



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Renata Cunha S. Pinheiro

**As alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 na tributação dos lucros  
das sociedades controladas e coligadas residentes no exterior:**

(Transparência Fiscal Internacional *versus* Limitação dos investimentos das  
empresas brasileiras no exterior)

Rio de Janeiro

2017

Renata Cunha Santos Pinheiro

**As alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 na tributação dos lucros das sociedades controladas e coligadas residentes no exterior:**

(Transparência Fiscal Internacional *versus* Limitação dos investimentos das empresas brasileiras no exterior)



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Área de concentração: Estado, Cidadania e Globalização. Linha de pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Livio Gomes

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P654 Pinheiro, Renata Cunha Santos.

As alterações promovidas pela lei nº 12.973/2014 na tributação dos lucros das sociedades controladas e coligadas residentes no exterior: (transparência fiscal internacional versus limitação dos investimentos das empresas brasileiras no exterior) / Renata Cunha Santos Pinheiro. – 2017.

120 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Lívio Gomes.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Transparência fiscal internacional- Teses. 2. Impostos –Teses.  
3.Bitributação – Tratados – Teses. I. Gomes, Marcus Lívio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 336.227 (81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Renata Cunha Santos Pinheiro

**As alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 na tributação dos lucros das sociedades controladas e coligadas residentes no exterior:**

(Transparência Fiscal Internacional *versus* Limitação dos investimentos das empresas brasileiras no exterior)

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Área de concentração: Estado, Cidadania e Globalização. Linha de pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Aprovada em 07 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Marcus Lívio Gomes (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Luís Cesar Souza de Queiroz  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Marcio Ávila  
Universidade Federal Fluminense - UFF

Rio de Janeiro

2017

## AGRADECIMENTOS

É impossível mensurar quantas pessoas contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desse trabalho. Num mundo globalizado, é inevitável que o indivíduo, considerado em seu próprio universo particular, também esteja submetido a influências das mais diversas e que acabam impactando em todas as suas atividades.

O curso de mestrado foi, sem dúvida, a experiência acadêmica mais enriquecedora pela qual tive o privilégio de passar. Foram muitos amigos, professores incríveis, seminários, eventos e profissionais da mais alta qualidade que circundaram minhas atividades ao longo desse período. Só por isso já valeu a pena.

Apesar de todas as pessoas que me incentivaram, ajudaram e apoiaram, um agradecimento especial merece ser feito ao meu querido orientador. O Professor Marcus Lívio é, sem sombra de dúvida, daquelas pessoas que não só ensinam como somam e agregam, que te colocam pra cima quando você insiste em cair.

Ser orientador de mulher não é tarefa das mais fáceis. Ao longo de dois anos foram muitos eventos externos que influenciaram e abalaram o meu psicológico. Muitas vezes achei que não ia conseguir, muitas vezes achei que não era capaz e em todas elas ele esteve sempre pronto para me ouvir e para dizer: vamos com tudo! Funcionou comigo, Graças a Deus.

Deixo então meu sincero e respeitoso agradecimento ao meu orientador, na esperança de que possamos continuar trabalhando juntos em muitos outros projetos.

## RESUMO

PINHEIRO, Renata Cunha Santos. *As alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 na tributação dos lucros das sociedades controladas e coligadas residentes no exterior: (Transparência Fiscal Internacional versus Limitação dos investimentos das empresas brasileiras no exterior)*. 2017. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O presente estudo tem por objetivo analisar as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 no que tange à tributação em bases universais das coligadas e controladas no exterior. Serão abordadas as consequências e impactos dessas alterações em relação às sociedades controladas diretas e indiretas, notadamente quanto à consolidação e apuração dos resultados a serem refletidos e levados à tributação pela controladora brasileira. A tributação das sociedades coligadas será objeto de enfrentamento. A compatibilidade (ou não) da tributação estabelecida na Lei nº 12.973/2014 com os Tratados para Evitar a Dupla Tributação da Renda também será objeto de enfrentamento, em cotejo com as mais recentes decisões dos Tribunais Judiciais e Administrativos proferidas a respeito. Por fim, será feita uma contextualização no Direito Comparado de como o combate ao Planejamento Tributário Agressivo vem sendo tratado, sempre em comparação com o regime adotado pelo legislador brasileiro.

Palavras-Chave: Lei nº 12973/2014. Tributação das Controladas e Coligadas no Exterior.

Consolidação e Critérios Contábeis de Apuração dos Resultados. Tratados para Evitar a Dupla Tributação da Renda. (In) Compatibilidade com o artigo 7º.

