo o diferimento do imposto ou, ainda, a construção de regra semelhante àquela aplicável, por exemplo, à incidência do ITCMD sobre o usufruto com o pagamento de uma parcela do ITCMD na instituição do *Trust* e outra quando da execução da *trust deed*. No cenário aqui formulado, acredita-se que o *Trust* pode ser qualificado como um negócio indireto para se atingir o negócio direto da doação ou da transmissão sucessória, o que justificaria a tributação desde que adequada a legislação do ITCMD por processo legislativo regular e competente. Outra solução, notadamente no *Trust* irrevogável e fixo, seria reconhecer que há uma doação condicionada ao beneficiário, a qual permanece suspensa até que a condição se conclua. Assim, nos termos do art. 117, I, do CTN, seria defensável que a incidência do ITCMD fique suspensa (eficácia técnica) até o momento da execução do *trust deed*, quando, então, haveria fato jurídico suficiente para a incidência do comentado imposto.

V.b. Proposições acerca da incidência do IRPF

Sobre a incidência do IRPF, raciocínio semelhante ao deduzido para o ITCMD seria aplicável. Contudo, aqui, os cenários a serem analisados são os do (i) *Trust* revogável; do (ii) *Trust* irrevogável e discricionário com beneficiário residente fiscal no Brasil e identificável; e do (iii) *Trust* irrevogável e fixo. Os cenários aqui escolhidos partem da premissa de que no *Trust* revogável o *settlor* possui o controle do patrimônio alocado no *trust fund*, possuindo, no mínimo, disponibilidade econômica do patrimônio. Por outro lado, no *Trust* irrevogável, o *settlor* não mais possui disponibilidade jurídica ou econômica do patrimônio e, assim, eventual tributação poderá recair apenas sobre o beneficiário quando este detiver disponibilidade sobre o patrimônio alocado no *Trust*, o que deverá variar de acordo com o modelo de *Trust* que se escolha, discricionário ou fixo.

i) Trust *revogável*

Quando se tratar de *Trust* revogável e com efetivo controle pelo *settlor*, ainda mais quando este for o beneficiário, verifica-se que a propriedade sobre os bens e direitos alocados no *Trust* continua a ser substancialmente do *settlor*, o qual, se residente fiscal brasileiro, deveria se sujeitar à tributação do IRPF sobre os rendimentos e ganhos de capital gerados em razão do patrimônio alocado no *Trust* e desde que efetivamente disponibilizados jurídica e financeiramente (regime de caixa) ao *settlor* residente fiscal no País.

ii) Trust *irrevogável e discricionário com beneficiário residente fiscal no Brasil e identificável*

Já no caso de *Trust* irrevogável e discricionário com beneficiário residente fiscal no Brasil e identificável, este autor é da opinião de que até a efetiva transfe-

rência – execução da *trust deed* – ao beneficiário, não há titular no País deste patrimônio (tanto *settlor* quanto beneficiário) e, portanto, dada a inexistência de uma regra antielisiva, não há elemento de conexão necessário e suficiente para atrair a tributação do IRPF. Assim, ao menos que seja instituída regra CFC ou antielisiva específicas, não há estrutura normativa em nosso atual ordenamento jurídico suficiente que justifique a tributação do *settlor* ou do beneficiário, residentes fiscais no Brasil entre o período pós-constituição do *Trust* com a transferência do patrimônio e anterior à execução do *trust deed*.

iii) Trust *irrevogável e fixo*

Diferente conclusão daquela adotada acima para o *Trust* irrevogável e discricionário deve ser adotada em relação ao *Trust* irrevogável e fixo, no qual há determinação específica para transferência ou dos rendimentos ou do patrimônio ao beneficiário quando implementadas as condições estabelecidas no *trust deed*. Nesse caso, em se tratando de transferência integral do patrimônio alocado no *Trust*, na opinião deste autor, o imposto possível de incidência, caso existente as condições técnicas-jurídicas (eficácia técnica) para a incidência, seria o ITCMD e não o IRPF, porém, no caso de transferências dos rendimentos, seria possível a incidência do IRPF, eis que substancialmente o beneficiário deteria direitos de propriedade sobre o patrimônio (disponibilidade jurídica), devendo, assim, se submeter à incidência do IRPF sobre os rendimentos recebidos (pagos) pelo *trustee*.

VI. Conclusão

Este autor procurou demonstrar que o *Trust* é instrumento jurídico válido e amplamente utilizado no direito internacional, notadamente nos países de *common law*, tendo por característica a divisão da propriedade entre legal e econômica, o que traz grandes dificuldade na qualificação das relações jurídicas no direito brasileiro, ainda mais diante da grande flexibilidade e variedade das possíveis modalidades de *Trust*. Com isso, entende-se que a definição de quais tributos devem incidir quando da instituição de um *Trust* por um residente fiscal no Brasil ou quando do recebimento do patrimônio ou dos rendimentos do *trust fund* por um beneficiário residente fiscal no País depende de uma análise casuística e específica do caso concreto, i.e., de qual modalidade de *Trust* foi estruturada e quais as particularidades dela, o que poderá indicar a possível incidência de IRPF e/ou de ITCMD. Este mesmo cuidado deve ser adotado ao se estabelecer uma política de tributação específica que vise regular as relações decorrentes de um *Trust* estruturado no exterior ou na eventualidade da regulamentação da fidúcia de forma a compatibilizar o instrumento de *Trust* com o direito brasileiro.

Bibliografia

CALIL, Ricardo. A incidência do imposto de renda e do ITCMD em operações

com *trust*. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 04. São Paulo: IBDT, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 33. São Paulo: Dialética, 1998.

CAVALCANTI, Flávia; SILVA JR., Antonio Luis. *Trust* e suas repercussões fiscais no Brasil. *Jota*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/trust-e-suas-repercussoes-fiscais-no-brasil-25052020. Acesso em: 25 maio 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* v. 1, n. 2. São Paulo, maio/ago. 1998.

DO VAL, Julia Moreira. *Análise da incidência de ITCMD em planejamentos tributários e sucessórios envolvendo* trusts *irrevogáveis constituídos no exterior por pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil*. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

GARTON, Jonathan; PROBERT, Rebecca; BEAN, Gerry. *Moffat's trusts law*: text and materials. Seventh edition. Cambridge, United Kingdom. ISBN 9781108855044 (e-book).

GERMANO, Livia de Carli. *A elusão tributária e os limites à requalificação dos negócios jurídicos*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-19112010-083302/publico/Livia_De_Carli_Germano_Dissertacao_DEF_2010_Elusao_tributa.pdf)

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v.1.

PIEDADE, Liliana Oliveira. *Tributação de estruturas fiduciárias*: do *trust* em especial. Dissertação de mestrado em Direito e Gestão. Universidade Católica Portuguesa.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle, posição 1182 e seguintes.

SANTOS, Ramon Tomazela. A realização da renda no direito tributário brasileiro – reflexões à luz do direito comparado. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAJN, Bruno; SCHOUERI, L. E. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 1.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário*: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. A realização da renda à luz do Código Tributário Nacional. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodri-

go Maito da (coord.). *Direito tributário*: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações a respeito da utilização do "trust" no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil* n. 99.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense.

A (In)compreensão das Estruturas de *Trust* por Decisões Administrativa e Judicial que estabeleceram Parâmetros Iniciais para a Tributação de Beneficiários Residentes Fiscais no Brasil

The (In)comprehension of Trust Structures by Administrative and Judicial Decisions that set Initial Grounds for Taxing Brazilian Tax Resident Beneficiaries

Luciano Burti Maldonado
É sócio em CBLM Advogados atuando na área do Direito Tributário. Professor seminarista no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – Ibet. Graduado em Direito pela Universidade Paulista (2003) e especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2005), em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (2011). *LL.M.* em direito tributário do Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper (2014) e mestre em Direito Tributário pela FGV-Direito (2017). Pós-graduado em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT (2020). Foi membro da Comissão do Contencioso Administrativo Tributário da OAB/SP entre 2015 e 2018. *E-mail*: luciano.burti@cblm.com.br.

Resumo
O presente artigo tem por escopo analisar as decisões administrativas e judiciais que definiram parâmetros mínimos e gerais para a tributação de beneficiários de *Trusts* residentes no Brasil, bem como indicar as assimetrias e inconsistências de tais decisões e trazer ao debate os possíveis meios de redução da assimetria.
Palavras-chave: *trust*, tributação, beneficiários, assimetrias.

Abstract
This paper aims to analyze the administrative and judicial decisions that brought a minimum and general standard for the taxation of Trust's beneficiaries residing in Brazil, indicating the asymmetries and inconsistencies of such decisions, and debate the possible mechanisms to reduce such asymmetry.
Keywords: trust, taxation, beneficiaries, asymmetries.

I. Introdução

O *Trust* é um instituto de tradição secular e em constante adaptação e evolução especialmente diante da prática advocatícia[1] ao implementá-lo a partir da

[1] "The trust in fact become a 'lawyers' device', used chiefly within the domain of private property transactions and institutions, and capable of serving a wide variety of purposes." (GARTON, Jonathan; PROBERT, Rebecca; BEAN, Gerry. *Moffat's trusts law*: text and materials. Seventh edition. Cambridge, United Kingdom. ISBN 9781108855044 (e-book), p. 1)

aceitação e da construção jurisprudencial dos tribunais. Ademais, a despeito de se tratar de um instituto de origem no direito da *common law*, a utilidade e dinamicidade do *Trust* na proteção patrimonial, sucessão hereditária, formação e viabilização de negócios, dentre outros, fez com que tal instituto fosse inclusive incorporado e disciplinado por legislações ou jurisprudência de países com tradição no direito romano, também denominado pelo *civil law*. Dentre tais ordenamentos, a título de exemplo, podemos destacar o ordenamento italiano, o português, o suíço, o japonês e o argentino[2]. Uma das características marcante das estruturas de *Trust* é a flexibilidade, decorrente do desdobramento da propriedade entre o detentor do direito de controle e daquele que detém os benefícios, o que resulta na existência de diversas modalidades e aplicação de *Trust*. Dentre as possíveis modalidades, a título de exemplo, podem ser citadas as modalidades de *Trust* revogável e irrevogável, sendo que cada uma delas ainda pode ser estruturada na forma de *Trusts* fixos em que os benefícios, ou a parcela de bens e direitos destinadas aos beneficiários, são previamente definidos pelo *settlor*, ou de *Trust* discricionário em que a destinação dos bens e direitos aos beneficiários será realizada de acordo com a discricionariedade do *trustee*.

As diferentes modalidades de *Trust* podem ser mais adequadas conforme o propósito do *Trust*, tal como se depreende dos exemplos citados em *Moffat's trusts law*[3] dentro do contexto do direito inglês, os quais, com a devida adaptação e tradução livre são a seguir descritos: (i) determinado titular de ações de uma companhia transfere as ações para um específico custodiante (corretora), especificando que eles detenham as ações na qualidade de *trustees* em benefício do filho do titular das ações, o qual terá o direito de receber os dividendos e ganhos de capital pela venda das ações, bem como exercer os direitos de acionista; (ii) um escritório de advocacia recebe determinada quantia de um cliente para a aquisição de um imóvel em nome deste. De acordo com a legislação inglesa, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, a quantia deve ser destinada para um "trust account" do cliente na instituição financeira utilizada pelo escritório. O escritório de advocacia tem plenos poderes para utilizar os recursos dentro dos limites estabelecidos pelo cliente; (iii) o Senhor X, proprietário de certo imóvel, determina em testamento que após a morte dele a propriedade do imóvel deverá ser transferida

---

[2] Ver: (i) Italy – Trust Bill submitted to parliament (28 Jan. 2000), News IBFD (accessed 12 July 2021); (ii) CÂMARA, F. de Sousa da. The taxation of trusts in Portugal. *57 Eur. Taxn*. 11 (2017), *Journal Articles & Opinion Pieces* IBFD (accessed 5 May 2021); (iii) JØRGENSEN, Jacob. The taxation of trusts, trustees, protectors and underlying companies under Swiss law (May 11, 2009), p. 2-3. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2758196 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2758196; (iv) SUZUKI, Y. Classification issues regarding foreign trusts under Japan's income tax law and overhaul of the trust law. *68 Bull. Intl. Taxn*. 6/7 (2014), *Journal Articles & Opinion* Pieces IBFD (accessed 12 May 2021), p. 418; e (v) 978-90-8722-646-6 (e-book, PDF), p. 24-37.

[3] GARTON, Jonathan; PROBERT, Rebecca; BEAN, Gerry. *Moffat's trusts law*: text and materials. Seventh edition. Cambridge, United Kingdom. ISBN 9781108855044 (e-book, p. 5-13.

para determinado *trustee*, o qual manterá a propriedade e permitirá que a governanta do Senhor X, caso sobreviva a ele, terá o direito de residir no imóvel até o falecimento dela, quando, então, o imóvel deverá ser vendido e os recursos da venda serão destinados aos filhos do Senhor X; (iv) determinada proprietária de terra, imóveis e capital (investimento) constitui um *trust fund* apontando o *trustee* e o advogado de confiança dele para a supervisão e assessoria ao *trustee*, listando, ainda, como beneficiários a mãe, a cônjuge, os três filhos e dois netos dela, bem como aqueles que venham a nascer. Contudo, não especifica ou determina a divisão dos benefícios ou como estes deverão ser pagos ou entregues aos beneficiários, deixando ao *trustee* inteira discricionariedade para administrar o *trust fund* e entregar os benefícios de acordo com as necessidades dos beneficiários; (v) o *Trust* como veículo de captação de fundos e recursos a serem empregados em benefício de inúmeras pessoas não previamente discriminadas, tal como pode ocorrer no caso de o *Trust* funcionar como um veículo (*conduit-pipe*) de captação de investidores ou, por exemplo, na instituição de fundos de previdência privada em favor dos funcionários da empresa instituidora do *Trust*; (vi) instituição de um *trust fund* que permita o aporte livre de recursos por aqueles que desejarem de forma a ser administrados e aplicados pelo *trustee* em benefício das vítimas de determinado desastre natural, pandemia ou guerra, no caso de os beneficiários poderem ser previamente nomeados, como poderia ser o caso do desastre de brumadinho ou não nomeados, como na ajuda às pessoas que perderam o emprego em decorrência da crise econômica causada pela pandemia da covid-19; e (vii) determinado inquilino solicita ao seu corretor de imóveis que negocie melhores condições do contrato de aluguel em favor dele. O corretor, no entanto, ao negociar com o proprietário locador informa que o inquilino não deseja mais o imóvel e negocia novos termos de aluguel para ele próprio. Nesse caso, em que não há a constituição formal de um *Trust*, mas sim de um *imputed trust*, o inquilino pode reclamar no Judiciário que o corretor adquiriu o novo direito de locação em benefício do antigo inquilino (*constructive trustee*) e assim o corretor deve tratar o inquilino como "owner in all but name" e se o inquilino requerer o corretor deve transferir o contrato de locação para o inquilino.

Dessas primeiras linhas apresentadas, já é possível perceber que não há uma regra geral ou uma relação jurídica predeterminada passível de caracterizar uma estrutura de *Trust*, tal como um instituto devidamente regulado e delimitado, por exemplo, são os diversos tipos contratuais previstos no Código Civil, o que resulta, por consequência, em uma dificuldade de se estabelecer uma única regra de tributação para as diferentes estruturas de *Trust*. Isto porque, a depender da modalidade utilizada e de acordo com a legislação de regência do *Trust*, o patrimônio alocado no *Trust* poderá ou não deixar de integrar a esfera patrimonial do *settlor* (instituidor). Da mesma forma, a depender da modalidade de *Trust* e da legislação de regência, o beneficiário terá mais ou menos direitos sobre o patri-

mônio alocado no *Trust*, inclusive para fins de exercício do direito real, tal como ocorre com o direito de sequela do direito inglês[4].

Todavia, a despeito da flexibilidade do *Trust* e da diversidade de possíveis relações jurídicas dele decorrentes e com efeitos distintos conforme a legislação de regência, ao analisar a tributação das estruturas do *Trust* ou do *settlor* e beneficiário em relação ao patrimônio alocado ou recebido do *Trust*, na visão deste autor, a literatura pátria apenas percorreu parte do caminho para a determinação da tributação brasileira decorrente do *Trust*, eis que, na maioria dos artigos pesquisados[5], as manifestações na literatura especializada são sobre *Trust* irrevogáveis e não discricionários (fixos), o que limita o exame da matéria tendo em vista a não análise das inúmeras e distintas relações e consequências jurídicas, o que impede, por consequência, a formação de um conceito único e generalizado para delimitar a incidência tributária. Essa delimitação de escopo na pesquisa doutrinária pátria sobre o *Trust*, no sentir deste autor, influenciou as manifestações das autoridades fiscais e judiciais sobre as possíveis abordagens na tributação das relações jurídicas formadas pelo *Trust*, especificamente aquelas entre o *Trust* na pessoa do *trustee* e o beneficiário residente no Brasil, o que será demonstrado na sequência no item II com o relatório e a análise das decisões levantadas nesta pesquisa.

Na sequência da análise das decisões proferidas pela Receita Federal do Brasil e pelo Poder Judiciário, este autor abordará de forma sucinta quais seriam os possíveis instrumentos ou procedimentos para se mitigar tal assimetria.

---

[4] Ao criticar o entendimento da natureza jurídica do *Trust* como a de um direito obrigacional do beneficiário, Eduardo Salomão defende que a "A teoria obrigacional é entretanto incorreta por considerar a relação obrigacional como o caráter distintivo do *trust*, excluindo qualquer forma de titularidade do beneficiário sobre os bens do *trust*. A principal razão para que isso constitua uma incorreção é que o beneficiário tem sobre os bens e direitos sob *trust* um verdadeiro direito de sequela que faz com que seu título prevaleça contra quaisquer terceiros adquirentes, exceto nas raras hipóteses de aquisição onerosa por terceiros de boa-fé sem conhecimento da existência do *trust*." (SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle, posição 1202 e 1226)

[5] CALIL, Ricardo. A incidência do imposto de renda e do ITCMD em operações com *trust*. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 04. São Paulo: IBDT 2018, p. 179-199; MALPIGHI, Caio Cezar Soares; TRONCOSO, Antonio Oliveira Ribeiro. A solução de consulta Cosit nº 41/2020 e o recebimento de valores por residente fiscal no Brasil na qualidade de beneficiário de *trust* firmado no exterior. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* – RDTI Atual v. 07/2020. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2020, p. 114-140; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O instituto do "trust" na perspectiva do direito brasileiro. *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016; TORO, Carlos Eduardo Costa M. A. Reflexos fiscais do uso do *trust* e os limites ao planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Internacional* – RDTI – ano 3, n. 7. São Paulo: Quartier Latin; DO VAL, Julia Moreira. *Análise da incidência de ITCMD em planejamentos tributários e sucessórios envolvendo* trusts *irrevogáveis constituídos no exterior por pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil*. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020; e TÔRRES, Heleno Taveira. *Trust* não pode ser usado para sonegação fiscal. *Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonegacao-fiscal. Publicado em 11 de novembro de 2015. Acesso em: 01 jun. 2021.

II. Das decisões administrativas e judiciais em matéria de *Trust*

II.1. Da manifestação da Receita Federal na Solução de Consulta Cosit n. 41/2020

A conclusão da Solução de Consulta da Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) n. 41/2020 é a de que o "recebimento de rendimentos oriundos do exterior por residente no País é fato gerador do imposto sobre a renda e sujeita-se à tributação mensal mediante a aplicação da tabela progressiva mensal (carnê-leão) e na Declaração de Ajuste Anual". No que se refere à exposição dos fatos e à dúvida do consulente, é relatado que a consulente apresenta um conceito do que seja o *Trust* para, então, informar que é beneficiária de um *Trust* com sede no exterior instituído pelo falecido esposo da consulente e que, diante de tal evento, passou a receber valores provenientes do *Trust* na condição de beneficiária e herdeira. A consulente, ao final, indaga se os valores recebidos devem ser tributados pelo IRPF ou pelo ITCMD.

Para a resposta à consulta, inicialmente, a RFB observa que o *Trust* pode ter mais de uma acepção, sendo uma delas aquela prevista no art. 2º da Convenção de Haia[6], pelo qual o termo *Trust* se refere às relações jurídicas criadas – *inter vivos* ou após a morte – pelo *settlor*, quando os bens são colocados sob o controle de um *trustee* em prol de um beneficiário ou para alguma finalidade específica. A partir disso, a RFB conceitua as partes e os elementos do *Trust* e indica que, diante das informações prestadas pela consulente, não foi possível saber sobre o conteúdo, a finalidade e as condições do *Trust*. Fixadas as premissas, a RFB relata que o objeto da consulta se restringe à análise dos valores recebidos pela consulente na condição de residente no País, oriundos de fonte situada no exterior e a ocorrência ou não do fato gerador do imposto sobre a renda. Ao adentrar na fundamentação de mérito sobre a tributação, a RFB faz uma análise suscinta do art. 43 do CTN, sustentando que, em conjunto com a competência constitucional outorgada à União Federal, há um poder de tributação abrangente sobre a renda, o qual, todavia, deve ser exercido nos termos da legislação ordinária, tal como determinado no art. 114 do CTN. Ato contínuo, a RFB transcreve o art. 8º da Lei n. 7.713/1988 e conclui que "a situação narrada pela consulente se enquadra perfeitamente na hipótese ali descrita, portanto, é fato gerador do imposto sobre a

[6] "Article 2. For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics – a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust."

renda devendo haver recolhimento mensal do imposto mediante aplicação da tabela progressiva e o rendimento deve ser levado à tributação na Declaração de Ajuste Anual".

Da resposta dada pela RFB, verifica-se que essa não adentrou efetivamente na natureza jurídica ou nas relações jurídicas decorrentes do *Trust* e muito menos no seu principal elemento caracterizador que é o desdobramento da propriedade. Igualmente, não houve qualquer distinção entre as consequências tributárias em razão das diferentes modalidades de *Trust*, revogável ou irrevogável, discricionário ou não, com a reversão do patrimônio ao beneficiário ou não.

A crítica, portanto, que se pode fazer à Solução de Consulta ora em comento é a de que, a partir da afirmação da própria RFB de que não havia maiores informações para definir e compreender a situação descrita, notadamente, qual o tipo de estrutura fiduciária foi realizado – tipo ou modalidade de *Trust* –, não deveria a RFB concluir pela simples ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda. Ao não identificar qual a modalidade de *Trust* e ao não identificar a relação jurídica estabelecida entre o *Trust* e o beneficiário, a RFB não teria como distinguir entre a incidência do IRPF ou do ITCMD. Para concluir pela incidência do IRPF, a RFB deveria, no mínimo, ter justificado se tratar o *Trust* de uma estrutura transparente ou que a propriedade do capital – considerando que a beneficiária recebia apenas os rendimentos produzidos pelo capital (ativos) alocados no *Trust* – pertencia à beneficiária. Isto é, deveria ter qualificado as transferências patrimoniais como um ato jurídico decorrente da propriedade do beneficiário, pois, caso contrário, sem o direito de propriedade caracterizado ou fundamentado, há mera transferência patrimonial não caracterizadora de renda, sujeita, eventualmente, ao ITCMD e isenta do IRPF. Ademais, diante da ausência de elementos apresentados pela consulente, tal como afirmado pela RFB, era esperado que a Cosit declinasse de responder à consulta.

Por fim, considerando apenas o relato fático na Solução de Consulta, vale a crítica ao pedido de consulta formulado pelo contribuinte, o qual, aparentemente, não trouxe todos os elementos necessários para que a Cosit pudesse qualificar devidamente os fatos e determinar as relações jurídicas surgidas do *Trust*, bem como o devido tratamento tributário.

II.2. Do quanto decidido em sentença proferida nos autos do Processo n. 5017217-81.2020.4.03.6100 prolatada pela Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo

Com receio do entendimento adotado na Solução de Consulta Cosit n. 41/2020, pessoa física, residente no Brasil e beneficiária de *Trust* constituído no exterior, impetrou mandado de segurança pleiteando ordem judicial que impedisse a exigência de imposto sobre a renda da pessoa física nos termos delimitados na Solução de Consulta acima referida.

Segundo consta do relatório da sentença, o *Trust* foi constituído por ascendente do impetrante que o teria declarado quando da adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT, instituído pela Lei n. 13.254/2016, com o devido recolhimento do imposto sobre a renda conforme previsão legal do referido programa. Por sua vez, o beneficiário (impetrante) teria recebido valores do *Trust* nos anos de 2016 a 2019. Os referidos valores foram qualificados ou argumentados pelo impetrante como doações, devidamente declaradas e tributadas pelo ITCMD, o que suportaria a alegação de isenção do imposto sobre a renda da pessoa física com fundamento no art. 6º, XVI, da Lei n. 7.713/1998, combinado com o art. 35, VII, "c", do RIR/2018, além da configuração de bitributação, eis que os valores já teriam sido tributados quando da adesão ao RERCT. De outro lado, a autoridade impetrada – Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo – sustentou que o recebimento de rendimentos oriundos do exterior por residente no País é fato gerador do imposto sobre a renda e sujeita-se à tributação mensal via carnê-leão e na declaração de ajuste anual, conforme os termos do art. 8º da Lei n. 7.713/1998 e art. 8º da Lei n. 9.250/1995. Quanto ao mérito da demanda, os argumentos da autoridade impetrada foram endossados e complementados pela União Federal, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, no sentido de que não estaria claro "se o título jurídico da transferência patrimonial poderia mesmo ser qualificado como doação e, mesmo que o seja, (ii) pode[ria] vir a ser caracterizado como doação em antecipação da legítima, o que deve ser oferecida à tributação no quinhão alusivo a eventuais ganhos de capital, nos termos da legislação aplicável ao IRPF". A União Federal ainda sustentou que, referente à adesão ao RERCT, a tributação teria recaído sobre o *settlor*, pessoa física e contribuinte distinto do impetrante, razão pela qual não haveria de se falar em bitributação.

Segundo a juíza sentenciante, o conflito estabelecido na demanda consistiria "em saber se os valores recebidos a título de resgate de *Trust* no exterior são isentos de imposto de renda; e, subsidiariamente, se é possível a incidência de imposto de renda sobre os valores recebidos, eis que já foram anteriormente tributados pelo RERCT". Na sequência, pois, do estabelecimento da citada premissa, a magistrada apresentou fundamentação sucinta e objetiva da decisão, separando-a em dois tópicos a saber: (i) Da não isenção; e (ii) Da legalidade da nova tributação.

Sobre a não aplicação da regra isentiva, a magistrada sentenciante inicialmente transcreveu o art. 6º, XVI, da Lei n. 7.713/1998, o qual prescreve a isenção nos casos dos valores relativos aos bens adquiridos por doação ou herança para, na sequência, citar o art. 111 do Código Tributário Nacional pelo qual a lei isentiva deve ser interpretada de forma literal. Fixadas tais premissas, a magistrada fundamenta que o instituto do *Trust* "não é tipicamente previsto no Brasil, de maneira que não é possível afirmar que os pagamentos efetuados pelo *trustee* se caracterizam como doação". A magistrada também fundamenta que nos termos do contrato de rescisão e nomeação de administradores fiduciários e garantia do

Trust, os rendimentos possuem a denominação de pagamento, e embora se submetam à discricionariedade do *trustee*, não são efetuados a título de liberalidade, tal como previsto no art. 538 do Código Civil. Já em relação ao tópico da legalidade de nova tributação ou de não configuração de bitributação pela exigência de imposto sobre a renda em relação ao patrimônio declarado e tributado no âmbito do RERCT, a magistrada sentenciante conclui que o fato gerador ocorrido no âmbito do *Trust* é distinto do fato gerador colocado em discussão nos autos, qual seja, o recebimento de valores pelo beneficiário do *Trust*. Foi fundamentado em sentença que o fato gerador no âmbito do RERCT decorre de ganho de capital e que o fato gerador em discussão seria o de rendimentos recebidos do exterior. Na opinião deste autor, a sentença em análise acerta ao indicar que os fatos geradores são distintos, pois no RERCT o que se pretendia era a tributação de patrimônio sob o controle do *settlor* ou que a ele já tivesse pertencido e que não tivesse sido objeto de declaração às autoridades tributária e bancária, enquanto os "pagamentos" realizados ao beneficiário poderiam ser enquadrados ou como transferência do patrimônio alocado no *Trust* ao beneficiário conforme indicação do *trust deed* ou distribuição de rendimentos auferidos pelo *trust fund*. Todavia, tal conclusão possivelmente não poderia ser adotada no caso em que os "pagamentos" realizados pelo *trustee* o fossem feitos para o próprio *settlor*. Nessa hipótese, não contemplada nos autos, estar-se-ia diante de um ato jurídico passível de ser qualificado como devolução do capital, em que, eventualmente, poderia ocorrer ganho de capital caso os "pagamentos" implicassem devolução de patrimônio superior àquele transferido pelo *settlor* ao *Trust*.

No que diz respeito à conclusão de legalidade da tributação sob a qualificação de rendimentos recebidos do exterior pelo beneficiário, podem ser tecidos comentários similares aos feitos acima em relação à Solução de Consulta no que diz respeito à não definição do tipo ou modalidade de *Trust*, bem como pela não identificação da relação jurídica existente entre o *trustee* e o beneficiário. Neste ponto, muito embora a magistrada tenha identificado o dever do *trustee* de realizar pagamentos ao beneficiário, não foi apresentada fundamentação necessária para se concluir se os pagamentos, apenas por serem denominados como tal, eram realmente pagamentos, por exemplo, de rendimentos decorrentes do patrimônio do *fund trust* ou decorriam do dever do *trustee* de cumprir as obrigações do *trust deed* e de transferir a integralidade do patrimônio do *Trust* ao beneficiário ainda que em parcelas ou conforme discricionariedade do *trustee*. Faltou, pois, a fundamentação sobre a que título se daria a transferência patrimonial. Se em razão de direito de propriedade do beneficiário outorgado pelo *settlor* quando da constituição do *Trust*, *v.g.* produto do capital do beneficiário, ou se em decorrência do cumprimento da obrigação assumida pelo *trustee* em executar o *trust deed* para a transferência integral do patrimônio em cumprimento dos desejos testamentários do *settlor*, o que implicaria uma transferência patrimonial externa ao patrimônio do beneficiário, ainda mais em se tratando de um *Trust* discricionário

em que não há prévia determinação ou fixação do patrimônio do *Trust* a ser revertido aos beneficiários.

Em conclusão, sem a identificação do efetivo propósito do *Trust*, bem como da efetiva relação jurídica dele decorrente, verifica-se, pois, que a mera indicação do art. 538 do Código Civil para concluir pela não ocorrência de doação ou de uma transferência em cumprimento ao propósito sucessório do *Trust* é insuficiente tanto para dar a devida disciplina tributária do caso levado a juízo como também para disciplinar um instituto estrangeiro sem paralelo no ordenamento pátrio, além é claro do enfraquecimento da técnica decisória por insuficiência de argumentação.

II.3. Do quanto decidido no Acórdão proferido nos autos do Processo n. 0477287-44.2015.4.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Segundo se infere do relatório da decisão, contribuinte residente no Estado do Rio de Janeiro impetrou mandado de segurança visando afastar a exigência de ITCMD sobre os valores recebidos de *Trust* em 2012, constituído pelos pais dele, residentes e domiciliados nos Estados Unidos. Nesse ponto deve ser observado que não fica claro se o impetrante efetivamente recebeu valores advindos do *Trust* (remessas ao Brasil) ou se está tratando sobre os direitos de beneficiário. Isto porque, o relatório do Acórdão indica que os "valores vêm sendo geridos e reaplicados [pelo *trustee*[7]] conforme as determinações conferidas em vida por seus instituidores", no caso o *settlor*, ascendente do impetrante-beneficiário. Também é reportado que o impetrante "recolheu os impostos federais relativos aos meses em que houve aquisição de disponibilidade econômica decorrente das aplicações financeiras, e ainda transmitiu as declarações de ajuste anual retificadoras de imposto de renda dos exercícios de 2013 a 2015". Aqui mais uma vez deve ser observado que não se tem notícia de como é constituído o patrimônio do *Trust*, ao que apenas é possível intuir que se trata de aplicações financeiras diretamente administradas pelo *trustee* sem, por exemplo, a utilização de uma empresa entre a pessoa do *trustee* e as aplicações financeiras. Também não fica claro se os rendimentos das aplicações financeiras foram transferidos ao beneficiário/impetrante quer em conta bancária no Brasil ou no exterior, ou se o beneficiário tratou o *Trust* como um veículo transparente, como se as aplicações financeiras estivessem em seu direto controle e, assim, teria reconhecido a receita decorrente da remuneração das referidas aplicações. É relatado que o impetrante pretende afastar a

---

[7] Para o propósito de análise e crítica da decisão judicial, assume-se que o *trustee* e o beneficiário-impetrante são pessoas distintas e não se confundem. A premissa aqui adotada tem por razão a indicação no Acórdão de que há transferência patrimonial entre pessoas distintas, o que seria, sob o ponto de vista de nosso ordenamento jurídico e das premissas adotadas no Acórdão, impossível caso o *trustee* e o beneficiário fossem a mesma pessoa, uma vez que o *trustee* detém a propriedade formal dos bens e direitos alocados no *Trust*.

incidência do ITCMD a ser exigido pelo Estado do Rio de Janeiro em razão de ausência de lei complementar regulamentando e autorizando os Estados e o Distrito Federal a instituírem ITCMD sobre doações advindas do exterior.

A segurança foi denegada em primeira instância e mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) sob o argumento da desnecessidade de lei complementar específica e da integral competência e autonomia do Estado fluminense para instituir e cobrar o ITCMD sobre doações advindas do exterior, o que inclusive foi reconhecido pelo órgão especial do referido tribunal, sem se esquecer, como apontado pelo Relator, da repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que, à época, ainda não havia sido julgada (RE n. 851.108/SP, Tema 825). Do acórdão do TJRJ, especificamente sobre o *Trust*, tem-se que o Relator se apoiou nas lições de Melhim Namem Chalhub[8], de forma a reconhecer que o *trustee* mantém efetivamente a propriedade dos bens por ele geridos alocados no *Trust*, o que sustentou a conclusão de incidência do ITCMD ao entendimento de que, dada a transferência da propriedade pelo *settlor* ao *trustee*, também há uma transferência patrimonial deste último, caracterizada por doação, aos beneficiários. Houve apresentação de recurso especial e extraordinário pelo impetrante, sendo determinado pelo Superior Tribunal de Justiça (AREsp n. 1.763.563/RJ) a revisão do julgamento pelo TJRJ em razão do julgamento pelo STF do Tema 825[9].

É constatada uma falta de aprofundamento na análise concreta e analítica do modelo de *Trust* proposto para identificar e qualificar a relação jurídica entre o *trustee* e o beneficiário e, por conseguinte, qualificar a transferência patrimonial realizada. É possível intuir que a falta de análise detalhada possa ter ocorrido em razão de a decisão ter sido apoiada em literatura na qual reconhece a titularidade absoluta da propriedade com o *trustee* como regra universal e generalizada, o que nas premissas do Acórdão resultaria no entendimento de que há transferência patrimonial equivalente à de doação ao beneficiário. Todavia, esta não é a única relação jurídica possível entre o *Trust* e o beneficiário, pois o *Trust* é uma estrutura sobremaneira flexível e contempla inúmeras possibilidades e relações jurídicas, o que impossibilita a fixação de um conceito rígido e universal de tributação para qualquer estrutura de *Trust*.

---

8 CHALHUB, Melhim Namem. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* v. 1, n. 2. São Paulo, maio/ago. 1998.

9 A tese fixada foi a de que "É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional." No caso foi questionada, pois, a possibilidade de os Estados exigirem ITCMD sobre as doações advindas do exterior. Isto é, feita por doadores não residentes fiscais no Brasil. No caso, houve também a modulação dos efeitos da decisão, atribuindo-lhes eficácia *ex nunc*, a contar da publicação do acórdão em questão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta: (1) a qual Estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente.

II.4. Da manifestação da Secretaria da Fazenda de São Paulo (Sefaz/SP) na Resposta à Consulta n. 25343/2022

Conforme se depreende da Ementa da Resposta à Consulta n. 25343/2022[10], a Sefaz/SP concluiu que ressalvada as hipóteses "em que a instituição do *trust* instrumentalize algum pagamento devido ao beneficiário, este passa a ser titular de direito sobre o *trust* no momento de sua indicação, de forma gratuita e por liberalidade, aperfeiçoando-se a doação" e, assim, deve haver a incidência do ITCMD quando o beneficiário for residente no Estado de São Paulo independentemente do quanto decidido no Tema 825 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal.

Para chegar a tal conclusão, inicialmente a Sefaz/SP expõe o relato do consulente, indicando que se trata de pessoa física, beneficiária de um *Trust* constituído no exterior, na forma de *trust* irrevogável que realizará pagamentos aos beneficiários, incluindo o consulente, conforme discricionariedade do *trustee*. No relato da consulta, há a indicação das características do *Trust*, tais como o desdobramento da propriedade e a indicação dos conceitos e das funções de *settlor*, *trustee*, beneficiário e de *deed of trust*. O consulente argumenta que nos termos do Anexo I à Portaria RFB/SCS n. 1.429/2018, os *Trusts* seriam "as relações jurídicas criadas, em vida ou após a morte, por determinada pessoa (o outorgante ou instituidor), com a finalidade de colocar seus bens sob o controle de uma outra pessoa (o *trustee* ou curador), que irá administrá-los em favor do beneficiário ou para alguma finalidade específica"; bem como que o "patrimônio do *trust* é autônomo e distinto dos patrimônios do *settlor*, do *trustee* e dos beneficiários, de maneira que nenhum deles possui direito real sobre os bens do *trust*" e que as transferências resultam em "um incremento no patrimônio dos beneficiários em virtude de ato não oneroso". O relato é finalizado com a indicação de que o consulente sustenta que as transferências realizadas conforme a discricionariedade do *trustee* do patrimônio alocado no *Trust* ao consulente são doações sujeitas à incidência do ITCMD, respeitando-se o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 825 de Repercussão Geral.

Ao responder à Consulta propriamente dita, a Sefaz/SP, inicialmente, indica que não analisou os documentos relativos ao *Deed of Trust* e a *Letter of Wishes*, eis que não traduzidos para o português e que não se manifestará sobre a incidência

---

[10] Ementa:
"ITCMD – Doação – *Trust* instituído no exterior – Beneficiário residente no Estado de São Paulo.
I. O ITCMD incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido por doação.
II. Exceto na hipótese em que a instituição do trust instrumentalize algum pagamento devido ao beneficiário, este passa a ser titular de direito sobre o *trust* no momento de sua indicação, de forma gratuita e por liberalidade, aperfeiçoando-se a doação.
III. O ITCMD relativo à doação de direitos realizada por doador com domicílio no exterior a donatário residente neste Estado deve ser recolhido ao Estado de São Paulo."

de outros tributos que não o ITCMD. Na sequência, a Sefaz consigna que o *Trust* é um instituto originado no sistema jurídico do *common law*, sem correspondente no direito brasileiro e que pode ser definido conforme previsto no art. 2º da Convenção de Haia. A Sefaz/SP reconhece que "há inúmeras possibilidades na instituição de um *trust*, dado que ele pode ser, por exemplo, revogável ou irrevogável, pode ter como beneficiário o próprio instituidor, um terceiro determinado ou determinável, ou mesmo não definido, a ser futuramente indicado pelo *trustee*, sob condições preestabelecidas" e que, assim, se manifestará apenas sobre o caso concreto a ela apresentado. Como premissa doutrinária, a Sefaz/SP cita as obras de Eduardo Salomão Neto[11] e Ricardo Mariz de Oliveira[12], apontando a existência de controvérsia jurídica da natureza dos direitos dos beneficiários e que, portanto, é necessária a análise das relações jurídicas instituídas no âmbito do *Trust* considerando o caso concreto. A partir de então, a Sefaz/SP passa a fazer considerações sobre a caracterização de uma doação e da incidência do ITCMD com apoio na legislação e na doutrina, de forma a concluir que no momento da entrega pelo *settlor* de bens e direitos para a constituição do *Trust*, há efetiva intenção (liberalidade) de que os bens sejam destinados ao beneficiário, o que caracteriza o *animus donandi*, a doação, diante do empobrecimento do *settlor* e do enriquecimento do beneficiário, salvo na hipótese "em que a instituição do *trust* instrumentalize algum pagamento devido ao beneficiário". Nesse sentido, para a Sefaz/SP, na medida em que o beneficiário passa a ser titular de direitos sobre o *Trust*, se tornando donatário das vantagens definidas no *Trust* é justificável a incidência do ITCMD. Por fim, a Sefaz/SP afasta a aplicação do Tema 825 de Repercussão Geral, sob o fundamento de que a lei paulista continua vigente e que a consultoria deve decidir com apoio na legislação aplicável o momento da consulta.

Quanto à análise da Resposta à Consulta, inicialmente, é de se elogiar o reconhecimento pela Sefaz/SP de que inúmeras são as possibilidades de instituição de um *Trust* com a irradiação de diferentes relações jurídicas, devendo-se, pois, estabelecer a regra de tributação conforme o caso concreto. O elogio aqui endereçado somente não é maior, pois embora a Sefaz/SP tenha apresentado uma interpretação específica para o caso concreto, um *Trust* irrevogável e discricionário, deixou de fazer constar tal fato na Ementa da Resposta à Consulta, o que no futuro pode levar à aplicação da interpretação fixada a casos com características distintas.

Também é de se observar que a depender das características do *Trust* e da legislação de regência, as conclusões adotadas pela Sefaz/SP poderiam ser aplicadas integralmente, pois, como comentado acima, a depender da modalidade de

---

[11] SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. São Paulo: Trevisan, 2016, p. 69 e ss.

[12] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O instituto do "trust" na perspectiva do direito brasileiro. *Estudos de Direito Tributário*: em homenagem ao prof. Gerd Willi Rothmann. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

Trust e da legislação de regência haverá maior ou menor grau de vinculação entre o patrimônio e o beneficiário, o que, no caso de haver efetiva fruição, por exemplo, de propriedade imobiliária pelo beneficiário, poder-se-ia sustentar a incidência do ITCMD, ao menos em relação à parcela correspondente ao usufruto.

Por outro lado, a Resposta à Consulta emitida pela Sefaz/SP é passível de críticas, sendo a primeira delas a não análise do *Deed of Trust* e da *Letter of Wishes*, eis que tais documentos é que permitiriam identificar a real intenção do *settlor* com a instituição do *Trust* e as relações jurídicas estabelecidas com os beneficiários. Nesse sentido, tal como apontado em relação à SC Cosit n. 41/2022, deveria a Sefaz/SP ter declinado de responder ou solicitado a tradução dos documentos relativos ao *Trust*. Ao não fazer isso, é possível que a Sefaz/SP tenha assumido premissas não condizentes com as efetivas relações jurídicas criadas ou decorrentes da constituição do *Trust*.

Outra crítica que pode ser aduzida é a potencial violação do princípio da capacidade contributiva, eis que a Sefaz/SP assumiu que pela instituição do *Trust* há a revelação do *animus donandi* do *settlor* com o imediato empobrecimento deste e o consequente enriquecimento do beneficiário, o que embora possa ser verdadeiro sob a perspectiva do *settlor*, dificilmente o é sob a perspectiva do beneficiário. Isto porque, o normalmente estipulado em um *Trust* é que o beneficiário somente venha a receber o patrimônio sob a administração do *trustee*, ou parcela dele, em momento posterior à instituição do *Trust*, o que, aliás, pode vir a nunca ser materializado em razão, por exemplo, da não implementação das condições previstas no *trust deed*, por falecimento do beneficiário ou por perda/deterioração do patrimônio alocado no *Trust*. Ao pretender fazer incidir ITCMD no momento da constituição do *Trust* irrevogável, parece a esse autor que a Sefaz/SP pretendeu justificar a tributação do ITCMD mediante prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica, o que não encontra amparo na Constituição Federal e no próprio Código Tributário Nacional, ignorando o efetivo momento de transferência da propriedade legal ao beneficiário e, assim, mitigando a aplicação do princípio da capacidade contributiva, eis que, até o efetivo recebimento do patrimônio alocado no *Trust*, o beneficiário possui, geralmente, apenas o direito de fiscalização do *trustee* e mera expectativa de recebimento dos bens e direitos alocados no *Trust*, mas não a efetiva propriedade legal ou disponibilidade desses bens e direitos. A condição do beneficiário de titular de direitos sobre o *Trust*, tal como sustentada pela Sefaz/SP, não se materializa em imediato direito de propriedade sobre o patrimônio alocado no *Trust* ou a transferência jurídica de tal patrimônio ao beneficiário antes de executada a *trust deed* ou liquidado o *Trust*.

Por fim, vale a crítica ao não reconhecimento da não aplicação ao caso concreto do Tema 825 de Repercussão Geral do STF, o que, possivelmente, implicará um contencioso judicial para se afastar os efeitos vinculativos e a não aplicação da Resposta à Consulta n. 25343.

II.5. Notas comuns sobre as decisões administrativas e judiciais acerca da tributação do *Trust*

Das decisões acima analisadas, denota-se algumas notas comuns entre elas, sendo a primeira a de que possivelmente o contribuinte não trouxe todas as informações possíveis sobre a estrutura do *Trust*[13], tal como todos os documentos de formação, constituição e administração do *Trust*, bem como a evolução do patrimônio alocado no *trust fund* ou, ainda, do tratamento civil e tributário dado ao *Trust* de acordo com a legislação exterior de regência.

Por outro lado, como este autor não teve acesso aos autos, acaso todos os documentos e informações anteriormente descritos tenham sido apresentados pelo contribuinte, então, por outro lado, a conclusão seria a de que os julgadores não analisaram com profundidade os referidos documentos, eis que se percebe das decisões indicações de que não se tinha o completo entendimento acerca da modalidade e do propósito do *Trust* objeto de análise, bem como do que estava sendo transferido aos beneficiários, se o patrimônio total alocado no *Trust* ou os rendimentos do *trust fund*, se a transferência do patrimônio se dava de acordo com o desejo do instituidor de forma fixa e previamente ajustada ou por discricionariedade do *trustee*.

Igualmente, é possível observar das decisões que há uma clara intenção de "nacionalizar" o *Trust*, isto é, de interpretar as relações jurídicas determinadas na estrutura estrangeira de acordo ou por analogia às figuras existentes no ordenamento jurídico pátrio, não observando as marcantes distinções entre o ordenamento de constituição do *Trust*, possivelmente do *common law*, com as do ordenamento pátrio de *civil law*, o que, ao ver deste autor, tem o potencial de acarretar conclusões equivocadas e que não correspondem às relações jurídicas efetivamente estabelecidas no *Trust*. Situação essa perigosa, na medida que referidas decisões acabam por estabelecer precedentes e a construção de uma regra geral para o tratamento tributário dos valores transferidos do *Trust* aos beneficiários, o que deve ser repudiado, eis que, na maioria das vezes, as estruturas de *Trust* possuem características específicas, exigindo uma decisão específica para cada caso concreto.

III. Da mitigação das assimetrias

Embora o objetivo deste artigo não seja o de explorar as possíveis relações jurídicas advindas das estruturas de *Trust*[14], para enfatizar o problema aqui tratado sobre a necessidade de mitigação da assimetria entre as regras fixadas nas

---

[13] A princípio em relação à Resposta à Consulta nº 25343/2022, o contribuinte consulente trouxe todos os elementos relativos à instituição do *Trust*, porém no idioma inglês, o que prejudicou a análise por parte da SEFAZ/SP e, possivelmente, das conclusões adotadas sobre o momento da incidência do ITCMD.

[14] Nesse sentido ver A tributação de beneficiários residentes fiscais no Brasil de um *Trust* localizado no exterior, nesta coletânea do NUPEM/IBDT.

decisões que decidiram sobre a incidência tributária em relação aos valores recebidos pelos beneficiários residentes no Brasil, este autor assume a posição de que podem ser estabelecidas as seguintes relações jurídicas: (i) a relação decorrente da instituição do *Trust* pela qual o *settlor* transfere ao *trustee* a propriedade legal de bens e direitos para a constituição do *trust fund*; (ii) a relação de confiança decorrente do dever assumido pelo *trustee* em administrar o *Trust*; e (iii) a relação decorrente do dever do *trustee* de transferência ao beneficiário dos bens e direitos alocados no *Trust* ou dos rendimentos advindos daqueles.

Especificamente sobre a relação jurídica (iii), a qual foi objeto de decisões administrativas e judiciais analisadas acima, na visão deste autor, é primordial analisar o caso concreto, i.e., a modalidade do *Trust* executado e os termos da *trust deed*. Isto porque, a depender da modalidade e estrutura do *Trust*, haverá mais ou menos discricionariedade do *trustee*, bem como poderá ou não haver a obrigação de transferência integral do patrimônio do *Trust* ao beneficiário ou apenas de parte dele ou, ainda, de nenhum dos ativos que compõem o *trust fund*, assim como poderá ou não haver o dever de transferir rendimentos ao beneficiário.

Assim, a depender da modalidade de *Trust* haverá maior ou menor grau de vinculação entre o patrimônio e o beneficiário.