## ABSTRACT

PINHEIRO, Renata Cunha Santos. *The innovations brought by Law No. 12.974/2014 regarding the income taxation on foreign subsidiary and affiliate companies* (International Fiscal Transparency versus Investment limitations on Brazilian companies abroad). 2017. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The present study aims to analyze the alterations brought by Law No. 12.973/2014 in regards to foreign subsidiary and affiliate companies' worldwide income. The impacts and consequences of those alterations regarding direct or indirect subsidiaries companies, especially related to results verification and consolidation reflected and presented to Brazil's Federal Revenue by the Brazilian holding. Affiliate companies' taxation will also be confronted. The compatibility (or not) of the taxation established by Law No. 12.973/2014 with International Double Taxation Treaties will be analyzed against Administrative and Judiciary Courts' most recent decisions on the matter. Finally, a contextualization on comparative law studies regarding how the combat on aggressive tax planning is being treated, always in comparison with the regimen adopted by the Brazilian legislator.

Keywords: Law No. 12.973/2014; Foreign Subsidiary and affiliate Companies' Taxation.

Consolidation and accounting criteria to consolidate and establish income.

International Double Taxation Treaties. (In)Compatibility with article 7<sup>th</sup>.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
DL	Decreto-Lei
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
LC	Lei Complementar
MP	Medida Provisória
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SF	Senado Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UF	Unidades da Federação



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
1	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TRIBUTAÇÃO DA RENDA NO BRASIL</b> .....	15
1.1	<b>Lei nº 9.249/95 e o princípio da universalidade da tributação</b> .....	15
1.2	<b>Instrução Normativa nº 38/96</b> .....	18
1.3	<b>Lei nº 9.532/97</b> .....	19
1.4	<b>Medida Provisória nº 2.158/35-01 e a Lei Complementar nº 104/2001</b> .....	20
1.5	<b>Instrução Normativa nº 213/2002</b> .....	22
2	<b>LEI Nº 12.973/2014</b> .....	25
2.1	<b>As pessoas sujeitas à tributação – Aspecto subjetivo da Lei nº 12.973/2014</b> .....	29
2.2	<b>A materialidade tributável da Lei nº 12.973/2014 – Objeto da Tributação</b> .....	33
2.2.1	<b><u>A Equivalência Patrimonial e o mecanismo próprio da Lei nº 12.973/2014</u></b> .....	35
2.3	<b>Tributação das Controladas Indiretas e Critérios de Contabilização</b> .....	38
2.3.1	<b><u>Casos Eagle I e II – Precedentes sobre a tributação direta das controladas indiretas</u></b> ..	42
2.3.2	<b><u>Da possibilidade de Consolidação dos Resultados</u></b> .....	45
2.3.3	<b><u>Das Restrições à consolidação</u></b> .....	47
2.3.4	<b><u>Da Limitação à Compensação de Prejuízos</u></b> .....	53
2.3.5	<b><u>A inconstitucionalidade da vedação à compensação de prejuízos</u></b> .....	55
2.3.6	<b><u>Compensação do imposto pago no exterior</u></b> .....	60
2.4	<b>Tributação das Coligadas</b> .....	65
2.4.1	<b><u>Tributação automática dos lucros auferidos pelas Coligadas</u></b> .....	67
2.4.2	<b><u>Coligadas equiparadas às controladas</u></b> .....	68
2.5	<b>Diferimento</b> .....	69
3	<b>DOS TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA</b> .....	71
3.1	<b>Breves Considerações sobre os tratados no Direito Brasileiro</b> .....	73
3.2	<b>Dos Tratados celebrados pelo Brasil</b> .....	79
3.2.1	<b><u>Da Interpretação dos Tratados</u></b> .....	80
3.3	<b>As normas “CFC” e as CDTs</b> .....	83
3.4	<b>O Artigo 7 (1) dos Tratados</b> .....	87
3.4.1	<b><u>Posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais</u></b> .....	93
3.5	<b>O Artigo 23 dos Tratados</b> .....	99
4	<b>AS NORMAS CFC NO CENÁRIO INTERNACIONAL E A OCDE</b> .....	101

4.1	<b>Plano de Ação n° 03 e os Limites e Requisitos para a tributação x Lei n° 12.973/2014</b> .....	102
4.2	<b>O lucro da entidade CFC</b> .....	106
4.2.1	<u>Regras para eliminar a dupla tributação</u> .....	108
4.2.2	<u>Ajustes da base de cálculo do lucro apurado pela Controlada</u> .....	108
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	110
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	113

## INTRODUÇÃO

O avassalador desenvolvimento tecnológico das últimas décadas mudou o cenário mundial de forma nunca antes imaginada. O processo de globalização, que começou a dar seus primeiros passos desde o fim da primeira guerra mundial, cresceu exponencialmente, fugindo do controle dos próprios agentes que influenciaram esse crescimento.<sup>1</sup>

Os meios de comunicação permitem conexão imediata entre as mais longínquas partes do mundo e, principalmente, instantaneidade no contato e nas informações transmitidas. Não é somente o capital que se tornou fluido e movimenta-se de um lado a outro do mundo. Também as pessoas e, principalmente, os fatores de produção estão visceralmente conectados sem qualquer dificuldade e limitação espaço-temporal.

Nesse contexto, as relações, negócios e operações comerciais cresceram muito em volume e complexidade, adquirindo projeção internacional. A proliferação das empresas e operações mundo afora, em estruturas segmentadas, podem atender não só às demandas logísticas de seus negócios como também a planejamentos que objetivam a redução de custos de produção, mão-de-obra e tributos.

Com o objetivo de atrair cada vez mais investimentos para seus territórios neste ambiente internacional altamente competitivo, os Estados passam a conceder benefícios fiscais que importam em baixíssima ou nenhuma tributação.

A denominada guerra fiscal atravessa as fronteiras nacionais. A globalização traz seu efeito reverso para os Estados em fenômeno que já se tornou mundialmente conhecido como *Base Erosion and Profit Shifting* (“*BEPS*”), que, em tradução livre, significa erosão das bases tributárias e transferência de lucros.

Considerando o cenário econômico internacional de forte incerteza econômica e declínio das finanças públicas, o combate ao planejamento tributário agressivo tem sido foco de discussão pelos Estados e pela OCDE nestes últimos anos, por meio do projeto denominado BEPS.

O projeto BEPS visa propor mecanismos que impeçam a consecução dos planejamentos tributários agressivos e que geram a erosão das bases tributárias dos Estados

---

<sup>1</sup> O presente trabalho segue a mesma linha argumentativa do artigo “As (muitas) controvérsias advindas com a Lei nº 12.973/2014 no regime de tributação das controladas diretas e indiretas”, de autoria de Marcus Lívio Gomes e Renata Cunha S. Pinheiro, incluído no livro em homenagem ao Professor Alberto Xavier, coordenado pelos professores Heleno Taveira Torres e Sérgio André, ainda no prelo.

geradores de riqueza através da redução da carga tributária e a transferência desmotivada de lucros.

Embora o Brasil não seja membro da OCDE, vem publicamente se manifestando, como membro do G20, no sentido de implantar internamente as práticas sugeridas nos planos de ação que compõem o Projeto.

Neste contexto, a OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, e o G20 protagonizam atualmente um relevante papel no cenário mundial ao convergir esforços para a propositura de ações com vistas a lidar com o problema da erosão das bases tributárias dos países.

Este é um projeto desafiador uma vez que a política fiscal é um dos importantes pilares da política econômica desenvolvida pelos Estados. Se até entre os países membros da União Europeia esta uniformidade de pensamento e direcionamento quanto à política fiscal a ser adotada é difícil de ser atingida, o que se falar quando o objetivo é ter uma política fiscal convergente com países como Estados Unidos, Brasil, China e Rússia.

Em julho de 2013, foi lançado o Projeto BEPS que fora dividido em 15 ações destinadas a evitar o planejamento tributário agressivo.<sup>2</sup> O Plano de Ação 3 deste projeto da OCDE sublinha a necessidade de adoção pelos Estados de regras de *Controlled Foreign Corporations* (CFC)<sup>3</sup> com o intuito de evitar a erosão da base tributável e a transferência de lucros para outras jurisdições.