A partir da estrutura de *Trust* instituída, pois, o beneficiário pode ter o patrimônio dele aumentado com os direitos transferidos pelo *settlor* a ele em relação aos ativos alocados no *Trust*, os quais poderão ser de maior ou menor extensão a depender dos termos da *trust deed*[15]. Portanto, tais consequências é que devem ser investigadas pelas autoridades fiscais e judiciais para determinar qual a devida incidência tributária, restando, pois, a pergunta: como reduzir a assimetria de informações dos julgadores para que se tenha a melhor decisão possível sobre a tributação ou não dos valores transferidos ao beneficiário residente no Brasil e, se a conclusão for pela tributação, qual ou quais tributos devem incidir e em que medida?

Pois bem, na opinião deste autor é possível pensar em ter três cenários de discussão da adequada tributação dos valores mantidos em *Trust* ou recebidos por beneficiários residentes fiscais no Brasil, quais sejam: (i) Fiscalização; (ii) Solução de Consulta; e (iii) Contencioso tributário. Obviamente que em todos os três cenários, a participação do contribuinte e a disponibilização de todos os documentos e informações relativos ao *Trust* devem ser fornecidos à autoridade fiscalizadora ou julgadora de forma que seja possível uma perfeita compreensão da modalidade do *Trust* e das relações jurídicas nele estabelecida, inclusive com a tradução juramentada de forma a evitar a recusa da análise por parte das autoridades fis-

[15] Conforme o disposto no § 4º do art. 4º do Projeto de Lei n. 4758/2020, o "beneficiário poderá transmitir seus direitos, inclusive por testamento; poderá, também, o fiduciário transmitir sua posição contratual, nos termos do título de constituição da relação fiduciária".

cais ou julgadoras. Todavia, também deve ser ponderado que em algumas situações o beneficiário residente no Brasil e potencial sujeito passivo da obrigação tributária ou da pretensão tributária não deterá ou terá acesso a todos os documentos e informações relativas à constituição do *Trust*, o que pode-lhe acarretar prejuízos significativos de defesa de eventual autuação ou exigência tributária mediante a demonstração ou não da sujeição passiva dele e qual o limite de tal sujeição.

Nesse sentido, considerando-se o primeiro cenário de fiscalização, uma solução para a mitigação da assimetria, além do comprometimento do potencial sujeito passivo em providenciar toda a documentação e informação necessárias, seria a utilização do instrumento de troca de informações com países com os quais o Brasil mantenha tratado de troca de informações ou de reciprocidade, o que poderia permitir que a fiscalização tivesse acesso a informações relativas à *trust deed*, ao patrimônio alocado no *Trust*, poderes remanescentes do *settlor* e distribuições e natureza destas aos beneficiários, bem como à tributação eventualmente imposta pelo país de constituição ou da lei de regência do *Trust*.

Já nos cenários da consulta e do contencioso judicial, a princípio, tal como afirmado acima, entende-se que na maioria dos casos cabe ao contribuinte fazer a prova do objeto, conteúdo e relações jurídicas decorrente do *Trust* e, para isso, deve o contribuinte apresentar todos os documentos relacionados à constituição do *Trust*, aos ativos subjacentes e, eventualmente, até mesmo a prova da legislação ou de decisões judiciais do país onde está localizado o *Trust/trustee* e opiniões legais dos assessores estrangeiros que comprovem a disciplina jurídica aplicável como, por exemplo, a existência de direitos reais (direito de sequela) ou não em relação ao beneficiário.

Especificamente no caso da Solução de Consulta, este autor entende pela inexistência de uma obrigação de a Receita Federal do Brasil promover a investigação – troca de informações – para que possa responder ao contribuinte. Neste caso, pois, se não houver informações suficientes, este autor é da opinião de que a Receita Federal do Brasil deve julgar prejudicada a Solução de Consulta ou Resposta à Consulta por falta de informação[16]. Não obstante, é de se ponderar, no melhor interesse público, se não seria melhor que a Receita Federal buscasse a troca de informações de forma a obter as melhores informações para decidir a regra de tributação aplicável ao caso concreto que, ao final, poderá ser vinculativa para todos os contribuintes e autoridades fiscalizadoras ou, no mínimo, um precedente para demais decisões e fiscalizações.

De maneira semelhante, no cenário do contencioso tributário, notadamente o do contencioso judicial, em se tratando de uma ação antiexacional, na qual cabe

[16] Idêntica conclusão deve ser aplicada às consultas endereçadas às Fazendas de Estado e do Distrito Federal em relação à incidência do ITCMD.

ao contribuinte o ônus de demonstrar o objeto e as características do *Trust* de forma a anular eventual auto de infração ou de afastar potencial lançamento tributário, por disposição expressa do Código de Processo Civil deve o contribuinte fornecer todas as provas necessárias, tal como aduzido acima para a Solução de Consulta, sem o que a possibilidade de reconhecimento do direito ou da tese defendida pelo contribuinte muito provavelmente ficará prejudicada. Em complemento, como observação, vale a ponderação de que a colaboração judicial internacional[17] é limitada à realização de atos processuais tais como citações, intimações, penhoras, oitivas de testemunhas etc., não se prestando, pois, a troca de informações entre as autoridades judiciais sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas de regência do *Trust*, o que reforça a conclusão de que no contencioso judicial o ônus de demonstrar o conteúdo das relações jurídicas formadas no *Trust* é do contribuinte.

Por fim, a partir das decisões analisadas acima, verifica-se que a tradução ou o emprego de determinados termos pode levar a conclusões que não representam a efetiva situação jurídica das transferências de valores do *Trust*, eis que determinado termo no idioma estrangeiro de constituição do *Trust*, empregado para determinar o dever de transferência do patrimônio do *trust fund* ao beneficiário, pode vir a ser traduzido, por exemplo, como pagamento, o que permite a adoção de interpretação de que se está tratando de pagamento de rendimentos do *trust fund*, por exemplo, e não de transferência patrimonial do patrimônio alocado no *trust fund* conforme determinação do *settlor* em planejamento sucessório.

IV. Conclusão

Muito menos do que dar uma resposta definitiva sobre as razões da assimetria nas decisões sobre a tributação do *Trust* e a falta de aderência à tributação sob a perspectiva do direito alienígena no qual o *Trust* está constituído e é disciplinado e do que deve ser feito para mitigar e resolver tal discrepância, esse autor procurou demonstrar que efetivamente existe uma incompreensão das autoridades fiscais e judiciais sobre as estruturas de *Trust* em decorrência de uma possível falta de informação e de documentos que deveriam ser disponibilizados pelo contribuinte, bem como em razão de uma falta de esgotamento das provas e compreensão das relações jurídicas decorrentes das estruturas de *Trust* submetidas à análise administrativa e judicial.

---

[17] A exemplo da Convenção de Haia sobre Citação (Convenção Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial), Decreto n. 9.734/2019. Os acordos de colaboração judicial podem ser consultados na página eletrônica do Ministério da Justiça: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/acordos-bilaterais.

Igualmente, este autor pretendeu expor possíveis formas de mitigação da assimetria de modo a estimular o debate do tema no meio acadêmico e em futuras discussões, especialmente no sentido de se reconhecer as diversas modalidades de *Trust* e distintas consequências jurídicas que podem surgir de cada uma dessas modalidades considerando, ademais, as características do caso concreto.

Bibliografia

CALIL, Ricardo. A incidência do imposto de renda e do ITCMD em operações com *trust*. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 04. São Paulo: IBDT 2018.

CÂMARA, F. de Sousa da. The taxation of trusts in Portugal. *57 Eur. Taxn*. 11 (2017), *Journal Articles & Opinion Pieces* IBFD (accessed 5 May 2021).

CHALHUB, Melhim Namem. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* v. 1, n. 2. São Paulo, maio/ago. 1998.

DO VAL, Julia Moreira. *Análise da incidência de ITCMD em planejamentos tributários e sucessórios envolvendo* trusts *irrevogáveis constituídos no exterior por pessoas físicas residentes e domiciliadas no Brasil*. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

GARTON, Jonathan; PROBERT, Rebecca; BEAN, Gerry. *Moffat's trusts law*: text and materials. Seventh edition. Cambridge, United Kingdom. ISBN 9781108855044 (e-book).

JØRGENSEN, Jacob. The taxation of trusts, trustees, protectors and underlying companies under Swiss law (May 11, 2009). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2758196 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2758196.

MALPIGHI, Caio Cezar Soares; TRONCOSO, Antonio Oliveira Ribeiro. A solução de consulta Cosit nº 41/2020 e o recebimento de valores por residente fiscal no Brasil na qualidade de beneficiário de *trust* firmado no exterior. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* – RDTI Atual v. 07/2020. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O instituto do "trust" na perspectiva do direito brasileiro. *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O* trust *e o direito brasileiro*. Trevisan Editora. Edição do Kindle, posição 1202 e 1226.

SUZUKI, Y. Classification issues regarding foreign trusts under Japan's income tax law and overhaul of the trust law. *68 Bull. Intl. Taxn*. 6/7 (2014), *Journal Articles & Opinion* Pieces IBFD (accessed 12 May 2021).

TORO, Carlos Eduardo Costa M. A. Reflexos fiscais do uso do *trust* e os limites ao planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário Internacional* – RDTI – ano 3, n. 7. São Paulo: Quartier Latin.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Trust* não pode ser usado para sonegação fiscal. *Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonegacao-fiscal. Publicado em 11 de novembro de 2015. Acesso em: 01 jun. 2021.

Assimetrias no Tratamento Tributário Conferido aos Lucros Auferidos no Exterior por Sociedades Coligadas quando Comparadas às Regras de Sociedades Controladas

Brazilian tax Asymmetries on the Worldwide Taxation of Profits deriving from Associated Companies as Opposed to Controlled Entities

Erlan Valverde
Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Cursou extensão em Princípios de Tributação Internacional pelo *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD) em Amsterdam, Holanda. Advogado em São Paulo/SP. *E-mail*: erlanv@gmail.com.

Resumo
Este é um estudo que objetiva analisar as situações de assimetria identificadas quando comparamos o tratamento fiscal conferido às empresas brasileiras com participação em sociedades coligadas domiciliadas no exterior, com o tratamento conferido às sociedades controladas em situação similar. O estudo busca refazer o histórico do julgamento da ADI n. 2.588, a consequente positivação dos efeitos pela Lei n. 12.973/2014 e sua regulamentação pela IN n. 1.520/2014, visando identificar as assimetrias nos tratamentos fiscais aplicáveis a coligadas e controladas, com potenciais sugestões para soluções.
Palavras-chave: tributação em bases universais, lucros no exterior, coligadas, controladas, coligadas tributadas pelo regime de competência.

Abstract
This study aims at analyzing the hypotheses of asymmetry identified when we compare the tax treatment given to Brazilian companies with participation in associated companies domiciled abroad, with the treatment given to controlled companies in a similar situation. The study seeks to retrace the history of the judgment of ADI 2,588, the consequent affirmation of the effects of the judgement through Law 12973/14 and its regulation by Normative Instruction 1.520/14, to identify the asymmetries in the tax treatment applicable to affiliates as opposed to controlled entities, with possible suggestions for solutions.
Keywords: Worldwide income taxation, profits earned abroad, associated companies, controlled companies, associated companies taxed under the accrual regime.

1. Introdução

No último dia 13 de maio, completaram-se nove anos da promulgação da Lei n. 12.973/2014, que, além de regular os impactos tributários decorrentes da ado-

ção dos padrões contábeis do *International Fiscal Reporting Standards ("IFRS")*, também trouxe importantes inovações quanto à tributação dos lucros auferidos por subsidiárias de empresas brasileiras no exterior (doravante tributação em bases universais ou simplesmente "TBU").

Concebida tendo como uma das inspirações a adequação do regime brasileiro de TBU ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal ("STF") na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.588, de 2001, a nova legislação atendeu, de certa forma, ao seu objetivo, trazendo segurança jurídica em relação a pontos antes questionáveis, especialmente o diferimento na tributação de lucros de coligadas não residentes em paraísos fiscais, cuja tributação automática foi considerada inconstitucional pela ADI.

Além da óbvia inspiração na decisão do STF, a Lei n. 12.973/2014 também trouxe importantes inovações, que buscaram suprir lacunas da legislação anterior – como, por exemplo, a eliminação da possibilidade de consolidação vertical de resultados – bem como atender a diversos pleitos das multinacionais brasileiras atingidas pelo regime de TBU.

Se, por um lado, a Lei n. 12.973/2014 trouxe certa segurança em relação à tributação das coligadas no exterior, fato é que, por imprecisões normativas, ela também trouxe novas controvérsias. Tais controvérsias denotam especial atenção quando, ao compararmos o regime de tributação das coligadas ao das controladas, elas representam assimetrias causadas por tratamento diferenciado entre os dois regimes.

Este estudo busca analisar de maneira detida cinco assimetrias entre os regimes de coligadas e controladas criadas pela Lei n. 12.973/2014, quais sejam:

i) A falta de previsão legal expressa que autorize o direito ao crédito sobre o valor do imposto de renda pago no exterior sobre a distribuição de dividendos, nas hipóteses de tributação das coligadas pelo regime de competência. A Lei n. 12.973/2014 é silente sobre o tema e a Instrução Normativa (IN) n. 1.520/2014, em seu art. 26, autoriza apenas o crédito sobre o imposto corporativo pago no exterior;
ii) Da mesma forma, a legislação fiscal de regência não autoriza a inclusão das coligadas tributadas por competência no regime de consolidação previsto no art. 78 da Lei n. 12.973/2014;
iii) A impossibilidade de deduzir, dos dividendos distribuídos por coligadas no exterior, a parcela correspondente aos lucros de empresas por estas controladas ou coligadas, localizadas no Brasil. Para os lucros de entidades controladas no exterior, esta autorização encontra-se expressa no art. 85 da Lei n. 12.973/2014;
iv) A ausência de comando legal que admita deduzir os valores referentes às adições, espontaneamente efetuadas, decorrentes de ajustes de preços de transferência e de indedutibilidade por subcapitalização, em operações

com coligadas, desde que os dividendos distribuídos pela coligada tenham sido tributados pela investidora brasileira. Para as entidades controladas, há autorização expressa de dedução no art. 86 da Lei n. 12.973/2014; e,

v) A ausência de base legal para que não sejam tributadas as variações cambiais de investimento em coligadas tributadas pelo regime de competência *versus* a exclusão expressa de tais ajustes de conversão apurados em controladas. Para as entidades controladas, esta exclusão encontra-se expressa no art. 77 da Lei n. 12.973/2014.

Como conclusão, este estudo busca confirmar se tais diferenças se justificam em razão das particularidades dos regimes de tributação de coligadas e controladas, ou se representam tratamento diferenciado assimétrico ilegal ou inconstitucional.

2. Análise técnica

Para fins didáticos e melhor organização dos temas, dividiremos a análise técnica deste estudo em tópicos distintos, apresentando inicialmente a contextualização histórica e legislativa da matéria, seguida pela análise das questões suscitadas na introdução.

2.1. Contextualização histórica e legislativa

Inicialmente, cumpre-nos fazer um breve apanhado histórico sobre a decisão proferida na ADI n. 2.588 e a consequente positivação dos seus efeitos por intermédio da Lei n. 12.973/2014. Não se pretende, aqui, fazer um longo apanhado de todos os efeitos da ADI n. 2.588, mas sim descrever brevemente os impactos importantes a este estudo, quais sejam, as regras de tributação para coligadas localizadas no exterior.

Reconhecido como um dos maiores casos tributários da última década, na ADI n. 2.588 os contribuintes discutiam, entre outros assuntos, a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, que determinava a tributação automática, no encerramento do ano-calendário, do lucro de subsidiárias no exterior.

A doutrina majoritária defendeu à época que a tributação automática de lucros auferidos no exterior ofendia ao princípio constitucional da renda, na medida em que impunha a tributação de rendimentos antes de sua disponibilidade econômica ou jurídica. Neste sentido são as opiniões de Ricardo Mariz de Oliveira[1], Luís

[1] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 354.

Eduardo Schoueri[2], Humberto Ávila[3] e Sergio André Rocha[4], por exemplo. Em sentido contrário, Marco Aurélio Greco defendia posição minoritária pela constitucionalidade do dispositivo, por entender que não haveria contradição entre o dispositivo legal *vis-à-vis* a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional[5].

No julgamento, o Pleno do STF concluiu especificamente em relação às entidades caracterizadas como coligadas que: (i) a tributação automática é constitucional para os lucros auferidos por entidades coligadas localizadas em jurisdições de tributação favorecida ou que não imponham controle e registros societários rígidos ("paraísos fiscais"); e (ii) inconstitucional para coligadas localizadas nas demais jurisdições.

Passados sete meses da formalização do acórdão, o Governo Federal propôs, por meio da Medida Provisória ("MP") n. 627/2013, verdadeiro ajuste nas regras aplicáveis à tributação em bases universais, com o intuito de assegurar e positivar os efeitos do quanto decidido no julgamento da ADI n. 2.588.

Especificamente em relação às sociedades coligadas, o item 82 da Exposição de Motivos à MP n. 627/2013 aponta que, observando o quanto decidido pelo STF, a proposta de alteração visava tributar o lucro das coligadas apenas no momento de sua disponibilização.

O art. 81 da Lei n. 12.973/2014, fruto da conversão da MP n. 627/2013, confirmou a tributação dos lucros auferidos por intermédio de coligada no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que: (i) a coligada não esteja sujeita a regime de subtributação, definido no inciso III do *caput* do art. 84; (ii) não esteja localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado; (iii) não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no item (i).

Caso qualifique em uma das situações excludentes citadas acima, o art. 82 da Lei n. 12.973/2014 determina que a sociedade coligada fica desenquadrada da tributação pelo regime de caixa, devendo o *resultado positivo equivalente aos lucros* ser computado, na apuração do imposto de renda da pessoa jurídica ("IRPJ") e da Contribuição Social sobre o Lucro ("CSL") da investidora brasileira, em 31 de

---

[2] SCHOUERI, L. E. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 328.

[3] ÁVILA, Humberto. O Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário.* São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 239.

[4] ROCHA, Sergio André. Transparência fiscal internacional no direito tributário brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 99. São Paulo: Dialética, dez. 2003, p. 123.

[5] UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André *et al*. *Manual de direito tributário internacional.* São Paulo: Dialética, 2012, p. 396.

dezembro do ano-calendário em que o lucro tiver sido apurado pela empresa no exterior.

A este regime de tributação automática, o art. 19 da Instrução Normativa n. 1.520/2014, que regulamenta a Lei n. 12.973/2014, deu o nome de tributação de "coligadas por competência".

O mesmo art. 82, em seu inciso II, autoriza que o resultado negativo poderá ser compensado com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.

Posteriormente, em 2016, a Lei n. 13.259/2016 incluiu o art. 82-A à Lei n. 12.973/2014, que autorizou as empresas brasileiras detentoras de participação em coligadas tributarem, por sua opção, os lucros decorrentes destas participações pelo regime de competência. O art. 19-A da IN n. 1.520/2014 regulamentou este dispositivo, remetendo as coligadas tributadas por competência por opção às mesmas regras de apuração das coligadas desenquadradas.

Apesar das semelhanças, para a legislação fiscal de regência esses regimes de tributação por competência não se confundem com o regime de equiparação à controladora, previsto no art. 83 da Lei n. 12.973/2014.

Segundo o referido dispositivo, equipara-se à condição de controladora a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que detenha participação em coligada no exterior e que, em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, possua mais de 50% (cinquenta por cento) do capital votante da coligada no exterior.

O comando legal contido no art. 83 da Lei n. 12.973/2014, portanto, consiste em uma regra contra a fragmentação de participação de controladores, com o objetivo de evitar a aplicação das regras de tributação em bases universais de maneira automática. Neste caso, é importante ressaltar que há de fato uma equiparação ao regime de controladora confirmada expressamente pela legislação, tendo em vista que o art. 80 da mesma lei determina que se aplicam à coligada equiparada a controladora os mesmos dispositivos aplicáveis à tributação de controladora, incluindo o controle por subcontas e a possibilidade de consolidação prevista no art. 78, desde que cumpridos os requisitos ali previstos.

Outra questão importante refere-se ao método de crédito para eliminação de dupla tributação. Trataremos deste tema na próxima subseção, dada a pertinência temática com a primeira das perguntas suscitadas na introdução.

2.2. Coligadas tributadas pelo regime de competência – limitação ao crédito de imposto pago no exterior

Especificamente em relação ao método de eliminação da dupla tributação para os lucros de sociedades coligadas tributadas pelo regime de caixa, o art. 88 da Lei n. 12.973/2014 permite o crédito do imposto pago no exterior sobre os dividendos que venham a ser computados na apuração brasileira.

Trata-se de disposição legal diferente das controladas, em que, com base no art. 87, há também autorização para tomada do crédito sobre os impostos corporativos calculados sobre os lucros.

Esta restrição ao crédito do imposto calculado sobre os lucros apurados pelas coligadas, a nosso ver, é consistente com o regime geral de tributação destas pelo regime de caixa, que impõe a tributação dos dividendos distribuídos apenas. Com efeito, se o rendimento a ser tributado pela pessoa jurídica brasileira é o lucro diminuído dos impostos sobre o lucro, não nos parece consistente como método de eliminar a dupla tributação a concessão de crédito de impostos corporativos calculados sobre os lucros, mas tão somente sobre os rendimentos incluídos na base tributável da coligada brasileira. Não há aqui, na nossa opinião, qualquer assimetria entre os regimes de coligada e controlada.

O mesmo não se pode concluir das coligadas tributadas pelo regime de competência, sejam as tributadas desta forma por enquadramento ou por livre opção. A este respeito, convém destacar que a legislação fiscal de regência foi completamente silente quanto à apuração do crédito do imposto pago no exterior para as coligadas tributadas pelo regime de competência.

Sergio André Rocha[6] destaca que a opção do legislador não é justificável, tendo em vista que a coligada tributada por competência sujeita-se ao mesmo regime de tributação das controladas, logo a vedação ao crédito violaria o princípio da isonomia e tem potencial para gerar bitributação da renda.

Houve uma tentativa da RFB de sanear esta lacuna com a IN n. 1.520/2014, a qual, em seu art. 26, admite, para efeito de compensação, apenas a utilização do crédito calculado sobre o imposto corporativo, sem autorizar o crédito sobre o imposto retido na fonte sobre dividendos distribuídos.

Nos parece que esta interpretação da RFB está igualmente equivocada. Isto porque, ainda que do ponto de vista formal as regras de tributação de coligadas por regime de competência sejam diferentes das regras de tributação de controladas e equiparadas a controladoras, do ponto de vista prático a imposição tributária é a mesma, qual seja, incluir o resultado positivo referente aos lucros na apuração da base tributável do IRPJ e da CSL da sociedade coligada no Brasil.

O art. 19 da IN n. 1.520/2014, inclusive, utiliza o mesmo texto aplicável às controladas para tributação dos lucros do exterior constante no art. 77 da Lei n. 12.973/2014, determinando que o resultado da coligada tributada por competência que deve ser adicionado na apuração do IRPJ e da CSL da coligada brasileira é *a parcela do ajuste do valor do investimento da coligada domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados*. O art. 19-A da IN n. 1.520/2014, que regulamenta as coligadas tributadas por competência por opção, remete ao art. 19 para determinar a materialidade tributável.

---

[6] ROCHA, Sergio André. *A nova sistemática de tributação em bases universais estabelecida pela Lei 12.973/14*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 216.

Não haveria motivos, portanto, para restringir o direito ao crédito sobre o imposto retido na fonte apenas porque a regulamentação dos institutos da coligada por competência e o da equiparada a controladora são distintos.

Nos parece, portanto, que a tentativa da RFB de interpretar a lei acaba de fato conferindo tratamento não isonômico entre as coligadas tributadas por competência e as sociedades controladas ou equiparadas às controladoras. Trata-se, aqui, nos dizeres de Roque Antonio Carrazza[7], de selecionar pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras ocupantes de idênticas posições jurídicas, o que qualifica conduta inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia, contido no art. 150, II, da Constituição Federal.

Nossa interpretação é que, na ausência da lei regulamentado o crédito, caberia ao intérprete – neste caso a RFB – utilizar-se de analogia como método de integração da lei, conforme autorizado no art. 108, I, do CTN. Ora, se em situação idêntica de tributação é admitido o crédito sobre o imposto corporativo e o retido na fonte sobre dividendos como métodos para eliminar a dupla tributação da renda, para se reestabelecer a isonomia, o mesmo deveria ser admitido para as coligadas tributadas por competência, sujeitas à tributação pela mesma materialidade.

Como sugere Luís Eduardo Schoueri[8], em busca da igualdade, o intérprete pode buscar uma solução não contemplada pelo legislador, dentro de um raciocínio de coerência, aplicando-se tratamento análogo para situações semelhantes.

A interpretação invocada pela RFB, do contrário, ofende à lógica. O direito, qual ensinou Carlos Maximiliano[9], apoiado na lição de Berriat Saint-Prix, deve ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal preveja um absurdo. Nesse sentido, não há, na legislação que regula a tributação de lucros em bases universais qualquer autorização para que a RFB conceda o crédito apenas sobre o valor do imposto corporativo. A legislação admite sempre o crédito de ambos (no caso das controladas e equiparadas) ou do imposto retido na fonte (no caso de coligadas).

Nem se cogite, aqui, que a RFB está concedendo o crédito apenas em relação ao imposto corporativo com fundamento legal no art. 26 da Lei n. 9.249/1995, que é mencionado como um dos dispositivos regulados no preâmbulo da IN n. 1.520/2014. O art. 26 da Lei n. 9.249/1995 consistia em dispositivo genérico, que autorizava o crédito do imposto pago no exterior sobre lucros, rendimentos ou ganhos de capital incluídos nas bases de cálculo brasileiras, anteriormente à vigência da Lei n. 12.973/2014.

A despeito de a referida regra não fazer menção ao crédito de dividendos, e permanecer formalmente em vigência, fato é que a parte do dispositivo que se refere ao crédito do imposto de lucros de subsidiárias foi revogada tacitamente

---

7 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 72.

8 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 792.

9 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 152.

pelos arts. 87 e 88 da Lei n. 12.973/2014, na medida em que estes últimos são posteriores, e muito mais específicos, que o art. 26 da Lei n. 9.249/1995.

Sendo assim, nos parece que a restrição ao crédito de coligadas por regime de competência imposta pelo art. 26 da IN n. 1.520/2014 ultrapassa a competência meramente administrativa das instruções normativas, ofendendo também ao princípio da legalidade previsto no art. 150, I, da Constituição Federal. Em razão do exposto, concluímos que a restrição imposta pelo art. 26 consiste em tratamento diferenciado não justificado entre coligadas e controladas.

2.3. Assimetria na consolidação de resultados

Da mesma forma que ocorre na situação descrita na seção anterior, a lei foi silente quanto à possibilidade de inclusão das parcelas de coligadas tributadas pelo regime de competência na consolidação de resultados prevista no art. 78 da Lei n. 12.973/2014.

A este respeito, nossas conclusões são as mesmas da seção anterior, ou seja, no silêncio da lei, a existência de regra que autoriza a consolidação em situação cujo aspecto material é idêntico – i.e. na equiparação à controladora do art. 83 da Lei n. 12.973/2014 – deveria levar o intérprete, no exercício de integração da lei, a concluir que a consolidação também deveria ser possível às coligadas tributadas pelo regime de competência. Do contrário, estaria dando tratamento assimétrico a situações idênticas.

Nem se cogite, aqui, que a consolidação prevista no art. 78 da Lei n. 12.973/2014 é um benefício fiscal concedido aos contribuintes por prazo determinado. A este respeito, Alberto Xavier[10] esclarece que a consolidação fiscal não consiste em benefício, mas consequência lógica e natural de conceitos de Direito Privado e garantia de não tributação do patrimônio da pessoa jurídica brasileira.

Ramon Tomazela Santos[11] aponta ainda que a regra de consolidação não pode ser interpretada como uma regra isentiva, na forma do art. 111 do CTN, sem extensões ou ampliações, mas sim de medida para correta apuração de acréscimo patrimonial.

Sendo assim, nos parece que o silêncio quanto à possibilidade de consolidação de resultados de coligadas tributadas pelo regime de competência consistiria em tratamento diferenciado não justificado entre coligadas e controladas. Para as coligadas tributadas pelo regime de caixa, em razão da forma diferenciada de tributação dos lucros, entendemos que as regras de consolidação não deveriam ser aplicáveis.

---

[10] XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 18.

[11] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 131.

2.4. Assimetria na dedução dos ajustes de preços de transferência e subcapitalização

Uma das grandes inovações da Lei n. 12.973/2014 foi a possibilidade, prevista no art. 86, de dedução das adições, espontaneamente efetuadas, decorrentes da aplicação das regras de preços de transferência e das regras de subcapitalização, desde que: (i) os lucros auferidos no exterior tenham sido considerados na respectiva base de cálculo do IRPJ e da CSL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada; e (ii) que os tributos sobre os ajustes tenham sido devidamente recolhidos.

Nota-se aqui uma convergência das regras brasileiras de tributação de lucros no exterior ao quanto disposto no art. 9, (2) da Convenção-Modelo da OCDE, que recomenda a dedução dos ajustes realizados por aplicação do princípio do *arm's length* de eventuais lucros tributados no país de residência. Conforme ressalta Georg Kofler[12], trata-se de regra que busca, principalmente, evitar a dupla tributação econômica da renda.

Em momento anterior à promulgação da Lei n. 12.973/2014, Luís Eduardo Schoueri[13], em completo estudo sobre o tema, já alertava para a possibilidade de situação de bitributação econômica da renda decorrente do conflito entre as regras de tributação de lucros no exterior e a tributação por preços de transferência. Em apertada síntese, conclui o autor que em um modelo ideal, regras CFC apenas se aplicariam a lucros auferidos no exterior, não abrangendo as grandezas já oferecidas à tributação por conta da legislação de preços de transferência.

A lógica da regra é que o lucro tributável segundo as regras de preços de transferência e/ou subcapitalização em operações com as sociedades controladas já foi tributado no Brasil e, portanto, não há desvio de lucros para entidades no exterior. O dispositivo da Lei n. 12.973/2014, portanto, corrigiu situação de dupla tributação econômica da renda, anteriormente não regulada.

No entanto, é interessante notar que o art. 86 menciona no escopo da norma apenas as controladas diretas e indiretas, não concedendo o mesmo tratamento para as coligadas (em ambos os regimes de tributação) e sociedades brasileiras equiparadas às controladoras.

A situação em si cria, a nosso ver, cenário de assimetria entre as normas de coligadas e controladas, tendo em vista que causa tratamento não isonômico em situações análogas, tal qual descrito nas situações das seções anteriores.

Esta assimetria foi parcialmente corrigida pela própria RFB. O art. 24 da IN 1.520/2014 assumiu que há, de fato, assimetria para as coligadas tributadas por

---

[12] KOFLER, Georg. Article 9. Associated enterprises. In: REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (coord.). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions – Fourth Edition v. 1.* Holanda: Wolters Kluwer, 2015, p. 673.

[13] SCHOUERI, L. E. Aplicação concomitante da legislação de preços de transferência e da tributação do lucro em bases mundiais. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 3, p. 239-254.

competência e coligadas equiparadas à controladora, permitindo, por meio de regulamentação administrativa, a dedução dos ajustes de preços de transferência e subcapitalização dos resultados obtidos no exterior que forem tributados no Brasil.

Ainda que resolvida a questão do ponto de vista prático, não deixa de ser interessante notar a insegurança jurídica causada pela situação, tendo em vista que a mera revogação da IN poderia eliminar o tratamento isonômico, o que possivelmente poderia gerar litígios para os contribuintes atingidos.

A situação de assimetria ainda persiste para as entidades coligadas tributadas pelo regime de caixa, já que não há autorização para a exclusão dos referidos ajustes. Neste particular, não existe justificativa do ponto de vista material que motivaria o tratamento diferenciado para as coligadas tributadas pelo regime de caixa.

Ramon Tomazela Santos confirma[14] que a assimetria para as coligadas tributadas por caixa é questionável, tendo em vista que o único fator que diferencia o seu regime de tributação é o aspecto temporal, irrelevante para a constatação de dupla tributação econômica da renda. Menciona ainda que a restrição poderia estar relacionada à possibilidade de manipulação, especificamente mediante a realização de distribuição de dividendos no exato montante do ajuste de preços de transferência e/ou subcapitalização.

Esse efeito adverso, corretamente apontado pelo autor, pode ser eliminado mediante a utilização de instrumentos consagrados no direito comparado para a aplicação do art. 9 (2) da OECD-MC. Segundo apontado por Kofler[15], a experiência internacional confere liberdade aos Estados-membros para definir o método para implementação dos ajustes para eliminação da dupla tributação econômica da renda segundo o art. 9 (2) da OECD-MC, que podem incluir o recálculo dos lucros do exterior considerando os preços revisados. O *Transfer Pricing Guidelines*[16] da OCDE também admite que a dedução seja feita apenas no ano da transação sujeita ao ajuste, mas o tema é deixado à legislação doméstica ou a tratados internacionais para definição.

Diante de todo o exposto, entendemos objetivamente que, em relação à dedução dos ajustes de preços de transferência e subcapitalização, há assimetria entre o regime de tributação de coligadas por competência e equiparadas à controladora, todavia esta assimetria foi resolvida pela própria RFB por meio do art.

---

[14] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 190.

[15] KOFLER, Georg. Article 9. Associated enterprises. In: REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (coord.). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions – Fourth Edition v. 1*. Holanda: Wolters Kluwer, 2015, p. 679-680.

[16] OECD. OECD Report on "Transfer pricing, corresponding adjustments and the mutual agreement procedure". *Transfer pricing and multinational enterprises* – three taxation issues. OECD, 1984. Parágrafo 23.

24 da IN n. 1.520/2014. Para as coligadas tributadas pelo regime de caixa, entendemos que a vedação ao ajuste implica tratamento diferenciado não justificado pelos motivos de direito expostos acima.

2.5. Dedução dos resultados de participações indiretas em empresas residentes no Brasil

Na vigência da MP n. 2.158-35/2001, um dos temas que mais preocupava os especialistas em tributação internacional era a impossibilidade de se deduzir dos lucros auferidos no exterior a parcela correspondente aos resultados de empresas brasileiras detidas pelas investidas no exterior.

Na famigerada estrutura de "sanduíche", havia um risco considerável de os resultados da sociedade brasileira detida indiretamente por meio de uma subsidiária no exterior serem tributados duas vezes, sendo a primeira como imposto recolhido por ela própria, e a segunda como lucro capturado por equivalência por meio da subsidiária no exterior, quando em verdade parcela do lucro do exterior foi auferido no Brasil.

Os contribuintes nesta situação conviviam, ademais, com o risco de não terem direito ao crédito do imposto para evitar a dupla tributação da renda, tendo em vista que os tributos calculados sobre os citados lucros foram recolhidos no Brasil.

À época, a Superintendência Regional da Receita Federal ("SRRF") da 8ª Região[17] chegou a responder consulta proposta por contribuinte, alegando que não havia previsão legal para a exclusão dos lucros das empresas brasileiras detidas indiretamente, tampouco para a tomada de créditos, com base nos argumentos acima expostos.

Ramon Tomazela Santos[18] destaca em sua obra todos os efeitos nocivos que a ausência de regulamentação sobre o tema causava, elencando, entre outros, mas especialmente, a oneração da renda em montante superior à capacidade contributiva.

Buscando solucionar esta insegurança jurídica, o art. 85 da Lei n. 12.973/2014 passou a admitir a possibilidade de dedução da parcela do lucro da pessoa jurídica controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior correspondente às participações destas em pessoas jurídicas controladas ou coligadas brasileiras. No entanto, não há menção alguma a tratamento semelhante para as empresas coligadas. Para as controladoras por equiparação, a autorização foi conferida por meio do art. 22, § 1º, da IN n. 1.520/2014.

---

[17] BRASIL. Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta n. 40, de 2009. Disponível em: http://decisões.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=@DTPE+%3E=+20090101+%3C=+20091231&s9=NAO+DRJ/$.SIGL.&n=-DTPE&d=DECW&p=1&u=/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=13&f=G&l=20&s1=&s3=40&s4=&s5=&s8=&s7=. Acesso em: 25 jul. 2021.

[18] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 183.

Especificamente em relação às empresas coligadas tributadas por competência, entendemos que os mesmos comentários aplicáveis à seção anterior seriam aplicáveis. Vale dizer, se a materialidade da tributação de coligadas tributadas por competência é similar à das controladas e das controladoras por equiparação, as mesmas regras deveriam lhe ser aplicáveis, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Para as empresas coligadas tributadas pelo regime de caixa, entendemos que não há qualquer assimetria, por duas razões: (i) os lucros brasileiros seriam reconhecidos de maneira reflexa pelo método da equivalência patrimonial, que goza de neutralidade fiscal; e (ii) os lucros eventualmente distribuídos à sociedade coligada estrangeira passam a ser lucros dessa, inclusive passíveis de consolidação com seus próprios prejuízos.

2.6. Variações cambiais

Uma das questões endereçadas pela Lei n. 12.973/2014 foi adequar a legislação tributária ao que havia sido decidido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1.211.882/RJ.

No referido julgado, proferido em 2011, a 2ª Turma do STJ decidiu pela ilegalidade do art. 7º da IN n. 213/2002, o qual previa a tributação da contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira, para fins de apuração do IRPJ e da CSL.

O referido dispositivo acabava trazendo enorme inconsistência com a então legislação de regência, especialmente a Lei n. 9.532/1997 e Medida Provisória n. 2.158-35/2001, que previam a tributação de *lucros auferidos no exterior*.

Com o pretexto de interpretar os referidos diplomas legais, o art. 7º da IN n. 213/2002 acabou ampliando o escopo das normas citadas, fazendo com o que o contribuinte passasse a ter outros elementos diferentes do lucro alcançados pela regra de TBU, como, por exemplo, as variações cambiais sobre as contas de patrimônio líquido de suas subsidiárias localizadas no exterior.

Na decisão citada, a 2ª Turma do STJ acabou decidindo que a ampliação proposta pela IN n. 213/2002 violou o princípio da legalidade previsto no art. 97 do Código Tributário Nacional ("CTN"), pois a sistemática em vigor não permitiria a tributação pela variação do valor do investimento que exceder aquilo que, além de ser considerado lucro da empresa investidora, também seja considerado lucro da empresa investida situada no exterior.

Entre a IN n. 213/2002 e a decisão da 2ª Turma do STJ, Governo Federal e Congresso Nacional tentaram "sanar" a ausência de base legal para tributação da variação cambial de investimentos no exterior em duas oportunidades.

Na primeira delas, no projeto de conversão da MP n. 135/2002, o texto qualificando a variação cambial de investimentos no exterior como receita ou despe-

sa financeira, sujeita a tributação pelo IRPJ e CSL, chegou a fazer parte do texto da Lei n. 10.833/2003 aprovado pelo Senado Federal, contudo o dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República.

Em suas razões de veto, o Presidente da República invocou justificativas de equilíbrio fiscal, ao apontar que não obstante tratar-se de norma de interesse da administração tributária, a falta de disposição expressa para sua entrada em vigor certamente provocaria demandas judiciais, tendo em vista as expressivas oscilações cambiais entre 2003 e 2004.

Na segunda tentativa, o Governo Federal, ao propor a Medida Provisória n. 232/2004, inseriu no texto o art. 9º, que continha regra que tratava a variação cambial de investimentos no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial como receita ou despesa financeira, devendo compor o lucro tributável do período de apuração. O referido dispositivo acabou não sendo convertido em lei durante o processo legislativo que culminou na Lei n. 11.119/2005.

A insegurança jurídica quanto às variações cambiais de investimentos no exterior foi definitivamente resolvida com a Lei n. 12.973/2014, a qual estabelece em seu art. 77 que a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, *excetuando a variação cambial*, deverá ser computada na determinação do IRPJ e da CSL da controladora domiciliada no Brasil.

Todavia, não há na legislação fiscal de regência qualquer menção à exclusão de variações cambiais para as entidades coligadas, enquadradas ou desenquadradas, que também estão sujeitas ao método de equivalência patrimonial.

A nosso ver, a ausência de base legal em si não causaria uma assimetria do ponto de vista teórico, tendo em vista que tanto para os lucros auferidos por coligada quanto para os auferidos por controlada, a variação cambial seria elemento estranho ao conceito de lucro. Logo, seria possível argumentar que, mesmo sem base legal para exclusão, o conceito de variação de cambial no exterior não se amolda ao aspecto material da hipótese de incidência da tributação de lucros no exterior.

Cabe ressaltar, ademais, que o tema das variações cambiais passou a estar sujeito a novos contornos contábeis com a convergência das regras brasileiras de contabilidade ao IFRS. Nos termos do Pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) 2[19], combinado com o CPC 26[20], os usuários da contabilidade passaram a ser obrigados ao destaque das variações cambiais sobre as con-

---

[19] COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. Pronunciamento n. 02. Disponível em: http://static.cpc. aatb.com.br/Documentos/62_CPC_02_R2_rev%2013.pdf. Acesso em: 24 jul. 2021, p. 14-16.

[20] COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. Pronunciamento n. 26. Disponível em: http://static.cpc. aatb.com.br/Documentos/312_CPC_26_R1_rev%2014.pdf. Acesso em: 24 jul. 2021, p. 4-5.

tas de investimento em conta de patrimônio líquido, como "outros resultados abrangentes", ou, mais precisamente, como ajuste acumulado de conversão.

Logo, os resultados de variação cambial sobre investidas no exterior, hoje, sequer transitam em resultado. A nosso ver, a exclusão prevista no art. 77 se mostrou necessária para a interpretação do dispositivo em questão, na medida em que sua redação determina a tributação sobre a contrapartida do ajuste de equivalência patrimonial correspondente apenas ao lucro. A exclusão da variação cambial vem, nesse sentido, apenas para esclarecer quais componentes do ajuste de equivalência não são tributados.

Os arts. 19 e 19-A da IN n. 1.520/2014 deixaram o tema mais claro para as coligadas tributadas pelo regime de competência, apontando que é tributável a parcela do ajuste do valor do investimento na coligada domiciliada no exterior *equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados*. Apesar de não haver menção clara às variações cambiais, quer nos parecer que o trecho destacado é claro o suficiente para não admitir a tributação das variações cambiais.

Para as coligadas tributadas pelo regime de caixa não houve qualquer autorização expressa de exclusão das variações cambiais. No entanto, esta previsão seria desnecessária por dois motivos: (i) diferentemente das controladas, a regra de tributação das variações cambiais pelo regime de caixa prevê a tributação apenas do lucro distribuído, o que, por definição contábil, exclui a variação cambial do investimento; e (ii) as variações cambiais hoje sequer transitam em resultado por força dos CPCs 02 e 26.

Diante do cenário exposto, entendemos que não há assimetria entre o regime de tributação das variações cambiais entre coligadas e controladas.

3. Conclusão

Em conclusão, este estudo buscou demonstrar como, do ponto de vista prático, o regime de tributação das coligadas sediadas no exterior introduzido pela Lei n. 12.973/2014 ainda comporta diversas questões de conteúdo interpretativo, especialmente após a possibilidade de adoção do regime de tributação por competência, previsto na Lei n. 13.259/2016.

Estas divergências interpretativas, especialmente preocupantes para as sociedades coligadas tributadas pelo regime de competência, acabam gerando assimetrias injustificadas quando comparamos os regimes a situações análogas.

Apenas o ajuste dessas assimetrias por meio de reforma legislativa, em estrita observância dos princípios constitucionais, poderia tornar o regime das coligadas mais efetivo e proporcionar a segurança jurídica almejada por multinacionais brasileiras.

Referências

ANDRADE, André Martins de. Os (des)caminhos da tributação internacional da renda no Brasil após a ADI nº 2.588. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 53. Belo Horizonte, set./out. 2011.

ÁVILA, Humberto. O Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário.* São Paulo: Dialética, 2003.

BRASIL. *Lei n. 12.973/2014.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Instrução Normativa n. 1.520/2014.* Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59074&visao=anotado. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória n. 2.158-35/2001.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.532/1997.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 2.588/2001.* Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Exposição de Motivos à MP 627.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/mpv/mpv627.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.211.882/RJ.* Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805356/recurso-especial-resp-1211882-rj-2010-0159996-0/inteiro-teor-18805357. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Mensagem n. 795/2003* (Veto presidencial a dispositivo da Lei n. 10.833/03). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2003/Mv795-03.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória n. 232/2004.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Mpv/232.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

GALENDI JÚNIOR, Ricardo. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: IBDT.

KOFLER, Georg. Article 9. Associated enterprises. In: REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (coord.). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions – Fourth Edition v. 1.* Holanda: Wolters Kluwer, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OECD. OECD Report on "Transfer pricing, corresponding adjustments and the mutual agreement procedure". *Transfer pricing and multinational enterprises* – three taxation issues. OECD, 1984.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário.* São Paulo: Dialética, 2003.

PEDROSA JÚNIOR, Mário. A universalidade (ampliada) e as restrições à compensação de prejuízos nas regras brasileiras de tributação de lucros no exterior. In: SANTOS, Ramon Tomazela (coord.). *Estudos de direito tributário* – 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados. São Paulo: Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, 2018.

REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (coord.). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* – Fourth Edition v. 1. Holanda: Wolters Kluwer, 2015.

ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

ROCHA, Sergio André. Transparência fiscal internacional no direito tributário brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 99. São Paulo: Dialética, dez. 2003.

ROCHA, Sergio André. *A nova sistemática de tributação em bases universais estabelecida pela Lei 12.973/14*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHOUERI, L. E. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.

SCHOUERI, L. E. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexos sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, 2013.

SCHOUERI, L. E. Tributação internacional das empresas nacionais e desenvolvimento: novos rumos? *Tributação e desenvolvimento* – homenagem ao Prof. Aires Barreto. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SCHOUERI, L. E. Aplicação concomitante da legislação de preços de transferência e da tributação do lucro em bases mundiais. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 3.

SCHOUERI, L. E. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André *et al*. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.

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

XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014.

O regime jurídico brasileiro de tributação em bases universais em face dos tratados para evitar a dupla tributação da renda

Tributação em Bases Universais Prevista na Lei n. 12.973/2014 e os Tratados Internacionais contra a Dupla Tributação Firmados pelo Brasil

Worldwide Income Taxation under Law 12,973/2014 and Brazilian Double Tax Treaties

Gustavo Querotti e Silva
Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).
Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).
Advogado em Porto Alegre. *E-mail*: gustavoquerotti@gmail.com.

Henrique Mellão Cecchi de Oliveira
LL.M. em Direito Tributário Internacional pela *Queen Mary University of London*.
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).
Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP).
Advogado em São Paulo. *E-mail*: henriquemco@gmail.com.

Resumo
O presente artigo pretende analisar a controvérsia a respeito da interação entre o regime de Tributação em Bases Universais adotado no Brasil e os tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação internacional da renda. Em síntese, pretende-se verificar se o art. 7º dos tratados firmados pelo Brasil afasta a aplicação das regras de TBU. Para tanto, será analisado o desenvolvimento do tema sob a perspectiva internacional, com especial ênfase na evolução da posição consolidada pela OCDE e pela jurisprudência internacional, em cotejo com a jurisprudência e a doutrina no Brasil.
Palavras-chave: tributação em bases universais, Lei n. 12.973/2014, tratados contra a dupla tributação, regras CFC.

Abstract
This article aims to analyze the controversy regarding the interaction between the worldwide income taxation regime adopted in Brazil with the double tax treaties signed by Brazil. In summary, it is intended to verify whether Article 7 of the treaties signed by Brazil preclude the application of the worldwide income taxation regime. For this purpose, it will be analyzed the development of the controversy from an international perspective, with an emphasis on the evolution of the OECD position and the international case law, in comparison with Brazilian case law and tax scholars' position.
Keywords: worldwide income taxation, Law 12,973/2014, double tax treaties, CFC rules.

I. Introdução

A Lei n. 12.973/2014 instituiu novo regime para tributação de lucros no exterior auferidos por controladas ou coligadas, o qual convencionou-se designar regime de Tributação em Bases Universais ("TBU"). Em breve síntese, referido regime prevê que os lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior, nas condições e situações previstas em lei, devem ser reconhecidos e oferecidos à tributação pela controladora no Brasil, independentemente da sua efetiva disponibilização, implicando a tributação automática dos lucros no exterior. Referido regime se assemelha em alguns pontos àquele instituído pela Medida Provisória ("MP") n. 2.158-35/2001, embora tenham sido promovidas alterações relevantes.

Desde o advento da MP n. 2.158-35/2001, discute-se se a sistemática da tributação automática de lucros no exterior auferidos por controladas ou coligadas é aplicável nos casos em que o Brasil tenha firmado tratado internacional para evitar a dupla tributação ("TDT") com o país no qual está localizada a controlada ou a coligada. Isso porque, o art. 7º dos TDT firmados pelo Brasil prevê a competência exclusiva do país de residência da controlada ou coligada para tributar os seus lucros (XAVIER, 2015, p. 475), tendo os TDT, em razão de sua especificidade, prevalência sobre a nossa legislação doméstica, tal como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ("STJ") no caso Vale (REsp n. 1.325.709).