Embora muitos países já tenham regras CFC em seus ordenamentos jurídicos internos, com frequência se constata a ineficiência destas em combater os planejamentos tributários agressivos e, conseqüentemente, o BEPS. A regra CFC eficaz é aquela capaz de evitar o

---

<sup>2</sup> Ante a ineficiência dos países em lidar com o problema, a OCDE apresentou um plano de 15 ações, quais sejam: Ação 1: Os desafios da economia digital; Ação 2: os efeitos dos instrumentos híbridos; Ação 3: como fortalecer as regras CFC; Ação 4: As deduções dos juros e outras compensações financeiras; Ação 5: As práticas Tributárias prejudiciais – Transparência e Substância; Ação 6: Utilização abusiva dos Tratados; Ação 7: Recusa Artificial aos estabelecimentos permanentes; Ações 8 e 9: As regras de *Transfer Pricing* e a tributação dos intangíveis; Ações 10 e 13 As regras de *Transfer Pricing* e o conjunto de ações que aumentam o valor de produtos, serviços e negócios através da transferência de outras operações de alto risco e o fortalecimento da transparência fiscal entre as autoridades; Ação 11: As metodologias para coleta e análise de dados sobre os fenômenos econômicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los; Ação 12: Orientação aos contribuintes para que noticiem seus planejamentos tributários agressivos; Ação 14: mecanismos de solução de conflitos; e Ação 15: Desenvolvimento de instrumento multilateral que auxilie as jurisdições interessadas a integrem e alterarem suas Convenções em conformidade com as orientações do grupo de trabalho do BEPS.

<sup>3</sup> *Controlled Foreign Corporations* (CFC) ou Transparência Fiscal Internacional (TFI) são tipos de normas antiabuso contra a elisão fiscal internacional objetiva, sobretudo por meio da acumulação de rendimentos através do diferimento da distribuição dos lucros. Atua também como instrumento de preservação de receitas fiscais dos Estados ameaçados pela migração de atividades geograficamente móveis, tal como a economia digital e a propriedade intelectual.

deslocamento injustificado do lucro para outra jurisdição e não representar sua dupla tributação, sendo, acima de tudo, capaz de preservar a competitividade das empresas.

O grupo de trabalho constituído para tal mister considerou muitas opções para a concepção de regras CFC que impediriam a erosão da base tributária e transferência de lucros. O projeto de discussão correlacionado às normas CFC considera todos os aspectos destas regras e divide-os nos seguintes "elementos constitutivos" ou *building blocks*: i) definição de empresa controlada residente no exterior sujeita às regras CFC; ii) limites e requisitos; iii) definição de controle; iv) regras para computar o lucro tributável; v) regras para definição do lucro tributável e vi) regras para prevenir ou eliminar a dupla tributação. Para cada um destes temas, o grupo de trabalho apresentou recomendações ou possíveis orientações.

Apesar de o documento não refletir necessariamente opiniões consensuais, quer do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, quer do grupo de trabalho sobre as questões que aborda, uma baliza sobressaiu cristalina, qual seja, as regras CFC não devem ter por premissa aumentar a arrecadação, mas sim terem finalidade preventiva, como regra antielisiva específica.

Algumas considerações de política econômica e fiscal precisam ser ponderadas ao se projetar este tipo de norma, como forma de encontrar um equilíbrio entre, de um lado, a necessidade de tributar a renda estrangeira e, de outro, a necessidade de manter a competitividade das empresas, limitando, inclusive para este fim, os encargos administrativos e regulamentares (*compliance*).

Assim como em outros planos de ação do BEPS, as recomendações relacionadas ao Plano de Ação 3 (como fortalecer as regras de CFC) são projetadas para combater a erosão da base tributária e transferência de lucros para outra jurisdição de baixa ou nula tributação, evitando-se, também, a dupla não tributação.

No que toca ao Plano de Ação 3, o grupo de trabalho ressaltou no relatório final que a OCDE faz apenas recomendações e apresenta possíveis rumos a serem seguidos pelos Estados ao moldar a sua regra interna de CFC, o que, aliás, nem poderia ser diferente já que a tributação é inerente à soberania de cada Nação.

Nas análises e considerações feitas pelo grupo de trabalho, reconhece-se, não obstante, que alguns países projetam suas regras CFC para alcançar objetivos políticos mais abrangentes que aqueles objeto do projeto BEPS, neste contexto o Brasil. O grupo de trabalho não condena *prima facie* esta postura, uma vez que não trata de tais objetivos mais amplos no contexto do projeto BEPS, mas ressalta que esta posição não dispensa essas jurisdições de observarem a compatibilidade desta maior abrangência com outras obrigações legais

internacionais. Ressalte-se, por oportuno, que o relatório final do Plano de Ação 3 destaca que esses objetivos mais amplos não estão no âmbito do projeto BEPS.