De um lado, é possível argumentar que os TDT, ao atribuírem competência exclusiva ao país de residência da controlada ou coligada para tributar os seus lucros, impedem a aplicação de regras CFC (ou no caso brasileiro, das regras de TBU). Assim, caso a controlada ou coligada esteja localizada em país com o qual o Brasil tenha firmado TDT, deveria prevalecer a disposição do art. 7º, não sendo possível a tributação automática dos lucros. Essa tem sido a posição defendida pela doutrina majoritária e, atualmente, encampada pelo STJ, conforme será adiante exposto.

De outro lado, há quem argumente que o regime de TBU não pretende tributar os lucros auferidos pelas controladas ou coligadas, mas sim o lucro da sociedade brasileira, o que afastaria a aplicação do art. 7º. Essa tem sido a posição da Receita Federal do Brasil[1] ("RFB") e, até recentemente, predominante na jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("Carf").

Essa discussão é também identificada em âmbito internacional em relação às chamadas regras CFC (*controlled foreign company*). Assim como o Brasil, muitos países adotam regras de tributação automática de lucros auferidos por intermédio de controladas no exterior. Naturalmente, as regras CFC adotadas por cada país possuem suas particularidades.

O presente artigo pretende investigar a controvérsia a respeito da interação entre o regime de TBU brasileiro e os TDT firmados pelo Brasil. Para tanto, se-

[1] Vide Solução de Consulta Interna Cosit n. 18/2013.

rão analisadas as principais características das regras CFC internacionalmente adotadas e a evolução da discussão em âmbito internacional, com especial ênfase no posicionamento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE") e em precedentes jurisprudenciais emblemáticos de outros países. Além disso, será feito um cotejo entre normas CFC adotadas internacionalmente com o regime de TBU brasileiro e com a jurisprudência judicial e administrativa doméstica. Finalmente, será identificada a solução que nos parece mais adequada para o deslinde da controvérsia sob a perspectiva brasileira. O tema tem especial importância face à intenção do Brasil de ingresso na OCDE e um potencial alinhamento ao entendimento adotado por outros países.

II. Principais características das regras CFC adotadas internacionalmente

Muito embora não seja escopo do presente artigo investigar a história, evolução e como são estruturadas as regras CFC em outros países, para efeitos metodológicos é necessário fixar algumas premissas e trazer apontamentos a respeito da prática internacional, a qual influenciou a evolução da controvérsia sobre a interação entre as regras CFC e os TDT.

Em síntese, a origem das regras CFC remonta aos Estados Unidos da América, que introduziram em 1937 regra antidiferimento para pessoas físicas. O chamado sistema "foreign personal holding company" atribuía os lucros auferidos por intermédio de sociedades no exterior aos seus acionistas residentes nos EUA, tal como dividendos fictos. O racional daquela prática era instituir equidade de tratamento entre os indivíduos que investissem diretamente nos EUA e aqueles que investissem por intermédio de sociedade no exterior (KREVER, 2020). No tocante às pessoas jurídicas, como bem reportado por João Francisco Bianco (BIANCO, 2007, p. 28), até o final da década de 1950, os lucros auferidos por empresas no exterior, com sócios residentes nos EUA, somente eram tributados quando da sua efetiva distribuição. No início da década de 1960, tal sistemática passou a ser questionada pelas autoridades fiscais americanas, quando foi proposto ao Congresso americano legislação determinando a integral e imediata tributação dos lucros auferidos no exterior por sociedades controladas por sócios residentes nos EUA. O objetivo de tal proposta era combater o uso de mecanismos que pudessem diferir ou evitar o pagamento de impostos. Após intensos debates, foi instituído regime que fazia distinção entre diferimento legítimo e diferimento ilegítimo. Passou a ser prevista a tributação imediata dos lucros auferidos no exterior, independentemente da sua disponibilização, nos casos de controladas sediadas em países de tributação favorecida, engajadas em operações com partes relacionadas e que auferissem rendas passivas, o que passou a ser tratado como diferimento ilícito. De outro lado, quando não presentes tais condições, o diferimento era tido por lícito, de forma que os lucros somente seriam tributados quando efetivamente disponibilizados. Os EUA foram o primeiro país a instituir regras

CFC, localmente conhecidas como "Subpart F regime", as quais sofreram algumas modificações, mas seguem semelhantes a sua concepção original.

Seguindo tal tendência, países como Alemanha (em 1960), França (em 1980), Reino Unido (em 1984), Nova Zelândia (em 1988) e Austrália (na década de 1990) também passaram a instituir regras CFC (BIANCO, 2007).

Sob uma perspectiva de política fiscal, em geral, o objetivo fundamental das regras CFC é prevenir que contribuintes desloquem ou desviem renda para sociedades controladas em países de baixa tributação (ou nenhuma tributação) e, ao mesmo tempo, não impedir o exercício de atividades comerciais legítimas no exterior por intermédio de sociedades controladas (ARNOLD, 2019). De acordo com relatório "Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue", divulgado pela OCDE em 1998, as regras CFC foram desenvolvidas por uma variedade de razões de política fiscal dos estados-membros. Em alguns casos, as regras são direcionadas a transações estruturadas com o objetivo de evasão fiscal e, em outros, pretende-se instituir uma limitação mais abrangente para evitar o diferimento de tributação em relação à renda direcionada para sociedades controladas no exterior. Em resumo, conforme bem pontuado por Avi-Yonah e Sartori, inúmeras razões induziram os países-membros da OCDE a adotar regras CFC, dentre elas a necessidade de combater a utilização de paraísos fiscais, a necessidade de preservar determinados centros financeiros, a necessidade de a União Europeia e a OCDE darem uma resposta ao projeto "Harmful Tax Competition", dentre outras, mas a necessidade de prevenir regimes de diferimento permanece sendo a mais importante (AVI-YONAH; SARTORI, 2011).

A partir de uma investigação da doutrina internacional, é possível verificar que os objetivos de política fiscal que levam à instituição de regras CFC podem oscilar em função de como determinado país garanta mecanismos para evitar a dupla tributação em relação a dividendos provenientes de sociedades no exterior, o que geralmente varia entre a isenção a dividendos ou a concessão de créditos dos tributos pagos no exterior (ARNOLD, 2012). Por exemplo, se determinado país isenta dividendos provenientes de controladas no exterior, poderia haver um incentivo para os contribuintes deslocarem renda para países de baixa tributação. Nesse caso, as regras CFC visariam prevenir abusos baseados na isenção de dividendos. Nos casos em que os países garantem o aproveitamento de créditos relativos aos impostos pagos no exterior, as regras CFC visariam combater o abuso do diferimento da tributação das rendas direcionadas a sociedades no exterior. Veja-se que, seja qual for o objetivo de política fiscal que leva à instituição das regras CFC, tais justificativas devem garantir que, enquanto se pretenda proteger a base de tributação doméstica, sejam também respeitados os direitos dos contribuintes de desenvolverem no exterior atividades comerciais legítimas. Assim, busca-se um equilíbrio entre as noções de "capital export neutrality" e "capital import neutrality". Por conta de tais elementos, geralmente as regras CFC são aplicadas para os casos de controladas localizadas em jurisdições de baixa tributação e apenas em

relação ao auferimento de renda passiva, evitando que atividades comerciais efetivas tenham sua competitividade afetada (ARNOLD, 2019).

Como dito, uma análise aprofundada de como as regras CFC operam está fora do escopo da presente análise. De qualquer forma, uma visão geral do padrão adotado em outros países é importante para compreensão do efetivo objeto de análise do artigo. Com efeito, as regras CFC são operadas de maneira semelhante nos diversos países, muito embora os detalhes de cada regra sofram variações (LANG, 2004). Usualmente, quando as regras CFC são aplicadas, o lucro auferido pela sociedade controlada no exterior é incluído na apuração dos resultados do sócio residente e tributado no país de sua residência. Conforme explica João Francisco Bianco, os lucros auferidos por intermédios de controladas no exterior passam a ser tributados diretamente nas pessoas de seus sócios, como se estes tivessem auferido o lucro diretamente, razão pela qual convencionou-se dizer que a controlada no exterior era tratada como transparente (BIANCO, 2007, p. 21).

Segundo Blazej Kuzniacki (KUZNIACKI, 2016), as regras CFC podem ser estruturadas de duas formas, seja tratando a CFC como uma entidade transparente ("look through approach"), seja considerando uma distribuição ficta à controladora dos lucros gerados pela CFC ("deemed profits approach"). Por qualquer caminho que se siga, os acionistas serão taxados na proporção de sua participação no capital da CFC, podendo a tributação alcançar a totalidade das receitas auferidas pela CFC ("entity approach") ou apenas determinadas receitas ("transactional approach"). Outra diferenciação encontrada nas legislações diz respeito ao alcance das regras de acordo com a localização da CFC, havendo situações em que as regras se aplicam apenas a CFC estabelecidas em jurisdições consideradas de baixa tributação ("jurisdictional approach") e casos em que as regras se aplicam independentemente do local em que estabelecida a CFC ("global approach")[2].

Muito embora a estruturação de uma regra CFC possa variar de país a país, geralmente há três elementos em comum: (1) definição de CFC, ou seja, definição das sociedades no exterior em relação a qual a regra CFC deve ser aplicada; (2) nível de tributação a que a controlada no exterior está submetida como requisito para aplicação da regra CFC; (3) natureza da renda auferida pela controlada no exterior que será objeto de tributação no país da controladora (ARNOLD, 2019). Sobre a definição de CFC (1), alguns países optam por aplicar suas regras apenas a sociedades controladas (por exemplo, os Estados Unidos aplicam suas regras apenas a controladas cujo acionista americano tem mais de 50%) (AVI-YONAH; SARTORI, 2011). Outros países, como Brasil, Japão e África do Sul adotam defi-

[2] Para uma visão geral da evolução das regras CFC e de como os países estruturam suas regras, ver ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*, 2019.

nição mais ampla de CFC e aplicam suas regras também a coligadas em relação as quais seus acionistas possuem participação societária em percentuais inferiores (tal como o Brasil, que aplica o percentual de 20% para coligadas sujeitas ao regime de TBU). Em relação ao nível de tributação no exterior (2), alguns países optam por tributar controladas sediadas em países que apresentam baixo nível de tributação da renda ou que não tributam a renda, enquanto outros países optam por tributar a renda independentemente do nível de tributação a que as controladas estão submetidas (tal como Brasil, Canadá e Dinamarca). Em relação à natureza da renda auferida (3), alguns países optam por tributar apenas renda passiva (como os Estados Unidos), enquanto outros optam por tributar todo tipo de renda auferida (como Brasil e Suécia).

Conforme pode ser observado acima, ao estruturarem suas regras CFC, os países são livres para definir os critérios de forma mais ou menos ampla para tributação de lucros no exterior. Para cada um dos três critérios acima demonstrado, há exemplos de países que optaram por uma definição mais abrangente, seja em relação a localidade da CFC, nível de tributação no país de residência da CFC ou tipo de renda auferida. Curioso notar, no entanto, que o Brasil é sempre citado pela doutrina internacional (conforme o já citado artigo de Brian J. Arnold) como exemplo da eleição do critério mais abrangente para todos os três critérios acima citados. Veja-se que o regime brasileiro tributa os lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e coligadas, independentemente da sua localização (se em paraíso fiscal ou país que tribute a renda em patamar baixo ou ínfimo ou se em país que tribute a renda em patamares comparáveis com o Brasil) e independentemente do tipo de renda (renda passiva ou renda decorrente de atividades empresariais efetivas). Por essa razão, alguns autores defendem que o regime brasileiro sequer poderia ser qualificado como regra CFC (CALICH; ROLIM, 2017). Conforme será abordado nos capítulos subsequentes, a qualificação ou não do regime brasileiro de TBU como regra CFC tem importantes consequências, mas não deve ser tratado como fator fundamental para dirimir a controvérsia a respeito da (in)compatibilidade das regras de TBU com os TDT firmados pelo Brasil.

III. Evolução dos comentários da Convenção Modelo da OCDE sobre a compatibilidade entre regras CFC e os TDT

O ponto de partida da análise proposta no presente capítulo deve ser o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE ("CM-OCDE"), sendo esse o principal dispositivo convencional evocado para afastar a aplicação das regras CFC. Para fins metodológicos partiremos da redação atual do art. 7º constante da última versão da CM-OCDE, publicada em 2017 (OCDE, 2017).

Referido artigo dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante somente serão tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua

atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente. Assim, enquanto o art. 7º determina que os lucros da empresa serão tributados somente em seu país de residência, as regras CFC geralmente determinam que os lucros auferidos por intermédio de controlada no exterior sejam adicionados aos lucros da sua controladora para fins de tributação independentemente da sua efetiva disponibilização.

Diante dessa aparente antinomia, discute-se se a regra do art. 7º teria o condão de afastar a aplicação das regras CFC, nos casos em que há TDT firmado entre os países envolvidos. Levando em consideração que um dos objetivos primordiais dos TDT é alocar os poderes de tributar entre os países signatários, pode ser argumentado que o art. 7º atribui competência exclusiva ao país de residência da empresa controlada para tributar os seus lucros, de forma que o país de residência da empresa controladora estaria impedido de tributar os lucros auferidos por intermédio de subsidiárias no exterior. Essa tem sido a posição majoritária defendida pela doutrina doméstica, tal como será adiante exposto.

Face à possível antinomia entre as regras CFC e os TDT, alguns países optaram por incluir em seus TDT cláusulas específicas expressamente admitindo a aplicação das regras CFC. Essa é a situação, por exemplo, do Canadá, que após adotar as regras CFC em 1972, incluiu uma previsão específica em todos os seus tratados expressamente admitindo a aplicação das referidas regras (ARNOLD, 2019). Nos Estados Unidos, primeiro país a adotar as regras CFC, essa nunca foi uma preocupação, uma vez que todos os seus tratados possuem a chamada "saving clause", provisão que expressamente autoriza os Estados Unidos a tributarem os seus residentes tais como se os TDT não existissem. Para muitos outros países que adotaram as regras CFC, como França, Alemanha, Japão e Reino Unido, a questão da compatibilidade foi uma séria preocupação, uma vez que os TDT firmados por tais países não continham qualquer provisão específica admitindo a aplicação das regras CFC.

Muito embora essa tenha sido uma questão bastante discutida pela literatura especializada, pelas autoridades fiscais e cortes nacionais, ainda não há um consenso capaz de se traduzir em um tratamento uniforme. Além disso, diante da ausência de uma corte internacional para uniformização de entendimento acerca de disputas envolvendo alocação de poderes de tributar, a jurisprudência doméstica de cada país exerce papel fundamental na solução dessa controvérsia (KUZNIACKI, 2015), tal como será brevemente analisado mais adiante.

Em paralelo às discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, a posição oficial da OCDE quanto à compatibilidade das regras CFC e os TDT teve crescente evolução.

A primeira oportunidade em que a CM-OCDE abordou o tema da compatibilidade das regras CFC com os TDT foi na versão de 1992 (OCDE, 1992). Até a versão de 2003, os comentários à CM-OCDE não eram claros no tocante à interação entre as regras CFC e os TDT, limitando-se a abordar tal tema nos comentá-

rios ao art. 1º em conjunto com as regras de substância sobre a forma, afirmando apenas que tais regras não seriam endereçadas nos TDT e também não seriam afetadas pelos tratados (OCDE, 1992, p. 50). Essa conclusão estava baseada no relatório de 1986 da OCDE "Double Taxation Conventions and the use of Base Companies", replicado nos comentários da CM-OCDE de 1992, que expressamente afirmou que as regras CFC não eram inconsistentes com os TDT (OECD, 1986, p. 21). De acordo com o referido relatório, seria contrário aos princípios gerais que orientam a CM-OCDE e ao espírito dos TDT se as ditas "counteracting measures" fossem estendidas a atividades como a produção, a prestação de serviços regular ou a negociação entre empresas dedicadas a atividades industriais e comerciais reais, realmente conectadas ao ambiente econômico de determinado país, caso em que nenhuma situação de evasão fiscal pudesse ser suspeitada, ressaltando ainda que as tais "counteracting measures" não deveriam ser aplicadas a países (*i.e.*, país de residência de controladas) em que a tributação fosse comparável com o país de residência do contribuinte envolvido (*i.e.*, país de residência da controladora) (OCDE, 1987, p. 21).

Em síntese, até 2003, os comentários à CM-OCDE afirmavam que as regras CFC eram compatíveis com os TDT, ressalvando a impossibilidade de sua aplicação a atividades empresariais efetivas ou nos casos em que o país de residência tivesse tributação comparável com o país de residência da controladora. Veja que, muito embora não houvesse uma análise aprofundada, era clara a intenção de não admitir a aplicação das regras CFC em relação a atividades empresariais efetivas ou desenvolvidas em países de tributação semelhante. A *contrario sensu*, admitia-se a aplicação das regras CFC para os casos de ausência de atividade empresarial efetiva ou desenvolvidas em países com baixa tributação, evidenciando o escopo da aplicação da regra apenas para situações de abuso.

Entre 1992 e 2003, o debate sobre a interação entre as regras CFC e os TDT foi intensificado, com destaque para importantes decisões de cortes estrangeiras sobre o tema, dentre elas, os casos Bricom (Reino Unido), Schneider (França) e RE A. Oyi Abp (Finlândia), tal como será analisado adiante.

Em 2003, foi então publicada uma nova versão dos comentários à CM-OCDE, em que foi aprofundada a questão da compatibilidade das regras CFC com os TDT. Nessa nova versão, as regras CFC foram mencionadas como um meio internacionalmente reconhecido para proteger a base tributária doméstica. De acordo com o comentário 23 ao art. 1º, as regras CFC resultariam em um Estado Contratante tributar seus próprios residentes sobre renda atribuível à participação em entidades estrangeiras. No comentário 10.1 ao art. 7º, é afirmado que os tributos cobrados por um Estado Contratante em relação a seus próprios residentes não reduzem os lucros da sociedade residente no outro Estado Contratante e não podem ser entendidos como se tivessem sido cobrados sobre tais lucros. Ainda no comentário 23 ao art. 1º, é afirmado que, embora os países possam entender adequado mencionar expressamente em seus TDT que as regras CFC não

conflitam com os TDT (ou seja, mediante a inclusão das chamadas "saving clause"), tal esclarecimento não seria necessário. Por fim, é esclarecido, como regra geral, que as normas CFC não devem ser aplicadas quando a renda auferida no exterior por intermédio da entidade controlada estiver sujeita a tributação comparável com a que estaria sujeita no país de residência da sociedade controladora. No entanto, na versão de 2003, foi retirada a ressalva constante da versão de 1992 de que as regras CFC não deveriam ser aplicadas nos casos de atividades empresariais efetivas.

Importante pontuar que a atualização dos comentários aos arts. 1º e 7º da CM-OCDE em 2003 promoveu alterações sensíveis, em especial: (1) foi introduzida a noção de que as regras CFC tributariam os lucros da empresa controladora e não da controlada, o que supostamente possibilitaria sustentar que o art. 7º não teria o condão de afastar a aplicação das regras CFC; (2) foi expressamente reconhecido que as regras CFC seriam internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo para proteger a base tributária doméstica; e (3) foi retirada a ressalva quanto à impossibilidade de aplicação das regras CFC a atividades empresariais efetivas, tendo sido mantida apenas a ressalva quanto à impossibilidade de aplicação das regras CFC nos casos em que a renda auferida no exterior por intermédio da entidade controlada estivesse sujeita a tributação comparável com a que estaria sujeita no país de residência da sociedade controladora.

Apesar da clara intenção da OCDE de uniformizar o tratamento conferido às regras CFC e, mais ainda, de eliminar a discussão sobre a compatibilidade de tais regras com os TDT, alguns países (Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, Holanda e Suíça) registraram observações aos mencionados comentários à CM-OCDE, manifestando expressamente sua discordância.

A Bélgica adotou a posição mais drástica, afirmando que as regras CFC eram contrárias aos TDT, especialmente por entender que a sua aplicação desconsideraria a personalidade jurídica de controladas no exterior.

A Irlanda manifestou posição no sentido de não ser possível ter uma conclusão genérica de que não haveria conflito entre regras CFC e TDT, visto que tal análise dependeria de situações concretas dos países envolvidos, da modelagem das regras domésticas CFC e das normas legais e constitucionais locais sobre a interação entre a legislação doméstica e as normas internacionais. Além disso, a Irlanda manifestou sua expressa discordância quanto à exclusão da ressalva constante da versão de 1992 de que as regras CFC não deveriam ser aplicadas nos casos de atividades empresariais efetivas.

Luxemburgo também manifestou sua discordância quanto à posição de que geralmente não haveria conflito entre a legislação doméstica antiabuso e os TDT, afirmando que um país somente poderia aplicar sua legislação antiabuso após recorrer a procedimento amigável mútuo.

A Holanda afirmou que a compatibilidade de regras doméstica antiabuso com os TDT dependeria da redação das referidas normas, da redação e do pro-

pósito das provisões contidas nos TDT e da relação entre as regras domésticas e as normas internacionais.

Por fim, a Suíça também afirmou que as regras CFC, a depender da sua modelagem, poderiam ser contrárias ao espírito do art. 7º.

Assim, é possível verificar que, de um lado, a OCDE buscou consolidar a sua visão de que não haveria conflito entre as regras CFC e os TDT, majoritariamente pelo seu propósito internacionalmente aceito de que as regras CFC seriam um instrumento legítimo para proteger a base tributária doméstica, além de entender que as regras CFC não tributariam os lucros das controladas, mas sim os lucros da própria controladora, afastando a suposta aplicação do art. 7º. De outro lado, alguns países registraram expressamente sua discordância com tal linha de raciocínio, resumidamente com base nos argumentos de que tal orientação desconsideraria a personalidade jurídica autônoma das controladas no exterior, além da necessidade de observar as peculiaridades de como são estruturadas as regras CFC de determinado país e de como seria a interação entre a legislação doméstica e as normas internacionais naquele país.

A esse respeito, nos parecem pertinentes as posições adotadas por Irlanda, Holanda e Suíça quanto à necessidade de se observar as características das regras CFC. Por exemplo, se analisarmos a situação do Brasil, ainda que possamos admitir a qualificação do regime de TBU brasileiro como autêntica regra CFC (o que é questionável, conforme será abordado adiante), é forçoso admitir que a regra brasileira tributa indistintamente os lucros auferidos por toda e qualquer controlada no exterior, independentemente da localização da controlada (seja em paraíso fiscal, em país com baixa tributação, ou mesmo em país que tributa regularmente a renda em níveis compatíveis com aqueles adotados no Brasil) e independentemente das atividades desenvolvidas pela controlada no exterior (sejam atividades empresariais efetivas, mero auferimento de renda passiva ou mesmo estrutura sem qualquer substância econômica). Diante do escopo amplo e irrestrito da legislação brasileira que tributa toda e qualquer renda auferida por intermédio de sociedade controlada no exterior, podemos admitir – baseado nas observações feitas por países como Irlanda, Holanda e Suíça – que a aplicação das regras brasileiras seria afastada pela aplicação do art. 7º dos TDT em casos envolvendo referidos países e que houvesse atividades empresarias sendo efetivamente exercidas em referidas jurisdições.

Finalmente, com a versão de 2017 da CM-OCDE, chegamos à redação atual dos comentários sobre a compatibilidade entre as regras CFC e os TDT. Em resumo, além da segregação do tema em tópico específico nos comentários ao art. 1º da CM-OCDE, foi incluído § 3º ao art. 1º, contendo a redação sugerida para a chamada "saving clause" para aqueles países que optarem pela sua inclusão, após o advento da Convenção Multilateral (MLI), como resultado da Ação 3 do Projeto Beps. Além disso, foi retirada a ressalva quanto a não aplicação das regras CFC

para os casos em que a renda auferida por intermédio de controlada no exterior tivesse sido tributada em patamar compatível com a tributação do país de residência da controladora. Os países que anteriormente haviam feito observações aos comentários (Bélgica, Irlanda, Holanda e Luxemburgo) retiraram suas observações, tendo persistido apenas aquela feita pela Suíça.

A despeito de tais pontos não trazerem qualquer inovação, posto que foram essencialmente introduzidos pela versão de 2003 da CM-OCDE, a retirada das observações feitas anteriormente por Bélgica, Irlanda, Holanda e Luxemburgo assume papel importante na formação da ideia de que atualmente há um suposto consenso de que as regras CFC seriam compatíveis com os TDT (com exceção da Suíça, que permaneceu manifestando suas observações), mesmo nos casos em que não houvesse a inclusão de "saving clause". Seria possível argumentar que, ao retirarem as suas observações, tais países teriam passado a concordar com a visão de que não haveria conflito entre as regras CFC e os TDT. A nosso ver, o suposto consenso formado perante a OCDE deve ser analisado com cautela, na medida em que a retirada das observações feitas anteriormente pelos países integrantes da União Europeia teve forte influência das conclusões tiradas da Ação 3 do Projeto Beps e, principalmente, de modificações na legislação comum europeia e de precedentes jurisprudenciais (caso Cadbury Schweppes, adiante exposto).

Assim, a retirada das observações por outros países não pode ser entendida de plano como concordância com a posição da OCDE, mas apenas como um alinhamento com o padrão internacional decorrente do Projeto Beps. Por exemplo, no caso da Bélgica, conforme mencionado pelo próprio Governo Belga no procedimento legislativo de implementação da MLI (que pretendeu alinhar os TDT às conclusões obtidas no Projeto Beps), a questão do conflito entre as regras CFC deve ser analisada levando em consideração se o país em questão é membro da União Europeia: se o país for membro da União Europeia, devem prevalecer as disposições da Atad (*Anti Tax-Avoidance Directive*[3]) que impõe a instituição de regras CFC para os Estados Membros (conforme será exposto adiante, o escopo das regras CFC previstas na legislação comum europeia é restrito a situações de abuso); e, caso seja um país que não integra a União Europeia, os TDT prevaleceriam sobre as regras CFC, sendo necessária a renegociação dos TDT (HULLE; WES, 2020). Ou seja, com base no exemplo da Bélgica, é possível concluir que a retirada das observações feitas por aqueles países não indica que estes passaram simplesmente a acatar a posição de compatibilidade de qualquer regra CFC com os TDT, sendo que no caso da Bélgica prevaleceria a situação de incompatibilidade quando o outro país envolvido não fosse membro da União Europeia.

[3] Diretiva n. 1164/2016, de 12 de julho de 2016, que estabeleceu regras visando o combate a práticas de evasão fiscal que afetavam diretamente o funcionamento do mercado interno europeu.

IV. Evolução da jurisprudência internacional sobre a questão da compatibilidade

Uma vez analisada a evolução da posição da OCDE quanto à interação entre as regras CFC e os TDT, passamos a analisar a evolução da jurisprudência internacional sobre o tema. Tal como adiantado, diante da ausência de corte internacional para uniformização do entendimento acerca de disputas decorrentes de controvérsia ora analisada, coube à jurisprudência doméstica de cada país exercer papel fundamental na evolução da discussão sobre a matéria. Como dito, entre 1992 e 2003, o debate sobre a interação das regras CFC e os TDT foi intensificado. Para o deslinde da controvérsia analisada no presente artigo, é importante citar resumidamente o desfecho de tais casos, uma vez que eles tiveram importância na evolução do debate sobre o tema, influenciando o cenário que culminou na versão da CM-OCDE de 2003 e, finalmente, na versão de 2017.

O caso Bricom[4], um dos primeiros e mais icônicos sobre o tema, foi julgado em 1997 no Reino Unido. Em síntese, o caso se debruça sobre a pretensão das autoridades fiscais do Reino Unido, baseada em sua legislação CFC doméstica, de tributar no âmbito da Bricom Holdings Ltd. (sociedade residente no Reino Unido), na proporção de sua participação no capital social, os lucros obtidos por sua subsidiária estabelecida nos Países Baixos e lá já submetidos à tributação. A subsidiária holandesa era uma sociedade holding de investimentos cujos lucros eram decorrentes do pagamento de juros recebidos em função de empréstimo efetuado a uma empresa britânica a ela vinculada (Bricom Group Ltd., controladora da Bricom Holdings Ltd.).

Na Corte de Apelação, prevaleceu o entendimento de que a legislação CFC do Reino Unido não seria incompatível com o tratado. A Corte acatou o argumento de que não se estava tributando os juros da CFC estabelecida nos Países Baixos, mas sim um valor referencial (fictício) de lucro atribuído ao contribuinte residente no Reino Unido, cuja natureza jurídica seria diversa dos juros que o originaram.

Veja que essa conclusão é a mesma defendida na versão de 2003 dos comentários à CM-OCDE de que não haveria incompatibilidade na medida em que normas CFC não tributariam lucros das controladas, mas sim lucros da própria controladora. Esse é também o entendimento adotado pela Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta Interna Cosit n. 18/2013, quando o órgão se manifestou acerca da compatibilidade da aplicação do então vigente art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 e, até recentemente, a orientação dominante no Carf. Tal como será demonstrado em detalhes mais adiante, entendemos que essa visão é equivocada pois ignora a regra contida no art. 7º dos TDT, que confere proteção objeti-

---

[4] REINO UNIDO. Court of Appeal of England and Wales (Civil Division). Bricon Holdings Ltd. x Commissioners of Inland Revenue. 25 de junho de 1997. *Reports of Tax Cases* v. 70, 1997, p. 272.

va e não subjetiva à tributação de lucros auferidos no exterior (ou seja, por força do art. 7º do TDT, independentemente nas mãos de quem, seja da controlada, seja da controlada, apenas a jurisdição de residência da controlada tem competência para tributação de seus lucros), tal como defendido por Luís Eduardo Schoueri (SHOUERI, 2013).

Outro importante caso que teve um impacto significativo na evolução do tema foi o caso Cadbury Schweppes[5], julgado em 2006 pela Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"). Muito embora referido caso seja essencialmente vinculado ao direito comum europeu (em especial ao exame de possível violação a liberdades fundamentais), o seu resultado impactou a formatação e revisão das regras CFC adotadas pela maioria dos países europeus. O TJUE concluiu que o princípio da liberdade de estabelecimento não permitiria a inclusão, no cômputo dos lucros de uma sociedade estabelecida num Estado-Membro, de lucros auferidos por uma sociedade estrangeira controlada residente noutro Estado-Membro quando esses lucros são aí sujeitos a um nível de tributação inferior ao aplicável no primeiro Estado. Isso só seria admitido nas hipóteses em que a constituição da sociedade no outro Estado-Membro tenha sido adotada como um expediente puramente artificial (o TJUE menciona empresas de "caixa de correio" e subsidiárias de fachada como exemplos de tais expedientes) destinado a evitar a incidência do imposto nacional normalmente devido, o que deveria ser analisado com base em elementos objetivos e comprováveis por terceiros (por exemplo, a inexistência de uma presença física em termos de instalações, pessoal e equipamento).

Em apertada síntese, restou pavimentada a orientação de que as regras CFC adotadas pelo Reino Unido constituiriam violação a liberdade de estabelecimento, a não ser que aplicadas apenas a arranjos puramente artificiais. Veja que esse parâmetro fixado pela corte europeia tem papel relevantíssimo na formação das regras CFC dos países integrantes da União Europeia, posto que tais regras estariam limitadas a situações comprovadamente abusivas, o que deveria ser analisado caso a caso. É bem verdade que tal decisão somente tem efeitos quando as regras e CFC são aplicadas por algum país integrante da União Europeia em relação a outro país-membro. De qualquer forma, o que se verifica na prática, como será também visto adiante, é que as regras CFC adotadas pelos países integrantes da União Europeia têm escopo limitado e focado em situações de abuso. Não é demais lembrar que os países integrantes da União Europeia, ao lado do Estados Unidos, são aqueles que exercem papel de influência extrema perante a OCDE, atuando diretamente na formação do entendimento que levou à redação dos comentários à CM-OCDE analisada no capítulo anterior. Por força do parâmetro

[5] UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. C-196/04. Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue. 12 de setembro de 2006. ECR I-7995, 2006.

fixado pela decisão do TJUE perde relevância ressalvar nos comentários à CM-OCDE, por exemplo, ao menos para os países membros da União Europeia, que as regras CFC não poderiam ser aplicadas em relação a atividades empresariais efetivas. Tanto que, conforme visto, a Bélgica retirou sua observação aos comentários da CM-OCDE de 2017, mas segue entendendo que, no caso de país não integrante da União Europeia, os TDT deveriam prevalecer sob as regras CFC.

Pouco tempo depois, foi proferida decisão pela Corte de Apelação do Reino Unido em caso envolvendo a Vodafone[6], em 2009, em que restou decidido que as regras CFC britânicas eram válidas, mas seria necessário prever exceção a controladas estabelecidas na União Europeia que desenvolvessem atividades econômicas genuínas. Após as decisões nos casos Cadbury Schweppes e Vodafone, foi implementada mudança legislativa nas regras CFC britânicas, que passaram a dispor que estas somente seriam aplicadas quando houvesse redução artificial do imposto de renda a ser recolhido no Reino Unido.

Outro importantíssimo precedente a respeito da matéria foi proferido na França, no caso Schneider[7], julgado em 2002, em que foi decidido que o art. 7º do TDT entre França e Suíça afastava a aplicação da regra CFC francesa. Naquele caso, as autoridades fiscais francesas argumentaram que não haveria incompatibilidade entre a aplicação das regras CFC domésticas e o TDT firmado com a Suíça. Primeiro, porque um dos objetivos do TDT seria justamente o combate à fraude e à evasão fiscal, o que se amoldaria perfeitamente ao caso, já que a companhia controlada pela Schneider na Suíça estava sujeita a um regime fiscal privilegiado segundo a lei francesa. Outro argumento utilizado pelas autoridades fiscais francesas foi de que não haveria que se falar em dupla tributação, seja jurídica ou econômica. A primeira não existiria, pelo simples fato de que a tributação recai sobre pessoas jurídicas distintas, estando o fisco francês tributando a controladora francesa e não a controlada suíça. Já a dupla tributação econômica seria afastada pelo crédito do imposto pago pela CFC estabelecida na Suíça, concedido para abatimento do imposto devido na França sobre os seus lucros.

A Suprema Corte Francesa, adotando as razões de decidir da Corte de Apelação, entendeu que o lucro que estava sendo tributado na França era o mesmo lucro que já teria sido tributado no nível da controlada na Suíça, a qual não possui estabelecimento permanente situado em França. Prevaleceu, portanto, o art. 7º para afastar a aplicação da regra CFC francesa.

Interessante notar, ainda, que a Suprema Corte afastou a alegação de que a tributação do lucro na França se compatibilizaria com o TDT, já que um de seus objetivos seria o combate à fraude e à evasão fiscal. No entendimento do tribunal

---

6 REINO UNIDO. Court of Appeal of England and Wales (Civil Division). A3/2008/2235. Vodafone 2 v HM Revenue & Customs. 22 de maio de 2009. EWCA Civ 446, 2010.

7 FRANÇA. Conseil d'État. 232 276. Schneider SA x Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. 28 de junho de 2002. DF n. 36, comm. 657, 2002, p. 1150.

francês, o propósito de prevenir a evasão fiscal, supondo que o tratado realmente tivesse tal propósito, não seria suficiente para justificar a não aplicação dos dispositivos do tratado que dispõem sobre a tributação da renda.

Após o julgamento do caso Schneider, a França passou a incluir em seus tratados cláusulas admitindo a aplicação e compatibilidade da sua legislação CFC com as demais regras dos TDT. Não fosse o bastante, em 2005, foi editada nova lei na França, instituindo novo regime CFC. Segundo autores, dentre outras questões, a nova regra passou a prever que os lucros auferidos por controlada no exterior seriam classificados como dividendos presumidamente distribuídos, o que supostamente afastaria a aplicação do art. 7º dos TDT firmados pela França (GAOUA; RIBEIRO, 2013).

Por fim, cabe citar o caso A. Oyj Abp[8], julgado em 2002 pela Suprema Corte Administrativa da Finlândia, em que foi decidido que não havia incompatibilidade da regra CFC finlandesa com as regras do TDT entre Finlândia e Bélgica, tampouco com as regras comunitárias europeias. Dentre os argumentos considerados para sustentar a compatibilidade das regras CFC com os TDT, podemos destacar os seguintes: (1) o propósito dos TDT é também evitar a evasão fiscal internacional, não apenas a dupla tributação da renda; (2) os TDT não impediriam a aplicação de regras doméstica antiabuso; (3) a maioria dos países membros da OCDE reconhecem as regras CFC como compatíveis com os TDT. Essa decisão foi alvo de críticas pela doutrina, em especial por ter considerado em sua fundamentação relatórios divulgados pela OCDE posteriormente à negociação do TDT entre Finlândia e Bélgica (KUZNIACKI, 2016). A despeito disso, é fundamental ter em mente que os motivos determinantes para o reconhecimento da compatibilidade das regras CFC finlandesas com TDT seria o seu propósito de combater situações de abuso.

A partir da análise da jurisprudência internacional sobre a matéria, podemos concluir que a ideia de que haveria um suposto consenso no âmbito internacional acerca da compatibilidade das regras CFC com os TDT deve ser vista com grandes ressalvas. De fato, mesmo nos casos em que reconhecida a compatibilidade, as decisões sempre levaram em conta o restrito âmbito de aplicação das regras CFC analisadas, quase sempre estruturadas para capturar situações de abuso, verificadas, por exemplo, nas hipóteses de controladas situadas em jurisdições de baixa tributação ou em razão da espécie de renda auferida (renda passiva).

Portanto, a análise da jurisprudência internacional permite concluir de que a compatibilidade das regras CFC com TDT depende essencialmente de como as regras são estruturadas. No Reino Unido, as decisões proferidas nos casos Bricom, Cadbury Schweppes e Vodafone culminaram em mudança legislativa e revi-

---

[8] FINLÂNDIA. Korkein Hallinto-oikeus (Suprema Corte Administrativa). 2002:26. 20 de março de 2002.

são das regras CFC para que estas fossem aplicadas apenas à situações em que há abuso. Na Finlândia, a decisão no sentido de que as regras CFC seriam compatíveis com os TDT foi motivada essencialmente pelo pressuposto de ser uma regra antiabuso. Na França, as regras CFC foram consideradas conflitantes com os TDT, o que levou a reforma legislativa.

Nessa linha, a análise crítica da jurisprudência internacional, associada ao histórico da evolução dos comentários da CM-OCDE, coloca em xeque a defesa da compatibilidade das regras CFC com os TDT calcada em uma valorização excessiva dos referidos comentários. O suposto consenso internacional sobre o tema deve ser flexibilizado sobre vários aspectos, seja porque a posição da OCDE pode não refletir a melhor conclusão sobre o tema, seja porque as regras adotadas pela OCDE podem não ser aplicadas para toda e qualquer situação, como é o caso do Brasil, conforme se passa a demonstrar.

V. Crítica à posição consolidada nos comentários à CM-OCDE e inaplicabilidade ao regime de TBU adotado no Brasil

Conforme demonstrado no capítulo III, a versão de 2017 da CM-OCDE consolidou a visão de que não haveria conflito entre as regras CFC e os TDT, com base nos seguintes fundamentos: (i) as regras CFC são internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo para proteger a base tributária doméstica, (ii) as regras CFC resultariam em determinado país tributando seus próprios residentes e não as controladas no exterior; e (iii) os países poderiam incluir em seus TDT cláusula específica admitindo a aplicação das regras CFC, mas tal inclusão não seria necessária, tal como já constava na versão de 2003 da CM-OCDE.

Inicialmente, passamos a analisar a noção – introduzida na versão de 2003 da CM-OCDE e replicada na versão de 2017 – de que as regras CFC tributariam os lucros da empresa controladora e não da controlada, o que supostamente possibilitaria negar a avocação do art. 7º para afastar a aplicação das regras CFC. Tal argumento teve origem no caso Bricom, julgado no Reino Unido, conforme já abordado. No entanto, entendemos que este argumento não é adequado.

Primeiramente, tal argumento desconsidera a personalidade jurídica autônoma da controlada no exterior, tal como constou da observação feita pela Bélgica ao comentário 23 do art. 1º na versão vigente dos comentários da CM-OCDE entre 2003 e 2017. A desconsideração da personalidade jurídica deve ser uma medida excepcional aplicada apenas em situações específicas de abuso. Veja que, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto para fins cíveis quanto para fins tributários, a desconsideração da personalidade jurídica é sempre tratada como medida excepcional, dependendo do preenchimento de inúmeros critérios e requisitos, não podendo ser transformada em regra tal como se pretende com as regras CFC. Na visão de Alberto Xavier, a desconsideração da personalidade jurídica das controladas no exterior não é consentida pelos TDT, que não admitem a des-

consideração unilateralmente por um Estado de sociedade regularidade constituída noutro Estado (XAVIER, 2013, p. 383).

A nosso ver, ainda que os lucros auferidos pela controladora no exterior possam ser adicionados aos lucros de sua controladora, por exemplo, mediante a aplicação do método de equivalência patrimonial, é fato que tais lucros correspondem a atividades desenvolvidas por entidade autônoma em outra jurisdição e que, em grande parte dos casos, correspondem a atividades empresariais efetivas. Diante disso, diferentemente da posição da OCDE, não nos parece correto afirmar que as regras CFC tributam apenas lucros da controladora, pois ao final e ao cabo efetivamente o que se tributa são os lucros auferidos pelas controladas no exterior.

Nesse sentido, veja que a redação do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 expressamente determinava que "os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados". A sistemática vigente anteriormente à Lei n. 12.973/2014 era expressa ao pretender tributar os lucros auferidos pelas controladas no exterior, ao contrário do quanto sustentado na CM-OCDE.

Com a instituição do novo regime de TBU pela Lei n. 12.973/2014, foi promovida alteração na redação adotada para tributar os lucros auferidos no exterior por controlada ao coligada, a saber: "A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, deverá registrar em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço."

Assim, a redação da Lei n. 12.973/2014 pretendeu tributar "o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas", refletindo evidente subterfúgio do legislador visando afastar os argumentos de violação do princípio da realização da renda e de incompatibilidade do regime de TBU e os TDT firmados pelo Brasil (SANTOS, 2017, p. 22).

Conforme bem abordado por João Francisco Bianco e Ramon Tomazela Santos, trata-se de mero jogo de palavras, pois o regime brasileiro de TBU efetivamente tributa no Brasil os lucros auferidos pelas controladas diretas e indiretas, não sendo possível sustentar que são tributados meramente lucro da controladora brasileira (BIANCO; SANTOS, 2017).

No mesmo sentido, Sergio André Rocha afirma que parece não haver dúvida de que o fato econômico passível de tributação, quando da vigência da MP n. 2.158-35/2001 ou da Lei n. 12.973/2014 é o mesmo: lucro da controlada no exterior (ROCHA, 2015).

Prova contundente disso, é a redação do art. 77, § 1º, da Lei n. 12.973/2014: "A parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior". Veja que o dispositivo transcrito evidencia que o regime atual de TBU efetivamente tributa os lucros auferidos no período pela controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.

No mesmo sentido, Paulo Ayres Barreto e Caio Takano defendem ser equivocada a interpretação de que a Lei n. 12.973/2014 não alcançaria os lucros de controladas e coligadas no exterior, mas apenas o seu reflexo no patrimônio do investidor. Tais autores defendem também a noção de que a Lei n. 12.973/2014 promoveu um mero jogo de palavras em tentativa de camuflar o conflito entre o regime de TBU brasileiro e os TDT firmados pelo Brasil (BARRETO; TAKANO, 2014).

Essa visão é também compartilhada por Alberto Xavier ao afirmar que a redação adotada na Lei n. 12.973/2014 é um mero eufemismo, sendo que o objeto de tributação permanece sendo o lucro das sociedades estrangeiras (XAVIER, 2014).

Trata-se de tema abordado não apenas pela doutrina brasileira, mas também pela doutrina internacional, conforme pode ser extraído de trecho de Johann Müller: "surely the whole point of CFC legislation is to tax the income of the foreign subsidiary, even before it gets distributed" (MÜLLER, 2015).

Superado esse ponto, ainda que se admita que as regras CFC pretendem tributar o lucro da investidora e não o lucro da investida, entendemos a visão da OCDE de que nesse caso o art. 7º dos TDT não poderia ser avocado para afastar a aplicação das regras CFC contraria também o espírito da regra contida no art. 7º da CM-OCDE.

Conforme bem explicado por Luís Eduardo Schoueri em inúmeras oportunidades, o art. 7º dos TDT não se limitaria a proteger de tributação pelo Brasil as empresas sediadas no exterior; na verdade, o escopo de aplicação é objetivo (o lucro das empresas) e não subjetivo (as empresas). Em sua visão, com a qual concordamos integralmente, para fins de aplicação do art. 7º dos TDT pouco importa indagar quem suporta o encargo econômico da tributação, se a empresa estrangeira ou a nacional. Na realidade, a regra contida no art. 7º dos TDT implica que aquele lucro auferido por sociedade residente no exterior está fora da jurisdição brasileira (SCHOUERI 2013).

No mesmo sentido, Alberto Xavier afirma que, essa interpretação contraria a letra e o espírito dos TDT, na medida em que estes pretendem impedir a dupla tributação de um mesmo lucro, ainda que na mão de dois sujeitos passivos distintos (XAVIER, 2013, p. 383).

Essa posição não é defendida apenas pela doutrina brasileira, como pode ser observado das lições de Ekkehart Reimer que afirma que o art. 7º não apenas oferece proteção apenas contra pretensões tributárias do Estado da fonte, mas

também em relação a pretensões tributárias do "meta-residente State" (assim entendido como o Estado em que o contribuinte não é residente, mas sim o seu acionista), sendo que esse segundo aspecto restringe a aplicação das regras CFC (REIMER, 2014).

Além das críticas à posição adotada pela OCDE, ainda que esta estivesse correta, nos parece que essa posição é inaplicável ao regime de TBU adotado no Brasil, seja no período anterior ou posterior à Lei n. 12.973/2014.

O primeiro argumento em defesa de tal posição, evidentemente, é que o Brasil não é um Estado-Membro da OCDE. Nas palavras de Sergio André Rocha, os comentários à CM-OCDE não são vinculantes no Brasil, possuindo apenas força persuasiva, mas não podendo ser tidos como a palavra final quando há qualquer controvérsia envolvendo a aplicação de um TDT (ROCHA, 2017, p. 96). O fato de o Brasil postular seu ingresso na OCDE traz ainda mais relevância ao debate ora proposto, mas é prudente sempre lembrar que devemos analisar a situação sob o prisma de um Estado não-membro.

Além disso, não podemos perder de vista que a maioria dos TDT firmados pelo Brasil (20 de um total de 35 acordos vigentes) são anteriores à versão comentários da CM-OCDE que passou a tratar sobre a questão da compatibilidade das regras CFC e os TDT (considerando a versão de 1992, primeira que se debruçou sobre o debate da (in)compatibilidade das regras CFC e os TDT), com exceção aos TDT firmados pelo Brasil com África do Sul, Chile, Emirados Árabes Unidos, Finlândia, Israel, México, Peru, Portugal, Rússia, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela[9].

Veja também que a maioria dos TDT firmados pelo Brasil são anteriores à própria introdução da sistemática de tributação de lucros no exterior pela MP n. 2.158-35/2001 (24 de um total de 35 TDT vigentes), com exceção aos TDT firmados pelo Brasil com África do Sul, Emirados Árabes Unidos, Israel, México, Peru, Rússia, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela.

Nesse aspecto, vale citar o debate existente em muitos países a respeito dos efeitos dos comentários à CM-OCDE para fins de interpretação dos TDT, em especial se a interpretação deve ser estática (*i.e.*, os TDT devem ser interpretados à luz da CM-OCDE vigente no momento da negociação e celebração dos TDT, pois era essa que poderia influenciar na inclusão ou modificação de uma ou outra determinada cláusula) ou dinâmica (i.e., os TDT poderiam ser interpretados de acordo com versões da CM-OCDE posteriores a negociação ou celebração dos TDT, posto que a CM-OCDE representaria a melhor interpretação dos TDT).

A respeito desse debate, a OCDE entende que as alterações promovidas nos comentários à CM-OCDE não serão relevantes para a interpretação e aplicação dos TDT celebrados antes da sua edição quando houver alteração de redação das

---

[9] Para fins dessa análise, adotamos como marco temporal a data de assinatura dos TDT firmados pelo Brasil.

cláusulas convencionais ou se o seu conteúdo apresentar modificações substanciais em relação a versão anterior. De outro lado, no caso de alterações nos comentários à CM-OCDE de natureza meramente interpretativa, a OCDE defende que tal interpretação poderia ser aplicada também aos TDT celebrados anteriormente à versão da CM-OCDE em questão (OCDE, 2017, p. 20), uma vez que tais mudanças refletiram o consenso dos Estados-membros.

No presente caso, como demonstrado no capítulo anterior, a posição quanto à suposta compatibilidade das regras CFC com os TDT foi introduzida na versão de 2003 da CM-OCDE, sendo que a versão atual de 2017 promoveu algumas alterações de redação, além de terem sido retiradas as observações feitas por países europeus (com exceção da Suíça). À luz da visão da OCDE quanto ao alcance temporal das mudanças dos Comentários, partindo da premissa de que não houve alteração substancial de redação ou no conteúdo dos dispositivos convencionais, seria possível argumentar que a posição de suposta compatibilidade entre as regras CFC e os TDT seria também aplicada aos TDT firmados pelo Brasil, mesmo que a imensa maioria dos TDT firmados pelo Brasil tenham sido celebrados anteriormente à versão de 2003 da CM-OCDE.

A posição sustentada pela OCDE pode infringir o princípio da boa-fé que orienta os tratados internacionais. Conforme art. 31 da Convenção de Viena, a interpretação de tratados deve ser realizada de boa-fé e de acordo com o sentido atribuído em seu contexto (SANTOS, 2017, p. 309). Assim, no caso do Brasil, em que a maioria dos TDT foi firmada antes da versão de 2003 da CM-OCDE, que introduziu a noção de compatibilidade entre as regras CFC e os TDT, nos parece mais adequado – e em linha com o disposto na Convenção de Viena – que alterações posteriores aos comentários na CM-OCDE não orientem a interpretação dos TDT.

Não é demais apontar que, no Brasil, vige o primado do princípio da legalidade, de forma que os TDT têm força de lei (uma vez submetido ao rito legislativo próprio, os TDT ingressam em nosso ordenamento jurídico e por isso aqui produzem efeito), mas os comentários à CM-OCDE não (ainda que o Brasil fosse um Estado-Membro). Nos parece precipitado dizer nesse momento, em que o Brasil sequer é um Estado-Membro, qual seria o papel dos comentários da CM-OCDE em nosso ordenamento jurídico, mas é possível prever, face ao primado do princípio da legalidade, que sua aplicação teria mera natureza interpretativa em determinado contexto temporal. No máximo, poderia ser afirmado que os comentários à CM-OCDE teriam natureza interpretativa em relação aos TDT celebrados no período em que determinada versão estivesse vigente.

Como já alertado, os comentários à CM-OCDE devem ser vistos com cautela, sobretudo quando presenciamos supostos consensos. Isso porque, a OCDE nada mais é do que a reunião das autoridades fiscais dos países desenvolvidos que, com base em seus interesses próprios, estabelecem balizas nas discussões relacionadas a determinados temas, dentre eles, a interpretação de TDT. Nas palavras de Alberto Xavier, os comentários à CM-OCDE, embora tenham posição respeitável,

devem ser tratados como documento que reflete o entendimento preponderante das autoridades fiscais dos Estados-membros, não sendo vinculantes para contribuintes e tampouco para tribunais (XAVIER, 2013, p. 385). Precisamente por refletir a reunião do entendimento de autoridades fiscais (orientado de acordo com a política e interesses arrecadatórios de seus Estados), a posição da OCDE não pode ser tida como algo inquestionável, muito pelo contrário. Além disso, deve-se ter em mente que a posição externada pela OCDE em seus comentários não necessariamente é precedida de consenso entre seus membros. Pelo contrário, representa a visão da maioria, devendo ser levadas em conta as reservas apresentadas tanto por países membros quanto por não membros.

Ultrapassado esse ponto, vale abordar a discussão de que o regime brasileiro não pode ser caracterizado como autêntico regime CFC, de forma que os comentários da CM-OCDE também por esse motivo não seriam aplicáveis à situação do Brasil.

Parte relevante da doutrina sustenta que o regime brasileiro de TBU não pode ser qualificado como regime CFC. Alberto Xavier defendia que a expressão regras CFC faria alusão a tipo específico de norma antiabuso que adota como pressuposto de sua aplicação que a controlada seja localizada em país de tributação favorecida ou tenha apenas renda passiva, enquanto a legislação brasileira é aplicada indistintamente a toda e qualquer controlada ou coligada no exterior, independentemente da natureza da renda auferida no exterior (XAVIER, 2015, 494). A Lei n. 12.973/2014, por ser aplicada a toda e qualquer controlada, não poderia ser qualificada como autêntica regra CFC.

No mesmo sentido, Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino sustentam que o Brasil não possui um típico regime CFC, pois o propósito do regime de TBU brasileiro vai além de combater o diferimento da tributação de lucros no exterior. Diferentemente de regras típicas CFC, o regime brasileiro tem um escopo mais amplo, sendo irrelevante a localização da controlada ou mesmo a natureza da sua renda. Em suas palavras, o que deveria ser a exceção (*i.e.*, tributar lucros no exterior independentemente da sua distribuição) acabou sendo transformado em regra pela legislação brasileira (SCHOUERI; GALDINO, 2020).

Ainda que fosse possível admitir a classificação do regime brasileiro de TBU como regime CFC, os comentários da OCDE não seriam aplicáveis à situação brasileira. Como visto, as regras CFC mencionadas pela OCDE são aquelas que têm como propósito evitar situações especificas de abuso, em que a sociedade controlada no exterior tem como proposito diferir a tributação para jurisdição com tributação inferior ou mesmo evitar a tributação. No caso do Brasil, como o regime de TBU é aplicado indistintamente a toda e qualquer controlada no exterior (mesmo aquelas que desenvolvam atividade empresarial efetiva, ou que estejam sediadas em países que tributam a renda em nível compatível com a tributação brasileira) não há como se aplicar o entendimento da OCDE. Para essa conclusão é irrelevante dizer se o regime brasileiro pode ou não ser classificado como

regra CFC. O fato é que os comentários da CM-OCDE assumiram o pressuposto de ser uma regra antiabuso para afirmar a compatibilidade das regras CFC com os TDT.

Conforme leciona Sergio André Rocha, independentemente de serem qualificadas ou não como regras CFC, as regras brasileiras não foram consideradas como regras CFC típicas pelos comentários da CM-OCDE. Como a maioria dos países membros da OCDE – por serem também membros da União Europeia – estão impedidos de instituir legislação tão ampla quanto à legislação brasileira (por força da legislação comum europeia e da jurisprudência consolidada pelo caso Cadbury Schweppes), é claro que os comentários à CM-OCDE não tinham como paradigma modelos como o brasileiro (ROCHA, 2016, p. 254).

Reforçando tal ponto vale citar as ressalvas de que as regras CFC não deveriam ser aplicadas em relação a atividades empresariais efetivas (retirada na versão de 2003) como também em relação aos casos de controladas localizadas em países que tributassem a renda em patamar semelhante ao país de residência de sua controladora (retirada em 2017). Veja que a retirada dessas ressalvas, assim como das observações feitas por outros países aos comentários à CM-OCDE, não necessariamente indica que a preocupação materializada em tais ressalvas deixou de existir, mas apenas que manifestar expressamente tais observações perdeu pertinência ao longo do tempo. Isso porque, a retirada de ressalvas ou mesmo de observações feitas por países geralmente foi influenciada por outros fatores. Como já mencionado, a retirada das ressalvas por Bélgica, Luxemburgo, Irlanda e Holanda teve forte influência da legislação comum europeia (Atad), que compeliu os países-membros a instituírem regras CFC, e da decisão proferida no caso Cadbury Schweppes, que delimitou o alcance e impediu que tais regras fossem aplicadas a negócios empresariais efetivos. Em outras palavras, ainda existe o receio de que as regras CFC não sejam aplicadas a atividades empresariais efetivas, mas essa preocupação já foi suficientemente acomodada pela legislação comum europeia e pela jurisprudência do TJUE no caso Cadbury Schweppes.

Com efeito, as regras CFC foram padronizadas na Europa com o advento da Atad. A referida medida foi instituída como resultado de um pacote de medidas visando o combate à evasão fiscal, como uma resposta dos países membros ao Projeto Beps. A Atad previa a instituição de outras medidas visando o combate à evasão fiscal além das regras CFC, tal como a limitação da dedutibilidade de juros, norma geral antielisiva (as chamadas GAAR – *general anti-abuse rule*), dentre outras. De acordo com a Atad, os países-membros deveriam instituir regras CFC, podendo optar por dois modelos: no modelo A, as regras CFC seriam aplicadas apenas em relação a rendas passivas e a renda empresarial auferida em transações com partes relacionadas e, no modelo B, as regras CFC seriam aplicadas apenas para rendas decorrentes de arranjos não genuínos (KREVER, 2020).

Como já dito, a formatação das regras CFC adotadas nos países europeus sofreu influência da decisão proferida no caso Cadbury Schweppes e foram pos-

teriormente padronizadas pela Atad, de forma que é possível afirmar que a sua aplicação é limitada a situações de abuso, visando coibir a evasão fiscal e suas consequentes repercussões negativas aos países membros da União Europeia.

Esse contexto é importantíssimo para a correta compreensão do suposto consenso internacional a respeito da compatibilidade das regras CFC e os TDT. O pressuposto de compatibilidade das regras CFC com os TDT (ou seja, que tais regras são aplicadas para situações de abuso) não é identificado no regime de TBU brasileiro. Uma regra que se aplica indistintamente a toda e qualquer controlada no exterior, independentemente da sua localização e do tipo de renda auferida, a toda evidência não pode ser qualificada como uma regra antiabuso. Não estamos aqui afirmando que o Brasil não poderia instituir regra para tributação de lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas ou coligadas da forma que entendesse mais adequada a sua política fiscal; o que afirmamos é que, ao prever regra tão ampla, acabou por se desviar da prática internacional e, consequentemente, permitir a avocação dos TDT firmados pelo Brasil para impedir a aplicação das regras de TBU.

Como já demonstrado, na versão atual dos comentários à CM-OCDE, é afirmado que as regras CFC são internacionalmente aceitas como um instrumento legitimo para proteger a base tributária doméstica. Importante apontar, no entanto, que foi apenas na versão de 2017 da CM-OCDE que foi introduzido em seu preâmbulo – em decorrência do Projeto Beps e do art. 6 (1) da MLI – que o propósito dos TDT é de evitar a dupla tributação mas sem criar oportunidades para a dupla não tributação ou tributação reduzida por meio evasão ou elisão fiscal. Essa última parte ("without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance") foi apenas introduzida na versão de 2017 da CM-OCDE e, portanto, não consta da maioria dos TDT firmada pelo Brasil. Como o Brasil também optou por não assinar a MLI, seus TDT deixaram de ser automaticamente renegociados, dependendo de renegociações individuais com os demais países signatários de seus TDT (tal como ocorrido com a Argentina, inclusive, com introdução da nova redação do preâmbulo). Também a esse respeito vale citar o art. 31 da Convenção de Viena, que determina que a interpretação de tratados deve ser realizada de boa-fé de acordo com o sentido atribuído em seu contexto e à luz de seu objeto e propósito. Diante da ausência de mudança de redação do preâmbulo, entendemos por mais essa razão que a atual visão da OCDE não pode ser aplicada à situação do Brasil.

VI. Evolução da jurisprudência brasileira sobre a questão da compatibilidade

Conforme demonstrado, entendemos que a posição adotada pela OCDE não pode ser aplicada em relação ao regime de TBU adotado no Brasil. Diante das peculiaridades do regime brasileiro, que não pode ser enquadrado com um típico

regime CFC, entendemos que os TDT firmados pelo Brasil – com exceção dos TDT com previsão admitindo expressamente a aplicação do regime de TBU – devem afastar as disposições da MP n. 2.158-35/2001 e da Lei n. 12.973/2014 no tocante a tributação de lucros auferidos no exterior.

Felizmente, essa visão tem sido majoritária perante o poder Judiciário e, mais recentemente, passou a prevalecer perante o Carf.

Sem ter a pretensão de perpassar toda a jurisprudência sobre a matéria, bem como de exaurir todos os pontos passíveis de discussão, o presente tópico objetiva visualizar, de modo geral, como a questão da compatibilidade da legislação CFC brasileira com o art. 7º dos TDT firmados pelo Brasil vem sendo decidida no âmbito administrativo (Carf) e no Poder Judiciário. Como já alertado, está fora do escopo do presente trabalho uma análise exaustiva e detalhada da jurisprudência do órgão administrativo.

Importa-nos, aqui, apenas uma visão geral de como o Carf tem se posicionado sobre a questão da compatibilidade das regras de TBU brasileiras com o disposto no art. 7º dos TDT firmados pelo Brasil. Cabe dizer que as decisões do Carf, em sua quase totalidade, foram proferidas tendo como pano de fundo a legislação antiga (art. 74 da MP n. 2.158-35/2001), o que não prejudica a análise, tendo em vista que, conforme já apontado, a Lei n. 12.973/2014 limitou-se a dar uma nova roupagem ao tema, de modo que, sem prejuízo de alguns ajustes pontuais, persistiu no intento de tributar os lucros das controladas situadas no exterior.

No âmbito do Carf e de seu predecessor Conselho de Contribuintes, pode-se dizer que o entendimento que prevalece de forma majoritária é na linha de que não haveria incompatibilidade da aplicação da sistemática de tributação de lucros no exterior (especialmente aquela prevista no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001) com as disposições dos TDT firmados pelo Brasil (notadamente com seu art. 7º), não sendo caso de aplicação do art. 98 do CTN, por inexistência de conflito.

Em apertada síntese, prevaleceu por muito tempo o entendimento de que não haveria incompatibilidade entre o regime de TBU brasileiro e os TDT firmados no Brasil, posto que as regras de TBU pretendem tributar os lucros de entidade no Brasil, ao passo que o art. 7º dos TDT afastaram a eventual pretensão de o Brasil querer tributar diretamente a controlada no exterior.

É bem verdade que, em muitos casos, as decisões favoráveis ao fisco foram proferidas no âmbito da Câmara Superior pelo voto de qualidade, sistemática na qual o voto de desempate era proferido pelo presidente da turma julgadora, representante do Fisco (conforme § 9º do art. 25 do Decreto n. 70.235/1972). É o caso, por exemplo, do Acórdão n. 9101-003.973, publicado em 18 de março de 2019, envolvendo a análise do TDT Brasil-Holanda, no qual prevaleceu o entendimento de que não haveria incompatibilidade entre o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 e o tratado, tendo em vista que estes versariam sobre materialidade distintas, ou seja, o que estaria em questão, na visão do voto vencedor, seria a tributação do lucro auferido por empresa brasileira no exterior, tendo sido invocado

como reforço argumentativo, inclusive, o Comentário da OCDE sobre o § 1º do art. 7º da Convenção Modelo.

Nesse caso, trazendo à lume excertos do voto proferido sobre a matéria em outro caso (Acórdão n. 1103.001.122, voto do Conselheiro Marcos Takata), o relator, Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado, cujo voto restou vencido, discorre que a suposta harmonia das legislação brasileira com os TDT, defendida pelo fisco, existira de fato apenas se a norma brasileira fosse utilizada para coibir abusos no caso concreto (ex.: controladas residentes em jurisdição de baixa tributação e/ou cujos lucros não sejam compostos por rendimentos passivos), o que não seria o caso do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 que, na realidade, tributa de forma automática todo e qualquer lucro auferido por controlada no exterior.

Em grande parte dos julgados contrários aos contribuintes, o reconhecimento da inexistência de incompatibilidade decorre basicamente do entendimento de que a tributação recai sobre o lucro auferido pela empresa brasileira no exterior (em outras palavras, o que seria tributado seria o reflexo contábil do resultado positivo da controlada no patrimônio da investidora brasileira, registrado via equivalência patrimonial) e não sobre o lucro da empresa do exterior[10]. Para reforço argumentativo dessa posição, é comum as decisões mencionarem os comentários ao art. 7º da CM-OCDE.

Ainda que reputemos equivocadas as decisões que concluíram pela legitimidade da tributação, entendemos dignos de nota alguns argumentos considerados nessas decisões para se chegar a essa conclusão.

No Acórdão n. 9101-004.763, uma das premissas adotadas pela Conselheira Relatora, Viviane Vidal Wagner, para justificar a validade da tributação no caso concreto foi de que a tributação visava coibir uma situação de abuso, já que recaiu sobre lucros gerados em locais onde não haveria tributação da renda/lucro e que não estariam abarcados pelo TDT entre Brasil e Áustria (Funchal/Ilha da Madeira e Bahamas). Nesse caso, os resultados tributados, ainda que consolidados na controlada austríaca, eram oriundos de controladas indiretas sediadas nessas jurisdições.

Nesse julgamento, a Conselheira Lívia de Carli Germano apresentou declaração de voto vencido no sentido de que, para se negar a aplicação do tratado em um caso concreto, deveriam as autoridades fiscais fazer prova do abuso e/ou de que o TDT foi utilizado para se alcançar a erosão da base tributária ou desvio artificial de lucros, e não como decorrência de uma regra de tributação de todos os agentes do cenário internacional.

---

[10] São os casos, por exemplo, do Acórdão n. 9101-004.060 (caso WEG), de 12 de março de 2019 (Tratado Brasil-Espanha), do caso do Acórdão n. 9101-004.763, de 5 de fevereiro de 2020, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Tratado Brasil-Áustria) e do Acórdão n. 9101003.888, de 7 de novembro de 2018, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Tratado Brasil-Holanda) para citar apenas alguns.

No Acórdão n. 9101-003.888, da mesma forma, após afastar a incompatibilidade suscitada pela contribuinte com o argumento de que a tributação recairia sobre o lucro auferido por empresa brasileira no exterior, bem como no comentário ao art. 7º da CM-OCDE, o relator, Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, defendeu que a tributação no caso concreto visaria evitar a dupla não tributação da renda, já que a maior parte do lucro tributado teria sido gerado na controlada indireta situada em Funchal (Ilha da Madeira), local onde não haveria tributação da renda/lucro. Nas palavras do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, "houve um evidente uso indevido (abusivo) do tratado para evitar dupla tributação. E, certamente, não é essa a finalidade desses tratados".

Apesar da grande divergência existente sobre o tema no âmbito do Carf, o que fez com que muitos casos fossem decididos em favor da Fazenda pelo voto de qualidade, recentemente chegou a ser proposta a aprovação de uma súmula (proposta de Súmula n. 26) que enunciaria que os TDT celebrados pelo Brasil segundo os modelos da Organização das Nações Unidas (ONU) ou da OCDE não impediriam a tributação na empresa controladora dos lucros auferidos por meio de suas controladas no exterior. Essa proposta foi rejeitada pela 1ª Turma da Câmara Superior em 6 de agosto de 2021.

Prova do quão controversa é a matéria entre os julgadores no Carf é que a situação se inverteu recentemente após a mudança nas regras do voto de qualidade, implementada pelo art. 28 da Lei n. 13.988/2020, que inclui o art.19-E na Lei n. 10.522/2002 para estabelecer que, em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, o caso deve ser decidido em favor do contribuinte, não se aplicando o voto de qualidade pelo presidente da turma julgadora, representante do Fisco, conforme previsto no § 9º do art. 25 do Decreto n. 70.235/1972.

Com a alteração na sistemática do voto de qualidade, casos recentes em que houve empate na votação acabaram sendo decididos em favor dos contribuintes, como se verifica, por exemplo, nos Acórdãos n. 9101-005.809 e n. 9101-005.808, ambos proferidos pela 1ª Turma da Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e publicados em 11 de novembro de 2021.

Corroborando o racional defendido no presente artigo, ainda que reconheça o autêntico caráter de norma CFC do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 (o que entendemos questionável conforme demonstrado), prevaleceu a posição majoritária no Acórdão n. 9101-005.809 no sentido de que a norma "não possui a justificativa e a finalidade típicas, antiabusivas, o que permitiria a sua aplicação em harmonia com as disposições das normas internacionais, firmadas entre os Estados com o intuito de se evitar a dupla tributação".

Importante destacar, também, que no Acórdão n. 9101-005.808 a posição prevalecente no Carf reconhece que o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 claramente pretendeu alcançar os lucros da empresa estrangeira, e não seu reflexo na controladora brasileira, que é o resultado de equivalência patrimonial, rechaçando, des-

sa forma, um dos principais argumentos da Fazenda Nacional para defesa da tributação.

No âmbito judicial, o caso de maior destaque foi a decisão proferida no Recuso Especial n. 1.325.709, em 20 de maio de 2014, envolvendo a Companhia Vale do Rio Doce ("caso Vale"). Por maioria de votos, a Primeira Turma do STJ adotou a interpretação que atribui prevalência às disposições do TDT sobre as normas de direito interno, em razão de sua especificidade, bem como em consideração ao princípio da boa-fé, plasmado na regra do art. 27 da Convenção de Viena.

Ao analisar especificamente a aplicação da regra prevista no art. 7º dos TDT como norma de bloqueio à tributação prevista no então vigente art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, pode-se dizer que o relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho aderiu ao entendimento de que o escopo do art. 7º é objetivo, visando proteger da tributação o lucro da empresa situada no exterior, pouco importando, no caso, quem arcaria com o imposto brasileiro (se a controlada, situada no exterior, ou a controladora brasileira), como defendido por Luís Eduardo Schoueri (SCHOUERI, 2013). Com efeito, ao rechaçar a posição defendida pela União, afirmou que ao se adicionar ao lucro da controladora brasileira o lucro obtido pela controlada no exterior, estar-se-ia tributando o mesmo lucro, o que contrariaria o disposto nos TDT sob análise.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Ministro Ari Pargendler, asseverou que a tributação na forma pretendida pela regra CFC brasileira implicaria dupla tributação vedada pelo art. 7º dos TDT, posto que incidiria sobre riqueza já submetida previamente à tributação no país da controlada.

De grande relevância para o presente trabalho é o posicionamento do Ministro Ari Pargendler acerca da alegada compatibilidade entre o conteúdo do art. 7º e as regras CFC dos países signatários. O ministro não acatou o argumento suscitado pela Fazenda Nacional de que a compatibilidade fora reconhecida pela própria OCDE nos seus comentários à CM-OCDE, pois em seu entendimento a compatibilidade partiria da premissa da existência de uma situação de abuso, normalmente existente quando presente na relação uma jurisdição de baixa tributação, que concorreria em situação de desigualdade com o Brasil na disputa pela alocação de capital da controladora aqui residente.

VII. Conclusão

À luz das considerações apresentadas no presente artigo, podemos concluir que o art. 7º dos TDT firmados pelo Brasil afasta a aplicação das regras de TBU, sejam aquelas previstas na MP n. 2.158-35/2001 ou na Lei n. 12.973/2014, exceto em relação aos TDT que possuem disposição expressa admitindo a aplicação das regras de TBU (TDT firmados pelo Brasil com Emirados Árabes Unidos, México, Peru, Rússia, Venezuela, Singapura (ainda não vigente) e Uruguai (ainda não vigente)).

Muito embora a OCDE tenha consolidado entendimento na versão de 2017 da CM-OCDE de que não haveria conflito entre as regras CFC e os TDT, demonstramos que essa posição não reflete a melhor orientação sobre o tema, uma vez que contraria o espírito da regra contida no art. 7º dos TDT, cujo escopo de aplicação é objetivo e não subjetivo, de forma que o poder de tributar lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior é exclusivo da jurisdição em que está sediada a controlada ou coligada. Além disso, entendemos que a posição consolidada pela OCDE é inaplicável à situação do Brasil, seja porque a legislação brasileira não pode ser qualificada como autêntico regime CFC, seja porque os comentários da CM-OCDE se baseiam em legislação que tenham como propósito específicos situações de abuso, o que não pode ser identificado em relação à legislação brasileira, que tributa indistintamente lucros auferidos por controladas no exterior, independentemente da sua localização ou da natureza da renda auferida.

Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência judicial (com amparo em precedente do STJ proferido no caso Vale) e, mais recentemente, a jurisprudência do Carf, após a mudança da regra de desempate promovida pelo art. 28 da Lei n. 13.988/2020.

Sendo essa a orientação que nos parece ser a correta, entendemos que a incompatibilidade entre o regime de TBU e os TDT firmados pelo Brasil deve prevalecer, ainda que o Brasil ingresse na OCDE. Como visto, por inúmeros motivos, os comentários da CM-OCDE são inaplicáveis à situação brasileira.

Atualmente, entendemos que a única solução para dirimir tal conflito seria a renegociação dos TDT firmados pelo Brasil para inclusão de cláusula expressa admitindo a aplicação do regime de TBU brasileiro, sendo que a compatibilidade dependerá de como tal cláusula for redigida.

Alternativamente, o Brasil também poderia revisar a sua legislação de TBU para adequar suas regras às práticas internacionais. Um possível caminho seria incluir na legislação exceção à regra de inclusão automática dos lucros para controladas localizadas em países com os quais o Brasil tenha firmado TDT. Além disso, a legislação brasileira também poderia ser revista para que fosse destinada apenas a coibir situações de abuso (por exemplo, de controladas que tivessem preponderância de rendas passivas ou sediadas em paraísos fiscais).

Veja que não entendemos correto afirmar que o Brasil se antecipou à atual discussão de tributação mínima travada pela OCDE no chamado Pilar 2 do Beps 2.0. Muito embora não seja objeto do presente artigo, tem sido discutida atualmente a criação de regra para instituir nível mínimo de tributação para grupos multinacionais que alcançarem determinado patamar de faturamento. De acordo com a regra atualmente em discussão, caso determinado país não tribute a renda de acordo com patamar mínimo (que nas discussões atuais tem sido de 15%), caberá à jurisdição em que está localizada a controladora do grupo, cobrar o tributo que deixou de ser recolhido por aquela determinada controlada. Muito embora possa parecer que essa regra tenha características semelhantes às regras CFC,

são regimes distintos. Mais importante que isso, na verdade, é o fato de que, nas discussões de implementação do chamado Pilar 2, um dos principais pontos de discussão é de como acomodar e compatibilizar tal nova regra com os TDT vigentes. Inclusive, muito se discute a necessidade de renegociação dos TDT – possivelmente por meio de uma nova MLI – para incluir cláusula admitindo expressamente a aplicação da regra decorrente do Pilar 2[11]. A necessidade de renegociação dos TDT em relação ao Pilar 2, a nosso ver, reforça o argumento proposto no presente artigo de que, na ausência de "*saving clause*", os TDT firmados pelo Brasil afastam a aplicação do regime brasileiro de TBU.

Outra possível solução ao Brasil relativa à interação dos TDT com as regras e TBU seria buscar amparo nos próprios dispositivos convencionais destinados a coibir o abuso na utilização de TDT (cláusulas de limitação de benefícios ou de direito aos benefícios). A nosso ver, os próprios TDT conferem mecanismos aptos a eventualmente limitar ou negar o direito à fruição dos benefícios previstos nas condições e situações expressamente previstas. Tal análise deve ser feita caso a caso, à luz da redação do TDT em questão e considerando as situações fáticas que eventualmente indicassem a possibilidade de aplicação das cláusulas que limitam ou negam à fruição aos benefícios convencionais.

Bibliografia

ARNOLD, Brian J. A comparative perspective on the U.S. Controlled Foreign Corporation Rules. *Tax Law Review*, 2012.

ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*, 2019.

AVI-YONAH, R. S.; SARTORI, N. *US Subpart F legislative proposals: a comparative perspective*, 2011.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do resultado de coligadas e controladas no exterior, em face da Lei nº 12.973/2014. *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014.

BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. Brazilian anti-avoidance legislation: recent refinements and major deviations from international practice. *Bulletin for International Taxation*, 2017.

[11] Conforme comentários da Força Tarefa do IBFD sobre Economia Digital, os ajustes no art. 7º seriam necessárias para evitar alegações de *treaty override*, especialmente no caso de TDT que não contivessem *saving clause* aos moldes do art. 1º (3) da CM-OCDE. Essa conclusão é tida mesmo diante dos comentários da CM-OCDE de que supostamente não haveria conflito entre as regras CFC e os TDT. Nas palavras da Força Tarefa do IBFD, como alguns elementos da *Income Inclusion Rule* ("IIR") do Pilar 2 diferem de uma autêntica regra CFC, seria importante para evitar futuras discussões sobre *treaty override* (PISTONE e outros, 2020). Em sentido semelhante, Luís Eduardo Schoueri afirma que a maneira mais segura de evitar que a regra de IIR do Pilar 2 conflitasse com o art. 7º dos TDT seria mediante a renegociação dos TDT que ainda não contivessem uma *saving clause* aos moldes do art. 1º (3) da CM-OCDE ou mediante uma nova MLI.

BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BIANCO, João Francisco. Os lucros das empresas e o art. 7 dos tratados contra a dupla tributação. *Estudos avançados de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CALICH, Isabel; ROLIM, João Dacio. Tax treaty disputes in Brazil. In: BAISTROCCHI, Eduardo (org.). *A global analysis of tax treaty disputes*. Cambridge University Press, 2017.

GAOUA, Noah; RIBEIRO, Alexis. French CFC legislation: an illustration of recovery from a "tax treaty override" situation. *European Taxation* 7, 2013.

HULLE, Gilles Van; WEST, Jean-Phillipe Van. Chapter 6: Controlled Foreign Company legislation: in Belgium. In: KOEFLER, George. *Controlled Foreign Company Legislation*. IBFD, 2020.

KREVER, Richard E. Chapter 1: Controlled Foreign Company legislation: general report. In: KOEFLER, George. *Controlled Foreign Company Legislation*. IBFD, 2020.

KUZNIACKI, Blazej. The need to avoid double economic taxation triggered by CFC rules under tax treaties, and the way to achieve it. *Intertax*, 2015.

KUZNIACKI, Blazej. Tax treaty interpretation by Supreme Courts: case study of CFC rules. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 1. São Paulo: IBDT, 2016.

LANG, Michael e outros. *CFC legislation, tax treaties and EC Law.* Kluwer Law International, 2004.

MÜLLER, Johann. Is it not time to correct the OECD MC commentary on CFC's? *Kluwer International Tax Blog*, 2015.

OCDE. *Double taxation conventions and the use of base companies*. Paris: OCDE, 1986.

OCDE. *Model tax convention on income and on capital*: condensed version. Paris: OCDE, 1992.

OCDE. *Harmful tax competition*: an emerging global issue. Paris: OCDE, 1998.

OCDE. *Model tax convention on income and on capital*: condensed version. Paris: OCDE, 2003.

OCDE. *Model tax convention on income and on capital 2017.* Paris: OCDE, 2017.

PISTONE, Pasquale; NOOGUEIRA, João Pinto Felix; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD public consultation document "Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two": an assessment. *Bulletin for International Taxation* n. 74. IBFD, 2020.

REIMER, Ekkehart. *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 4. ed. Kluwer, 2014.

ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior.* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

ROCHA, Sergio André. Tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014 e os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil. *Revista Fórum de Direito Tributário* v. 75. Belo Horizonte, 2015.

SANTOS, Ramon Tomazela. Brazil's absence from the multilateral Beps convention and the new amending protocol signed between Brazil and Argentina. *Kluwer International Tax Blog*, 2017.

SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 219. São Paulo: Dialética, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. The objective scope of article 7 and the treaty protection to deemed distributed dividends. *Kluwer International Tax Blog*, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Some considerations on the limitation of substance-based carve-out in the income inclusion rule of Pillar Two. *Bulletin for International Taxation* n. 75. IBFD, 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Chapter 7: Controlled Foreign Company legislation in Brazil. In: KOEFLER, George. *Controlled Foreign Company Legislation*. IBFD, 2020.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil.* 8. ed. São Paulo: Forense, 2015.

XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18.

Desafios Concretos da Aplicação dos Acordos contra Bitributação Celebrados pelo Brasil Frente à Lei n. 12.973/2014

Challenges in the application of the Agreements to Avoid Double Taxation signed by Brazil under Law n. 12,973/2014

Isabel Garcia Calich da Fonseca
LL.M. (Master of Laws) e *PhD (Doctor of Philosophy)* em Direito Tributário pela London School of Economics and Political Science (LSE). Professora do curso de Especialização em Direito Tributário Internacional e do Mestrado Profissional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Sócia na área de Direito Tributário do escritório HRSA, com sede em São Paulo, Brasil. *E-mail*: isabel.calich@hrsa.com.br.

Ana Paula Saunders
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/RJ). *Advanced LL.M. (Master of Laws)* em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Leiden, Holanda. Pós-graduada em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense. Mestranda em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora convidada do Projeto de Pesquisa do NUPEM, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Gerente de Planejamento Tributário-Brasil na Vale S.A. *E-mail*: ana.saunders@vale.com.

Resumo
O presente artigo tem por objetivo analisar o tratamento fiscal dos lucros auferidos no exterior por controladora brasileira quando a controlada é residente em país que possui acordo contra bitributação com o Brasil. Em outras palavras, visa-se analisar como tratar o "lucro" gerado no exterior quando a aplicação da Lei n. 12.973/2014 e afastada pela existência de tratado.
Palavras-chave: tributação base universal, lucro no exterior, controlada, tratado contra bitributação.

Abstract
This article aims to analyze the tax treatment of profits earned abroad by a Brazilian parent company when the subsidiary is resident in a country that has a double tax convention with Brazil. In other words, the objective of this article is to analyze how to tax the "profit" of a controlled company when the application of Law n. 12,973/2014 is blocked by Article 7 of the double tax treaty.
Keywords: worldwide taxation, foreign profits, controlled corporation, double tax convention.

Introdução

O objetivo deste artigo é trazer a discussão sobre o tratamento fiscal dos lucros auferidos no exterior de controladora brasileira quando a controlada é residente em país que possui acordo contra bitributação[1] firmado com o Brasil. Em outras palavras, visa-se analisar como tratar o "lucro" gerado no exterior quando a aplicação da Lei n. 12.973/2014 é afastada pela existência de tratado.

Antes de entrarmos nos exemplos que servirão de base para a discussão, cumpre-nos expor as premissas deste artigo, bem como as discussões do grupo de pesquisa do NUPEM, focado em aspectos da Lei n. 12.973/2014 e os tratados contra bitributação celebrados pelo Brasil. Nesse sentido, faremos referência a dois trabalhos de pesquisadores, desenvolvidos sob nossa orientação, que analisaram questões deste tema sob diferentes enfoques: (i) a evolução dos comentários da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), bem como a jurisprudência sobre regra CFC (*Controlled Foreign Corporation*) e tratados[2]; e (ii) aspectos das regras CFC e a legislação brasileira, bem como o posicionamento desta frente às regras do *Pillar* 2 do Projeto BEPS[3].

1) Sistemática e constitucionalidade da Lei n. 12.973/2014

A Lei n. 12.973/2014 alterou, dentre outras medidas, a forma de tributação das controladas indiretas que passaram a ser tributadas individualmente. Diante desta nova sistemática, há críticas contundentes na doutrina no sentido de tal regra ser inconstitucional por tributar um valor que não necessariamente é renda, nos termos do art. 43[4] do Código Tributário Nacional (CTN) e do art. 153[5] da Constituição Federal (CF).

Isto porque, para haver tributação da renda, deve ocorrer necessariamente acréscimo patrimonial e disponibilidade econômica ou jurídica[6]. A disponibiliza-

---

1 Os acordos contra bitributação firmados pelo Brasil também serão referenciados no texto simplesmente como "tratados", "tratados contra bitributação" ou, ainda, simplesmente "acordos".

2 SILVA, Gustavo Querotti; OLIVEIRA, Henrique Mellão Cecchi de, no trabalho desta obra: *Tributação em Bases Universais prevista na Lei nº 12.973/14 e os tratados internacionais contra a dupla tributação firmados pelo Brasil*.

3 DANIEL NETO, Carlos Augusto; SOARES, Romero Lobão, no trabalho desta obra: *Regras CFC brasileiras e Pillar 2*: coordenação, superposição ou redundância?".

4 "Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. [...]"

5 "Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]
III – renda e proventos de qualquer natureza;"

6 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Aspectos inconstitucionais da Lei nº 12.973 em matéria de tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior (segundo Alberto Xavier). In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional*: homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 761-776.

ção automática da renda de controlada indireta não cumpre com os requisitos constitucionais, pois para ser renda da controladora brasileira, precisa-se desconsiderar a personalidade jurídica das controladas, bem como tributar valor que não necessariamente equivalerá à renda efetivamente disponibilizada para a controladora brasileira (por exemplo, havendo prejuízo na cadeia, o valor a ser efetivamente distribuído para controladora brasileira será inferior ao lucro apurado pela controlada indireta).

Apesar de a doutrina majoritária seguir essa linha no sentido de tanto a legislação atual quanto à sistemática brasileira anterior (Medida Provisória n. 2.158-35/2001) serem incompatíveis com os mandamentos constitucionais, por outro lado, há entendimento no sentido contrário de que seria possível a tributação individualizada das controladas indiretas e da tributação ampla dos lucros auferidos no exterior por subsidiárias de controladoras brasileiras, assumindo-se ser constitucional a norma brasileira por haver poder de controle da sociedade brasileira sobre a cadeia e se tributar apenas a parcela efetiva de lucro que esta teria direito na controlada indireta. Ou seja, não haveria impedimento de ordem constitucional no modelo da Lei n. 12.973/2014[7].

2) Classificação da legislação brasileira como regra CFC e consequências

Outro ponto relevante que é discutido desde a Medida Provisória n. 2.158-35/2001 diz respeito ao aspecto antielisivo da norma de tributação de lucros no exterior brasileira. Nesse sentido, o Professor Marco Aurélio Greco defende que o art. 74[8] da MP n. 2.158-35/2001 não possui natureza antielisiva. Para ele, a regra brasileira é uma simples tentativa de tributação de acréscimo patrimonial na pessoa jurídica residente no Brasil em razão de um evento ocorrido no exterior. Com efeito, qualquer comparação do sistema aqui com os modelos de CFC *rules* existentes seria equivocada[9].

Surge aqui a questão sobre ser a nossa regra de tributação de lucros no exterior uma norma CFC de fato ou não e quais as implicações desta classificação para fins de aplicação do Artigo 7º da Convenção Modelo da OCDE, bem como dos seus respectivos comentários[10].

---

7 ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior.* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 138-139.

8 "Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento."

9 GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. *Manual de direito tributário internacional.* São Paulo: Dialética, 2012, p. 394-395.

10 Aqui faz-se referência aos comentários que admitem ser as regras CFC dos países signatários de Acordos contra a Bitributação compatíveis com o disposto no art. 7º, i.e., comentário 23 ao art. 1 (as regras CFC resultariam em um Estado Contratante tributar seus próprios residentes sobre

Sobre ser ou não a regra brasileira de tributação de lucros no exterior uma norma CFC, Carlos Augusto Daniel Neto e Romero Lobão Soares[11] entendem que nossa legislação tem um alcance mais amplo do que as típicas normas CFC, de modo a tributar toda e qualquer renda gerada por controlada no exterior, independentemente de onde estejam localizadas. Assim, por inexistir um modelo universal que possa ser adotado como um *standard* padrão apriorístico, não seria certo dizer que nossa legislação não pode ser considerada como regra CFC.

Essa visão, contudo, não é pacífica na doutrina.

Como sabido, o regime das sociedades controladas no exterior (CFC) visa permitir a tributação imediata dos lucros gerados por subsidiárias estrangeiras em situações específicas de abuso que pudesse favorecer eventual elisão fiscal[12]. De acordo com Luís Eduardo Schoueri, para impedir a alocação de recursos em jurisdições de baixa tributação, as regras CFC surgiram como um mecanismo para inibir o diferimento dos lucros auferidos *overseas*[13].

Para Brian Arnold a questão é a mesma. O doutrinador expõe que o intuito da legislação CFC é prevenir e/ou evitar o *domestic tax avoidance* por meio do desvio de lucros de fontes domésticas para subsidiárias localizadas em países com baixa tributação ou nula[14]. Diante disso, é nítido que a sistemática brasileira não pode ser definida como uma regra CFC, como assim defendido por Greco.

Nada obstante os efeitos econômicos serem o mesmo, i.e., o imediato recolhimento de imposto com a suspensão do diferimento, não podemos afirmar que nossos dispositivos sobre o tema possuem caráter antielisivo, já que são aplicados amplamente sem nenhuma restrição. Ou seja, tendo em vista que tanto a legislação anterior quanto a Lei n. 12.973/2014 alcançam toda e qualquer situação de geração de lucros no exterior, a previsão, por óbvio, não possui escopo antielisivo, característica fundamental para ser definida como uma norma CFC, nos moldes da prática mundial.

---

renda atribuível à participação em entidades estrangeiras); bem como no comentário 10.1 ao art. 7 (os impostos cobrados por um Estado Contratante em relação a seus próprios residentes não reduzem os lucros da sociedade residente no outro Estado Contratante e não podem ser entendidos como se tivessem sido cobrados sobre tais lucros); tratado em detalhe no trabalho Gustavo Querotti e Silva e Henrique Mellão Cecchi de Oliveira, a seguir comentado.

11 DANIEL NETO, Carlos Augusto; SOARES, Romero Lobão, no trabalho desta obra: *Regras CFC brasileiras e Pillar 2*: coordenação, superposição ou redundância?

12 A reforma americana de 1962 trouxe, pela primeira vez, as regras CFCs (*CFC rule* ou *CFC legislation*) como um conjunto de normas antielisivas para evitar o diferimento do momento do imposto pago sobre os lucros gerados no exterior. Com elas, em determinadas situações de elisão fiscal, o legislador suspende o benefício do diferimento de modo a exigir de imediato o recolhimento do imposto de renda.

13 SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 308.

14 ARNOLD, B. J. *The taxation of controlled foreign corporations*: an international comparison. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986, p. 72.

Pode-se afirmar, portanto, que o Brasil, afastando-se da experiência internacional de regras antielisivas, não possui uma legislação CFC, havendo, na verdade, apenas normas de tributação sobre os lucros gerados no exterior por controladas e coligadas de empresa-mãe sediada no Brasil. Nas palavras de André Martins de Andrade, nosso regime é geral e irrestrito, com a aplicação sobre toda e qualquer produção de lucro no exterior. Dessa forma, por não se tratar de tributação sobre determinados lucros identificados como artificialmente desviados da jurisdição que deveriam ser devidamente apurados, afasta-se a denominação de "CFC" da nossa legislação[15].

Corroborando esse entendimento, Gustavo Querotti e Silva e Henrique Mellão Cecchi de Oliveira, ao dispor sobre o tema, defenderam que o regime brasileiro não pode ser qualificado como regra CFC. Como o nosso regime de tributação dos lucros auferidos no exterior é aplicado indistintamente a toda e qualquer controlada e coligada localizadas fora do nosso país e mesmo nos casos em que haja efetiva atividade empresarial, destacaram a impossibilidade de qualificar a legislação brasileira como autêntico regime CFC[16].

Além disso, os mesmos pesquisadores foram além e após uma pesquisa detalhada sobre a evolução dos comentários à Convenção Modelo da OECD, explicam que as regras CFC mencionadas pela OCDE são aquelas que têm como propósito evitar situações específicas de abuso, em que a sociedade controlada no exterior tem como propósito diferir a tributação para jurisdição com tributação inferior ou mesmo evitar a tributação. Na situação brasileira, como o regime de tributação de lucros no exterior é aplicado indistintamente a toda e qualquer controlada no exterior (mesmo aquelas que desenvolvam atividade empresarial efetiva, ou que estejam sediadas em países que tributam a renda em nível compatível com a tributação brasileira) não há como se aplicar o entendimento da Organização. Para essa conclusão seria irrelevante dizer se o regime brasileiro pode ou não ser classificado como regra CFC. O fato é que os comentários da Convenção Modelo assumiram o pressuposto de ser uma regra antiabuso para afirmar a compatibilidade das regras CFC com os Tratados[17].

Ao nosso ver, corroborando o entendimento acima, independentemente da posição assumida, i.e., ser a regra brasileira de tributação de lucros no exterior classificada como legislação CFC ou não, isto não faz com que sejam aplicados os comentários da Convenção Modelo da OCDE que permitem a aplicação da legis-

---

[15] ANDRADE, André Martins de. *A tributação universal da renda empresarial*: uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 136-137.

[16] SILVA, Gustavo Querotti; OLIVEIRA, Henrique Mellão Cecchi de, no trabalho desta obra *Tributação em Bases Universais prevista na Lei nº 12.973/14 e os tratados internacionais contra a dupla tributação firmados pelo Brasil*.

[17] SILVA, Gustavo Querotti; OLIVEIRA, Henrique Mellão Cecchi de, no trabalho desta obra: *Tributação em bases universais prevista na Lei nº 12.973/14 e os tratados internacionais contra a dupla tributação firmados pelo Brasil*.

lação doméstica de tributação de lucros no exterior, mesmo havendo tratado de bitributação firmado entre o Brasil (país da controladora) e outra jurisdição. Isto porque, tais comentários foram elaborados pelos Estados-Membros desta Organização que adotam legislações CFC seguindo o padrão europeu (atualmente estabelecido na Diretiva Antielisão fiscal – *Anti-Tax Avoidance Directive – 2016/1164*)[18], no qual o elemento antielisivo é fundamental em sua estrutura. Assim, tendo em vista a estrutura da legislação brasileira, entendemos que havendo acordo de bitributação, o Artigo 7º bloquearia a sua aplicação, pois os comentários têm como referência regras CFC que não condizem com a legislação brasileira.

3) Contexto atual da tributação de lucros no exterior

Não obstante a discussão acima, é certo que as empresas brasileiras precisam lidar com situações práticas de geração de lucros auferidos no exterior sob a égide da "nova"[19] norma, na qual a declaração de inconstitucionalidade demandaria uma nova manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF), o que sabemos, na ADI n. 2.588[20] demorou mais de 10 anos. Com efeito, um dos pontos que não foi julgado pela Corte é justamente o foco desse estudo, qual seja, a tributação de lucros no exterior auferidos por controladas (sejam diretas ou indiretas) quando há tratado de bitributação, situação esta que vem sendo tributada sem óbice.

Consciente de tal situação e do fato de o contencioso administrativo e judicial ter se arrefecido com as novas regras de tributação de lucros no exterior da sistemática adotada pelo Brasil, a discussão sobre aplicação de tratados também teve sua importância reduzida para os contribuintes. Esta situação pode ser justificada pelo fato de a Lei n. 12.973/2014 prever a possibilidade de consolidação de resultado no exterior de investidas em determinadas situações[21], além da previsão do crédito presumido de 9% para a parcela positiva de lucro no exterior computada no lucro real para investimentos no exterior do setor industrial[22], vantagens não existentes na lei anterior. A vigência destes dois benefícios, contudo, está prevista apenas até o final de 2022, de forma que se não houver uma prorrogação, a discussão sobre a aplicação de Tratados e a própria constitucionalidade da referida

---

[18] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, p. 639.

[19] Disse-se nova entre aspas, uma vez que a Lei n. 12.973/2014 praticamente repetiu o objetivo principal da MP n. 2.158-35/2001 no que tange à tributação dos lucros auferidos no exterior.

[20] A Confederação Nacional das Indústrias (CNI) ajuizou a ADI n. 2.588 para indagar acerca da constitucionalidade do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 e do § 2º do art. 43 do CTN. Em resumo, a maior crítica foi a já mencionada no presente artigo, qual seja, que não há que se falar na possibilidade de incidência do IR sobre os lucros auferidos por controladas e coligadas situadas no exterior nos casos em que não sejam realmente disponibilizados para a empresa-mãe localizada no Brasil. A Suprema Corte, no entanto, julgou a ação parcialmente procedente, por maioria de 6 (seis) votos.

[21] Cf. art. 78 da Lei n. 12.973/2014.

[22] Cf. art. 87, § 10, da Lei n. 12.973/2014.

norma voltarão a ter maior relevância para os contribuintes, o que ressalta a importância do presente artigo.

3.1) Tributação de lucros no exterior e art. 7° dos tratados

Além disso, vale destacar que o argumento que se utilizava para afastar a aplicação do art. 74[23] da MP n. 2.158-35/01 pelo art. 7º (lucro das empresas)[24] dos acordos contra bitributação também se aplica para o art. 77[25] da Lei n. 12.973/2014. Isto ocorre porque tanto na regra anterior quanto na regra atual o evento tributável corresponde a *lucros* auferidos por controladas no exterior, os quais de acordo com o mencionado art. 7º só podem ser tributados pelo país de residência das controladas a não ser que exista um estabelecimento permanente no país de residência da controladora. Não obstante a nova lei se referir à "parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalentes aos lucros por ela auferidos antes do imposto de renda" esta descrição continua equivalendo aos lucros auferidos no exterior por controladas.

Considerando este raciocínio, a decisão proferida no Recurso Especial n. 1.325.709 também seria aplicável no que se refere à aplicação de Tratados contra a bitributação, afastando, consequentemente, a Lei n. 12.973/2014[26]. Isso porque a nossa atual sistemática de tributação dos lucros auferidos no exterior, apesar de pequenas particularidades, praticamente repetiu o disposto no já mencionado art. 74 da MP n. 2.158-35/2001. Assim, como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) restou consolidada no sentido de que as disposições dos tratados internacionais tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, ainda que aquela previsão tenha sido considerada constitucional pelo STF, em razão do art. 98[27] do CTN, observar-se-á o disposto nos acordos contra bitributação firmados pelo Brasil.

Com efeito, no caso de empresa controlada residente no exterior, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora brasileira, os lucros por

---

[23] "Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento."

[24] Em síntese, determina o art. 7º: "os lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior somente serão tributáveis no seu Estado de residência".

[25] "Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76."

[26] ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 143-144.

[27] "Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha."

ela auferidos, como disposição dos tratados celebrados, são lucros próprios da controlada estrangeira e, desse modo, devem ser tributados somente no país do seu domicílio, e não no Brasil. A sistemática adotada pela nossa legislação no sentido de adicionar tais lucros à empresa controladora brasileira acaba por ferir as próprias convenções assinadas pelo Brasil, bem como os Pactos Internacionais Tributários, em especial o Princípio da Boa-fé nas relações exteriores.

Especificamente sobre a aplicação do art. 7º e a legislação doméstica sobre lucros no exterior, seguimos grande parte da doutrina[28] que defende ser o escopo do art. 7º objetivo (os lucros das empresas), e não subjetivo (as empresas). O que de fato se pretende tributar não é a pessoa jurídica que auferiu determinado rendimento, mas sim, a renda por ela gerada. Assim, discordamos da interpretação adotada pela autoridade fiscal (Solução de Consulta Interna Cosit n. 18/2013) ao defender que o ônus do encargo para a empresa brasileira não seria objeto do art. 7º. Portanto, as sociedades estrangeira e nacional não devem estar sujeitas ao imposto brasileiro calculado sobre o lucro da empresa localizada no exterior e, dessa forma, como a legislação brasileira adota como fato gerador os lucros auferidos no exterior, no nosso entendimento a aplicação do art. 7º bloqueia, consequentemente, o art. 77 da Lei n. 12.973/2014.

Apesar de não haver alteração na aplicação dos Tratados quanto ao art. 7º frente ao art. 77 da Lei n. 12.973, é importante destacar que a nossa legislação alterou de forma substancial a forma de tributação das controladas indiretas. Isto porque a regra anterior estabelecia a consolidação vertical dos resultados das controladas indiretas nas controladas diretas, de forma a não ser admitida a tributação *per saltum*.

Esta mudança no tratamento fiscal das controladas indiretas seria o ponto segundo o qual o saudoso Professor Alberto Xavier destaca haver diferença entre a sistemática da MP n. 2.158-35/2001 e a Lei n. 12.973/2014 no que se refere à aplicação de Tratados. Isto porque o tratamento individualizado das controladas faz com que não seja possível aplicar o art. 7º de um tratado sobre lucros que não tenham sido originalmente gerados naquele país. Assim, como bem destacado por Xavier, a questão de aplicação de Tratado após a nova Lei é quase idêntica à anterior, havendo diferença apenas quanto às partes sobre qual tratado deve ser aplicado, ponto este que será retomado a seguir[29].

---

[28] SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, 2013, p. 74; EMERY, Renata. Os vícios do regime de tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior previsto na Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional*: homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 661-699; SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 315.

[29] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 473-474.

3.2) Paradigma na jurisprudência administrativa sobre tributação de lucros de controlada indireta

Exatamente sobre qual tratado deve ser aplicado no caso de estrutura no exterior com controlada direta e indireta, vale citar o Acórdão n. 9101-002.589 proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do Carf (no contexto da legislação anterior). Esse caso diz respeito à Eagle, empresa residente no Brasil, que possuía uma controlada direta ("Jalua") sediada na Espanha (país com tratado com o Brasil), que, por sua vez, detinha o controle das empresas "Monthiers", residente no Uruguai (país sem Tratado com o Brasil), e "CCBA", residente na Argentina (país com tratado com o Brasil).

De acordo com a fiscalização e considerando o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, a Eagle deveria ter adicionado à sua base de cálculo do IRPJ e da CSL o montante de aproximadamente R$ 1,5 bilhão, equivalente ao lucro operacional da Jalua acrescido do resultado de equivalência patrimonial das controladas indiretas citadas acima. Assim, como principal objeto de discussão, os julgadores deveriam analisar se o Tratado Brasil-Espanha afastaria a tributação brasileira dos lucros obtidos por suas controladas direta e indiretas[30].

Em sua decisão, o Carf destacou, dentre outros, 2 (dois) importantes pontos:

- Os lucros auferidos por controladas e coligadas, diretas ou indiretas, no exterior, serão considerados de forma individualizada, no que tange à apuração do lucro real da controladora brasileira, na data do balanço no qual tiverem sido apurados; e
- O art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 não conflita com o Tratado Brasil-Espanha para evitar a bitributação de renda, uma vez que os lucros tributados pela MP são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior.

Mesmo a decisão tendo sido contrária ao contribuinte, por voto de qualidade, vale destacar o voto do Conselheiro Luís Flávio Neto, que julgou procedente o Recurso Voluntário para afastar a autuação. Focando sua decisão na análise das controladas indiretas, ao explicar a sistemática então vigente e a razão de se dever aplicar o disposto no Tratado da controlada direta para o lucro das controladas indiretas, consolidado no resultado daquela, houve por bem reiterar o fato de que a legislação brasileira (na época art. 74 da MP n. 2.158-35/2001) não havia possibilitado a tributação do resultado de controladas indiretas ainda cujo reconhecimento não seja mandatório às controladas diretas. Consequentemente, como a Jalua, em consonância com as leis espanholas, não reconheceu os resultados apu-

[30] Vale destacar que apesar de a Jalua não ter reconhecido, em sua contabilidade, o resultado de suas controladas diretas, eis que não estava obrigada a adotar o MEP, as autoridades fiscais brasileiras consolidaram nela os resultados positivos da Monthiers e negativo da CCBA.

rados pelas suas controladas diretas (e consequentemente indiretas da Eagle) em sua escrituração, a fiscalização brasileira não poderia imputar à Jalua o resultado fiscal e contábil da Monthiers e da CCBA.

Por fim, o Ilmo. Conselheiro mencionou também que como a Jalua é uma empresa operacional cuja renda está sujeita à tributação efetiva na Espanha em razão de sua residência fiscal, a tributação dos "lucros" (e não dos "dividendos"), como assim disposta na norma brasileira, restaria impedida pela aplicação do art. 7º do Tratado Brasil-Espanha.

A decisão proferida no caso, por óbvio, foi objeto de críticas, em especial pela MP não conter nenhuma provisão no que tange à segregação do resultado da controlada direta dos gerados por controladas indiretas. Essa é a principal razão de o caso Eagle permanecer até hoje como de extrema relevância sobre o tema.

3.3) Tratados e o ordenamento jurídico brasileiro

Outra premissa relevante para a análise a seguir é como funcionam os Tratados contra a bitributação celebrados pelo Brasil. Segundo o já mencionado art. 98 do CTN "os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha". Alberto Xavier esclarece que o termo "revogação" estaria equivocado, pois a lei interna mantém a sua eficácia fora dos casos subtraídos de sua aplicação pelo tratado. Haveria apenas uma limitação à eficácia da lei que se torna inaplicável a certo círculo de pessoas e situações[31]. Este fenômeno não decorreria da especificidade[32] do tratado em relação à legislação doméstica, mas, como pontuado por Schoueri, destes (acordos de bitributação) serem instrumentos por intermédio dos quais os Estados Contratantes delimitam suas próprias jurisdições tributárias[33].

Assim, os tratados internacionais limitam o disposto nas legislações domésticas, mas jamais criam hipóteses de tributação que já não estejam devidamente previstas internamente. Com efeito, assumindo ser a materialidade do art. 77 da Lei n. 12.973/2014 a tributação de lucros de empresas, uma vez que a previsão doméstica restaria afastada pela aplicação do art. 7º dos Tratados, haveria previsão interna que continue permitindo a tributação pelo Brasil? Em outras palavras, a questão que surge é se seria possível eventual tributação no Brasil uma vez que a aplicação do art. 7 dos Tratados afasta, por conseguinte, o art. 77 da Lei n. 12.973/2014.

---

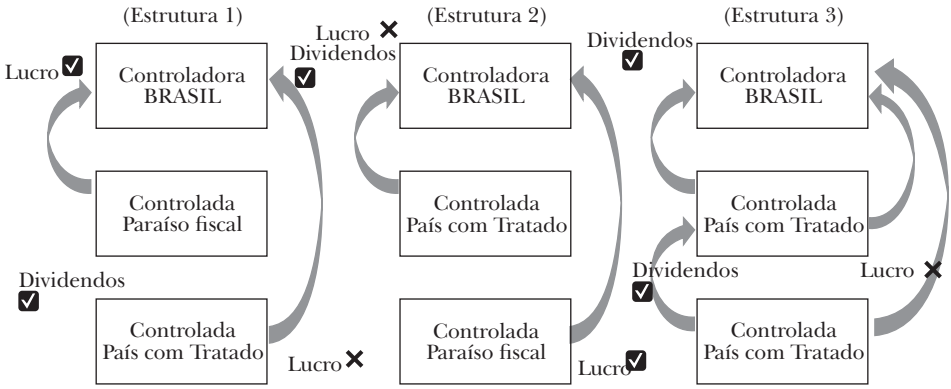
[31] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104-105.

[32] Apesar de este argumento ser utilizado na doutrina e na jurisprudência, como por exemplo na Solução de Consulta Interna Cosit n. 18/2013.

[33] SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, 2013, p. 72-73.

4) Exemplos e o bloqueio do art. 7° sobre o art. 77 da Lei n. 12.973/2014

Passaremos, então, ao exame das estruturas abaixo para verificar possíveis alternativas de tratamento tributário do lucro de controlada auferido no exterior, no qual esta se encontra em país com tratado, e sendo ainda controlada direta ou indireta. Vejamos os exemplos a seguir:



4.1) Estrutura 1

A Estrutura 1 reflete uma controladora no Brasil com controlada direta em paraíso fiscal e controlada indireta em país com Tratado. Como a controlada direta está em paraíso fiscal, aplicando-se o disposto no art. 77 da Lei n. 12.973/2014, haverá a tributação do lucro apurado em balanço, observada a proporção de sua participação. Portanto, o lucro individual da controlada em paraíso será tributado nos termos da referida norma.

Diferente é a situação da controlada indireta, pois esta se localiza em país que possui tratado com o Brasil. Dessa forma, a aplicação do art. 7º do tratado bloquearia a aplicação do art. 77 da Lei n. 12.973/2014, de forma que o lucro da controlada indireta não poderia ser tributado no Brasil, razão pela qual o lucro auferido pela controlada indireta somente poderá ser tributado no Brasil no momento da sua efetiva distribuição. Nesse momento surge outro aspecto da discussão: em qual momento da distribuição este valor deverá ser tributado? (i) quando pago para a controlada em paraíso fiscal ou (ii) apenas quando distribuído para controlada em paraíso e então esta redistribua para a controladora brasileira?

Para solucionar esta questão relacionada à distribuição de lucros pela controlada indireta, o primeiro aspecto a ser examinado diz respeito a se a controladora brasileira teria direito sobre estes dividendos. Nesse sentido, tanto os arts. 997, VII[34],

[34] "Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:
[...]
VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;"

e 1007[35] do Código Civil quanto o art. 205[36] da Lei das Sociedades Anônimas são explícitos ao determinar que distribuição de lucros só pode ser realizada a quem for sócio. Portanto, não sendo a controladora brasileira sócia da controlada indireta, e tendo o art. 7º bloqueado a aplicação do art. 77 da Lei n. 12.973/2014, ao nosso ver, a controladora brasileira só teria direito sobre este valor quando houvesse a distribuição ao longo da cadeia e a sua controlada direta deliberasse o pagamento para ela. Em outras palavras, ao se bloquear no Brasil a tributação de lucros de controlada indireta no exterior, não se deve aplicar mais a Lei n. 12.973/2014 para os eventos subsequentes, pois, neste caso, haveria uma incoerência total do sistema, pois a controladora brasileira não é sócia da controlada indireta, não podendo, portanto, receber dividendos desta.

A questão subsequente que deve ser enfrentada então é: há regra no nosso ordenamento jurídico que preveja a tributação de lucros distribuídos de controlada para controladora residente no Brasil? Segundo Sergio André Rocha, nos dispositivos da Lei n. 12.973 em nenhum momento considerou-se a distribuição de dividendos como passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL. Ele ainda ressalta que mesmo no caso das coligadas pelo regime de caixa, a materialidade continua sendo lucros auferidos e não distribuição de dividendos. No caso das coligadas, a distribuição de dividendos delimita apenas o momento em que o lucro será adicionado ao lucro real e a base de cálculo da CSLL. Assim, na sua visão, ao se aplicar o art. 7º dos Tratados, afasta-se a competência tributária do Brasil para tributar lucros auferidos por controlada no exterior, pois não haveria regra prevendo a incidência de IRPJ e CSLL sobre distribuição de lucros[37].

Por outro lado, o art. 25 da Lei n. 9.249/1995 estabelece "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". Enquanto a expressão "rendimentos e ganho de capital" se refere à atividade direta exercida no exterior pela controladora, a expressão "lucros" se aplica à atividade indireta, realizada por meio de filiais,

---

[35] "Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas."

[36] "Art. 205. A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação."

[37] ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 145.
Note-se que sob a égide da legislação anterior, i.e., MP n. 2.158-35/2001 havia a mesma discussão e o posicionamento da doutrina era no mesmo sentido. Segundo João Francisco Bianco, uma vez apurado o valor do lucro auferido no exterior e oferecido à tributação no Brasil, a sua distribuição era neutra de efeitos fiscais, pois não havia (nem há) qualquer referência legal expressa nesse sentido, mas esta conclusão se impunha se examinássemos a sistemática de incidência do imposto (BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 57).

sucursais, controladas ou coligadas no exterior[38]. Note-se que dividendos pagos por sociedades não controladas ou coligadas se classificam como atividade direta, i.e., investimentos reconhecidos por custo no balanço[39].

Ainda com relação ao art. 25 da Lei n. 9.249/1995, logo após a sua edição, i.e., em 1996, Luís Eduardo Schoueri, discutindo a constitucionalidade do novo dispositivo, trouxe a questão sobre a tributação no momento da distribuição dos dividendos. Sobre este argumento deixou claro o ilustre professor que o legislador havia escolhido outro momento como fato gerador do imposto de renda (i.e., lucros de controladas, auferidos em cada um de seus exercícios fiscais, devendo estes serem adicionados ao lucro líquido da controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real); assim caso esta regra fosse inconstitucional, não poderia o aplicador do direito modificá-la para adotar como fato gerador o momento da distribuição e não o momento de sua apuração[40].

Contrariando o raciocínio descrito, poderia se aplicar o supracitado art. 25, ao se considerar os dividendos (decorrentes de lucros não tributados) como rendimentos do exterior, e, portanto, quando distribuídos apenas pela controlada direta (no caso a sociedade em paraíso fiscal) seriam computados na apuração do lucro líquido da controladora brasileira. A controlada em paraíso fiscal permanece sendo atingida pelo art. 77 da Lei n. 12.973/2014, de forma que apenas o seu lucro será adicionado anualmente no lucro real e na base da CSLL, excluído o reflexo da participação na controlada indireta. O que reforça o argumento de que, após o bloqueio pelo art. 7º, apenas na distribuição de dividendos pela controlada direta poderia o dividendo decorrente do lucro da controlada indireta ser tributado no Brasil. Assim, mesmo que houvesse a distribuição da controlada indireta para a controlada direta em paraíso fiscal, apenas quando esta realizasse a redistribuição para a controladora no Brasil, este valor estaria alcançado pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995.

Contudo, a argumentação adotada no parágrafo anterior está desconectada da estrutura da Lei n. 9.249/1995, pois como bem explicado por Alberto Xavier, rendimento se refere à atividade direta exercida pela controladora no exterior; enquanto lucros no exterior se refere à atividade exercida indiretamente por meio de controladas[41]. E complementado pelo argumento de Luís Eduardo Schoueri apresentado acima, verifica-se que, ao se aplicar a regra de tributação

---

38 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 437.

39 Cf. art. 8º da Instrução Normativa SRF n. 203/2002.

40 SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um novo capítulo no direito tributário internacional do Brasil? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de Renda*: alterações fundamentais. São Paulo: Dialética, 1996, p.145.

41 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 437.

de rendimento no exterior para dividendo distribuído de controlada em país com tratado, modifica-se a hipótese de incidência, incluindo aspecto temporal diverso do determinado em lei.

Em suma, tanto a Lei n. 9.249/1995 quanto a Lei n. 12.973/2014 não elegeram como fato gerador do IRPJ e da CSL o momento da distribuição de lucros no exterior, mas o momento de sua apuração pela controlada.

Dessa forma, analisando-se conjuntamente o disposto nestas leis, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro não só não prevê expressamente a isenção de dividendos quando houve previamente a tributação de lucro de controlada ou coligada no exterior como também não prevê o tratamento fiscal a ser aplicado quando há o bloqueio da Lei n. 12.973 pelo art. 7º dos Tratados. Em outras palavras, o nosso ordenamento não está preparado para tributar os dividendos no momento da distribuição quando os lucros não foram tributados anteriormente.

4.2) Estrutura 2

Passemos então para a Estrutura 2: nesta, a controlada direta se encontra em país com tratado enquanto a controlada indireta está em paraíso fiscal. Esta situação reflete exatamente o que a Lei n. 12.973/2014 tentou coibir: a utilização de sociedades *holdings* situadas em países com tratado, de forma que o lucro de suas controladas (em países sem tratado muitas vezes) viesse a compor o seu resultado (tendo em vista a necessidade de consolidação vertical da legislação anterior).

Com o art. 77 da Lei n. 12.973/2014 o lucro da controlada indireta passou a ser adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL sem necessidade de consolidação de seu resultado na controlada direta. Assim, não pairam dúvidas que no cenário atual a existência de uma *holding* em país com tratado não bloqueia a tributação do lucro do resto da cadeia de empresas. No caso em tela, o lucro da controlada indireta em paraíso fiscal deverá ser tributado de forma imediata e individual.

Com relação à controlada direta, estando esta em país com tratado e assumindo-se o art. 7º afastar a tributação enquanto não haja a disponibilidade do lucro, quando houver a efetiva distribuição voltaremos à situação descrita acima de ausência de norma legal que tribute os lucros de controlada no exterior quando estes forem distribuídos. Como o lucro da controlada indireta já foi tributado de forma imediata, quando este for distribuído para controlada direta em país com tratado e esta sociedade na sequência redistribuir para controladora no Brasil, estes valores deverão ser excluídos do ponto de vista da legislação brasileira. Todavia, situação complexa pode surgir se o país de residência da controlada direta (país com tratado) tributar na fonte o total dos dividendos distribuídos. Nesse caso a base que sofrerá a incidência do imposto de renda na fonte será maior que a parcela decorrente de lucro da controlada direta, pois muito provavelmente a base de cálculo dos dividendos distribuídos será composta pelo lucro da controlada indireta. Outra questão que o ordenamento atual não prevê.

4.3) Estrutura 3

Por último, a Estrutura 3, na qual há controlada direta e indireta em país com tratado. Nesta situação, assumindo-se que ambos os arts. 7º dos tratados bloqueiam a aplicação do art. 77 da Lei n. 12.973/2014, só haveria tributação quando os lucros fossem efetivamente distribuídos. Mas, como já exposto, como não há previsão legal para a tributação de dividendos distribuídos de controlada no exterior, tais valores não seriam tributados no Brasil. Além disso, como o art. 7º dos tratados bloqueia a nossa legislação interna, a relação societária a ser observada passaria a ser exclusivamente a da distribuição de dividendos entre a controlada direta e a controladora brasileira.

Assim, imaginemos que a controlada direta seja residente na Áustria e a controlada indireta na Itália, exemplo utilizado por Alberto Xavier e com o qual corroboramos com o mesmo entendimento: o Tratado Brasil-Áustria seria inaplicável quanto ao art. 7º às relações entre a controladora brasileira e a controlada indireta (Itália), sendo ineficaz para a proteção dos lucros da sociedade italiana (efeito este desejado na Lei n. 12.973). Mas, no que se refere à isenção de dividendos, prevista no art. 23 do Tratado Brasil-Áustria, suas disposições seriam aplicáveis não apenas para os dividendos de lucros originários da Áustria como também da Itália, pois não se admitiria que com base em um artifício da lei brasileira, *i.e.*, em uma relação jurídica ficcional, dividendos que seriam isentos passassem a ser tributados[42].

Deve-se lembrar que além do art. 7º dos tratados, para proteger os lucros de controladas no exterior há também as "cláusulas de incompatibilidade"[43], as quais podem ser identificadas nos tratados celebrados pelo Brasil com Dinamarca, República Tcheca, Eslováquia e Noruega. A cláusula de incompatibilidade vai além do disposto no art. 7º, que apenas protege relações de controle direto, enquanto esta abrange os lucros das controladas indiretas[44].

Outra cláusula dos tratados que merece ser mencionada é o método de isenção de dividendos do art. 23 de alguns tratados (Argentina, Áustria, Equador e Espanha). Em tais tratados, o Brasil renuncia a qualquer pretensão de tributar os lucros de controladas e coligadas no exterior, quer seja no momento de sua apuração (art. 7º), quer seja quando de sua distribuição para o sócio (art. 23 – método de isenção), não podendo o Brasil por simples modificação de sua legislação do-

---

[42] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 475.

[43] As cláusulas de incompatibilidade determinam: "Os lucros não distribuídos de uma sociedade anônima de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, *direta ou indiretamente*, por um ou mais residentes de outro Estado Contratante não são tributáveis no último Estado."

[44] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 485.

méstica, alcançar um resultado que desrespeita o acordo firmado com outros países[45]. A cláusula de isenção afasta a tributação automática dos lucros do exterior, pois a isenção de dividendos seria contraditória com a tributação dos lucros que lhe deram origem[46].

Por outro lado, os tratados contra bitributação do Brasil com Peru e México estabelecem cláusulas excepcionais de compatibilização[47] que permitem que a Lei n. 12.973/2014 seja aplicada independentemente das demais disposições do tratado.

Todavia, não é porque alguns tratados possuem cláusulas específicas provendo outros limites para a tributação de lucros auferidos no exterior por controladas que os tratados que não possuem estas cláusulas não protegem tal situação. Isto porque não se pode atribuir um grande valor interpretativo para os acordos de bitributação paralelos[48].

Assim, defendemos que o teor do art. 7º dos tratados seria suficiente para limitar a aplicação do art. 77 da Lei n. 12.972/2014. Como exposto na primeira parte deste artigo, independentemente de a Lei n. 12.973/2014 se enquadrar no conceito de regra CFC, entendemos pelos motivos expostos que os comentários a OCDE não seriam aplicáveis, de forma que havendo tratado entre o Brasil e a jurisdição da controlada, o art. 7º limitaria a aplicação do art. 77 da Lei n. 12.973/2014.

5) Conclusões

Em suma, estas breves reflexões sobre aplicação de tratado e a Lei n. 12.973/2014 visou esclarecer que o objeto de tributação da legislação vigente continua sendo o mesmo: lucro do exterior de controlada, de forma que a discussão com relação à aplicação do art. 7º permanece a mesma. Por outro lado, o que se pretendeu demonstrar foi que com a nossa legislação deve-se observar individualmente a jurisdição na qual a controlada (direta e/ou indireta) é residente, sendo que o art. 7º tem o condão de proteger apenas os lucros originários daquela jurisdição com a qual o Brasil possui tratado.

---

45 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 483.

46 SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 317.

47 A cláusula de compatibilidade (item 5 com referência ao art. 23 do Protocolo) do tratado contra bitributação entre Brasil e Peru estabelece: "As disposições da Convenção, especialmente as do Artigo 23, não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa à capitalização insuficiente ou para combater o diferimento do pagamento do imposto sobre a renda, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação de 'CFC') ou outra legislação similar."

48 SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 316.

Já no que se refere aos dividendos distribuídos, afastando-se a aplicação da Lei n. 12.973/2014, a relação jurídica que prevalece é entre a controlada direta e a controladora brasileira (dividendos só podem ser pagos a sócios). Nesse contexto, se o art. 23 do Tratado prever a isenção de dividendos, deve-se aplicar não apenas aos dividendos decorrentes de lucro da controlada direta como também da indireta. Todavia, no cenário atual, considerando que o objeto de nossa legislação é a tributação de lucro e não há previsão legal para a tributação de dividendos distribuídos de controlada no exterior, entendemos que estes valores não devem ser tributados no Brasil.

Portanto, devido à sua incompatibilidade com os tratados celebrados pelo Brasil, é certo que a Lei n. 12.973/2014 não deverá produzir efeitos no que tange à tributação de lucros auferidos no exterior por controladas diretas e indiretas (residentes em país com tratado) ainda que esses montantes sejam efetivamente distribuídos para a controladora aqui situada. A ausência de previsão legal não muda a conclusão sobre a prevalência do art. 7º, de forma que esta apenas prejudica o interesse de tributação do país, devendo eventual alteração da sistemática atual incluir regra referente à tributação de lucros distribuídos de controlada sediada em país com tratado.

Bibliografia

ANDRADE, André Martins de. *A tributação universal da renda empresarial*: uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARNOLD, Brian J. *The taxation of controlled foreign corporations*: an international comparison. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986.

ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019.

DANIEL NETO, Carlos Augusto; SOARES, Romero Lobão no trabalho desta obra: *Regras CFC brasileiras e Pillar 2*: coordenação, superposição ou redundância?

EMERY, Renata. Os vícios do regime de tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior previsto na Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional*: homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Aspectos inconstitucionais da Lei nº 12.973 em matéria de tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior (segundo Alberto Xavier). In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional*: homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/14*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um novo capítulo no direito tributário internacional do Brasil? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de Renda*: alterações fundamentais. São Paulo: Dialética, 1996.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, 2013.

SILVA, Gustavo Querotti; OLIVEIRA, Henrique Mellão Cecchi de, no trabalho desta obra: *Tributação em bases universais prevista na Lei nº 12.973/14 e os tratados internacionais contra a dupla tributação firmados pelo Brasil*.

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

Os possíveis novos rumos para a legislação de tributação em bases universais do Brasil, tendo-se em vista aspectos constitucionais e de política tributária

A Competitividade das Multinacionais Brasileiras e a Tributação de Lucros no Exterior: Análise Comparada da Documentação Fiscal de Multinacionais e a Questão da Transparência como Entrave à Formulação de Políticas Fiscais

The Competitiveness of Brazilian Multinational Companies considering the Worldwide Taxation Principle: the Issue of Transparency in Fiscal Documentation as an Obstacle to the Formulation of Fiscal Policies

Mariana Brandão Fantini
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Advogada em São Paulo. *E-mail*: marianafantini@me.com

Noely Albuquerque Pereira
Bacharel em Ciências Contábeis pela Fecap – Fundação Álvares Penteado. *MBA* em Gestão Tributária pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras – Fipecafi. Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Contadora em São Paulo. *E-mail*: noely_pereira@hotmail.com.

Resumo
O presente artigo tem como objetivo analisar os efeitos da tributação em bases universais ("TBU") estabelecida pela Lei n. 12.973/2014 em relação à competitividade das multinacionais brasileiras. Para tanto, foi analisado o conceito de competitividade à luz do fenômeno da internacionalização das empresas nacionais, para verificar as premissas utilizadas para definição do conceito, bem como possíveis impactos que os entraves ou benefícios gerados pela atual legislação poderiam ocasionar à competitividade das empresas. Posteriormente, foi analisada a evolução legislativa da regra de TBU, bem como especificidades da regra brasileira. Depois, analisando a documentação fiscal de duas empresas reais com representatividade de mercado no mesmo setor, foram analisados os efeitos práticos das regras de tributação de lucros auferidos no exterior. Considerando as lacunas encontradas, foi realizada análise crítica sobre a forma de divulgação das informações e como isso impacta na aferição dos níveis de competitividade do mercado e a formulação de políticas fiscais.
Palavras-chave: tributação em bases universais, competitividade, transparência fiscal, Lei n. 12.973/2014.

Abstract
This article aims to analyze the effects of taxation on universal basis established by Law No. 12973/2014 on the competitiveness of Brazilian multinationals. In this sense, the concept of competitiveness was analyzed considering the phenomenon of internationalization of national companies, in order to verify the assumptions employed in the analysis, as well as possible impacts that the obstacles or benefits generated by the current legislation could cause to the competitiveness of companies. Subsequently, the legislative evolution of the TBU system was analyzed, as well as specificities of the Brazilian rule. Afterwards, upon assessing the tax documentation of two real companies with significant market shares in the same sector, the practical effects of the rules for taxation of profits earned abroad will be analyzed. Considering the gaps found, a critical analysis will be carried out on the way in which information is disseminated and how this impacts the measurement of market competitiveness levels and the formulation of fiscal policies.
Keywords: Worldwide taxation, competitiveness, fiscal transparency, Law No. 12,973/2014.

Introdução

As multinacionais brasileiras enfrentam ambiente pouco favorável para a realização de suas operações internacionais do ponto de vista competitivo[1]. Apesar de as companhias brasileiras terem passado por um processo crescente de internacionalização[2], passando a operar como multinacionais brasileiras no exterior para expandir seus negócios e fomentar os investimentos de capital estrangeiro no Brasil, esse número ainda é baixo em comparação com o número de multinacionais estrangeiras. Nesse contexto, a tributação dos lucros auferidos no exterior é comumente apresentada como relevante fator de desincentivo à operação das multinacionais brasileiras. Nesse sentido, Luís Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz ensinam que "o Brasil, ao insistir na tributação da renda em bases universais, está indo na contramão da prática internacional recente"[3]. Mas não é só, também afirma Ramon Tomazela dos Santos que "o problema da rigidez do regime brasileiro de tributação em bases universais, previsto na Lei n. 12.973/2014, reside justamente em sua adoção isolada pelo Brasil, que acaba por prejudicar a expansão das empresas brasileiras que atuam no exterior"[4].

---

1 De acordo com o Relatório elaborado pela Confederação Nacional da Indústria, o Brasil está em penúltimo lugar entre os 18 países avaliados (Competitividade Brasil 2019-2020, p. 24).

2 PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos, 2012, fls. 257, p. 126.

3 PEREIRA, R. C. L.; SCHOUERI, L. E. Tributação internacional e o direito interno. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Pesquisas Tributárias*: tributação internacional e o direito interno. 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2018, p. 499-541, p. 515.

4 SANTOS, Ramon Tomazela. A competitividade no mercado global e a tendência à migração para um sistema de tributação territorial. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da;

Dessa forma, buscando a proposição de sugestões para novos rumos da tributação em bases universais adotada no sistema tributário brasileiro, o presente artigo visa analisar as diferenças de aplicação das regras de tributação de bases universais disciplinadas pela Lei n. 12.973/2014 e as regras de *Controlled Foreign Companies* ("CFC") aplicadas para as empresas sediadas no Brasil com atuação internacional com objetivo de avaliar os aspectos prejudiciais à competitividade de tais empresas.

Para tanto, foram analisados os documentos contábeis e fiscais de uma multinacional com representatividade no mercado brasileiro em relação a uma concorrente com residência fiscal na União Europeia, buscando a elaboração de modelo contábil que apresentasse como se daria a tributação dos lucros auferidos no exterior por tais empresas, caso fossem adotadas as regras tributárias às quais submetem-se seus principais concorrentes internacionais.

I. Competitividade das multinacionais brasileiras

Antes de adentrar ao tema da tributação em bases universais e suas controvérsias, é necessário delimitar o conceito de competitividade utilizado no presente artigo.

Apesar de a competitividade ser fenômeno que comporta efeitos nacionais e internacionais, serão estudados seus efeitos em relação ao mercado exterior. Nesse sentido, considerando a existência de um mercado internacional globalizado, pressupõe-se que será maior sua eficiência quanto maior for a possibilidade de integração e trocas entre seus integrantes (ou seja, quanto menores forem os custos para importar e exportar).

Esse tipo de troca entre as empresas brasileiras e empresas estrangeiras é pouco desenvolvido na economia brasileira, o que se verifica pela relação entre comércio internacional e PIB do país que consiste em apenas 22,9%[5], índice inferior aos países semelhantes ao Brasil, como os países da América Latina (índice da Colômbia é de 28,2%, enquanto o do Chile é 50,2%) e aos BRICS (índice da Índia corresponde a 30,7% e o da China consiste em 34%). De acordo com Fernando Alcaraz[6], o elevado fechamento da economia do país se deve a duas principais razões: as elevadas tarifas e barreiras não tarifárias e aos poucos acordos comerciais, o que acaba por gerar menor possibilidade às empresas brasileiras de competirem com concorrentes internacionais.

Seguindo o raciocínio do autor, o impacto das altas barreiras tarifárias resulta em distorções na alocação de recursos na economia e, consequentemente, na

---

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo (org.). *Tributação da economia digital* – desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 881-898.

5 Fonte: Banco Mundial, 2018.

6 ALCARAZ, Fernando. A nova política comercial do Brasil: um olhar preliminar sobre tarifas. *Revista Brasileira de Comércio Exterior* ano XXXIII, n. 140, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/rbce140_Alcaraz.pdf. Acesso em: 12 maio 2021.

menor produtividade para as empresas, tendo em vista que as tarifas elevadas aumentam os custos de produção. Tais afirmações encontram respaldo em diversos estudos empíricos por meio dos quais foi possível concluir que a redução tarifária impactou diretamente nos ganhos de produtividade[7].

Dessa forma, o conceito de competitividade adotado para fins da presente análise está relacionado à possibilidade de que as empresas concorram em âmbito internacional na consecução de suas atividades: quanto maior o índice de competitividade, maior a eficiência e a viabilidade de atuação em um mercado globalizado.

Estabelecido o contexto acima sobre a competitividade, faz-se necessário estabelecer as premissas para a atuação global das empresas: a chamada "internacionalização". Tal fenômeno pode ser interpretado de diferentes maneiras, a depender da sua própria amplitude. Nesse sentido, diferencia-se a internalização comercial, que consiste na destinação de produtos e bens ao exterior, da internacionalização produtiva, que depende de uma "relação contínua com o exterior" de movimentação de fatores de produção[8]. Para fins do presente trabalho, será considerado o termo "internacionalização" quando se trata da chamada "internacionalização produtiva", que consiste na possibilidade de que multinacionais realizem parte de suas atividades produtivas no exterior por meio de filiais ou subsidiárias.

Como ensina Roberto Codorniz[9], existem dois importantes modelos teóricos que identificam as motivações que levam as empresas a se internacionalizarem. O primeiro deles é o modelo desenvolvido por Dunning – a abordagem eclética (*ecletic paradigma*) – segundo o qual a internacionalização proporciona uma vantagem comparativa em relação aos demais participantes do mercado de propriedade ligada à localização. Ou seja, quanto mais internacionalizada, maior o acesso ao mercado consumidor. Nesse sentido, o autor elenca três motivações centrais para a internacionalização: acesso a novos mercados, a busca por recursos (matérias-primas, ideias e habilidades) e a possibilidade de alcançar maior eficiência com a economia de escala.

Esse modelo teórico sobre a motivação para a internacionalização foi enriquecido por Iglesias e Veiga, autores que afirmam que a intenção buscada não é somente a vantagem de propriedade, mas também as vantagens asseguradas pelo

---

7 ALCARAZ, Fernando. A nova política comercial do Brasil: um olhar preliminar sobre tarifas. *Revista Brasileira de Comércio Exterior* ano XXXIII, n. 140, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/rbce140_Alcaraz.pdf. Acesso em: 12 maio 2021.

8 BARRETO, Fernando Mello; RICUPERO, Rubens. A importância do investimento direto estrangeiro do Brasil no exterior para o desenvolvimento socioeconômico do país. In: ALMEIDA, André (org.). *Internacionalização de empresas brasileiras*: perspectivas e riscos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 22.

9 PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação em bases universais da pessoa jurídica*: um estudo empírico das suas causas e efeitos. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getulio Vargas. Ano de Obtenção: 2012, p. 117.

país da sede e pelo país do investimento, tais como o contexto social, político, econômico e concorrencial[10].

Nesse sentido, como exemplo, é possível citar a entrevista realizada por Roberto Codorniz com a advogada e consultora tributária Simone Musa Dias[11], que afirmou que muitas vezes as empresas brasileiras se internacionalizam por questões regulatórias, uma vez que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") não permite a aquisição de concorrentes no Brasil, restando à empresa que busca aumentar suas operações investir em outros países que não o Brasil.

O segundo modelo teórico existente é o modelo comportamentalista, segundo o qual a internacionalização decorre de um processo das empresas que permite que essas se insiram no mercado externo com menores riscos. Nesse sentido, as empresas gradualmente participam do mercado internacional, do mais para o menos próximo ("Modelo dinâmico de aprendizagem" – *Uppsala model*) ou conquistam novos mercados conforme alcançam novos estágios de inovação que representam vantagens competitivas determinantes para a internacionalização ("Modelo de estágios" – *innovation-related internacionlization model*)[12].

Adotando as mesmas premissas do primeiro modelo teórico desenvolvido por Dunning, Iglesias e Veiga, será adotada a abordagem eclética buscando analisar como as regras de tributação podem servir como incentivos ou desincentivos para a internacionalização das empresas e, consequentemente, como a tributação pode afetar a competitividade.

Isso porque, como já afirmam Luís Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz, "a adoção de um sistema de tributação em bases universais" como é o brasileiro, "mesmo que combinado com o método do crédito, cria um desincentivo à internacionalização produtiva das empresas nacionais"[13].

Valendo-se dessa mesma abordagem eclética, é de fundamental relevância estudo desenvolvido por Reuven S. Avi-Yonah e Yaron Lahav[14], que por meio da

---

[10] IGLESIAS, Roberto; VEIGA, Pedro da Motta. Investimento das firmas brasileiras no exterior: algumas hipóteses e resultados de uma pesquisa entre exportadores. In: HAMAIS, Carlos A. (org.). *O desafio dos mercados externos*: teoria e prática na internacionalização da firma. Rio de Janeiro: Mauad, 2005. v. II, p. 204.

[11] PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação em bases universais da pessoa jurídica*: um estudo empírico das suas causas e efeitos. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getulio Vargas. Ano de Obtenção: 2012. Entrevista realizada por Roberto Codorniz Pereira Leite com Simone Musa Dias, no escritório onde a entrevistada exerce a sua profissão, no dia 10 de novembro de 2011. A entrevistada autorizou a utilização da entrevista e permitiu a menção ao seu nome.

[12] ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. O BNDES e o apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões. *Revista do BNDES* v. 12, n. 24. Rio de Janeiro, 2005, p. 47-48.

[13] PEREIRA, R. C. L.; SCHOUERI, L. E. Tributação internacional e o direito interno. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Pesquisas Tributárias*: tributação internacional e o direito interno. 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2018, p. 512.

[14] AVI-YONAH, Reuven S.; LAHAV, Yaron. The effective tax rates of the largest U.S. and EU multinationals. *Michigan Law. Forthcoming, Tax L Rev* 65.

comparação da alíquota efetiva do imposto de renda (*effective tax rate* – "ETR") incidente nas 100 maiores multinacionais residentes nos Estados Unidos com o ETR das 100 maiores multinacionais residentes em países da União Europeia buscou analisar se a alta alíquota do imposto ao qual estão sujeitas as multinacionais americanas (*corporate tax*) estaria efetivamente prejudicando sua competitividade.

Ao final de sua análise, os autores chegaram à conclusão de que as multinacionais americanas não enfrentam qualquer problema de competitividade decorrente da tributação em relação às multinacionais europeias. Tal realidade, contudo, não se reflete no Brasil.

Buscando trazer a análise de como as regras de tributação, especificamente, as regras de tributação em bases universais brasileiras, impactam na competitividade das multinacionais nacionais, a ideia do presente artigo foi a realização de análise comparativa de multinacionais relevantes no Brasil e na Holanda, atuantes no mesmo setor.

Para tanto, é necessário delimitar o contexto atual das normas tributárias brasileiras por meio de dados indicativos do panorama em que se encontram as empresas nacionais.

O relatório mais recente (2019-2020) elaborado pelo CNI indica o Brasil como um dos piores países para a competitividade das empresas em relação ao fator "tributação". De acordo com os indicadores de "carga tributária elevada" e "baixa qualidade do sistema tributário", o Brasil está em penúltimo lugar entre os 18 países avaliados, situando-se acima apenas da Argentina[15].

As razões pelas quais a tributação brasileira é comumente apontada como um problema para a competitividade das empresas brasileiras variam: desde a elevada proporção dos tributos em relação ao lucro das empresas, até a quantidade de obrigações acessórias a serem cumpridas, o que gera elevados custos de conformidade, dentre outras razões diversas.

Nesse contexto, a regra de tributação em bases universais brasileira não se furta de figurar entre as principais razões apontadas por empresários e acadêmicos como entrave à competitividade das multinacionais brasileiras.

A relevância deste impacto remonta ao mercado como um todo, uma vez que, considerando que os elementos tributários não fornecem incentivos à internacionalização das empresas, não há a possibilidade de que o país colha benefícios futuros em termos de acréscimo de produção nacional, exportações e crescimento do resultado tributável apurado no Brasil[16].

---

[15] De acordo com o Relatório elaborado pela Confederação Nacional da Indústria, o Brasil está em penúltimo lugar entre os 18 países avaliados (Competitividade Brasil 2019-2020, p. 24).

[16] PEREIRA, R. C. L.; SCHOUERI, L. E. Tributação internacional e o direito interno. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Pesquisas Tributárias*: tributação internacional e o direito interno. 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2018, p. 514.

II. A evolução legislativa da regra de TBU brasileira

Considerando que o fenômeno da internacionalização das empresas é comum à maior parte das economias mundiais, a questão a respeito da tributação em bases universais ou territoriais é recorrente para a competitividade das empresas. Isso porque, quando há internacionalização, imediatamente abre-se margem para a corrosão da base tributária dos países, tendo em vista que existirão lucros de empresas nacionais fora de território soberano de tributação.

Tendo isso em vista, a maior parte dos países costuma adotar um sistema tributário que tenha por base componentes de tributação universal e territorial[17]. Quanto mais se aproximar do sistema de tributação em bases territoriais, maior fração da renda auferida no exterior é isenta. Por outro lado, quanto mais frequentes os elementos de tributação em bases universais em um sistema, a renda ativa auferida no exterior é tributada, embora seja diferida (ocorrendo somente quando há distribuição de dividendos da controlada estrangeira para a controladora)[18].

Nesse contexto, inserem-se as chamadas regras *Controled Foreign Corporations* ("CFC"). Buscando proteger a base doméstica, tais regras determinam a tributação imediata (sem diferimento) de determinadas categorias de rendas auferidas pela controlada no exterior. Sobre o desenho de uma regra CFC, a ação 3 do *Base Erosion and Profit Shifting* ("BEPS"), com o objetivo de criar uniformidade na tributação da renda de pessoas jurídicas, trouxe algumas diretivas que devem ser observadas para a definição da regra, como: (i) a necessidade de abranger pessoas jurídicas, mas também sociedades de pessoas, *trusts*, filiais; (ii) a delimitação do regime somente a casos relevantes para diminuir os custos de conformidade; (iii) a definição de controle (como por exemplo, percentual das ações votantes, participação societária etc.); (iv) os tipos de rendas abrangidas pela regra CFC; (v) as normas que disciplinam o cálculo do valor devido; (vi) a forma de tributação do lucro; e (vii) regras para evitar a dupla tributação[19].

O fato de o Brasil não possuir grande número de empresas multinacionais levou a uma demora na edição da legislação que disciplinava a tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Sendo assim, antes da edição da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995 ("Lei n. 9.249/1995"), o Brasil adotava um sistema de tributação das pessoas jurídicas em bases exclusivamente

---

[17] As informações sobre o modelo de tributação de outros países foram obtidas de várias fontes, sendo as mais importantes para o presente artigo Joint Committee on Taxation (2011) e Deloitte (2012).

[18] APPY, Bernard; ROSS, Marcos; MESSIAS, Lorreine. Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras. *RBCE* 113.

[19] BIANCO, João Francisco. BEPS – Ação 3 – Regras CFC. Apresentação no VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário em 2015.

territoriais. Ou seja, até então, todos os lucros auferidos no exterior eram isentos de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas ("IRPJ").

Para chegar ao regime atual, o país passou a adotar, com o advento da Lei n. 9.249/1995, um regime de tributação em bases universais, dotado de uma regra antidiferimento que previa a tributação automática dos resultados incorridos no exterior ao final do ano-calendário. Esta sistemática foi mantida com a publicação da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e a Lei n. 12.973/2014, muito embora, neste último diploma, sociedades coligadas no exterior tenham passado a contar com o diferimento da tributação incidente no Brasil sobre os seus resultados, uma vez atendidas determinadas condições.

Tem-se, nesse regime, a primeira complexidade do sistema brasileiro: a determinação de que os resultados de todas as subsidiárias, independentemente de qualquer critério como sua localização em país de tributação favorecida, deve ser adicionado ao resultado da empresa brasileira. Ou seja, a regra que, supostamente deveria ser CFC, em nada se assemelha ao que deveria ser de acordo com os objetivos que deveria cumprir por design.

Para ilustrar como são desenhadas as regras CFC de outros países relevantes para o comércio internacional, é possível estudar o caso francês e o alemão.

Na França, a regra CFC possui como requisito que o residente detenha direta ou indiretamente mais de 50% das ações, participação societária, direitos societários ou de voto sobre a empresa (organização, *trust* ou instituição comparável). Além disso, a empresa estrangeira deve estar sujeita a regime de baixa tributação, conforme definido na Section 238ª. Essa regra prevê, inclusive, que uma análise não aprofundada sobre o sistema tributário de um país não é suficiente para comprovar que a empresa está sob regime privilegiado de tributação, devendo ser comprovado que a empresa localizada no exterior efetivamente suporta menor tributação do que estaria submetida se estivesse localizada na França. A regra CFC francesa detém ainda provisão específica que reduz a participação societária necessária para sujeição à regra a 5% nos casos nos quais mais de 50% das ações da empresa estrangeiras são detidas por empresas francesas que são direta ou indiretamente controladas por residentes. Por fim, vale mencionar que há ainda regras para determinação da participação indireta: essa é computada por multiplicar os percentuais sucessivos das participações detidas envolvidas no controle indireto da CFC.

Também é relevante expor o exemplo da Alemanha, cuja regra CFC possui como requisito que o residente detenha a maioria dos direitos de voto ou de capital social da empresa estrangeira ao final do ano fiscal. Ademais, a depender do tipo de *capital income* envolvido, o parâmetro do controle pode ser afastado pela lei alemã. Além disso, a empresa estrangeira controlada deve ter renda passiva sujeita à baixa tributação (*i.e.*, inferior a 25%), sendo somente a renda passiva sujeita à regra CFC e sua definição negativa. No modelo alemão, é irrelevante onde a renda é auferida. Por fim, existe regra de *carve-out* por meio de um teste de

substância aplicável a empresas estrangeiras que estejam na União Europeia e também regra de *carve-out* de "renda mínima" (ou seja, se boa parte da renda CFC for ativa, não se aplica a regra CFC).

Pelos exemplos colacionados acima percebe-se que a regra de CFC brasileira está distante das recomendações do BEPS e da prática tributária de boa parte dos países mais relevantes globalmente, como ensina Alberto Xavier[20]:

> "O sistema de transparência fiscal internacional consagrado na Lei nº 9.249/95 era, porém, aplicável a todas e quaisquer sociedades estrangeiras controladas ou coligadas, sem as ressalvas e limitações restritivas das leis estrangeiras 'antiabuso', notadamente as de tais sociedades se localizarem em países de baixa tributação e de a sua renda ser essencialmente 'passiva', ou seja, não produtiva ou não operacional, pelo que não revestia a natureza de um 'regime CFC' propriamente dito, de aplicação excepcional, mas de uma modalidade técnica de tributação de alcance geral."

Também nesse mesmo sentido, Luís Eduardo Schoueri[21] já se manifestou reiterando que:

> "[...] se em outras praias a legislação CFC pode ser qualificada como norma antiabuso, no caso brasileiro, a sua aplicação generalizada parece dificultar tal consideração. Afinal, o legislador pátrio não fez qualquer distinção quanto ao tipo de investimento, suas condições e o país onde se encontram a controlada e a coligada. Todos recebem o mesmo tratamento."

O desenho da regra CFC brasileira pode impactar diretamente a competitividade das multinacionais do país. Nesse sentido, como ensina Ramon Tomazela dos Santos, "a principal objeção contra as regras de CFC, que repousa nos seus efeitos econômicos nocivos para a competitividade das empresas nacionais que atuam no exterior, apenas se verifica nos casos de adoção unilateral". Como o regime previsto na Lei n. 12.973/2014 prevê justamente a adoção unilateral, enquanto os outros países possuem regras CFC diversas, as multinacionais estão sujeitas a diferentes regras de tributação.

Enquanto as multinacionais brasileiras estão sujeitas à tributação automática dos lucros, em muitos casos, suas competidoras estrangeiras não estão sujeitas a essa tributação residual no Estado de residência da matriz, o que implica maior onerosidade para as multinacionais nacionais. Nesse caso, serão analisados a seguir os efeitos práticos da regra de tributação em bases universais brasileira em relação à uma competidora residente na União Europeia, para assim verificar os possíveis impactos competitivos.

---

[20] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[21] SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, 2013, p. 77.

II.1. Análise das empresas selecionadas: justificativa da escolha

Para abordar tais diferenças de tributação em bases universais, este artigo se propõe a analisar os documentos fiscais das controladoras Ambev S.A., Holding com residência fiscal no Brasil ("Ambev") e Heineken N.V., Holding com residência fiscal na Holanda ("Heineken"), buscando avaliar aspectos competitivos das empresas que podem ser impactados pelas diferentes regras de tributação em bases universais.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a escolha das empresas analisadas se deve ao fato de que possuem relevância em relação ao volume de recursos investidos nas relações transfronteiriças entre o Brasil e a Holanda. Dados fornecidos pelo Banco Central do Brasil indicam que a Holanda lidera o ranking de Investimento Direto no País (IDP), ficando à frente inclusive dos Estados Unidos, que possui grande número de multinacionais. A relevância dos investimentos holandeses no Brasil decorre de companhias holandesas como a Heineken, que possuem negócios consolidados no país[22].

Será realizada a análise dos acordos de bitributação vigentes entre os países e das regras de direito interno (legislação local). Assim, será possível identificar eventual similaridade entre o tratamento de tributação em bases universais entre os dois países. Nesse sentido, serão analisadas (1.1) as principais diferenças das regras de TBU aplicadas no Brasil versus regras de TBU aplicadas na Holanda (1.2) as regras CFC aplicadas em ambos os países, (1.3) as alíquotas aplicadas de imposto de renda, (1.4) os benefícios fiscais, (1.5) a metodologia contábil (*International Financial Reporting Standards* (IFRS) ou *United States Generally Accepted Accounting Principles* (USGAAP)) e (1.6) as Demonstrações Financeiras ("DF") publicadas.

II.2. Análise da regra de tributação em bases universais do Brasil

O regime de tributação dos lucros de controladas no exterior está previsto no art. 77 da Lei n. 12.973/2014[23]. Inicialmente estabelecida pela Lei n. 9.249/1995, embora tenham se passado muitos anos desde a promulgação da referida lei, o tema permanece controverso. A principal razão das divergências sobre a legislação decorre do fato de o Brasil aplicar regra local distinta dos demais países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE"), apresentando divergência no tratamento das operações transfronteiriças.

---

[22] Fonte: "Maioria dos investimentos no Brasil vem da Holanda; saiba por quê". Disponível em: https://exame.com/economia/por-que-a-maioria-dos-investimentos-no-brasil-vem-da-holanda/. Acesso em: 14 dez. 2021.

[23] "Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76."

Dentre as principais controvérsias, de grande relevância é a definição sobre o momento da ocorrência dos fatos geradores da tributação dos lucros decorrente das investidas no exterior, considerando aspectos como diferimento, aplicação de acordos de bitributação e demonstração de forma individualizada nos lucros, bem como os requisitos de consolidação para fins de aproveitamento de prejuízos fiscais das subsidiárias pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Para a análise proposta no presente artigo, considerando a existência do Acordo Brasil-Holanda, aplica-se a previsão de disponibilização automática dos lucros auferidos no exterior ao fim de cada ano-calendário, independentemente da efetiva distribuição de dividendos para o investidor brasileiro em razão do diferimento da tributação. Sendo assim, o investidor brasileiro fica condicionado à distribuição do resultado por caixa, quando o lucro é adicionado para fins de tributação do IRPJ e da CSLL no momento do resultado da subsidiária que for distribuído por dividendos.

II.3. Análise da regra de tributação em bases universais da Holanda

A Holanda faz parte da lista de países-membros da OCDE[24] e está sujeita ao regime de universalidade para fins de tributação da renda, bem como adota regras CFC. Em relação à administração tributária, é considerado um dos países com alíquota "competitiva" para impostos diretos e indiretos e figura entre os cinco melhores países para fazer negócios no mundo[25].

Os tributos existentes para a pessoa jurídica na Holanda são (i) o *Corporate Income tax* ("CIT"), que incide sobre a renda, (ii) o imposto sobre ganho de capital e o (iii) *Branch Tax Rate* (estabelecimento permanente de empresa estrangeira não incorporado segundo a legislação doméstica holandesa). Todos possuem alíquota de 25%. Contudo, é importante ressaltar que, para o imposto sobre a renda, o CIT, a alíquota *standard* é de 25%. Ou seja, assim como o imposto sobre a renda brasileiro, o CIT apresenta alíquotas progressivas: sobre a primeira faixa de renda (*first branch*) incide alíquota de 15% sobre os rendimentos até 245.000,00 euros, aos valores que excederem a primeira faixa incide a alíquota de 25%[26].

A Holanda possui ambiente atrativo para investimentos, pois fornece benefícios tributários voltados para pesquisa, desenvolvimento e inovação, como, por exemplo, a isenção de até 100% dos dividendos para que as empresas "reinvis-

---

[24] Fonte: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/assuntos-economicos-internacionais/cooperacao-internacional/ocde.

[25] Fonte: "Guia de expansão aos Países Baixos para empresas de tecnologia" elaborado pela Embaixada do Brasil na Haia e pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/ciencia-tecnologia-e-inovacao/guiadeexpansaoparaospaisesbaixos.pdf.

[26] Fonte: https://taxsummaries.pwc.com/netherlands/corporate/taxes-on-corporate-income. Acesso em: 14 dez. 2021.

tam" em seus próprios negócios e a compensação de tributos para empresas que estejam diretamente investindo em pesquisa e desenvolvimento (uma empresa pode ter redução de impostos de até 40% e pagar apenas 7% de *corporate tax* quando se tratar do desenvolvimento e venda de produtos inovadores[27]), gerando ambiente atrativo para investidores externos. Tal contexto incentiva e ao mesmo tempo demanda que a relação entre o fisco e o contribuinte seja cada vez mais cooperativa e transparente.

Em meio a esse contexto, de forma a garantir que o país permaneça atrativo para investimentos, a Holanda possui diversos acordos de bitributação firmados. Conforme ensina Rodrigo Maitto da Silveira, os acordos de bitributação têm por finalidade não apenas diminuir o acúmulo de pretensões fiscais sobre um mesmo rendimento auferido pelo mesmo contribuinte, mas também remover obstáculos tributários ao comércio entre os países, aumentar o investimento estrangeiro, prevenir discriminações, minimizar a evasão fiscal e incentivar a troca de informações fiscais[28].

Atualmente, a Holanda possui acordos de bitributação vigentes com 102 países[29] e está em processo de negociação com mais 10 países[30]. Dentre os acordos de bitributação firmados pela Holanda está a Convenção Destinada a evitar a Dupla Tributação e prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos ("Acordo Brasil – Holanda"), promulgado pelo Decreto n. 355/1991.

De acordo com art. 7º da Convenção Modelo da OCDE, reproduzido integralmente no Acordo Brasil-Holanda, os lucros das empresas deverão ser tributá-

---

[27] Fonte: "Guia de expansão aos Países Baixos para empresas de tecnologia" elaborado pela Embaixada do Brasil na Haia e pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/ciencia-tecnologia-e-inovacao/guiadeexpansaoparaospaisesbaixos.pdf, p. 10-12.

[28] SILVEIRA, R. M. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnerships joint ventures*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v. 1, 288p., p. 74.

[29] Os países com os quais a Holanda possui acordo de dupla tributação vigente são: Albânia, Argélia, França, Malta, Coreia do Sul, Argentina, Geórgia, México, União Soviética (Federação Russa), Armênia, Alemanha, Moldávia, Espanha, Aruba, Gana, Montenegro, Sri Lanka, Austrália, Grécia, Marrocos, Suriname, Áustria, Hong Kong, Antilhas Holandesas, Suécia, Azerbaijão, Hungria, Nova Zelândia, Suíça, Bangladesh, Índia, Noruega, Tadjiquistão. Barbados, Indonésia, Omã, Tailândia, Bielorrússia, Irlanda, República do Paquistão, Tunísia, Bélgica, Israel, Turquia, Bósnia e Herzegovina, Itália, Filipinas, Turcomenistão, Brasil, Japão, Polônia, Uganda, Bulgária, Jordânia, Portugal, Ucrânia, Canadá, Cazaquistão, Catar, Emirados Árabes, China, Kosovo, Romênia, Reino Unido, Croácia, Kuwait, Estados Unidos, Curaçao, Quirguistão, Arábia Saudita, Uzbequistão, República Tcheca, Letônia, Sérvia, Venezuela, Dinamarca, Lituânia, Cingapura, Vietnã, Egito, Luxemburgo, Saint Maarten, Iugoslávia, Estônia, Macedônia, Eslováquia, Zâmbia, Etiópia, Malawi, Eslovênia, Zimbábue, Finlândia, Malásia e África do Sul.

[30] Os países com os quais a Holanda está negociando acordos de dupla tributação são: Andorra, Chile, Colômbia, Cyprus, Irã, Iraque, Kenia, Liechtenstein, Moçambique, Panamá, Senegal e Uruguai.

veis naquele Estado Contratante, a não ser que a empresa exerça atividade no outro Estado por meio de estabelecimento permanente:

> "Artigo 7
> Lucros das Empresas
> 1 – Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado; a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis aquele estabelecimento permanente."

Alberto Xavier[31], ao interpretar a regra constante no Artigo 7 do Modelo OCDE, ensina que tal regra "*é a de que o direito de tributar os lucros das empresas é* o objeto da atribuição exclusiva ao Estado de que tais empresas são residentes".

Como se pode observar, o Artigo 7º estabelece a competência tributária exclusiva dos lucros auferidos pela empresa pelo Estado de residência da pessoa jurídica. No entanto, caso exista estabelecimento permanente sem personalidade jurídica, a exemplo de filiais ou sucursais, os lucros podem ser tributados pelo Estado da localização do estabelecimento permanente.

Em relação à aplicação do regime CFC, é importante destacar que as referidas regras são adotadas em diversos países, porém estão associadas ao tipo de estrutura societária, beneficiários (pessoa física/ pessoa jurídica) e natureza da operação (rendimentos ativos e passivos) e substância econômica.

A regra CFC holandesa prevê a necessária avaliação de quem detém o controle da empresa e se esse trata de controle direto ou indireto, independente ou com empresas subsidiárias que possuem mais de 50% por cento em uma jurisdição de baixa tributação (ou seja, um CIT legal com taxa inferior a 9%). Caso se verifiquem esses requisitos, a tributação será automática.

Um ponto importante a ser destacado a respeito da regra CFC holandesa é que os dividendos que não se qualificam sob a isenção de participação e são tributáveis integralmente de acordo com a alíquota ordinária do CIT (25%). A dupla tributação é evitada aplicando o método do crédito fiscal, a menos que a participação no investimento em carteira efetivamente não esteja sujeita a imposto. Para participações em empresas da União Europeia, é possível creditar o imposto real subjacente.

II.3.1. Análise das demonstrações financeiras Heineken versus Ambev

Em análise das demonstrações financeiras da Heineken e Ambev foi possível verificar os critérios de divulgação de resultado, bem como as respectivas informações mapeadas, conforme tabela abaixo:

---

[31] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 400-412.

Empresa	*DF (Exercício)*	*Critério Contábil*	*Setor*	*Possui subsidiárias?*	*País*	*País-membro OCDE?*
Heineken	2020	IFRS	Cervejaria	Sim	Holanda	Sim
Ambev	2020	IFRS	Cervejaria	Sim	Brasil	Não

Ao realizar análise das demonstrações financeiras do exercício de 2020 divulgadas[32], foi possível identificar que ambas as empresas atuam no mesmo segmento e possuem operações em outras jurisdições sujeitas a tributação de lucros universais. Contudo, diante do escopo do presente artigo, é possível concluir que os métodos de tributação de lucros são distintos.

Isso porque, a despeito das diferenças de alíquota para fins de tributação dos lucros, fica a Ambev sujeita a tributar, nos termos da lei doméstica brasileira estabelecida pela Lei n. 12.973/2014, os resultados individuais de suas investidas diretas e indiretas sob a alíquota de IRPJ e CSLL de 34% e a aplicar benefícios fiscais de crédito presumido de 12%, de acordo com os critérios abordados anteriormente.

Por outro lado, a Heineken está sujeita a tributação de lucros na Holanda à alíquota de 25% de CIT.

É possível identificar como similaridade que ambos os países adotam como critério de reconhecimento contábil dos resultados o IFRS (*Internacional Financial Reporting Standards*), que é um dos possíveis modelos de padronização de normas contábeis internacionais adotados para fins de transparência e comparabilidade entre as demonstrações financeiras, de acordo com os critérios estabelecidos pela OCDE. Nesse sentido, tanto na Holanda há previsão expressa de utilização do IFRS devido à sujeição ao *Regulation on the application of international accounting standards* disciplinado pela EU/1606/2002[33], quanto no Brasil há a determinação de que o país adote o método contábil desde 2010, por meio da Lei n. 11.638. Apesar de não ser o escopo do presente artigo, cabe ressaltar que uma das complexidades para a comparabilidade das demonstrações financeiras de empresas do mesmo setor é a utilização de critérios contábeis diferentes, como por exemplo, o US GAAP. No caso da Heineken e da Ambev, o fato de ambas utilizarem como critério o IFRS é também um relevante indicador de transparência fiscal para o sistema tributário, uma vez que permite que análises como a do presente artigo sejam realizadas.

Outro aspecto relevante identificado na pesquisa é que, ao analisar as demonstrações contábeis de ambas as empresas não foi possível identificar o resul-

[32] Demonstrações financeiras do exercício de 2020 da Ambev disponíveis em: https://ri.ambev.com.br/relatorios-publicacoes/divulgacao-de-resultados/; Demonstrações financeiras do exercício de 2020 da Heineken NV. disponíveis em: https://www.theheinekencompany.com/investors/results--reports-webcasts-and-presentations.

[33] Fonte: IFRS. Disponível em: https://www.ifrs.org/use-around-the-world/use-of-ifrs-standards-by-jurisdiction/view-jurisdiction/netherlands/.

tado individual de lucros por subsidiária, tampouco do valor do imposto de renda apurado no exercício.

O maior problema decorrente disso é a impossibilidade de constatar os efeitos da tributação de lucros de forma global. Ato contínuo, não é possível definir critérios objetivos de comparabilidade entre empresas de um mesmo segmento com o propósito de incentivar a formulação de políticas tributárias que sejam efetivas ao priorizar a competitividade das multinacionais. A padronização de critérios de divulgação dos resultados independente se pelos critérios da lei doméstica ou regras CFC, porém é de extrema relevância para verificar o impacto da carga tributária na atuação global das empresas.

II.4. Conclusão das análises

Pretendeu-se demonstrar ao longo do presente artigo que a tributação é um fator de influência direta no processo de internacionalização das empresas, possuindo impacto direto em sua competitividade. Além disso, em âmbito interno, é fator de atração de investimentos para fomentar e aportar recursos em políticas econômicas que favoreçam a expansão internacional.

O aspecto tributário ao qual estão sujeitas as empresas, as principais diferenças entre as regras vigentes em relação aos resultados das investidas no exterior, bem como possíveis incentivos tributários e aspectos temporais na tributação dos lucros deveriam ser divulgados de forma transparente com objetivo de suportar o investidor em eventuais dúvidas de impacto fiscal e negocial em manter uma estrutura no exterior, bem como do capital alocado no investimento.

Entretanto, como se conclui após a análise das demonstrações financeiras da Ambev e da Heineken, não foi possível avaliar o impacto dos investimentos por subsidiária, tampouco se a companhia realiza e atende os critérios de consolidação expostos pela Lei n. 12.973/2014. Não obstante seja importante sinalizar que o modelo de divulgação está de acordo com o modelo determinado pela Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") que pode ser complementado por meio das notas explicativas, por outro lado as informações sobre os critérios de consolidação e beneficiamento de crédito presumido são divulgadas na ECF – Escrituração Contábil Fiscal, essa protegida por sigilo fiscal.

Sendo assim, não é possível realizar o teste inverso da companhia como se a mesma apurasse os resultados de acordo com as regras CFC da Holanda, caso o Brasil adotasse regra CFC que estivesse de acordo com o padrão internacional.

Nesse contexto, a falta de transparência fiscal prejudica que sejam realizadas análises independentes que busquem contribuir com o debate a respeito dos novos rumos da TBU no Brasil.

Sendo assim, cabe ao poder público e às autoridades fiscais a avaliação sobre a possibilidade de alteração dos critérios de divulgação do resultado, preferencialmente divulgando os resultados por investida e sinalizando o impacto do cré-

dito presumido se aplicável às regras de tributação, bem como os resultados individuais por investidas. Com o fornecimento das respectivas informações, é possível que o investidor acompanhe os resultados do investimento empregado no exterior, além de incorporar às análises critérios de transparência fiscal aos resultados auferidos no exterior.

Por fim, ainda que não seja possível compreender a extensão do impacto das regras de tributação em bases universais em termos efetivos em relação ao mercado global, pela análise teórica acima exposta é possível concluir que a divergência do país em relação às melhores práticas internacionais deixa o Brasil em situação de insegurança para o empresariado.

Isso porque a falta de transparência das informações fiscais em conjunto à falta de previsibilidade gerada pela dissonância das regras globais e das diretrizes da OCDE resulta em ambiente nada favorável ao crescimento do mercado brasileiro, o que, por certo, diminui a competitividade das multinacionais como um todo.

Referências bibliográficas

ALCARAZ, Fernando. A nova política comercial do Brasil: um olhar preliminar sobre tarifas. *Revista Brasileira de Comércio Exterior* ano XXXIII, n. 140, 2019.

ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. O BNDES e o apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões. *Revista do BNDES* v. 12, n. 24. Rio de Janeiro, 2005.

APPY, Bernard; ROSS, Marcos; MESSIAS, Lorreine. Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras. *RBCE* 113.

ASSIS, Juliana Porchat. A tributação no Brasil dos lucros auferidos por coligadas e seus investimentos indiretos no exterior de acordo com a Lei 12.973/14. *Temas atuais em tributação internacional* – Brasil 2020. São Paulo: Trench, Rossi e Watanabe Advogados, 2020. PDF.

AVI-YONAH, Reuven S.; LAHAV, Yaron, The effective tax rates of the largest U.S. and EU multinationals. *Michigan Law. Forthcoming, Tax L Rev* 65.

BIANCO, João Francisco. BEPS – Ação 3 – Regras CFC. Apresentação no VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário em 2015.

IGLESIAS, Roberto; VEIGA, Pedro da Motta. Investimento das firmas brasileiras no exterior: algumas hipóteses e resultados de uma pesquisa entre exportadores. In: HAMAIS, Carlos A. (org.). *O desafio dos mercados externos*: teoria e prática na internacionalização da firma. Rio de Janeiro: Mauad, 2005. v. II, p. 204.

NIYAMA, J. K.; COSTA, P. S.; AQUINO, D. R. B. A. Principais causas das diferenças internacionais no Financial Reporting: uma pesquisa empírica em ins-

tituições de ensino superior do Nordeste e Centro-Oeste do Brasil. *ConTexto* v. 5, n. 8. Porto Alegre, 2º semestre de 2005.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos, 2012.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O regime brasileiro de tributação em bases universais da pessoa jurídica: um estudo empírico das suas causas e efeitos. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getulio Vargas. Ano de Obtenção: 2012.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O novo regime de Tributação em Bases Universais das pessoas jurídicas previsto na Lei nº 12.973/2014: as velhas questões foram resolvidas? *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: IBDT, 2015.

PEREIRA, R. C. L.; SCHOUERI, L. E. Tributação internacional e o direito interno. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Pesquisas Tributárias*: tributação internacional e o direito interno. 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2018.

SANTOS, Ramon Tomazela. A competitividade no mercado global e a tendência à migração para um sistema de tributação territorial. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo (org.). *Tributação da economia digital* – desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Ramon Tomazela. Cláusula de não discriminação nos acordos de bitributação. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 2. São Paulo: IBDT, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 – Parecer. *Revista Direito Tributário Atual* v. 16. São Paulo: Dialética e IBDT, 2001.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, 2013.

SILVEIRA, Rodrigo Maito. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação*: qualificação de *partnerships joint ventures*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v. 1.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Regras CFC Brasileiras e *Pillar 2*: Coordenação, Superposição ou Redundância?

Brazilian CFC Rules and Pillar 2: Coordination, Overlaping or Redundancy?

Carlos Augusto Daniel Neto
Pesquisador do Estágio Pós-doutoral em Direito Tributário na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Ex-conselheiro titular da 1ª e da 3ª Seções do Carf. Professor em cursos de pós-graduação. Pesquisador do Núcleo de Estudos Fiscais da FGV e do NUPEM/IBDT. *E-mail*: carlos.daniel@ddtax.com.br.

Romero Lobão Soares
Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito Tributário e Contabilidade Tributária pelo IBMEC. Advogado e Consultor Tributário no Rio de Janeiro. Professor em cursos de pós-graduação. *E-mail*: romero.l.soares@gmail.com.

Resumo
O presente trabalho tem por objetivo avaliar a regra brasileira de tributação em bases universais à luz das diretrizes trazidas pela OCDE por meio do Pilar 2 do Projeto Beps 2.0, mais precisamente no que diz respeito à implementação da regra que prevê tributação global mínima de 15% para grupos multinacionais.
A análise levou em consideração as particularidades da norma brasileira, avaliando-se seu escopo a partir das diretrizes trazidas pela Ação 3 do Projeto Beps relativamente aos parâmetros mínimos recomendados para a criação de regras de tributação auferidos por meio de empresas controladas no exterior (regras CFC – C*ontrolled Foreign Corporations*).
O estudo considerou que a norma brasileira, embora bastante ampla, qualifica-se como típica regra CFC, alcançando, porém, os resultados produzidos no exterior de forma irrestrita. Ao comparar as novas regras trazidas pela OCDE por meio do Pilar 2 do Beps 2.0 com regra CFC brasileira, concluiu-se que a regra brasileira, em princípio, possui o condão de já capturar a renda produzida no exterior independentemente da localização das subsidiárias estrangeiras, bem como do tipo de renda.
Diante desta particularidade e considerando o fato de a OCDE considerar que a nova regra trazida pelo Pilar 2 seria uma regra meramente complementar às regras CFC, o presente trabalho concluiu que a suposta complementaridade da regra de tributação global mínima estaria relacionada às regras CFC previstas no Atad (regra antiabuso aplicável no âmbito da União Europeia), cujo escopo é consideravelmente mais restrito que a regra brasileira. Neste contexto, o estudo concluiu que, em tese, não caberia ao Brasil a adoção das regras do Pilar 2 uma vez que a regra CFC brasileira já cumpriria

a função de mitigar a utilização de estruturas abusivas capazes de proporcionar a redução significativa da carga tributária efetiva do grupo.
Palavras-chave: CFC, Brasil, Beps 2.0, Pilar 2, GloBE, Income inclusion rule.

Abstract
This paper aims to evaluate the Brazilian CFC rule considering the OECD guidelines regarding Pillar 2 of Beps 2.0, more precisely with regard to the implementation of the rule that provides for a minimum global taxation of 15% for multinational groups.
The analysis took into consideration the particularities of the Brazilian rule, evaluating its scope based on the guidelines defined in Beps Action 3 regarding the minimum parameters recommended for the design of tax rules applicable to foreign source income accrued by controlled foreign corporations (CFC rules – Controlled Foreign Corporations).
The study considered that the Brazilian rule, although quite broad, qualifies as a typical CFC rule, reaching, however, the results produced abroad in an unrestricted manner. When comparing the new Pillar 2 rules with the Brazilian CFC legislation, we concluded that the Brazilian rule, in principle, already has the power to capture the income produced abroad, regardless of the location of the foreign subsidiaries, as well as the type of income generated overseas.
In view of this particularity and because the OECD considers that the new rule would be merely complementary rule to the CFC rules, this work concluded that the supposed complementarity of the global minimum tax rule would be related to the CFC rules provided in the ATAD (anti-abuse rule applicable within the European Union), whose scope is considerably narrower than the Brazilian rule. In this context, the study concluded that, in theory, it would not be up to Brazil to adopt the rules of Pillar 2, since the Brazilian CFC rule would already fulfill the function of mitigating the use of abusive structures capable of providing a significant reduction of the effective tax burden of the group.
Keywords: Brazil, CFC, Beps 2.0, Pillar 2, GloBE, Income inclusion rule.

Introdução

O processo de *globalização* das atividades econômicas (com aumento exponencial das trocas realizadas entre agentes econômicos situados em jurisdições distintas) e de *internacionalização* das cadeias produtivas (com a alocação de etapas relacionadas à geração de valor em múltiplas jurisdições) trouxe para os países novas preocupações na seara tributária.

Em uma perspectiva fiscal eminentemente *doméstica*, o Estado exerce um papel central e monopolista, capaz de estabelecer o volume de carga tributária sobre as bases imponíveis existentes, ditar o montante a ser arrecadado para atendimento aos objetivos de política distributiva, e a forma como esse ônus fiscal é repartido entre os contribuintes etc. Por outro lado, sob o ângulo *internacional*, a tributação se dá de forma *descentralizada*, de modo que as pessoas e as empresas

possuem uma gama de jurisdições fiscais, com regimes fiscais próprios e distintos, para escolher onde irão se instalar[1].

Sob a perspectiva internacional, as políticas fiscais definidas por cada país afetam diretamente os demais. Eles podem, por exemplo, se engajar em uma *competição fiscal*, estabelecendo regras domésticas que ofereçam vantagens aos agentes econômicos, atraindo-os para a sua jurisdição, ou adotar uma política de *harmonização ou cooperação fiscal*, por meio de acordos com os demais países, voltados ao estabelecimento de autolimitações à sua soberania fiscal, em determinados casos, favorecendo o fluxo livre de capitais entre os países e evitando situações de dupla tributação.

Ainda prevalece no mundo a visão de um *regime tributário internacional*, baseado no bilateralismo convencional entre jurisdições fiscais, que, em princípio, deveria ser observado necessariamente por todos os países, enquanto prática internacional vinculante[2]. Não obstante, Sergio André Rocha aponta que o Brasil tem orientado sua política fiscal, principalmente, por padrões tributários domésticos, priorizando interesses arrecadatórios próprios que, se não impedem a sua inserção no contexto internacional[3], também não podem ser desconsiderados quando se avalia a viabilidade de o Brasil adotar determinadas políticas propostas pela OCDE/G20[4].

Como se sabe, a OCDE/G20, no âmbito do Projeto Beps, buscou definir critérios comuns a serem utilizados internacionalmente, com o objetivo de reduzir/eliminar os impactos decorrentes de certas práticas adotadas por empresas multinacionais capazes de frustrar a arrecadação tributária sob uma perspectiva global.

Os trabalhos da OCDE buscam obter consenso na definição de políticas tributárias a serem adotadas por todos os países comprometidos com o Projeto (*Inclusive Framework*), que possui dois grandes pilares que dividem os trabalhos referentes à Ação 1 (*Tax Challenges Arising from Digitalisation*): os *Pilares1 e 2*.

De forma bastante resumida, o *Pilar 1* busca revisar as regras de alocação de lucros assim como a aplicação de regras de conexão (*nexus*) visando à atribuição de competência tributária adicional a países envolvidos em certas operações praticadas por empresas multinacionais. Por sua vez, o *Pilar 2*, objeto do presente estudo, busca desenvolver uma proposta global que permita que um país exerça

---

1 DAGAN, Tsilly. *International tax policy – between competition and cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 12-13.

2 AVI-YONAH, Reuven. *International tax as international law*: an analysis of the international tax regime. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 1.

3 ROCHA, Sergio André. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 301-302.

4 O G20 inclui a União Europeia e 19 países individuais: Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, França, Alemanha, Índia, Indonésia, Itália, Japão, Coreia do Sul, México, Rússia, Arábia Saudita, África do Sul, Turquia, Estados Unidos Reino Unido (Reino Unido) e Estados Unidos (EUA).

competência tributária na hipótese em que (i) outros países não a tenha exercido de forma primária, ou (ii) quando determinado rendimento esteja sujeito à uma baixa tributação efetiva.

Dado este contexto doméstico brasileiro, no qual prioriza-se interesses arrecadatórios próprios independentemente das regras internacionais, verifica-se uma evidente diferença de abordagens na relação entre as *regras CFC* brasileiras e os critérios trazidos pelo próprio *Pilar 2* proposto pela OCDE no combate à competição fiscal internacional. Explicamos.

Nos últimos anos, um número crescente de países implementou ou adaptou regras domésticas capazes de evitar vantagens indevidas decorrentes da alocação artificial de determinados tipos de rendimentos por meio da estruturação de subsidiárias em países que possuem uma tributação favorecida ou que se enquadrem como benefícios fiscais – as chamadas *regras CFC* (*Controlled Foreign Companies*). De forma geral, tais regras buscam evitar a transferência abusiva de lucros para países com tributação reduzida ou mesmo sem qualquer tributação, visando desestimular a utilização abusiva de estruturas societárias com baixo nível de substância econômica ou mesmo a transferência de lucros para paraísos fiscais[5].

O Brasil, por outro lado, estruturou a sua regra própria de maneira exótica, de modo a tributar toda e qualquer renda gerada por controladas no exterior, independentemente de onde esteja a empresa, não se preocupando, portanto, em restringir apenas hipóteses que poderiam representar algum tipo de abuso, alcançando indiscriminadamente lucros produzidos por meio de controladas no exterior.

Já a OCDE, por meio do *Pilar 2*, buscou estabelecer regras para uma *tributação mínima global* baseada, em larga medida, na estrutura das regras CFC existentes, a exemplo da *regra de inclusão de rendimentos* (*income inclusion rule – IIR*), um dos complexos componentes das regras globais antierosão (*Global Anti-Base Erosion – GloBE*) trazidas pela OCDE[6]. Sua finalidade, basicamente, é garantir que as empresas multinacionais paguem um nível mínimo de tributação, reduzindo a atratividade de jurisdições com tributação mais baixa por meio da gestão da alíquota efetiva do grupo[7].

---

[5] Muitos países OCDE adotam justamente esta abordagem de tributar a renda passiva auferida por meio de suas controladas no exterior. Contudo, há também registro de países como Finlândia, França, Itália, Noruega e Reino Unido, que adotam regras mais abrangentes capturando a totalidade da renda produzida no exterior, muito embora existam regras de isenção capazes de flexibilizar o alcance da regra. Para mais detalhes, ver o relatório da organização *Tax Foundation* que identifica o nível de competitividade tributária dos países OCDE em 2021 (https://taxfoundation.org/publications/international-tax-competitiveness-index/). Acesso em: 16jan. 2022.

[6] POMERLAU, Kyle; BUNN, Daniel; LOCHER, Thomas. *Anti-base erosion provisions and territorial tax systems in OECD countries. Tax Foundation, Fiscal Fact* No. 772, julho 2021. Disponível em: https://taxfoundation.org/anti-base-erosion-territorial-tax-systems.

[7] ALTENBURG, Nadia C.; SCHWARZ, Magdalena. Pillar 2, the role of CFC rules, and GILTI as a qualified income inclusion rule. *Tax Notes Internacional* v. 102, 14 de junho de 2021.

Diante disso, este artigo busca analisar se faz sentido, sob a perspectiva da política fiscal brasileira, adotar as regras que decorrem do Pilar 2 da OCDE, ou isso seria um retrocesso em relação ao alcance atual das *regras CFC* brasileiras, ou mesmo se será possível uma coexistência desses dois conjuntos normativos.

1. As regras de CFC: origem e escopo

No contexto de combate à dupla não tributação no âmbito internacional, em um contexto de escala da globalização, os países vêm adotando estratégias consensadas, no âmbito de tratados, e unilaterais, baseadas em legislação doméstica, para minimizar os efeitos da competição fiscal internacional. Um exemplo disso é a utilização de regras voltadas à tributação de lucros auferidos no exterior por meio de entidades *CFC*[8] (*Controlled Foreign Companies*, ou *Sociedades Estrangeiras Controladas*), movimento que se iniciou nos Estados Unidos, em 1962, e amplamente difundido na atual conjuntura mundial. Atualmente, tais regras são adotadas em mais de 35 países[9], evidenciando uma prática arrecadatória relevante na comunidade internacional.

As regras do *CFC* geralmente definem políticas para a tributação da renda não distribuída das subsidiárias estrangeiras de uma multinacional residente em um determinado país. Isto significa que se uma subsidiária estrangeira de uma empresa for considerada uma entidade sujeita às regras *CFC* previstas pelo país desta empresa, a totalidade ou uma parte de seu lucro restará imediatamente sujeita à tributação doméstica. A renda auferida poderá ser tributada separadamente da renda doméstica ou mesmo incorporada à base tributável da empresa matriz nacional.

O objetivo geral de tais regras é, portanto, desencorajar ou impedir que multinacionais residentes em uma jurisdição específica se aproveitem da alta mobilidade de alguns rendimentos (i.e., juros, dividendos, *royalties* etc.) bem como de certos arranjos negociais celebrados com o propósito de evitar a tributação de ganhos no país de residência. As regras CFC são geralmente desenhadas para prevenir a transferência de lucros (*profit shiting*), sem, contudo, penalizar as controladas no exterior engajadas em atividades legítimas.

Mais recentemente, o Relatório Final do Plano de Ação 3 da OCDE[10] dispôs sobre recomendações não vinculantes que poderiam ser consideradas pelos países que pretendessem criar *regras CFC* alinhadas com os objetivos do Plano de Ação do Projeto Beps (*Base Erosion and Profit Shifting*), propondo diversos parâ-

---

8 Doravante chamadas de "regras CFC".

9 Cf. DELOITTE. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, julho de 2015. Disponível em: https://www2.deloitte.com/cy/en/pages/tax/articles/guide-to-controlled-foreign-company-regimes.html.

10 OECD. *Designing effective Controlled Foreign Company rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015.

metros (*Building blocks*) para a construção desses regimes (definição de controle, hipóteses de exclusão, definição da renda alcançada, regras para evitar dupla tributação etc.).

Um dos pontos mais interessantes do relatório mencionado é que ele estabelece claramente que não propõe um *standard* mínimo para a criação de regimes CFC, e sim *designs* que poderão ou não ser adotados, a depender da *política fiscal* praticada por determinado país, destacando a existência de *aspectos políticos compartilhados por todos os países*, como (i) o efeito de manutenção da base tributável da residência da entidade controladora (*parent company*), (ii) reforço às regras de preços de transferência, (iii) prevenção da elisão fiscal com baixo custo administrativo e redução de dupla tributação, e (iv) *aqueles específicos de cada país*, a depender principalmente da adoção de um regime global/universal ou territorial de tributação da renda, ou pertencimento ou não à União Europeia[11].

De fato, na origem desse tipo de regime, com o *Revenue Act* de 1962[12], os Estados Unidos buscaram tributar a renda auferida por uma CFC mediante o seguinte critério de classificação: *(i) a renda da Subpart F* – correspondendo aos *rendimentos passivos*, que poderiam ter sido recebidos diretamente pelo controlador norte-americano (por exemplo: renda gerada pela exploração de propriedade intelectual desenvolvida nos EUA e transferida para a entidade CFC; dividendos; *royalties* etc.) e *(ii) rendimentos sujeitos ao tratamento de distribuição ficta* – que seriam aqueles lucros investidos em determinados tipos de propriedades, como ativos em volume superior ao necessário para as atividades da CFC.

O estabelecimento da tributação das CFC, por meio da *Subpart F*, teve como principais objetivos prevenir a alocação/transferência de lucros dos EUA para países com tributação favorecida e evitar a não tributação de rendimentos de fonte norte-americana[13].

Havia também uma grande preocupação com a obtenção de vantagens tributárias/financeiras obtidas pelas multinacionais norte-americanas decorrentes do *diferimento*[14] da tributação da renda oriunda da repatriação do capital investido no exterior, cuja cobrança tradicionalmente era vinculada ao momento do efetivo pagamento de dividendos[15]. Combater essa liberdade de diferir eternamente a

---

[11] OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 13-17.

[12] UNITED STATES SENATE. Brief Summary of Provisions in H.R. 10650 – The "Revenue Act of 1962". Washington: US Government Printing Office, 1962. Disponível em: https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/87PrtRevwm.pdf.

[13] AVI-YONAH, Reuven. Territoriality and the original intent of Subpart F. *Tax Notes*, June 12, 2017, p. 1583.

[14] Por diferimento, entenda-se o adiamento da tributação sobre uma renda que já foi auferida, sob uma perspectiva de competência (*accrual basis*).

[15] REDMILES, Melissa; WENRICH, Jason. *A history of Controlled Foreign Corporations and the Foreign Tax Credit*. Disponível em: https://www.irs.gov/pub/irs-soi/historycfcftc.pdf, p. 132.

tributação da renda auferida por empresas ligadas situadas em jurisdições estrangeiras tem como finalidade evitar que a renda nelas se submeta a alíquotas efetivas irrisórias.

Além do efeito financeiro do diferimento, equivalente a um empréstimo concedido pelo Poder Público referente ao valor do tributo a juros zero, deve-se considerar também o valor do dinheiro no tempo, de modo que esse adiamento na repatriação via dividendos e na correspondente tributação pode chegar ao ponto de a renda estrangeira ser tributada a uma alíquota efetiva de zero[16]. Ademais, as empresas poderiam maximizar esse benefício acumulando lucros em países com a tributação mais baixa, repatriando-os apenas quando a investidora tivesse prejuízos ou quando tivesse um excesso de créditos de tributos estrangeiros sobre a renda, para ser compensado, além de poder repatriar esses lucros na venda de participações da empresa, sujeito a alíquotas mais favoráveis por se tratar de ganhos de capital. Poderiam, inclusive, conceder empréstimos para a controladora, cujos juros seriam capazes de gerar despesas dedutíveis, proporcionando erosão da base tributável (*base erosion*).

Quanto maior, portanto, a discrepância de alíquota entre a jurisdição da subsidiária e a jurisdição controladora, maior o benefício do diferimento, pois a economia temporária do diferimento de impostos na jurisdição controladora pode ser reinvestida a uma taxa de mercado ou mesmo acima da taxa de juros do mercado. Este efeito pode até se tornar permanente se a renda nunca for distribuída ou distribuída somente após o acionista controlador ter mudado seu estado de residência[17].

Vis-à-vis dos interesses de proteção arrecadatória, as *regras CFC* também se relacionam fortemente com o debate da neutralidade fiscal, que proporciona a base para a definição de políticas fiscais internacionais. Em linhas gerais, a neutralidade fiscal se refere ao objetivo de as decisões econômicas para fins de investimentos domésticos ou estrangeiros não serem influenciadas pela tributação. Isso significa que a tributação não pode gerar distorções econômicas e, da mesma forma, não pode gerar discriminação entre investidores residentes e não residentes[18].

Tradicionalmente, os estudos de política fiscal internacional focam basicamente em dois tipos de neutralidade, (i) neutralidade na *exportação de capitais (capital export neutrality* – CEN) e (ii) neutralidade na importação de capitais (*capital import neutrality* – CIN)[19].

---

[16] DEPARTMENT OF TREASURY. *The deferral of income earned through U.S. Controlled Foreign Corporations* – a policy study. Estados Unidos da América, 2000, p. 7.

[17] BLUM, Daniel W. Controlled Foreign Companies: selected policy issues – or the missing elements of Beps Action 3 and the anti-tax avoidance directive. *Intertax* 46, 2018, p. 6.

[18] LEHNER, Moris. O impacto da neutralidade fiscal na crise financeira global. Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* v. 3, n. 4. Curitiba, 2011, jan.-jun., p. 192.

[19] Com a evolução dos estudos de política fiscal internacional, outros critérios de neutralidades também passaram a ser considerados, como é o caso da neutralidade nacional (*national neutrality*

A neutralidade da exportação de capital (CEN) impõe foco no investidor. A ideia é que este se sujeite ao mesmo custo tributário ao investir em seu próprio país ou em qualquer outra jurisdição alternativa. A tributação, portanto, não pode ser um fator capaz de influenciar sua decisão de onde investir. O pensamento que fundamenta a CEN é no sentido de suportar um sistema puramente baseado na residência ou um sistema de tributação em bases universais com amplo direito ao aproveitamento de crédito de impostos pagos no exterior.

A neutralidade da importação de capital (CIN), por outro lado, está relacionada ao princípio de fonte, focando no próprio investimento (e não mais no investidor). Sendo um investidor residente em um dado país, estará sujeito à mesma tributação que seus investidores ainda que promova investimentos em um segundo país. Isto significa que todas as atividades comerciais desenvolvidas dentro de um país estão sujeitas ao mesmo nível geral de tributação. A fim de assegurar o CIN, o Estado de residência limita-se a tributar a renda produzida nos limites de seu território, isentando, portanto, a renda de origem estrangeira. Há, portanto, rejeição à tributação em bases universais.

Uma regra CFC materializa uma neutralidade na *exportação de capitais*[20] (*capital export neutrality* – CEN), que se operacionaliza por meio do mecanismo do crédito dos impostos pagos no exterior, pelo residente no país, que é tributado sobre seus rendimentos globais, de modo que todos eles, independentemente de onde sejam gerados, se sujeitem à mesma alíquota de exigência (como forma de garantir equidade na tributação dos contribuintes e eficiência na alocação de recursos, que seriam destinados considerando-se prioritariamente a maximização dos rendimentos pré-tributários[21].

Esse objetivo cria uma primeira limitação nos países que tributam em bases universais, pois depende do reconhecimento de um crédito integral do tributo pago em outra jurisdição, o que não ocorre na prática, normalmente se limitando até o valor que seria pago no país da residência. Além disso, o que também se verifica na prática é que a maioria dos países reduz o alcance das *regras CFC* direcionando-as para combater estruturas artificiais de alocação de rendimentos (normalmente *passivos*) em países com a tributação favorecida[22].

– NN), da neutralidade da titularidade do capital (*capital ownership neutrality* – CON) e da neutralidade de mercado (*market neutrality* – MN). Para mais detalhes, ver: WEISBACH, David A. The use of neutralities in international tax policy. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper* n. 697. Chicago: University of Chicago, 2014, p. 3-4.

[20] Cf. UCKMAR, Victor *et ali*. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 143; WEISBACH, David A. The use of neutralities in international tax policy. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper* n. 697. Chicago: University of Chicago, 2014, p. 3-4.

[21] WEISBACH, David A. The use of neutralities in international tax policy. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper* n. 697. Chicago: University of Chicago, 2014, p. 3-4.

[22] TURLEY, C.; CHAMBERLAIN, D; PETRICCIONE, M. *A New Dawn for the international tax system*: evolution from past to the future and what role will China play? Amsterdã: IBFD, 2020, Chapter 8, p. 2.

Inexiste um modelo universal de *regra CFC* que possa ser adotado como um *standard* padrão apriorístico (como o próprio Relatório Final do Plano de Ação 3 da OCDE esclareceu, é uma construção que se relaciona com a política fiscal do país). Mais importante é compreender o seu propósito que, como precisamente esclareceu Brian Arnold, *reflete a tensão ou o equilíbrio entre o CEN e o CIN*: uma política ampla de CEN implicaria a aplicação das regras para qualquer espécie de rendimento gerada em qualquer jurisdição, ao passo que uma política ampla de CIN implicaria a adoção de um sistema territorial, não se aplicando regras CFC de forma alguma[23].

Em outras palavras, a estruturação das *regras CFC* será uma função do grau de aderência à CEN ou à CIN de cada jurisdição fiscal. Como explica Ramon Tomazela, um país que adote a universalidade na tributação da renda poderá estruturá-las para combater o diferimento, com foco na CEN, enquanto um país que adote a territorialidade poderia usá-las para combater planejamentos tributários abusivos[24]. Não obstante, apesar das diferenças estruturais, o modo de atuação desse tipo de regra é similar em todos os países.

As empresas estrangeiras que sejam alcançadas por essas regras terão parte ou todo o seu rendimento atribuído pelo país da residência de seus investidores como renda própria destes, e sujeitos à tributação nesta jurisdição – em suma, ignorando a separação entre a entidade investidora e a investida, como se a renda tivesse sido auferida diretamente pela primeira. Por outro lado, para que não haja uma dupla tributação, a própria legislação doméstica reconhece um crédito proporcional ao montante de tributos pagos pela CFC no exterior, e uma posterior distribuição de dividendos deverá ser isenta de tributação, para também evitar uma dupla cobrança sobre o mesmo lucro[25].

De modo geral, a estrutura de uma *regra CFC* definirá o seu escopo. Como esclarece Arnold, três elementos fundamentais determinam esse alcance: *(i)* a definição adotada de CFC; *(ii)* o nível de tributação estrangeira sobre a CFC; e *(iii)* a natureza dos rendimentos auferidos pela CFC que serão imputados aos investidores[26]. É sobre esses elementos que haverá variações substanciais entre os modelos de regulação. Nessa mesma linha, foram estruturados os "blocos de construção" propostos pelo Plano de Ação 3 do Beps, que envolvem: *(i)* definição da CFC; *(ii)* limites para a aplicação das regras CFC; *(iii)* definição dos rendimentos sujei-

---

[23] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, p. 634.

[24] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 349.

[25] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, p. 634.

[26] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, p. 635.

tos a essas regras; *(iv)* regras sobre o cálculo do lucro na entidade CFC; *(v)* regras para a atribuição do lucro a uma entidade CFC; e *(vi)* regras para eliminar a dupla tributação.

Foge ao escopo deste artigo fazer uma análise ampla de cada um desses parâmetros de construção das *regras CFC*, e dos diversos arranjos possíveis. Cabe, nesse momento, avançar para apresentar o modelo brasileiro, e tentar categorizar as regras CFC desse país dentro dos mencionados "blocos de construção", para tentar intuir a política fiscal subjacente a essa opção legislativa.

2. As regras CFC brasileiras: da Medida Provisória n. 2.158/2001 à Lei n. 12.973/2014

A tributação em bases universais, no Brasil, é relativamente recente. Até 1995, adotava-se um regime territorial para se tributar pessoas jurídicas quanto à renda gerada fora do território brasileiro, isentando-a do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ. Apenas com a Lei n. 9.249/1995, por meio do seu art. 25, se estabeleceu o cômputo de lucros auferidos alhures na determinação do lucro real das PJs brasileiras[27], estabelecendo a sua tributação independente de eventual evento de disponibilização[28].

Essa questão da ausência de disponibilização gerou questionamentos acerca da compatibilidade desse regime de tributação das CFCs e o Código Tributário Nacional (CTN)[29], o que gerou a edição da Instrução Normativa n. 38/1996 e da Lei n. 9.532/1997[30], que consolidaram que os lucros seriam oferecidos à tributação no final do exercício em que foram disponibilizados, entendendo-se essa disponibilização, *(i)* no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados; e *(ii)* no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.

Com a posterior edição da Lei Complementar n. 104/2001, que incluiu o § 2º do art. 43 do CTN[31] (autorizando a lei a estabelecer o momento de disponibilida-

---

[27] "Art. 25. 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."

[28] ANDRADE, André Martins de. *A tributação universal da renda empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 202.

[29] ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 27.

[30] "Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil."

[31] "§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos 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."

de de rendimentos auferidos no exterior), adveio o art. 74[32] da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, que retomou a tributação dos lucros auferidos no exterior com base em uma disponibilização ficta na data do balanço no qual tiverem sido apurados pela controlada ou coligada no exterior.

Essa alteração foi recebida com amplas críticas doutrinárias[33], o que culminou com o ajuizamento, no mesmo ano, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.588, questionando a constitucionalidade do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001. Essa ação demorou mais de uma década para ser julgada, e ao final ainda teve um resultado insatisfatório[34], pois não alcançou quórum suficiente para ter eficácia vinculante e *erga omnes* a parte relevante das situações albergadas.

Em síntese, com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, a ADI n. 2.588 estabeleceu que a regra prevista no *caput* do art. 74 da MP n. 2.15835/2001: *(i)* se aplica às controladas situadas em países considerados paraísos fiscais; e *(ii)* não se aplica às coligadas localizadas em países sem tributação favorecida. Quanto às demais situações (controladas em país de tributação normal e coligadas em paraísos fiscais), prevaleceu a constitucionalidade da regra, por não se alcançar a maioria de votos.

Logo após a decisão do STF na ADI n. 2.588, entretanto, foi editada a MP n. 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, que estabeleceu um novo regime de tributação de lucros auferidos no exterior, cujas principais mudanças são bem sumarizadas por Ramon Tomazela[35], dentre as quais podemos destacar: *(i)* manutenção do regime de tributação automática dos lucros auferidos por sociedades controladas no exterior, independentemente da carga tributária incidente em seu país de domicílio, da natureza jurídica dos rendimentos e da efetiva disponibilização para a controladora; *(ii)* introdução de uma tributação automática *per saltum* dos lucros auferidos por controladas indiretas, de forma autônoma e individualizada, sem consolidação no nível da controlada direta; e *(iii)* a tributação das coligadas no momento da efetiva disponibilização dos lucros, como à época da Lei n. 9.532/1997.

---

[32] "Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento."

[33] Por todos, cf. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 400 e ss.

[34] Para uma análise minuciosa dos (muitos) votos proferidos, cf. ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 38-68.

[35] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 12-13.

Feita esse posicionamento histórico do tema, passaremos a confrontar a posição brasileira sobre a tributação de lucros auferidos no exterior com os parâmetros estabelecidos pelo Plano de Ação 3 do Beps[36].

Quanto à definição das entidades CFC, isto é, o alcance subjetivo das regras, o relatório reconhece a existência de diversas *espécies de controle* diferentes entre a investida e a investidora (controles legal, econômico, de fato e por consolidação), bem como *níveis de controle* que deverão estar presentes para ativar a aplicação das *regras CFC*[37]. A recomendação da OCDE é que se adote mais de um parâmetro de controle (evitando parâmetros estritamente formais), para evitar que as regras sejam simplesmente "evitadas" pelos contribuintes, e um nível de pelo menos 50% de controle sobre a investida, de forma direta ou indireta (sem prejuízo de se eleger percentuais inferiores, para ampliação do alcance da regra).

No Brasil, a definição de CFC está ligada às expressões "coligadas" e "controladas", cuja definição é haurida da legislação societária. No Código Civil brasileiro, em seus arts. 1.098 e 1099, a coligada é definida como "a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la", enquanto a controlada é "a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores", inclusive podendo o controle se dar de forma indireta. Na Lei n. 6.404/1976, a definição de coligada, no art. 243, § 1º, não se dá a partir de um percentual de participação social, mas a partir da existência de "influência significativa" sobre a investida.

Como se vê, apesar do conceito de "influência significativa" para coligadas, a legislação brasileira não adota uma abordagem que considere controle econômico ou de fato para as controladas no exterior, o que pode permitir o desenvolvimento de estratégias para escapar aos parâmetros formais da lei. Além disso, apesar da inexistência de regras que considerem uma atuação "organizada" de diversos investidores para exercer o controle sobre uma CFC (*acting-in-concert rules*), a Lei n. 12.973/2014, em seu art. 83, estabeleceu uma regra para combater a fragmentação do controle em diversas pessoas físicas ou jurídicas vinculadas entre si[38].

Quanto aos aspectos de limitações e exclusões às regras CFC, a OCDE sugere alguns modelos, não necessariamente cumulados[39]: *(i)* uma *de minimis rule*, um limi-

---

36 OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015.

37 OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 25-27.

38 "Art. 83. Para fins do disposto nesta Lei, equipara-se à condição de controladora a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que detenha participação em coligada no exterior e que, em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, possua mais de 50% (cinquenta por cento) do capital votante da coligada no exterior."

39 OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 34-39.

te básico de rendimentos que estaria fora do alcance dessas regras, acompanhado de uma regra antiabusiva para evitar a fragmentação dessa renda entre várias CFCs; *(ii)* uma regra que limite a aplicação apenas a casos de transações e estruturas utilizadas no contexto de elusões fiscais (o que iria na linha dos países que optam pelas *regras CFC* como regras antielusivas); e *(iii)* uma regra que limite a aplicação às hipóteses em que os rendimentos se sujeitem a uma faixa de tributação inferior a um determinado nível, como forma de alcançar CFCs em países com a tributação favorecida.

Como se vê, cada uma dessas exclusões se relaciona a objetivos específicos. A primeira busca reduzir os custos de *compliance* e de conformidade das empresas, bem como reduzir os custos de administração e fiscalização, afastando a aplicação às CFCs que produzam rendimentos em menor montante, ao passo que as outras duas buscam limitar o alcance das regras a um combate ao planejamento tributário abusivo e à alocação artificial de lucros em jurisdições com tributação favorecida.

Nesse aspecto, a *regra CFC* brasileira não contemplou nenhuma dessas limitações sugeridas. Pelo contrário, o seu escopo de aplicação alcança qualquer montante de rendimentos, independentemente da finalidade de elusiva ou da carga tributária incidente sobre a renda da CFC no seu país de operação. Rocha aduz que essa postura reflete o fato de que a Lei n. 12.973/2014, bem como as regras anteriores, nunca estiveram preocupadas em combater a elusão fiscal, e sim em aumentar a arrecadação fiscal brasileira e combater qualquer margem de diferimento de tributação[40].

Quanto à definição dos rendimentos alcançáveis pelas regras CFC, a OCDE recomenda que essa determinação possua um grau de flexibilidade proporcional ao risco de uma determinada jurisdição sofrer erosão de sua base tributável. Há diversas aproximações possíveis[41]: *(i)* baseada na classificação jurídica do rendimento (dividendos, juros, receita de seguros, *royalties* e renda de propriedade intelectual, e renda de vendas e prestação de serviços), por meio da qual a jurisdição poderia alcançar rendas *ativas* e *passivas*; *(ii)* baseada na vinculação entre as partes relacionadas à geração do rendimento, em razão de a transferência de lucros se dar mais facilmente entre pessoas ligadas; *(iii)* conforme a origem dos rendimentos, focando em rendimentos de CFCs que foram recebidos de jurisdições com tratamento fiscal favorecido; *(iv)* baseado no fato de a CFC ter atividades substanciais e genuínas relacionadas à geração dos rendimentos, afastando estruturas artificiais; e *(v)* baseada na existência de lucros excessivos, superiores à taxa normal de retorno, tributando-se o que ultrapassar esse "limite" de acordo com as *regras CFC*.

---

[40] ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 249.

[41] OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 43-50.

Nesse aspecto, a regra brasileira é bastante conhecida no âmbito internacional por *não discriminar qualquer espécie de rendimento* – isto é, não há rendimentos que estejam fora do seu alcance, sendo o conceito de *tainted income* irrelevante para fins de sua aplicação. Esse modelo, conquanto seja apresentado como peculiar na perspectiva internacional, não é ignorado pela OCDE, que reconhece a possibilidade de as jurisdições adotarem um modelo de inclusão total (*full-inclusion*), quando a finalidade da regra for exatamente prevenir o diferimento da tributação, em modelos que tributem em bases universais[42].

Apesar de a Lei n. 12.973/2014 ter finalmente introduzido conceitos como o de regimes de subtributação e diferenciar renda passiva de renda ativa, essas distinções não são relevantes para fins de determinar o alcance das *regras CFC*, mas apenas para se gozar de alguns regimes especiais[43].

Em relação às regras para apuração dos rendimentos CFC, a OCDE aponta que se deve determinar: *(i)* qual a regra que será utilizada para determinar a renda da CFC, se com base no regime da jurisdição da investida ou da investidora, em um standard comum, ou dando-se oportunidade de o contribuinte optar por um dele; e *(ii)* se os prejuízos apurados pela CFC seriam compensáveis apenas contra lucros dela, ou se poderiam ser utilizados pela investidora.

Quanto ao primeiro item, a recomendação da OCDE é que se adote as regras da jurisdição da investida para determinar a renda da CFC, que seria opção mais alinhada aos objetivos do Beps. Em relação ao segundo item, a recomendação é que haja regra específica limitando a compensação de prejuízos da CFC apenas com lucros da mesma entidade ou de outras CFCs na mesma jurisdição, para evitar manipulação de prejuízos no país da investida e uma redução artificial da carga tributária sobre a renda[44].

No âmbito brasileiro, a Lei n. 12.973/2014 não alterou o regramento estabelecido no art. 25, § 7º, da Lei n. 9.249/1995, no sentido de que os lucros serão apurados segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio das coligadas e controladas. Essa situação pode, por um lado, ser inconsistente com o escopo do Plano de Ação 3 do Beps, por permitir que menos renda seja atribuída à investidora do que seria se consideradas as regras da sua jurisdição, além de gerar mais complexidade e custos de administração, pois exige que a fiscalização considere normas estrangeiras para calcular o tributo devido[45].

---

[42] OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 44.

[43] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 355.

[44] OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 57-59.

[45] OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 57.

Em relação aos prejuízos fiscais das CFCs, os arts. 77, § 2º, e 82, II, da Lei n. 12.973/2014 mantiveram a linha adotada desde a Lei n. 9.249/1995, alinhados à OCDE, e adotando o princípio da universalidade para a tributação dos lucros, mas o da territorialidade para a compensação de prejuízos[46]. Em outras palavras, os prejuízos apurados na CFC só podem ser compensados com seus próprios lucros, nunca com os lucros da investidora. A única ressalva, vigente até o ano de 2022, é a possibilidade de apuração consolidada do lucro real e da base de cálculo da CSLL, na forma do art. 78 da Lei n. 12.973/2014, mas se trata de um regime especial e, até o presente momento, temporário, excepcionando a regra geral brasileira.

Por fim, *quanto à atribuição dos rendimentos aos investidores da CFC*, a OCDE identifica cinco etapas: *(i)* determinar quais são os investidores que terão rendimentos a eles atribuídos; *(ii)* determinar quanto de renda deve ser atribuída; *(iii)* determinar quando o rendimento deve ser incluído nas declarações dos investidores; *(iv)* determinar como a renda deve ser tratada; e *(v)* determinar a alíquota tributária que deve ser aplicada ao rendimento[47].

Para elas, as recomendações são as seguintes, respectivamente: *(i)* que haja um controle mínimo que justifique a atribuição de rendimentos à investidora; *(ii)* que o rendimento atribuído seja calculado considerando a participação social e o tempo de propriedade e/ou influência sobre a investida; (*iii* e *iv)* as jurisdições dos investidores teriam liberdade para escolher o momento de declarar esse rendimento e o seu tratamento deveria ser "coerente com a legislação doméstica"; e (*v)* deve se aplicar a mesma alíquota da renda gerada domesticamente[48].

Na legislação brasileira, o lucro das sociedades controladas deve ser adicionado às bases de cálculo dos tributos sobre a renda da controladora apuradas em 31 de dezembro de cada ano-calendário (parâmetro brasileiro de ano fiscal) em que foram *apurados*, ao passo que as coligadas podem ter seu lucro tributado no balanço do dia 31 de dezembro do exercício em que foram *disponibilizados* à controladora. Quanto ao tratamento dessa renda, a dicção legal indica que se adotou um tratamento de entidade transparente para a CFC, considerando o seu lucro como se tivesse sido auferido diretamente pela investidora brasileira.

No que diz respeito à alíquota aplicável, a legislação adota as mesmas alíquotas ordinárias previstas para a incidência do IRPJ e da CSLL sobre lucros auferidos por residentes no Brasil, permitindo-se a compensação do imposto pago no exterior até o limite do que seria pago nacionalmente.

---

[46] SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 13.

[47] OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. *Final Report*. Paris: OCDE, 2015, p. 61.

[48] OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 61.

Por fim, *quanto ao estabelecimento de medidas para evitar a dupla tributação*, o Brasil tem se alinhado à OCDE, ao garantir o direito do residente de compensar os impostos pagos pela CFC sobre o seu lucro, além de não tributar os dividendos quando da sua distribuição efetiva, mitigando assim o risco de essa renda sofrer uma dupla incidência.

A partir da parametrização das *regras CFC* brasileiras ao Plano de Ação 3 do Beps e os "blocos de construção" propostos pela OCDE, se verifica que ela possui um *escopo amplíssimo*, abrangendo todos os tipos de rendimentos (ativos e passivos), independentemente da jurisdição em que se situem (se normais ou com tratamento tributário favorecido), além de possuir parâmetros amplos (apesar de relativamente formais) de caracterização das CFCs, abrangendo inclusive controladas indiretas, e sem prever qualquer tipo de limitação ao alcance dessas regras. Por outro lado, garante o direito ao crédito do imposto pago na jurisdição estrangeira e estabeleceu algumas medidas voltadas a prevenir ou evitar a dupla tributação.

Por mais que essa abordagem seja bastante particular do Brasil, ela é uma resultante de um conjunto de opções legislativas que estão presentes em outras *regras CFC* no mundo: por exemplo, o Canadá também alcança *CFCs* em qualquer lugar do mundo, independentemente da tributação adotada nelas; a Suécia e a Nova Zelândia (até 2010) aplicavam as *regras CFC* a todo tipo de rendimento gerador no exterior por controladas; Dinamarca e Portugal tributam controladas e coligadas (nas quais o investidor nacional possui substancial interesse) etc.[49] O que diferencia o Brasil é o fato de o país não apenas optar sempre pelos "blocos de construção" que dão a suas regras um escopo mais amplo e o fato de não prever regras mitigadoras desse alcance.

Todavia, considerando o relatório final do Plano de Ação 3 do Beps, a existência de "partes" semelhantes às regras *CFC* brasileiras em outros países e a sua dinâmica de funcionamento comum às demais, *entendemos que a legislação brasileira possui autênticas regras CFC, ainda que não siga os padrões mundiais*[50], divergindo de parte substancial da doutrina brasileira que entende que elas deveriam ser estritamente antielusivas[51].

O que se percebe é o modelo de tributação de lucros de coligadas e controladas no exterior, apesar da exposição de motivos da Lei n. 9.249/1995 fazer referência expressa a uma finalidade de "combater a elisão e o planejamento fiscais", foi muito além disso, instaurando uma regra geral (em oposição a um escopo

---

[49] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, *passim*.

[50] Nesse sentido, ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 254.

[51] Por todos, v. LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) Rules? *Revista de Direito Internacional* v. 14, n. 2. Brasília, 2017, p. 464-488; e XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 494.

antielusivo) de tributação internacional da renda fortemente compromissada com a realização da CEN e de proteção da base tributável nacional – o que acaba por ter fortes reflexos arrecadatórios[52].

Esse modelo, como demonstrado por Appy, Ross e Messias, tem como consequência negativa a potencial perda de competitividade de empresas brasileiras em suas operações no exterior, mormente ao alcançar mesmo o lucro que fora reinvestido no país (submetendo à alíquota de 34%)[53].

Como os referidos autores esclarecem, quanto mais o regime adotado por um país se aproxima de um regime puro de tributação em bases universais (e podemos afirmar que talvez o Brasil seja o país que chegue mais perto), mais importante se torna a compensação entre lucros e prejuízos entre as subsidiárias e mesmo entre a investidora e suas investidas, como meio de evitar distorções na tributação global da renda do grupo multinacional[54].

Tanto é assim que a Lei n. 12.973/2014 criou o regime especial temporário de consolidação para tributação da renda de controladas e controladores, visando mitigar esse efeito nocivo desse modelo brasileiro de tributação em bases universais, além de outras medidas como o crédito presumido de CSLL de 9%, igualmente temporário, sobre o lucro da controlada no exterior – ambos condicionados a certas condições estabelecidas por lei. Traçado esse breve panorama da atual legislação brasileira de tributação de lucros no exterior e dos seus pontos de aproximação e distanciamento em relação aos parâmetros do Plano de Ação 3 do Beps, cabe agora avançar para analisar a proposta GloBE (*Global anti-base erosion*) da OCDE/G20, para verificar qual a relação possível entre as *regras CFC* do país e o Pilar 2.

3. O Pilar 2 do Beps e as regras CFC brasileiras

Em maio de 2019, a OCDE divulgou seu plano de trabalho visando desenvolver uma solução consensual entre os participantes do Projeto Beps para lidar com os desafios decorrentes da digitalização da economia (*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*)[55]. A proposta trazida pela Organização, nomeada de Beps 2.0, consistiu em uma abordagem focadas em dois importantes alicerces: *(i)* revisão das regras

---

[52] Nesse sentido, ROCHA, Sergio André. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 175-176.

[53] APPY, B.; ROSS, M.; MESSIAS, L. S. Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior* v. 113, 2012, p. 23-24.

[54] APPY, B.; ROSS, M.; MESSIAS, L. S. Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior* v. 113, 2012, p. 24.

[55] https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/oecd-workplan-envisions-global-agreement-on-new-rules-for-taxing-multinational-enterprises.

de conexão e alocação de lucros – Pilar 1; e *(ii)* implementação de uma tributação global mínima – Pilar 2[56].

O Pilar 1 se relaciona à realocação do direito de tributar dos países em relação às atividades econômicas no âmbito digital, que exploram mercados consumidores sem qualquer presença tributável naquela jurisdição, com a finalidade de alcançar a criação de valor ligada aos usuários e consumidores[57]. O escopo deste trabalho será o Pilar 2, cuja finalidade é atingir outros aspectos do Beps que não foram alcançados pelo Pilar 1.

Vale notar que o Pilar 2 introduz novas regras fiscais mínimas globais para grupos com receitas globais superiores a 750 milhões de euros, com o objetivo de garantir que todas elas estejam sujeitas a pelo menos uma taxa mínima acordada de 15%. A tributação mínima é calculada com base nas normas contábeis financeiras e toma por base dois elementos principais: lucros e impostos pagos pelo grupo.

Em dezembro de 2021, a OECD lançou suas "regras modelo" definindo o escopo e a mecânica para a aplicação de regras de tributação mínima global, denominada GloBE, que podem ser usadas pelos países que desejarem sua implementação

A proposta engloba duas regras domésticas interligadas (que juntas compõem o GloBE): *(i)* a *Regra de Inclusão de Renda* (*Income Inclusion Rule* – IIR), que impõe imposto complementar (*top-up tax*) a uma controladora em razão da baixa tributação da renda de uma entidade controlada situada em outra jurisdição; e *(ii)* a *Regra de Pagamento de Tributação Reduzida* (*Undertaxed Payment Rule* – UTPR), que também impõe tributação complementar (*top-up tax*) ao negar deduções ou demandar ajustes equivalentes na medida da baixa tributação da renda de uma entidade controlada que não esteja sujeita ao alcance do IIR[58].

Além disso, ele propõe uma regra para tratados, a *Regra da Sujeição à Tributação* (*Subject to Tax Rule* – STTR), que permite que as jurisdições da fonte da renda imponham uma tributação limitada sobre certos pagamentos entre partes relacionadas que tenham se submetido à uma tributação abaixo da alíquota global mínima. Além disso, essa cobrança decorrente da STTR será considerada como um imposto pago, para fins de aplicação das regras GloBE[59].

---

[56] https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf.

[57] Sobre o tema, cf. BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing where value is created: what's "user involvement" got to do with it? (Outubro 1, 2018). Disponível no SSRN: https://ssrn.com/abstract=3258387 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3258387.

[58] OCDE/G20. *Statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. 8 de outubro de 2021, p. 3. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf.

[59] OCDE/G20. *Statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. 8 de outubro de 2021, 3.

Como se vê, em relação às regras domésticas propostas pelo GloBE, a IIR busca alcançar os pagamentos recebidos *de investidas* no exterior, que não se submeteram a um nível mínimo de tributação, enquanto o UTPR alcança pagamentos feitos *para investidas* que estejam em países com a tributação abaixo desse mínimo global. Alcança-se, portanto, a entrada e saída de recursos no país da controladora, com a tributação normal, em relação ao país da controlada, com tributação favorecida. A ideia, portanto, é submeter a controladora final a uma tributação complementar ou então negar a dedução de certas despesas ou impor ajustes fiscais na eventualidade de não ser possível aplicar a regra de IIR.

O caráter inovador desse projeto, explicam Englisch e Becker, decorre do fato de não existir nenhum modelo internacional de tributação mínima sobre a renda das empresas multinacionais – ao contrário, os países investiram em medidas unilaterais como as *regras CFC*, que asseguravam um nível mínimo de tributação sobre rendimentos (ou pelo menos algumas espécies) oriundos de outros países (com tributação favorecida ou não), e tributação na fonte das remessas para o exterior, na ausência de tratados para evitar a dupla tributação[60].

As razões de política fiscal subjacentes ao GloBE partem da premissa, explicitada pela própria OCDE, de que se as empresas multinacionais tiverem que pagar um imposto mínimo global, o planejamento tributário voltado à alocação dos lucros em jurisdições menor carga fiscal reduziria a sua atratividade, pois o país de localização da controladora poderia tributar a diferença entre o imposto efetivamente pago pela controlada e o imposto mínimo definido globalmente[61].

Além disso, com a redução do impacto da tributação na determinação de onde investir o capital, fomentando uma neutralidade na exportação de capitais, haveria uma melhora global da alocação de recursos, com ganho de eficiência. Nesse sentido, explicam Englisch e Becker que o imposto mínimo, *cobrado à medida que a renda fosse gerada na controlada* (*accrual basis*), teria o efeito de gerar neutralidade semelhante a uma tributação em bases universais, mas evitando alguns dos problemas desse modelo, como os excessivos diferimentos na tributação dos recursos na jurisdição da controladora, mantidos na jurisdição da controlada, pois haverá uma equalização entre a carga tributária dos dois países, reduzindo o incentivo para esse diferimento[62].

Outro efeito esperado é a redução do incentivo para alocação de lucros em jurisdições com tributação favorecida, por reduzir substancialmente o ganho ex-

---

[60] ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. *International effective minimum taxation – the GLOBE proposal* (11 de abril de 2019), p. 486. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=3370532 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3370532.

[61] Disponível no endereço: http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-taxchallenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf.

[62] ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. *International effective minimum taxation* – the GLOBE proposal, p. 488.

clusivamente tributário que decorreria disso. Até então, esse efeito poderia ser alcançado unilateralmente por meio de *regras CFC* no país da controladora, como estudos empíricos demonstraram que as empresas multinacionais optam por alocar suas sedes em países que não possuem regimes desse tipo, com a finalidade de estabelecer uma base para realizar investimentos em países com tributação mais branda[63].

Por fim, a medida também mitigaria a pressão sobre os países menos desenvolvidos para a concessão de incentivos fiscais excessivos às grandes multinacionais para atrair o capital estrangeiro[64], gerando uma redução global da competição tributária entre países, na medida em que haveria um patamar global de tributação.

Analisando os principais objetivos de política fiscal do Pilar 2 do IF, *a priori* se percebe uma possível equifinalidade com relação às *regras CFC*, considerando que os objetivos propostos são, em certa medida, passíveis de serem alcançados por meio do manejo de determinadas estruturas para esse regime jurídico de tributação dos rendimentos gerados no exterior. Em outras palavras, a depender da escolha dos "blocos de construção", nos parece ser possível construir uma *regra CFC* que alcance os mesmos rendimentos que a IIR pretenda alcançar.

É preciso esclarecer que a OCDE ostensivamente reconhece que a IIR é baseada na estrutura e princípios das "tradicionais *regras CFC*"[65], mas ao mesmo tempo, ao mencionar a relação entre esses regimes, ela esclarece que "*This rule* [IIR] *would supplement rather than replace a jurisdiction's CFC rules*"[66], o que é atribuído ao fato de que, apesar de similares operacionalmente, elas teriam objetivos de política fiscal diferentes[67].

Apesar de não esclarecer quais seriam propriamente os objetivos fiscais de cada uma dessas regras e em que medida divergem, parece-nos que a OCDE projeta um modelo bastante específico de *regra CFC* nesse cotejo: o modelo praticado no âmbito europeu, em especial o *standard* estabelecido pelo *EU Anti-Tax Avoidance Act* (ATAD), que é focado nas hipóteses de elusão fiscal por meio da alocação de rendimentos passivos e atividades sem substância econômica em países com a

---

63 VON HAGEN, Dominik; HARENDT, Christoph. Impact of Controlled Foreign Corporation Rules on post-acquisition investment and profit shifting in targets. *Discussion Paper* n. 17-062. ZEW, 2017, p.30-32. Disponível em: https://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17062.pdf.

64 ALTENBURG, Nadia; SCHWARZ, Magdalena. Pillar 2, the role of CFC Rules, and GILTI as a qualified income inclusion rule. *Tax Notes International* v. 102, 14 de junho de 2021, p. 1469.

65 OCDE/G20. *Tax challenges arising from digitalization* – report on Pillar Two Blueprint. OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OCDE Publishing, p. 14.

66 OCDE/G20. *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy*. Public Consultation Document. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf.

67 OCDE/G20. *Tax challenges arising from digitalization* – report on Pillar Two Blueprint. OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OCDE Publishing, p. 20.

tributação favorecida, ou lucros que estão alocados em CFCs mas que pertencem propriamente à controladora[68].

Há subjacente a essa diferenciação traçada pela OCDE, portanto, uma assunção prévia de que as *regras CFC*, no contexto do Beps, seriam direcionadas primordialmente a combater elusão fiscal e estruturas artificiais para a alocação de lucros no exterior, em jurisdições fiscais muito mais favoráveis[69], e não a serem o pilar estrutural do modelo de tributação em bases universais.

Consideradas as regras CFC em abstrato, é possível a sua estruturação de modo a alcançar todo tipo de rendimentos, em quaisquer jurisdições, a exemplo do modelo brasileiro (que, como dito anteriormente, entendemos qualificável como uma *regra CFC*). Inclusive, o próprio relatório final do Plano de Ação 3 do Beps considera a possibilidade de uma regra utilizar, para tributar a renda gerada pela CFC, um "top-up tax", que garantiria um patamar mínimo de tributação daquela renda, de forma idêntica à proposta para a IIR[70]. Ora, qual seria a diferença substancial entre a *IIR* que alcançasse a renda que fosse tributada abaixo de 20% no país da fonte, de uma *regra CFC* que adotasse uma alíquota adicional até um determinado patamar (digamos 20%, para manter o emparelhamento) sobre a renda da controlada tributada abaixo desse nível – ambas sem discriminar espécies de rendimentos específicos?

Não nos parece que haja insuperáveis diferenças, nesse aspecto. Poder-se-ia argumentar que a *regra CFC* tributaria o rendimento com base na sua alíquota doméstica, enquanto a IIR consideraria um patamar mínimo preestabelecido, entretanto, não há nada que impeça que a *regra CFC* estipule também um nível mínimo para operacionalizá-lo como um "top-up tax", tampouco há alguma razão de política fiscal que justifique *per si* a adoção de uma alíquota mínima abaixo daquela praticada na jurisdição da controladora, para suas controladas, em um modelo de tributação em bases universais[71].

Nesse sentido, como observado por Johanna Hey, a IIR seria menos efetiva que as *regras CFC*, na medida em que a alíquota tributária mínima proposta é relativamente baixa, mantendo ainda o incentivo para a transferência dos lucros quando se considere países com uma alta tributação[72].

Sob uma perspectiva eurocêntrica das *regras CFC*, faz sentido a opinião de Altenburg e Schwarz de que adaptá-las à IIR demandaria uma modificação tão

---

68 HERZFELD, Mindy. Can GILTI + BEAT = GLOBE? *Intertax* v. 47, Issue 5, p. 505.

69 OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 9.

70 OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules* – Action 3. Final Report. Paris: OCDE, 2015, p. 63-64.

71 ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, p. 646.

72 HEY, Johanna. The 2020 Pillar Two Blueprint: what can the GloBE income inclusion rule do that CFC legislation can't do? *Guest Editorial. Intertax* 49, issue 1, 2021, p. 12.

grande que as descaracterizariam[73], mas em um contexto brasileiro, no qual elas possuem uma abrangência tão grande ou maior que a IIR pensada pela OCDE, é possível manter a sua essência, e simplesmente ajustá-la em um ou outro ponto operacional que seja necessário.

Por outro lado, ainda que uma *regra CFC* que alcance todo tipo de renda acabe por tributar os pagamentos dedutíveis feitos pela controladora para a controlada em uma jurisdição com tributação favorecida[74], a utilização exclusiva desse tipo de regra, ainda que com a amplitude do modelo brasileiro, encontra seu limite na possibilidade de inversões, com a mudança da sede da investidora para países de menor tributação ou que não possuam legislação determinando a tributação das controladas no exterior, o que demanda a adoção de uma tributação sobre pagamentos para fora da jurisdição, com a finalidade de erodir a base tributável (*outbound base erosion*)[75].

Em razão disso, a UTPR poderia ter uma função bastante relevante de reduzir o incentivo econômico de economia pela alteração de domicílio fiscal da controladora, desestimulando a prática de inversões corporativas – seja diante de uma *regra CFC* ou de uma IIR. Além disso, como explicam Englisch e Becker, a UTPR se justificaria por si só, para evitar distorções competitivas quando empresas domésticas (em países de tributação normal) competirem com empresas estrangeiras que têm acesso a paraísos fiscais e regimes preferenciais. Em relação a alguns tipos de remessas para fora, essa regra também serve para prevenir a erosão da base tributável, rejeitando a dedutibilidade de despesas intragrupo[76].

Sobre esse ângulo, a proposta da UTPR seria complementar tanto à *regra CFC* quanto à IIR, justificando-se independentemente do modelo adotado.

Uma outra possível objeção seria o fato de as *regras CFC* serem medidas domésticas e unilaterais, enquanto o Pilar 2 propõe um inédito esforço multilateral de harmonização global, o que implicaria, por exemplo, um parâmetro comum para mensuração da renda das empresas, e não a regra própria da jurisdição da controladora, e uma alíquota mínima padrão[77].

Não há evidências definitivas de que medidas multilaterais de harmonização e cooperação sejam mais eficientes ou preferíveis em relação a medidas unilate-

---

[73] ALTENBURG, Nadia C.; SCHWARZ, Magdalena. Pillar 2, the role of CFC rules, and GILTI as a qualified income inclusion rule. *Tax Notes Internacional* v. 102, 14 de junho de 2021, p. 1478.

[74] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, p. 646.

[75] HERZFELD, Mindy. Can GILTI + BEAT = GLOBE? *Intertax* v. 47, Issue 5, p. 510.

[76] ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. *International effective minimum taxation* – the GLOBE proposal (11 de abril de 2019), p. 490. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=3370532 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3370532.

[77] DE LILLO, Francisco. Chapter 1: Introducing Pillar Two: towards a global minimum effective tax rate in global minimum taxation? In: PERDELWICZ, A; TURINA, A. (org.). *An analysis of the global anti-base erosion iniciative*. Amsterdã: IBFD Books, 2020, p. 6.

rais tomadas em um ambiente de competição fiscal internacional – como defendido por Dagan, a cooperação internacional deve ser voltada a eliminar "falhas de mercado" nesse mercado de jurisdições fiscais, aprimorando essa competição[78].

Além disso, há um notório processo de adoção crescente do *International Financial Reporting Standards* (IFRS), o padrão contábil internacional, o que tende a eliminar grande parte das divergências na determinação do lucro das controladas. Ainda que grandes exportares de capital como EUA e China adotem padrões próprios de contabilidade, há esforços que estabelecem uma tendência de convergência desses modelos ao IFRS[79].

Por fim, quanto à alíquota mínima comum, a sua própria determinação é problemática, em razão das cargas tributárias de diversos países, além de comportar ainda uma margem de tolerância com as práticas que o Beps busca eliminar[80].

Conclusão

O combate à erosão de bases tributáveis e da alocação artificial dos lucros em paraísos fiscais e países com a tributação favorecida é o grande desafio do Direito Tributário Internacional, com a finalidade de eliminar ou reduzir as múltiplas oportunidades de elusão tributária existentes atualmente.

Nesse contexto, como demonstrado, as *regras CFC* foram relegadas de um promissor instrumento de realização da CEN e combate ao diferimento da tributação, a um escopo bem menor, de ataque a estruturas artificiais e abusivas. Sob essa perspectiva europeia, em especial após o Atad, no qual o alcance dessas regras é aquém do necessário para combater de forma satisfatória a erosão de base tributária, frente à crescente digitalização da economia, a OCDE apresentou o GloBE, uma proposta multilateral ousada, baseada principalmente na IIR e na UTPR.

Não obstante a OCDE apresente a IIR e as *regras CFC* como instrumentos que não se sobrepõe, em razão de propósitos distintos, demonstramos que essa afirmação é válida somente à luz do preconceito do modelo típico por eles considerado. O Brasil, por outro lado, possui um regime CFC bastante atípico, que se propõe a alcançar todos os tipos de rendimentos de controladas e coligadas, independentemente da jurisdição em que estejam, inclusive com a tributação desses

---

78 DAGAN, Tsilly. *International tax policy* – between competition and cooperation. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 224.

79 PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix P.; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD public consultation document "Global Anti-base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar 2": an assessment. *Bulletin for International Taxation*, fevereiro de 2020, p. 647.

80 ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019, p. 647.

valores à medida que são gerados (*accrual basis*), independentemente de distribuição (com a ressalva das coligadas que atendam aos requisitos do art. 81 da Lei n. 12.973/2014).

Como se procurou demonstrar, a regra CFC brasileira possui um alcance mais amplo, e é um instrumento mais eficaz na realização os objetivos de política fiscal que o IIR busca efetivar, do que a proposta atual do GloBE. Considerando-se o IIR, o que se verifica é uma *redundância* em relação à regra existente, o que indica ser mais prático, para o país, contrariar a diretriz da OCDE e apenas aperfeiçoar alguns aspectos da legislação existente, do que abandoná-la. Entre os pontos a serem aperfeiçoados, deve-se considerar especialmente os instrumentos de mitigação do problema de competitividade das coligadas e controladas no exterior, que estão atualmente em vias do encerramento dos seus prazos.

Apesar disso, há também um âmbito de *coordenação* da regra atual em relação ao GloBE, no que diz respeito à implementação de uma UTPR, que teria um efeito complementar à *regra CFC* no combate à erosão da base tributável, principalmente para evitar inversões corporativas para escapar do seu alcance.

A conclusão a que se chega, ao final, é a de que a atual resposta europeia ao Beps, por meio do GloBE, é uma proposta inovadora e ousada, mas cuja pertinência da adoção integral deve ser sempre pensada à luz de cada jurisdição específica, sua legislação própria e seus objetivos de política fiscal.

À luz da específica *regra CFC* brasileira, o caminho mais adequado à política fiscal do país é a sua integração ao GloBE, para adoção dos aspectos que lhe são *complementares*, e não para inserir elementos redundantes que não trarão ganhos concretos, mas simplesmente trarão complexidade para a administração e para o *compliance* dos contribuintes.

Bibliografia

ALTENBURG, Nadia C.; SCHWARZ, Magdalena. Pillar 2, the role of CFC Rules, and GILTI as a qualified income inclusion rule. *Tax Notes Internacional* v. 102, junho 14, 2021.

ANDRADE, André Martins de. *A tributação universal da renda empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

APPY, B.; ROSS, M.; MESSIAS, L.S. Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior* v. 113, 2012.

ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*. IBFD. December 2019.

AVI-YONAH, Reuven. International tax as international law: *an analysis of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

AVI-YONAH, Reuven. Territoriality and the original intent of Subpart F. *Tax Notes*, June 12, 2017.

BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. *Taxing where value is created*: what's "user involvement" got to do with it? (Outubro 1, 2018). Disponível no SSRN: https://ssrn.com/abstract=3258387 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3258387.

BLUM, Daniel W. Controlled foreign companies: selected policy issues – or the missing elements of Beps action 3 and the anti-tax avoidance directive. *Intertax* 46, 2018.

DAGAN, Tsilly. *International tax policy* – between competition and cooperation. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

DE LILLO, Francisco. Chapter 1: Introducing Pillar Two: towards a global minimum effective tax rate in global minimum taxation? In: PERDELWICZ, A; TURINA, A. (org.). *An analysis of the Global Anti-Base Erosion Iniciative*. Amsterdã: IBFD Books, 2020.

DELOITTE. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, Julho 2015, Disponível em: https://www2.deloitte.com/cy/en/pages/tax/articles/guide-to-controlled-foreign-company-regimes.html.

DEPARTMENT OF TREASURY. *The deferral of income earned through U.S. Controlled Foreign Corporations* – a policy study. Estados Unidos da América, 2000.

ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. *International effective minimum taxation* – the GLOBE Proposal (11 de abril de 2019). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=3370532 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3370532.

HERZFELD, Mindy. Can GILTI + BEAT = GLOBE? *Intertax* v. 47, Issue 5, 2019.

HEY, Johanna. The 2020 Pillar Two blueprint: what can the globe income inclusion rule do that CFC legislation can't do? *Guest Editorial. Intertax* 49, issue 1, 2021.

LEHNER, Moris. O impacto da neutralidade fiscal na crise financeira global. Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* vol. 3, n. 4. Curitiba, 2011, jan.-jun.

LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) rules? *Revista de Direito Internacional* v. 14, n. 2. Brasília, 2017.

OCDE. *Designing effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015.

OCDE/G20. *Tax challenges arising from digitalization* – report on Pillar Two Blueprint. OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OCDE Publishing.

OCDE/G20. *Statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. 8 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf.

OCDE/G20. *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy*. Public Consultation Document. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf.

PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix P.; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD public consultation document "Global Anti-base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar 2": an Assessment. *Bulletin for International Taxation*, fevereiro de 2020.

REDMILES, Melissa; WENRICH, Jason. *A history of Controlled Foreign Corporations and the Foreign Tax Credit*. Disponível em: https://www.irs.gov/pub/irs-soi/historycfcftc.pdf.

ROCHA, Sergio André. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

TURLEY, C.; CHAMBERLAIN, D; PETRICCIONE, M. *A New Dawn for the international tax system*: evolution from past to the future and what role will China play? Amsterdã: IBFD, 2020.

UCKMAR, Victor *et alli*. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.

UNITED STATES SENATE. Brief Summary of Provisions in H.R. 10650 – the "Revenue Act of 1962". Washington: US Government Printing Office, 1962. Disponível em: https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/87PrtRevwm.pdf.

VON HAGEN, Dominik; HARENDT, Christoph. Impact of Controlled Foreign Corporation rules on post-acquisition investment and profit shifting in targets. *Discussion Paper* n. 17-062. ZEW, 2017. Disponível em: https://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17062.pdf.

WEISBACH, David A. The use of neutralities in international tax policy. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper* n. 697. Chicago: University of Chicago, 2014.

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

As Propostas de Regra CFC para Pessoa Física no Brasil: uma Análise sobre Modelos de Tributação da Renda da Pessoa Física em Bases Universais Compatível com o Sistema Tributário Brasileiro

CFC Rule Proposal for Individuals in Brazil: an Analysis about Compatible Individual Income on Global Basis Compatible with Brazilian Tax System

Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos
Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2014). Doutorando pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da mesma instituição. Atualmente é pesquisador e professor assistente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário.
E-mail: bruno.fettermann@lefosse.com.

Resumo
O presente trabalho tem como objetivo analisar os principais elementos considerados pela literatura para desenho de uma efetiva regra CFC para pessoa física à luz dos limites impostos pelo sistema tributário brasileiro, especialmente no que se refere à aquisição de disponibilidade da renda tal como previsto no art. 43 do CTN.
Palavras-chave: direito tributário, tributação da renda universal da pessoa física, sistema tributário brasileiro, princípio da realização da renda.

Abstract
This paper aims at analyzing the main elements considered by the international literature to conform a personal CFC rule in light of the boundaries imposed by Brazilian Tax System – specially related to the acquisition of availability over income provided by article 43 of Brazilian Tax Code.
Keywords: tax law, income taxation on global basis, individual income tax, Brazilian Tax System, principle of income realization.

1. Introdução e delimitação do objeto de estudo

O regime de tributação sobre a renda da pessoa física em bases universais não é novidade no sistema tributário brasileiro: de acordo com Pedreira[1], desde 1939, o Decreto-lei n. 1.168/1939, em seu art. 17, disciplinava que os rendimentos sujeitos ao imposto de renda da pessoa física são aqueles "pertencentes às pessoas

[1] BULHÕES PEDREIRA, José L. *Imposto sobre a Renda* – pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec, 1979. v. 1, p. 283.

residentes ou domiciliadas no país, qualquer que seja a origem dos rendimentos"[2].

Por sua vez, após a abolição da tributação cedular da renda da pessoa física, o art. 3º, § 4º, da Lei n. 7.713/1988 passou a dispor que a tributação independe da "localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte", reafirmando, portanto, o primado do princípio da universalidade na tributação da renda da pessoa física[3].

A despeito da origem remota da tributação da renda da pessoa física em bases universais, não se tem, até hoje, a previsão de um regime de tributação automática da renda auferida no exterior por entidades locais detidas por pessoas físicas residentes no Brasil.

E aqui, esclareça-se, para fins metodológicos, que se admitirá, doravante, a nomenclatura corrente – e não necessariamente técnica – de *offshore* para as entidades estabelecidas no exterior e controladas por pessoas físicas residentes, assim como se adotará a expressão "regra CFC (relativa à sigla em língua inglesa '*Controlled Foreign Company*') para pessoa física" para designar as regras de tributação *automática* da renda auferida por *offshore* no exterior detida por pessoa física residente no Brasil.

Feita essa breve digressão, é importante, num passo adiante, registrar que só em 2013, foi apresentada a primeira tentativa de instituição de regra CFC para pessoa física, por meio dos arts. 89, 90 e 91 da Medida Provisória n. 627, de 11 de novembro de 2013. No entanto, a proposta foi rechaçada e, neste ponto, a Medida Provisória não foi convertida em lei.

Mais recentemente, na primeira versão do Projeto de Lei n. 2.337/2021, mais uma vez intentou-se introduzir, no sistema tributário brasileiro, uma regra CFC para pessoa física. No entanto, na chamada "versão substitutiva" do Projeto de Lei, a proposta de regra foi retirada e sequer foi submetida à votação na Câmara dos Deputados[4].

Apesar desses fatos históricos, não há dúvida sobre a relevância do tema. De um lado, desde 2014 tem vindo à tona dados sobre investigações da imprensa (como Swiss Leaks[5], Panama Papers[6], Pandora Papers[7]) sobre personalidades do alto escalão da política, do entretenimento, da televisão e do empresariado que detêm ativos no exterior – muitas vezes, não declaradas às autoridades nacionais.

---

2 BRASIL. Decreto-lei n. 1.168, de 22 de março de 1939.

3 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 429.

4 BRASIL. Projeto de Lei n. 2.337/2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288389. Acesso em: 23.11.2021, às 08:32.

5 Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/swissleaks/. Acesso em: 16 nov. 2021.

6 Disponível em: https://www.icij.org/investigations/panama-papers/. Acesso em: 16 nov. 2021.

7 ICIJ, Pandora Papers. Disponível em: https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/. Acesso em: 16 nov. 2021.

Por outro lado, dados do Banco Central do Brasil, indicam que, em 2017, as pessoas físicas brasileiras detinham estoque investido no exterior de US$ 123,7 bilhões, sendo US$ 103,4 bilhões investidos em sociedades controladas ou coligadas[8]. O mesmo estudo mostra que 52% deste capital está investido em entidades veículos de investimentos financeiros e que 86% do capital detido por pessoas físicas no exterior está nos países: Ilhas Virgens Britânicas, Panamá, Bahamas e Ilhas Cayman[9].

Reconhece-se que seria leviano, no entanto, afirmar que toda essa riqueza não será tributada pelo Brasil. Afinal, parte desses valores certamente decorre de rendimentos auferidos no exterior por residentes no Brasil, que, por força do art. 8º da Lei n. 7.713/1988, devem submeter essa renda à tributação pelo imposto sobre a renda de pessoa física ("IRPF") na modalidade de recolhimento mensal obrigatório (vulgarmente cunhado de "Carnê Leão").

A grande questão, no entanto, é que outra parte relevante desses valores é aportada ao capital social de *offshore* e gerarão lucros que só serão tributados quando de sua distribuição – que talvez nunca ocorra – ao residente brasileiro. No mínimo, então, tem-se um caso de diferimento de tributação dessa riqueza pelo IRPF e isso gera questionamentos arrecadatórios, por um lado, mas também de justiça fiscal[10], por outro.

Conforme levantamento realizado em estudo sobre a tributação sobre a renda no Brasil conduzido pelo Insper, a regra de diferimento desses recursos gera impacto imediato na arrecadação: na aludida pesquisa, o Insper concluiu que, só em 2019, esses recursos teriam gerado de 6,7 bilhões a 8,7 bilhões de reais em arrecadação de imposto de renda da pessoa física caso a tributação não fosse diferida[11].

Apesar da inegável relevância política (e por que não, jurídica) do tema, pouco se tem dedicado na literatura tributária a investigar possíveis formas de se conceber uma regra de tributação automática da renda auferida no exterior por pessoas físicas residentes no Brasil por meio de *offshores*. Esse hiato doutrinário talvez se deva, em parte, justamente às frustradas tentativas de instituição de uma regra desse jaez pelo Congresso Brasileiro (e ao aparente pouco interesse político em fazê-lo) ou mesmo à necessidade de a doutrina debruçar-se sobre as regras

---

8 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Investimento Direito no País (2017, 2018 e 2019). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioid. Acesso em: 18 nov. 2021, às 21:10.

9 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Investimento Direito no País (2017, 2018 e 2019). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioid. Acesso em: 18 nov. 2021, às 21:10.

10 Tathiane Piscitelli: Guedes e Campos Neto nos papéis de Pandora. Entrevistada Tathiane Piscitelli, Entrevistadora: Renata Lo Prette. Produzido por G1 no podcast "O assunto", 06.10.2021. Acesso em: 17.11.2021, às 15:12.

11 NÚCLEO DE TRIBUTAÇÃO DO INSPER. *Working Paper*: Tributação da Renda no Brasil, Parte I – Fundamentos da Tributação de Lucros e Dividendos, 2020, p. 41. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/08/Reforma-Tributac%CC%A7a%CC%83o-da-Renda--Parte-1-04ago20.pdf. Acesso em: 18.11.2021, às 21:32.

instituídas para a tributação automática de lucros auferidos no exterior por pessoas jurídicas brasileiras (a princípio pela MP n. 2.158-35/2001 e, hoje, pela Lei n. 12.973/2014).

Com isso, por meio deste trabalho, propomos analisar um importante aspecto de uma possível futura regra de tributação automática de rendimentos auferidos no exterior por meio de *offshores* controladas por pessoas físicas residentes no Brasil que é justamente a *extensão* dessa regra. Ou seja: pretende-se analisar que tipo de rendimento deveria ser abarcado por uma futura regra CFC para pessoa física, de modo a compatibilizar-se com o ordenamento jurídico brasileiro.

A questão está longe de ser pacífica. Afinal, como veremos, a prática dos países difere bastante quanto ao *design* de suas regras CFC, de sorte que se elegem diferentes critérios para definir o que seria um rendimento alcançado pela regra (i.e. o que é "CFC income") que, no final das contas, estipularão o grau de abrangência da regra (se mais ou menos amplo).

Assim, num sobrevoo sobre o plano de apresentação este estudo, pretende-se, em primeiro lugar, descrever as diferentes formas típicas de regras CFC – desde a típica regra antiabuso, que mira apenas nos casos tidos como abusivos – até as regras mais amplas antidiferimento de tributação da renda e que, na opinião de alguns, inclusive, deixa de ser uma regra CFC propriamente[12].

Em segundo lugar, analisaremos as propriedades do sistema brasileiro da tributação da renda, mais especificamente, olharemos para o conceito de "renda" adotado pelo legislador complementar (no art. 43 do Código Tributário Nacional – "CTN" – a partir de uma visão do típico imposto sobre a renda plasmado na Constituição Federal). Com isso, estabeleceremos as balizas dentro das quais uma possível regra CFC poderia existir.

Em terceiro e último lugar, apresentaremos nossa proposta de qual pode ser o tipo de rendimento a ser alcançado por uma futura regra CFC para pessoa física. Veja-se que a proposta não é política, mas estritamente técnica, jurídica: o objetivo do trabalho é delimitar a extensão até onde – a nosso ver – a regra CFC para pessoa física pode chegar, considerando-se as balizas já estabelecidas pelo legislador brasileiro quando trata da tributação da renda e dos limites ao Poder de Tributar.

Ainda de modo propedêutico, não se pode deixar de mencionar tudo aqui que não faz parte do escopo deste trabalho. Apesar da relevância de tantos outros temas afeitos ao desenho de uma regra CFC para pessoa física, não abordaremos, neste trabalho: (i) o conceito de *offshore* (i.e., quais as entidades serão consideradas alcançáveis pela regra CFC de pessoa física, se, por exemplo, sociedade controladas e coligadas ou mesmo se também entidades não personificadas como veículos

---

[12] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330 (314).

coletivos de investimentos e *trusts*); e (ii) a incompatibilidade de regras CFC com o art. 7º dos acordos para evitar a dupla tributação, que tratam da impossibilidade de tributação, pelo Estado de Fonte, por lucros produzidos no exterior[13], apesar da posição contrária existente[14].

2. O pêndulo entre a regra CFC antiabuso e a regra antidiferimento de tributação da renda

Atribui-se às regras instituídas nos Estados Unidos em 1962 sob o nome de "Subpart F" a reputação de primeira regra CFC[15]. A partir daquele momento, outros tantos países exportadores da capital (como Alemanha, em 1972, Canadá, em 1976, Japão, em 1978, França, em 1980 e Reino Unido, em 1984) passaram a adotar regras CFC e todos com a intenção de prevenir a evasão fiscal e o esvaziamento de suas bases tributáveis por meio da remessa e manutenção de valores em entidades sediadas em países de baixa tributação[16].

Nesse sentido, aliás, em 1998, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE") emitiu o "The Harmful Tax Competition Report", que recomendou a adoção de regras CFC como forma de combate às práticas fiscais danosas realizadas, principalmente, pelos chamados "paraísos fiscais"[17].

Como se pode observar, originalmente, as regras CFC nasceram com intuito restrito de medida antiabuso e, exatamente por isso, costumavam ter como escopo: (i) entidades controladas; (ii) em países de baixa tributação; e (iii) que auferissem renda passiva (como aluguéis, dividendos, juros e *royalties*)[18].

Com o passar dos anos, no entanto, as regras CFC foram multiplicando-se pelos ordenamentos jurídicos nacionais e seu escopo de aplicação ampliou-se em alguns casos. No Brasil e atualmente no Canadá, as regras de tributação automática de rendimentos auferidos no exterior abrangem todo e qualquer rendimento

---

[13] SCHOUERI, Luís Eduardo. The objective scope of article 7 and the treaty protection to deemed distributed dividends. *Kluwer International Tax Blog*, 27 April 2015. SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas fundações do direito tributário internacional? The OECD, its Pillars I and II and covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; FLÁVIO NETO, Luis; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais* – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19. São Paulo: IBDT, 2020, p. 242-262.

[14] OCDE. Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017, OECD Publishing. Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, Commentary on article 7, para. 14.

[15] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330 (314). BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 20.

[16] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*, December 2019, p. 631-649 (632).

[17] OCDE. Harmful tax competition: an emerging global issue, 1998.

[18] BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 20.

recebido no exterior, não estando limitadas aos rendimentos passivos, nem mesmo àqueles auferidos em países de baixa tributação; são regras, portanto, designadas pela OCDE, de regra de "full inclusion"[19].

Diante dessa realidade e da eclosão dos chamados casos de planejamento tributário agressivo, denunciados pela mídia num contexto pós-crise de 2008[20], a OCDE, em 2015, lançou uma série de Relatórios sobre 15 Planos de Ações do Beps – projeto da Organização em parceria com o G20 que abordou diversos temas reputados como causadores dos fenômenos da erosão da base tributável e do deslocamento de lucros (*base erosion and profit shifting*). Dentre os relatórios, destacamos o Relatório Final emitido para o Plano de Ações 3[21], pelo qual se tinha a incumbência de analisar a adoção de modelos de regras CFC que mais adequadamente lidassem com a erosão da base tributável por meio da instituição de sociedades-base[22] em países de baixa tributação.

A percepção da comunidade internacional, como relata Arnold[23], foi, no entanto, de que o Relatório Final do Plano de Ações 3 foi um total fracasso. Isso porque teria falhado não só em recomendar modelos de regras (*tax-design guidance*) CFC aos países que pretendessem adotá-las ou a melhorar suas práticas, mas também porque deixou de, efetivamente, recomendar que os países passassem a instituir tais medidas.

Diante da alegada insuficiência das medidas do Plano Beps e dos anseios dos países do G7 de estabelecer padrões de tributação mínima global, a OCDE propôs duas novas medidas de reestruturação da tributação internacional: os chamados *Pillar 1* e *Pillar 2*.

Enquanto a proposta do *Pillar 1* é de buscar um novo equilíbrio na alocação de jurisdição tributária, com especial atenção ao país de mercado, o *Pillar 2* ocupa-se de supostos desafios remanescentes de Beps, criando, sobretudo, a possibilidade de países exercerem plena jurisdição tributária (caso esta não tenha sido adequadamente exercida pelo outro Estado envolvido na operação transfronteiriça), estabelecendo uma espécie de patamar mínimo para a competição fiscal[24].

---

[19] OCDE. Designing effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

[20] BRAUNER, Yariv. What the Beps? *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, 2014, p. 57-58.

[21] OCDE. Designing effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

[22] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330 (314).

[23] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*, December 2019, p. 631-649 (632).

[24] SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas fundações do direito tributário internacional? A OCDE, seus Pilares I e II e a covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; FLÁVIO NETO, Luis; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais* – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19. São Paulo: IBDT, 2020, p. 242-262 (243).

Dentre as medidas propostas pelo *Pillar 2*, chama a atenção – para os fins deste artigo – a proposta de recomendação aos países de adoção de uma *Income Inclusion Rule* ("IIR"), que, como medida primária, determina a inclusão na base de cálculo do imposto sobre a renda corporativa (*corporate income tax*) da *top entity* os rendimentos que tenham sido submetidos à tributação efetiva menor do que 15% nos seus países de fonte.

Autores como Ibarrola[25], Pistone, Nogueira, Andrade e Turina[26] associam essa proposta a uma medida de transparência fiscal ou de regra CFC. No fim das contas, essa medida assemelha-se bastante a uma regra de tributação automática dos rendimentos auferidos por meio de uma entidade no exterior cujo escopo fosse o mais abrangente possível, i.e., regra de "full inclusion" ou "catch all".

Com isso, o que se observa é um verdadeiro pêndulo na prática tributária internacional, que, especificamente quanto às regras CFC, nasceu de práticas antiabuso que buscavam restringir a evasão fiscal, a propostas mais abrangentes de tributação global mínima que mirem, não só nos casos de abuso, mas de tributação abaixo de determinado nível ou mesmo de diferimento.

No Brasil, o debate existe desde a edição das normas de tributação sobre lucros auferidos por pessoas jurídicas no país que controlassem coligadas e controladas no exterior: de um lado, autores como Schoueri sustentam que a regra brasileira é mais do que uma regra CFC[27] – dado seu aspecto abrangente – enquanto Rocha, por outro lado, defende que a regra brasileira pode, perfeitamente, ser qualificada como regra CFC, pois estas não seriam apenas as antiabuso[28].

De um modo ou de outro, constata-se que é possível conceber diferentes formas de regras de tributação automática de rendimentos auferidos por meio de entidades no exterior detidas por pessoa física no Brasil. Para tratar dos possíveis desenhos de regra dessa natureza, valemo-nos da análise de três níveis de condicionantes de aplicação de uma regra CFC – tal como apontado por Bianco[29], Arnold[30], Schoueri[31] e também como empregado no Relatório Final do Plano de

---

[25] IBARROLA, Aitor Navarro. Consideraciones de política fiscal sobre la propuesta globe de tributación mínima (Pilar 2) y su implementación. *Crónica Tributária* n. 179/2021, p. 63-91 (69).

[26] PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD public consultation documento "Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two": an assessment. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, February 2020, p. 62-76 (67).

[27] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330 (314).

[28] ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 255.

[29] BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 28.

[30] ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*, December 2019, p. 631-649 (632).

[31] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA,

Ações 3 do Beps – quais sejam: (i) a quais entidades estrangeiras a regra será aplicável (o que é uma "CFC entity"?); (ii) qual o nível de tributação estrangeira sobre a CFC ou qual país de domicílio da entidade desencadeia a regra CFC?; e (iii) quais tipos de rendimentos são alcançáveis pela regra CFC?

Ao examinar a primeira condicionante, tem-se a discussão sobre o "controle" da entidade estrangeira pelo residente. Assim, discute-se qual tipo de controle se exigirá (se controle de fato, se controle econômico, se controle jurídico – e, neste caso, qual será o percentual a partir do qual se presumirá controle) para desencadear a aplicação de regras CFC. O Relatório Final do Plano de Ações 3 do Beps, neste sentido, recomenda que se presuma controle de uma entidade a partir da propriedade (*ownership*) de mais de 50% da participação societária ou a partir do controle econômico sobre ela, aferível, por sua vez, por quem detém o direito sobre lucros, capital e ativos da sociedade controlada[32].

A segunda condicionante, por sua vez, estabelece, ou bem um nível mínimo de tributação no exterior que desencadeará a aplicação da regra CFC, ou bem a adoção da regra se a CFC for instituída em determinado país. Ensina-se, respectivamente, que, nestes casos, ou se empregarão o método de comparação de tributação ou o método jurisdicional, como afirma Bianco[33].

Por fim, a última condicionante diz respeito a quais rendimentos serão considerados "CFC income" e que deverão, portanto, ser captados pela regra CFC. No Relatório Final do Plano de Ação 3, encontram-se alguns critérios para tanto[34]. Pelo critério da origem do rendimento, considera-se renda CFC todo montante recebido de país de baixa tributação ou lista em "black list". Pelo critério da parte relacionada, considera-se, por sua vez, renda CFC toda aquela paga por parte relacionada à própria sociedade controlada no exterior por pessoa residente no país. Pelo critério da natureza jurídica, diferenciam-se os rendimentos de natureza ativa ou passiva (pelo chamado método transacional[35]), sendo que os primeiros são aqueles decorrentes do exercício de atividade econômica produtiva (e investimento estrangeiro direito) e os segundos, de exploração do capital e investimentos especulativos – sendo que, geralmente, é sobre estes que as regras CFC recaem, como vimos.

Do exposto, fica evidente que a manipulação dessas três condicionantes levará à instituição que é mais afeita a uma regra antiabuso ou a uma regra mais abrangente antidiferimento da tributação da renda. Veja-se, por exemplo, que a

---

Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330 (315).

32 OCDE. Designing effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

33 BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 25-26.

34 OCDE. Designing effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

35 BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 25-26.

regra que se aplica a sociedades controladas em paraísos fiscais e que auferem rendimentos passivos tem escopo mais restrito e assemelha-se mais ao primeiro tipo de regra do que a regra que se aplica a toda e qualquer entidade controlada em qualquer país estrangeiro e que despenhem ou não atividade produtiva. Neste caso, ter-se-á verdadeira regra antidiferimento e que não diferencia renda ativa e passiva, nem mesmo a origem da sociedade controlada.

Apesar da existência desse amplo espectro de normas CFC, entendemos – como veremos na sequência – que o legislador nacional brasileiro – por conta das limitações impostas, sobretudo, pelo CTN – não é livre para eleger qualquer uma delas e manipular, livremente, o escopo de aplicação de tal regra. Antes, no entanto, de tratar de uma possível regra CFC para pessoa física que pudesse ser instituída pelo legislador ordinário, vejamos os limites impostos pelo sistema tributário nacional que conformariam tal iniciativa.

3. Os limites impostos pelo sistema tributário brasileiro de tributação da renda da pessoa física

3.1. O conceito de renda adotado pelo legislador complementar e o princípio da renda disponível

Antes mesmo de analisar qual o conceito de renda plasmado no CTN, cumpre esclarecer o papel da Lei Complementar no sistema tributário brasileiro (admitindo-se, evidentemente, que o CTN é lei complementar material[36]). Borges, valendo-se das lições de Kelsen, defendeu que as leis complementares teriam a função de "lei nacional", sendo expressão da ordem jurídica central (admitindo, por sua vez, que esta, juntamente com as ordens jurídicas parciais formariam a ordem jurídica total ou nacional[37]).

De um modo ou de outro, fato é que a Constituição, em seu art. 146, III, "a", atribui ao legislador complementar a tarefa de "definir o fato gerador dos tributos". Exatamente em razão disso é que Schoueri sustenta que as categorias típicas previstas na Constituição Federal tomariam forma de um conceito na lei complementar, outorgando rigidez ao sistema tributário nacional[38].

Assim é que o art. 43 do CTN posicionou-se especificamente sobre o "conceito" de renda e a sua leitura permite concluir – como pontua Polizelli – ao menos que o legislador complementar não adotou os conceitos de "renda psíquica"[39] ou

---

[36] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 91.

[37] BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975, p. 30-35; 51-97 (34).

[38] SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1, p. 241-264 (246).

[39] Sobre a renda psíquica como forma de "bem-estar": FISCHER, Irving. Comment on president plehn's address. *American Economic Review*, mar. 1924, p. 64-65.

"renda-consumo"[40] para fins de incidência do Imposto de Renda.

O dispositivo, igualmente, não deixa dúvida que o inciso II faz referência ao conceito de "renda-acréscimo" e pressupõe, portanto, que haja renda quando houver acréscimo patrimonial – ao que se travam longas discussões sobre o conceito de patrimônio: se aquele decorrente do conceito civilista de patrimônio (enquanto universalidade de bens e direitos[41]) ou se conceito próprio do Direito Tributário, que comportaria, portanto, um significado próprio para patrimônio, como o da contabilidade, por exemplo[42].

Importante, neste ponto, é analisar, sob perspectiva histórica, em que termos o CTN adotou a chamada Teria do Acréscimo Patrimonial Líquido (*Reinvermögenzugangstheorie*), considerando renda o aumento do poder econômico de um indivíduo durante um certo período – como sugere Schanz[43].

Na mesma linha, Haig, conforme relata Holmes, propôs que renda é o acréscimo de poder que um indivíduo tem para satisfazer as suas vontades num dado período, desde que esse aumento de poder seja expresso em valor monetário[44].

Conceito similar, por sua vez, é o proposto por Simons, que entende que renda compreende o acréscimo de valor dos direitos de propriedade de um indivíduo dentro de um lapso temporal e do valor desses direitos direcionados ao consumo[45]. Combinadas essas noções, conclui-se pelo chamado modelo Schanz-Haig-Simons (modelo SHS)[46] que abarca uma definição bastante ampla[47] – e tida,

---

[40] Sobre essa corrente: ANDREWS, William. A consumption-type or cash-flow personal income tax. *Harvard Law Review* v. 87, n. 6, 1974, p. 1113.

[41] OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. I, p. 64-65. MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives G. S. (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 107-124 (108).

[42] SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1, p. 241-264 (264).

[43] SCHANZ, Georg von. Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze. *Finanzarchiv* v. 13/1, 1896, p. 1-87 (23-24).

[44] HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. The Netherlands: IBFD, 2000, p. 61-62.

[45] SIMONS, Henry C. *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1938, p. 49-50.

[46] POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 81. SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (243) e TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Colônia: Editora Dr. Otto Schmidt, 1993, p. 563-564.

[47] GASSNER, Wolfgang. The influence of tax principles on the taxation of income from capital – a response. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 33-52 (36).

muitas vezes, como a mais justa[48] – de renda-acréscimo e, em certa medida, a renda-consumo e a renda imputada[49].

A análise, por sua vez, do inciso I do art. 43 suscita algum debate doutrinário. Isso porque há quem defenda que este dispositivo encampa o conceito de "renda-produto" alinhado à Teoria da Fonte (*Quellentheorie*). Neste sentido, Lang vale-se da definição de Herman, para quem renda seria a soma de bens econômicos que se tornam disponíveis a um indivíduo em um dado intervalo de tempo sem prejudicar a fonte de produção[50].

Ainda Lang[51] – acompanhado de Polizelli[52] – relata que Bernhard Fuisting foi o principal expoente dessa teoria e influenciou consideravelmente a lei de imposto de renda da Prússia de 1891 e, com base na obra deste autor, acrescenta, na explicação sobre a teoria da fonte, que a percepção de rendimentos de uma fonte duradoura (*Erträge dauernder Quelle*) seria uma das principais formas de concretização da capacidade contributiva[53].

Não se pode perder de vista, por outro lado, que outra respeitável vertente doutrinária entende que mesmo o inciso I do art. 43 pressupõe a existência de acréscimo patrimonial para deflagração de renda. Nessa ala, chega-se a mencionar que o inciso I seria desnecessário, uma vez que o inciso II é abrangente o suficiente e ao mencionar "acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior", estaria admitindo que o inciso I também faz referência a "acréscimos patrimoniais"[54].

---

48 THURONYI, Victor. The concept of income. *46 Tax L. Rev.* 45 (1990) (reproduzido em CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. Federal income tax anthology. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997, 2ª tiragem) 2003. p. 107-111 (107).

49 HADDAD, Gustavo Lian. Realização da renda em reestruturações societárias. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário* – princípio da realização no Imposto sobre a Renda. São Paulo: IBDT, 2019, p. 363-404 (371).

50 LANG, Joachim. *Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer*: Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht. Köln: Otto Schmidt, 1988, p. 36.

51 LANG, Joachim. *Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer*: Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht. Köln: Otto Schmidt, 1988, p. 37.

52 POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 74.

53 FUISTING, Bernhard. Die preuβischen direkten Steuer, 3. Band, Kommentar zu den Gewerbesteuerung der Zukunft in Anknüpfung an das Preuβische EStG. Berlin, 108, p. 147 *apud* LANG, Joachim. *Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer*: Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht. Köln: Otto Schmidt, 1988, p. 37.

54 CANTO, Gilberto U. *et al*. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives G. S. (coord.). *O fato gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. São Paulo: Resenha Tributária: CEEU, 1986, p. 1-44 (9-10). MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives G. S. (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 107-124 (109).

Assim, partilha-se da opinião de Costa, que já sustentava que pode haver tributação da renda-produto, de modo que o acréscimo patrimonial torna-se irrelevante [55]. Na mesma linha, Schoueri aponta em estudo mais recente sobre o princípio da realização da renda[56] e também em estudo anterior em que explica, por meio de didático diagrama reproduzido em artigo sobre a tributação da renda pelo Lucro Real, que, pelo conceito de renda do CTN, é possível tributar renda-acréscimo (tal como previsto no inciso II), renda-produto sem mensuração de acréscimo patrimonial (tal como reza o inciso I do art. 43) e valores que, na intersecção entre os dois conjuntos de casos, sejam renda-produto e renda-acréscimo[57].

Ressalte-se, no entanto, que, apesar de adotar conceito abrangente de renda, o CTN não autoriza a tributação, pelo imposto de renda, de qualquer riqueza que corresponda à renda-produto ou à renda-acréscimo. O art. 43 do CTN, nessa linha, condiciona a incidência do imposto sobre renda à sua realização e, por isso, torna indispensável a disponibilidade econômica ou jurídica da renda.

A questão da disponibilidade é, igualmente, fruto de intenso debate doutrinário. De um lado, é comum que se vincule a ideia de disponibilidade jurídica ao regime de competência e a disponibilidade econômica ao regime de caixa – o que não parece a associação mais acertada, uma vez que o recebimento do numerário implica, quando muito, disponibilidade financeira e esta é irrelevante para o legislador complementar, sendo, no mais das vezes, utilizada pelo legislador ordinário para justificar o diferimento da tributação pelo imposto sobre a renda[58].

Há, nessa linha, a posição de Sousa, que sustenta que a disponibilidade econômica se verifica pelo recebimento do dinheiro em caixa (i.e., pela realização da *riqueza*), enquanto a disponibilidade jurídica expressar-se-ia em título jurídico que seria conversível em dinheiro (i.e., pela separação do rendimento do capital)[59].

Machado, por sua vez, sustenta que a expressão "disponibilidade econômica" seria desnecessária e poderia ser suprimida do texto da Lei, uma vez que o patri-

---

[55] COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 27.

[56] SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito tributário*: princípio da realização no Imposto sobre a Renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019, p. 19-32 (21-22).

[57] SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1, p. 241-264 (247).

[58] OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. I, p. 386.

[59] SOUSA, Rubens Gomes de. Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. *Pareceres* – 1: imposto de renda. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 70.

mônio compreende universalidade de direitos (cf. art. 57 do Código Civil) e só estes poderiam acrescê-lo[60].

Oliveira, por seu turno, suscita o critério da licitude da fonte de obtenção da renda para justificar a diferença entre disponibilidade econômica e a jurídica, de modo que a primeira abrangeria as situações em que a obtenção da renda se desse de forma ilícita ou mesmo alheia ao Direito (como é o caso do traficante de drogas que obtém renda ou mesmo do apostador que, por obrigação "natural", recebe valores de jogo de azar), enquanto a segunda abarcaria a obtenção de rendimentos protegida pelo Direito[61].

Schoueri, por fim, defende que a expressão "disponibilidade econômica" guarda relação com a noção econômica de patrimônio, admitindo, para tanto, que o legislador complementar utilizou a expressão "acréscimo patrimonial" em sentido próprio (e, portanto, desvinculada da acepção privatista do art. 57 do Código Civil) – conclusão essa depreendida do contexto e da finalidade da legislação tributária[62], o que também relata Gallendi Júnior[63].

Nesse sentido, como bem ressalta o professor, o legislador complementar teria escapado da discussão sobre o ingresso ou não de recursos e também da questão da licitude da atividade que gerou a renda, para diferenciar as situações em que a renda surge de uma situação de fato ou como decorrência de um negócio jurídico. Assim, a ideia de disponibilidade econômica e jurídica estaria associada ao quanto disposto pelo art. 116 do CTN. Afinal, como o fato gerador de um tributo (no caso, a realização da renda) pode nascer de uma situação de fato (inciso I do art. 116) ou de uma situação de direito (inciso II do art. 116), a disponibilidade econômica enquadrar-se-ia na primeira categoria e a disponibilidade jurídica, na segunda[64].

Diante desse cenário, partir-se-á da doutrina de Schoueri[65], que explica que renda disponível é a renda apta a pagar impostos (e, portanto, líquida de despe-

---

60 MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives G. S. (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 107-124 (110).

61 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. I, p. 388.

62 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 780-781.

63 GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. A consideração econômica no direito tributário. São Paulo: IBDT, 2020 (*Série Doutrina Tributária* 32), p. 419.

64 SCHOUERI, Luís Eduardo. Comentários sobre COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a Renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (coord.). *Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IBDT, 2017, p. 236-239 (239).

65 SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito tributário*: princípio da realização no Imposto sobre a Renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019, p. 19-32 (23).

sas consideradas indispensáveis) e de autores alemães como Hennrichs[66] e Tipke[67] e das noções de "disponibilidade econômica" e "disponibilidade jurídica" tal como propostas por Schoueri.

Uma possível regra CFC para pessoa física, então, necessariamente, deve respeitar os limites impostos pelo princípio da renda disponível e dos conceitos de disponibilidade tal como eleitos no CTN. Isso significa que a tributação automática sobre renda não disponível revelar-se-á incompatível com o CTN.

3.2. As regras de tributação da renda da pessoa física: o legislador tem o dever de adotar o regime de caixa?

Demarcadas as balizas estabelecidas pelo legislador complementar, passa-se, neste ponto, a analisar se o legislador ordinário firmou outros tantos limites que restringiriam o alcance da tributação por uma regra CFC para pessoa física. O limite que se poderia cogitar é o da tributação da renda da pessoa física conforme o regime de caixa.

Como se sabe, o art. 2º da Lei n. 8.134/1990 prevê que estão sujeitos ao imposto sobre a renda da pessoa física, os "rendimentos e ganhos de capital [que] forem percebidos". Assim, se a hipótese de que o regime de caixa é mandatório na tributação da renda da pessoa física, então uma possível regra CFC para pessoa física seria incompatível com o sistema tributário brasileiro. Afinal, este tipo de regra pressupõe a tributação independentemente da percepção financeira do rendimento auferido no exterior.

Para testar a hipótese, então, necessário se faz analisar quais seriam os possíveis fundamentos para justificar a obrigatoriedade do regime de caixa na tributação da pessoa física.

De um lado, seria de se cogitar que a adoção do regime de caixa é a expressão direta da "disponibilidade econômica", tal como prevista no art. 43 do CTN. Como mencionamos acima, há respeitável doutrina que sustenta que a disponibilidade econômica sobre o rendimento ocorre com o recebimento do montante em dinheiro ou meio equivalente[68].

Parece-nos, no entanto, como também já firmamos, que essa não é melhor interpretação – no que acompanhamos Schoueri[69]. Além do quanto exposto acima, entendemos, em consonância com Oliveira, que o momento de detenção de

---

[66] HENNRICHS, Joachim. Leistungsfähigkeit – objektives Nettoprinzip – Rückstellung. In: TIPKE, Klaus; SEER, Roman; HEY, Johanna; ENGLISCH, Joachim. *Festschrift für Joachim Lang zum* 70.Geburtstag. Köln: Otto Schmidt, 2010, p. 237-254.

[67] TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Colônia: Editora Dr. Otto Schmidt, 1993. v. 2, p. 591.

[68] SOUSA, Rubens Gomes de. Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. *Pareceres* – 1: imposto de renda. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 70.

[69] SCHOUERI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 142, julho de 2007, p. 39-51 (42).

recursos financeiros representa mera "disponibilidade financeira"[70]. Por vezes, continua o autor, a disponibilidade financeira sequer representa acréscimo patrimonial, de modo que pode representar momento anterior ao fato jurídico tributário que desencadeia a incidência do imposto sobre a renda. Assim, embora não pactuemos da distinção feita por Oliveira para "disponibilidade econômica" e "disponibilidade jurídica", concordamos com o seu posicionamento a respeito da "disponibilidade financeira".

O CTN, por sua vez, não condiciona a tributação da renda à disponibilidade financeira, mas sim à econômica ou jurídica. A verdade é que o legislador ordinário escolheu diferir a tributação da renda em alguns casos (como no da pessoa física) para o momento da disponibilidade financeira[71], ou seja, do recebimento do dinheiro pelo contribuinte quando, em momento anterior, já houve disponibilidade econômica ou jurídica sobre aquela nova "renda" (seja ela renda-produto, seja ela renda-acréscimo).

A eleição do momento da disponibilidade financeira pelo legislador ordinário, no entanto, não é mandatória à luz do CTN, de modo que poderia, à primeira vista, ser alterada pelo próprio legislador ordinário (inclusive no caso de adoção de uma regra CFC para pessoa física). Afinal, tendo já ocorrido o fato jurídico tributário, não se vislumbram impedimentos para que o legislador eleja o melhor momento para firmar a incidência do imposto.

Questiona-se, em segundo plano, entretanto, se o legislador ordinário não estaria vinculado, por coerência, a manter o regime de caixa em todos os casos de tributação da renda da pessoa física, de modo que a adoção de uma regra CFC importaria quebra dessa "coerência".

Tal raciocínio poderia embasar-se no que Ávila chamou de "Postulado do Legislador Coerente"[72]. De acordo com o autor, o legislador, ao criar novas regras, vincula-se às decisões legislativas que tomou anteriormente. Essa vinculação decorre do princípio da igualdade, uma vez que o legislador toma, num primeiro momento, uma determinada decisão fundamental (considerando um critério de comparação entre sujeitos) e, na sequência, ao tomar uma segunda decisão, deve seguir aquele mesmo critério quando houver a mesma justificativa, sob pena de a primeira ou a segunda decisões serem reputadas arbitrárias[73]. Nessa mesma linha, Kirchhof afirma que o legislador deve tomar decisões de modo consequente

---

[70] OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. I, p. 383.

[71] OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. I, p. 386.

[72] ÁVILA, Humberto. O "postulado do legislador coerente" e a não-cumulatividade das contribuições. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11, p. 175-183 (176).

[73] ÁVILA, Humberto. O "postulado do legislador coerente" e a não-cumulatividade das contribuições. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11, p. 175-183 (177).

(*folgerichtig*) e livre de contradições (*widerspruchsfrei*), de sorte que decisões oneratórias sejam tomadas de forma igualitária (*Belastungsgleichheit*)[74].

Com base nesse postulado, poder-se-ia aventar que o legislador, uma vez tendo eleito o regime de caixa para a tributação da renda da pessoa física, deveria permanecer coerente, adotando esse regime, consistentemente, para todos os casos de tributação da renda da pessoa física. Isso impediria, então, a instituição de uma regra CFC para pessoa física, pois essa pressupõe a incidência do imposto sobre a renda independentemente da disponibilidade financeira sobre os rendimentos.

Entendemos, no entanto, que esse possível argumento em desfavor da regra CFC não procederia. Isso, porque a construção em torno do Postulado do Legislador Coerente, tal como proposta por Ávila e por Kirchhof, assume que o legislador deve manter suas decisões consistentes a partir de uma justificativa. Ou seja: se o legislador tiver outra justificativa, i.e., outro critério de diferenciação entre sujeitos que seja legítimo – porque atende a uma finalidade legítima constitucionalmente[75] – para motivar a mudança de decisão, então não haverá quebra de coerência e, portanto, tampouco do princípio da igualdade.

Como ensina Schoueri[76] e Tipke[77], a igualdade é relativa e se define a partir de um critério específico ou de uma medida de comparação – como prefere Ávila[78]. Isso significa que se o legislador possui um critério legítimo para tratar diferentemente os contribuintes do imposto de renda da pessoa física, então a "quebra" na adoção do regime de caixa estará justificada.

No presente caso, parece ser legítima a diferenciação entre o regime geral de tributação da renda da pessoa física que aufere exclusivamente rendimentos de fontes localizadas no território nacional e da tributação da renda da pessoa física que aufere rendimentos no exterior por meio de *offshore* no modo específico como trataremos na sequência. Esclareça-se que o mero fato de deter ativos no exterior ou participação societária em *offshore* não é, por si só, suficiente para diferenciar contribuintes residentes no Brasil, mas sim a disponibilidade efetiva que o residente tem sobre os rendimentos auferidos por meio de *offshore*.

Como sustentaremos na sequência, uma possível regra CFC para pessoa física deveria ater-se a uma regra antiabuso que abarcasse apenas casos específicos. Com esta estrutura, entendemos que a regra CFC teria aplicação restrita a casos de abuso que justificariam a adoção de um critério diferenciador que respaldasse a exceção ao regime de caixa aplicado nos demais casos de tributação da renda da pessoa física.

---

[74] KIRCHHOF, Paul. *Besteuerung im Verfassungstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, p. 43.

[75] ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45.

[76] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 365.

[77] TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Köln: Otto Schmidt, 1993. v. I, p. 339-340.

[78] ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45.

4. Proposta de um possível escopo de regra CFC para pessoa física

Ao examinar as principais regras fundamentais da tributação da renda da pessoa física no Brasil, verificamos, em suma, que uma nova regra CFC de pessoa física não enfrenta qualquer obstáculo ao excepcionar o regime de caixa, mas depende da existência de renda-acréscimo (ou renda-produto) e, mais do que isso, da aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica sobre a renda.

Exatamente sobre este ponto, parte relevante da doutrina já se insurgiu contra as regras de tributação automática de pessoa jurídica brasileira que detém controladas no exterior[79]. Tem-se ressaltado que a mera apuração de lucros, pela sociedade controlada ou coligada no exterior, não importa em disponibilidade jurídica ou econômica da renda à sociedade controladora ou coligada no Brasil.

Schoueri, aliás, é bastante enfático neste ponto e bem ensina que ter direito de decidir sobre o lucro contabilizado por sociedade controlada no exterior é diferente ter disponibilidade sobre o lucro em si, ou seja, ter direito de crédito sobre parcela desse lucro. Nesse sentido, mostra, inclusive, que, em diversos países, o lucro – depois de apurado – deve, em parte, ser destinado a reservas de capital específicas e, sem dúvida, essa parcela, no mínimo, nunca comporá o patrimônio dos sócios – o que revela a indisponibilidade de tal riqueza[80]. Ávila, na mesma linha, mostra a diferença entre o poder decisão sobre a destinação do lucro e o *exercício* de tal direito[81]. Afinal, somente quando os controladores exercem seu direito sobre a destinação do lucro, é que nasce, em seu patrimônio, um novo direito, o direito sobre a divisão desse lucro, acréscimo patrimonial.

Por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal ("STF") da ADI n. 2.588, os ministros, conquanto tenham se embasado em parte no julgamento sobre o ILL, posicionaram-se de modo distinto sobre a questão. Chama atenção, por um lado, o voto do ilustre Ministro Nelson Jobim, que sustentou que a sociedade controladora no Brasil teria disponibilidade sobre os lucros auferidos por sociedade controlada no exterior, porque estes ter-se-iam refletido no patrimônio da controladora por meio do Método da Equivalência Patrimonial (MEP).

---

[79] SCHOUERI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 142. São Paulo: Dialética, julho de 2007, p. 39-51 (40). OLIVEIRA, Ricardo Mariz. O conceito de renda: inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar nº 104 (a questão da disponibilidade sobre lucros de coligadas e controladas no exterior). *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 73. São Paulo: Dialética, 2001, p. 105-115. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Tributação pelo IRPJ e pela CSL de lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior – inconstitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 130. São Paulo: Dialética, 2006, p. 135-149.

[80] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330 (321).

[81] ÁVILA, Humberto B. Indisponibilidade jurídica da renda por poder de decisão ou por reflexo patrimonial. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 9, n. 53, set./out. 2001, p. 9-23 (10).

Por outro lado, destaca-se o voto do Ministro Joaquim Barbosa que refutou o posicionamento do Ministro Jobim e, acertadamente, como explica Schoueri[82], esclareceu que o MEP é mero instrumento de mensuração patrimonial para fins contábil-financeiros e não representa manifestação de capacidade contributiva nem muito menos indica disponibilidade sobre tal riqueza.

Diante desse cenário e do nosso posicionamento sobre os conceitos de disponibilidade jurídica e econômica, entendemos – na linha de Schoueri[83] e, em certa medida, como exposto pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu aludido voto[84] – que uma possível regra CFC teria escopo restrito e deveria abranger tão somente rendimentos auferidos no exterior por meio de *offshores* estabelecidas em países que não contem com restrições societárias sérias.

Explica-se. Em alguns países tidos como paraísos fiscais, as estruturas societárias contam com baixíssima (ou até mesmo nula) estrutura de governança corporativa, de tal modo que as decisões que norteiem a atividade da sociedade são tomadas unilateralmente pelo sócio controlador e sem a necessidade de criação e atuação de órgãos societários específicos. Schoueri refere-se a tais hipóteses e diz que, em determinados casos, basta ao controlador um telefone ou um fax (hoje, uma mensagem de WhatsApp ou um e-mail) para que os recursos da entidade sejam transferidos à conta bancária do sócio ou mesmo a destinações de seu interesse pessoal, para que, só depois da efetiva disponibilização dos recursos, sejam realizados os atos – se for do interesse do sócio – formais societários de disponibilização de lucros[85].

Evidentemente que isso só é possível em países cuja legislação societária seja demasiadamente flexível e suscetível desse tipo de conduta.

Fato é que, em casos como este, fica evidente que o sócio possui plena e automática disponibilidade sobre os lucros auferidos pela sociedade controlada no exterior. Afinal, havendo a apuração do lucro, tem-se, no mesmo momento, a possibilidade de utilização dessa riqueza sem quaisquer entraves jurídicos.

Veja-se que, nessa linha, já havia decidido o STF, no RE n. 172.058-1/SC, quando o Ministro Relator Marco Aurélio afirmou que a incidência do ILL seria, no geral, inconstitucional, porque independe de aquisição de disponibilidade econômica e financeira e que, no entanto, a incidência seria legítima para os ca-

---

[82] SCHOUERI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 142. São Paulo: Dialética, julho de 2007, p. 39-51 (42).

[83] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário* v. 7. São Paulo: Dialética, 2003, p. 303-330 (328).

[84] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratório de Inconstitucionalidade n. 2.588.

[85] SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330 (328).

sos em que o sócio tenha disponibilidade imediata sobre o lucro líquido. No caso, ao tratar de sociedades constituídas no Brasil, o Ministro sustentou que "quando o contrato social encerra, por si só, a disponibilidade imediata, quer econômica, quer jurídica, do lucro líquido apurado", não há inconstitucionalidade na incidência do ILL[86].

Frise-se que essa situação não tem a ver com suposta "simulação" da pessoa jurídica. Afinal, esta – como ensinam Schoueri e Barbosa – é uma "máscara" de que o ser humano dispõe para praticar atos jurídicos, de sorte que tanto a "pessoa jurídica" quando a "pessoa física" sejam centros de imputação de direitos e deveres[87] e não dados da realidade[88]. A existência da pessoa jurídica, portanto, revela-se pelo registro competente e pelo patrimônio segregado apto a suportar os direitos e deveres que lhe são atribuídos, sendo irrelevante, portanto, a constatação de qualquer substrato material dela (como cogitam, normalmente, as autoridades fiscais, ao perquirir local da sede da pessoa jurídica ou mesmo o exercício ou não de atividades negociais específicas).

Feita essa breve digressão, faz-se necessário, ainda, responder a uma pergunta posterior – ainda não respondida na doutrina – que é: neste caso, o sócio teria disponibilidade econômica ou jurídica sobre a nova riqueza?

Em nossa visão, teria disponibilidade econômica, se entendermos que não houve fato jurídico anterior que justificasse esse aumento patrimonial para o sócio; o livre manejo sobre o lucro funda-se num fato econômico, no poder de fato que o sócio exerce sobre o patrimônio da sociedade. Assim, conquanto não haja formalidades que garantam nível mais elevado de governança corporativa e que o patrimônio da sociedade esteja à total disposição do sócio, existe, ao menos, um patrimônio destacado da *offshore* que é distinto do patrimônio pessoal do sócio controlador.

Por outro lado, poder-se-ia entender que a disponibilidade é jurídica, caso se admitisse que a *offshore* não tem patrimônio próprio e que, portanto, qualquer nova riqueza que lhe seja atribuída, em verdade, seria atribuída ao patrimônio do sócio residente no Brasil. Assim, neste caso, a apuração do lucro na *offshore* representaria, de imediato, um novo direito no patrimônio do sócio controlador.

Além da controvérsia sobre a disponibilidade jurídica ou econômica sobre o rendimento, perquire-se se a aplicação de uma possível regra CFC de pessoa física consideraria a existência da pessoa jurídica da *offshore* (de modo que se apuraria um lucro – ou prejuízo – da entidade e este é que seria incluído na base de

---

[86] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC, Rel. Min. Marco Aurelio, j. 30.06.1995, fl. 1548.

[87] SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 30. São Paulo: Dialética, 2014. v. 30, p. 251-273 (260).

[88] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126.

cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica enquanto tal) ou se se desconsideraria a personalidade jurídica da *offshore* e, portanto, os rendimentos recebidos pela entidade conservariam sua natureza jurídica (de, por exemplo, juros, dividendos, aluguéis, *royalties* etc.). Não nos parece, à primeira vista, que o legislador brasileiro teria a opção de desconsiderar ou não a personalidade jurídica da *offshore,* até por uma questão de observância ao princípio da territorialidade material[89].

De igual modo, não parece adequado também que eventual regra CFC para pessoa física, instituída no Brasil, pudesse considerar, em sua hipótese de incidência, a natureza jurídica da *offshore* tal como atribuída pelas regras de Direito Privado Estrangeiro. Como bem ensina Schoueri, quando a lei tributária contempla situações ocorridas fora do território nacional, de igual modo, deve-se entender que também a legislação privada que lhe dá supedâneo a acompanha: "tão largos os braços da lei tributária, tanto devem alcançar também as normas que a suportam"[90].

Desta forma, o mais correto é lançar mão do instituto do Direito Tributário Internacional da "substituição" que, conforme ensina Vogel, surgiu para lidar com o dilema das sociedades de pessoas, que têm personalidade jurídica-tributária em uns Estados enquanto outros não as tributam, de modo que eventuais tributos incidiriam diretamente sobre os sócios[91]. Para o Professor Emérito da Universidade de Munique, o importante para definir se determinada entidade é ou não um sujeito relevante para fins tributários não é classificação jurídica no Estado estrangeiro, segundo o direito local onde foi criada nem tampouco a tributação no exterior. O importante, portanto, é destacar a entidade estrangeira e, considerando sua estruturação jurídica e posicionamento econômico, analisar se é comparável a um ente sujeito a tributação no Estado que pretende tributar[92]. É dizer: deve-se "substituir" a classificação jurídica atribuída pelo país da *offshore* pela classificação jurídica do Brasil, buscando afinidades entre aquela entidade do exterior com a de alguma entidade prevista pelo sistema jurídico privado brasileiro.

---

89 SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 321-374.

90 SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional: qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 54. São Paulo: Dialética, 2000, p. 125-139 (137).

91 VOGEL, Klaus. *Doppelbesteuerungsabkommen der Budesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen. 6ª Auflage. Munique: C. H. Beck, 2015, p. 242-243 (Rz. 181-181d).

92 SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional: qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 54. São Paulo: Dialética, 2000, p. 125-139 (137).

Seguindo-se esse escólio, entendemos que os rendimentos tributáveis pela regra CFC de pessoa física no Brasil deverão ser tratados como lucros da *offshore* ou deverão conservar a natureza jurídica subjacente (i.e., daqueles rendimentos pagos à própria *offshore*), a depender da classificação jurídica que se atribua à *offshore* por meio da "substituição". Assim, caso se entenda que *offshore* se assemelha a uma sociedade (inclusive, sociedade de fato) prevista na legislação cível brasileira, não há razão para desprezar a natureza dos lucros que ela tenha apurado. Por outro lado, caso se entenda que *offshore* estrangeira mais se assemelha a um conjunto de pessoas físicas no sistema cível brasileiro, então deve-se considerar que os rendimentos subjacentes foram diretamente pagos à pessoa física residente no Brasil.

De um modo ou de outro, é importante ressaltar: a regra CFC de pessoa física só pode incidir sobre renda disponível e, mais do que isso, sobre acréscimo patrimonial. Assim, ou bem haverá lucro da *offshore*, tributável após a consideração de despesas e custos dedutíveis naquela jurisdição, ou bem haverá rendimentos subjacentes que deverão ser abatidos e deduzidos de despesas locais que se fizeram necessárias para a obtenção daquela renda – o que se deve ao a que a doutrina trata por "princípio da renda líquida"[93].

Num passo adiante, esses valores que seriam incluídos na base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa física por força de uma possível regra CFC de pessoa física devem, em nossa visão, poder ser diminuídos pelas despesas dedutíveis na declaração de ajuste anual conforme previsto, como regime geral da tributação sobre a renda da pessoa física.

A conclusão, enfim, é que, a despeito do esforço da doutrina de definir uma série de requisitos para aplicação da regra CFC, esta só poderia ser aplicada no Brasil para o caso específico em que o sócio residente no Brasil já possui disponibilidade sobre os lucros da *offshore*. Parece, portanto, que o escopo de uma regra CFC para pessoa física no Brasil não depende da origem do rendimento (se de país de tributação favorecida ou não) ou se o rendimento foi pago por parte relacionada ou não ou mesmo se o rendimento é de natureza passiva ou ativa. O que é relevante, dentro dos limites impostos pelo legislador complementar, é que somente os rendimentos considerados automaticamente disponíveis ao sócio brasileiro poderiam compor o escopo de uma regra CFC para pessoa física.

5. Conclusões

O debate em torno da criação de uma regra CFC para pessoas físicas no Brasil tem se tornado intenso nos últimos anos, especialmente por todo o contexto

---

[93] BIRK, Dieter; DESENS, Marc; TAPPE, Henning. *Steuerrecht*. Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2016, p. 57. SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito tributário*: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019, p. 19-32 (23).

político que o circunda. As possibilidades teóricas de instituição desse tipo de regra também têm se ampliado, em virtude, sobretudo, do combate às práticas fiscais danosas e do empenho na observância de uma chamada tributação global mínima – ambos projetos encabeçados pela OCDE e pelo G20 desde o nascimento do Plano Beps e, mais recentemente, com as propostas do *Pillar 2*.

O sistema de tributação da renda brasileiro, no entanto, apresenta molduras claras, fundamentadas nas ideias de renda como renda-produto e renda-acréscimo. Ainda mais constrangedor da atividade do legislador ordinário são os conceitos de disponibilidade jurídica e econômica: consente-se que, aos olhos do CTN, a tributação da renda depende não só da existência de renda nova, mas da aquisição de disponibilidade sobre essa renda.

Levando-se em conta a relevância e possibilidade de se vir a instituir uma regra CFC para pessoa física no ordenamento jurídico brasileiro, pretendeu-se, no presente artigo, definir o escopo dessa possível regra à luz do conceito de renda definido pelo legislador complementar. Acabamos por concluir que uma possível regra CFC para pessoa física deveria se ater a incluir, na base de cálculo do imposto de renda de pessoa física, os rendimentos que são auferidos por *offshore* no exterior que, por questões societárias locais, são consideradas de livre disponibilidade do sócio residente no Brasil, seja porque a *offshore* não possui autonomia sobre seu patrimônio, seja porque sequer conta com um patrimônio segregado em relação do sócio.

Repisou-se, então, a crítica já acentuada pela doutrina em outras oportunidades sobre a impossibilidade de instituição de uma regra CFC mais ampla e que considere tributável rendimentos sobre os quais o residente no Brasil não tem qualquer disponibilidade.

Em passo adiante, tratamos, também, da necessidade de aplicação do instituto da substituição para entender se *offshore* deve ou não ser considerada para fins de qualificação do rendimento a ser computado na base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa física residente no Brasil. Destacamos que é necessário encontrar uma figura jurídica "comparável" à da *offshore* para determinar se ela seria ou não um "interposto" para fins de qualificação do rendimento tributável pela regra CFC. Assim, caso positivo, deve-se incluir, na base de cálculo do imposto de renda da pessoa física no Brasil, o lucro da *offshore*; se, por outro lado, se concluir que a *offshore* não guarda comparável no Direito Civil brasileiro e que ela não passa de uma reunião de pessoas físicas, então se deve conservar a natureza jurídica dos rendimentos subjacentes recebidos pela *offshore* no exterior. De um modo ou de outro, a renda tributável – qualquer que seja sua natureza – deve ser líquida e representar acréscimo patrimonial do residente no Brasil.

6. Referências bibliográficas

ANDREWS, William. A consumption-type or cash-flow personal income tax. *Harvard Law Review* v. 87, n. 6, 1974.

ARNOLD, Brian J. The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond. *Bulletin for International Taxation*, December 2019.

ÁVILA, Humberto B. Indisponibilidade jurídica da renda por poder de decisão ou por reflexo patrimonial. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 9, n. 53, set./out. 2001.

ÁVILA, Humberto B. O "postulado do legislador coerente" e a não-cumulatividade das contribuições. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Relatório de Investimento Direito no País (2017, 2018 e 2019).

BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BIRK, Dieter; DESENS, Marc; TAPPE, Henning. *Steuerrecht*, Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2016.

BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.168, de 22 de março de 1939.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2.337/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.588.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC.

BRAUNER, Yariv. What the Beps? *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, 2014.

BULHÕES PEDREIRA, José L. *Imposto sobre a Renda* – pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec. v. 1, 1979.

CANTO, Gilberto U. *et al*. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives G. S. (coord.). *O fato gerador do Imposto sobre a renda e Proventos de Qualquer Natureza*. São Paulo: Resenha Tributária: CEEU, 1986.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Tributação pelo IRPJ e pela CSL de lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior – inconstitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 130. São Paulo: Dialética, 2006.

COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FISCHER, Irving. Comment on President Plehn's Address. *American Economic Review*, mar. 1924.

FUISTING, Bernhard. Die preuβischen direkten Steuer, 3. Band, Kommentar zu den Gewerbesteuerung der Zukunft in Anknüpfung an das Preuβische EStG, Berlin.

GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. A consideração econômica no direito tributário. São Paulo: IBDT, 2020 (*Série Doutrina Tributária* n. 32).

GASSNER, Wolfgang. The influence of tax principles on the taxation of income from capital – a response. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005.

HADDAD, Gustavo Lian. Realização da renda em reestruturações societárias. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário* – princípio da realização no Imposto sobre a Renda. São Paulo: IBDT, 2019.

HENNRICHS, Joachim. Leistungsfähigkeit – objektives Nettoprinzip – Rückstellung. In: TIPKE, Klaus; SEER, Roman; HEY, Johanna; ENGLISCH, Joachim. *Festschrift für Joachim Lang zum 70.Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 2010.

HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. The Netherlands: IBFD, 2000.

IBARROLA, Aitor Navarro. Consideraciones de política fiscal sobre la propuesta globe de tributación mínima (Pilar 2) y su Implementación. *Crónica Tributária* n. 179/2021.

ICIJ, Pandora Papers. Disponível em: https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/. Acesso em: 16 nov. 2021.

KIRCHHOF, Paul. *Besteuerung im Verfassungstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

LANG, Joachim. *Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer*: Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht. Köln: Otto Schmidt, 1988.

MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives G. S. (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1.

NÚCLEO DE TRIBUTAÇÃO DO INSPER. *Working Paper*: Tributação da Renda no Brasil, Parte I – Fundamentos da Tributação de Lucros e Dividendos, 2020. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/08/Reforma-Tributac%CC%A7a%CC%83o-da-Renda-Parte-1-04ago20.pdf. Acesso em: 18 nov. 2021, às 21:32.

OCDE. Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, Action 5 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

OCDE. Designing effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

OCDE. Harmful tax competition: an emerging global issue, 1998.

OCDE. Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017, OECD Publishing. Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, Commentary on article 7, para. 14.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. O conceito de renda: inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar nº 104 (a questão da disponibilidade sobre lucros de coligadas e controladas no exterior). *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 73. São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. I.

PISCITELLI, Tathiane; Guedes e Campos Neto nos papéis de Pandora, Entrevistada Tathiane Piscitelli, Entrevistadora: Renata Lo Prette. Produzido por G1 no podcast "O assunto", 06.10.2021. Acesso em: 17 nov. 21, às 15:12.

PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD public consultation documento "Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two": an assessment. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, February 2020.

POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 81.

ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SCHANZ, Georg von. Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze. *Finanzarchiv* v. 13/1, 1896.

SCHOUERI, Luís Eduardo. The objective scope of article 7 and the treaty protection to deemed distributed dividends. *Kluwer International Tax Blog*, 27 April 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 142. São Paulo: Dialética, julho de 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Comentários sobre COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (coord.). *Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IBDT, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional: qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 54. São Paulo: Dialética, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual* n. 30. São Paulo: Dialética e IBDT, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas fundações do direito tributário internacional? The OECD, its Pillars I and II and covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; FLÁVIO NETO, Luis; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais* – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19. São Paulo: IBDT, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito tributário*: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. São Paulo: IBDT, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*: aproximações e distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1.

SIMONS, Henry C. *Personal income taxation*: the definition of income as a problem of fiscal policy. Chicago: University of Chicago Press, 1938.

SOUSA, Rubens Gomes de. Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. *Pareceres* – 1: imposto de renda. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

THURONYI, Victor. The concept of income. *46 Tax L. Rev*. 45 (1990).

TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Colônia: Editora Dr. Otto Schmidt, 1993. v. 2.

VOGEL, Klaus. *Doppelbesteuerungsabkommen der Budesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen. 6. Auflage. Munique: C. H. Beck, 2015.

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

ISBN 978-65-86252-69-9