De forma geral, o grupo de trabalho da OCDE levanta uma série de considerações políticas que devem ser avaliadas e endereçadas pelos Estados quando da criação ou alteração da regra interna de CFC, a saber: (i) o objetivo das regras CFC, (ii) como estabelecer um equilíbrio entre a tributação das rendas estrangeiras e a manutenção da competitividade, (iii) como limitar os encargos administrativos e regulamentares sem criar oportunidades de evasão, (iv) o papel das regras CFC como medidas preventivas, (v) escopo do *stripping* de base prevenidas por regras CFC, (vi) como assegurar que as regras CFC não conduzam à dupla tributação e (vii) a interação entre as regras CFC e as regras de preços de transferência.

Ao se definir o objetivo da regra CFC, deve-se considerar, por exemplo, o sistema fiscal adotado no respectivo país. Os países que adotam o princípio da territorialidade pura aplicam as regras de CFC de forma mais reduzida. Para tais países, estas regras teriam de ser limitadas quanto ao foco da transferência de lucros. Por outro lado, os países que têm sistemas fiscais baseados na tributação em bases universais podem também estar preocupados com o diferimento a longo prazo da tributação e, portanto, as suas regras podem ter objetivos políticos mais amplos, como normas antidiferimento. Neste caso, por exemplo, impedindo a erosão da base tributária de longo prazo e não apenas prevenindo a transferência de lucros.

No Brasil o assunto adquire contornos complexos desde 1995, quando se implementou a sistemática de tributação da renda em bases universais. Não obstante o país esteja participando ativamente do grupo de trabalho do BEPS como representante do G20, a Lei nº 12.973, editada em 13 de maio de 2014, não representou grandes avanços, mantendo-se ainda distante das práticas internacionais.

Lembre-se que a Lei nº 12.973 foi editada numa tentativa de adaptar o texto legal ao que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.588 (“ADI 2588”) através da qual se julgou a constitucionalidade do disposto no artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.<sup>4</sup> Como se analisará adiante, a tributação dos lucros auferidos no exterior por controlada de empresa brasileira continua observando regime semelhante ao do revogado art. 74 da MP nº 2.158. Ou seja, tributa-se a renda auferida pela controlada residente no exterior, independentemente de sua distribuição à controladora no Brasil.

<sup>4</sup> No julgamento da ADI 2.588, o Supremo Tribunal Federal decidiu que (a) o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 é constitucional em relação aos lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados paraísos fiscais; e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida.

Enquanto se verifica que no Direito Comparado a preocupação centra-se em garantir que a tributação da renda auferida no exterior observe determinados critérios e se aplique somente em situações excepcionais de planejamento fiscal agressivo, no Brasil a exceção se transforma em regra sob o pretexto de se combater esta prática. Trata-se de opção legislativa que acaba por violar o princípio do livre exercício da atividade econômica, através de intervenção exagerada no âmbito privado.

A Lei nº 12.973/2014 foi editada no auge das discussões dos planos de ação propostos pela OCDE, quando já havia bastante experiência no Direito Comparado acerca da tributação da renda considerando a atuação internacional dos agentes econômicos.

Esperava-se que essa experiência internacional fosse incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro de forma a comprovar a real intenção do país em adaptar-se aos novos sistemas de tributação da renda no cenário globalizado. Infelizmente, o fato é que a Lei nº 12.973/2014, em praticamente todos os seus artigos, distancia-se em muito do que se verifica mundo afora e corrobora para elevar o Brasil ao topo do ranking dos mais complexos e gravosos sistemas tributários do mundo.

Verifica-se no Direito Comparado, em sentido completamente oposto aos rumos adotados pelo legislador brasileiro, quando se analisa a evolução histórica da tributação dos lucros das sociedades estrangeiras, uma maior flexibilização em relação à tributação da renda auferida no exterior, tendo alguns países, como o Reino Unido e Japão<sup>5</sup>, migrado do regime de tributação em bases universais para um regime mais próximo da tributação em bases territoriais.

Desde o advento da Lei nº 9.249/95, quando se introduziu no Brasil o regime de tributação universal da renda, optou-se por tributar todo o lucro das sociedades controladas ou coligadas no exterior, sem qualquer critério de teste quanto ao tipo de atividade exercida ou localização da sociedade.

O legislador brasileiro, tendo por pressuposto um viés mais arrecadatório, distanciou-se da natureza jurídica histórica de norma antielisiva específica das regras de transparência fiscal internacional (CFC), o que acaba por impactar negativamente na capacidade competitiva das empresas nacionais e provocar, a longo prazo, a redução da arrecadação deste segmento econômico.

Além do viés arrecadatório da tributação no Brasil do lucro das controladas e coligadas residentes no exterior, que por si só já afeta negativamente a competitividade das

---

<sup>5</sup> Acerca da mudança do regime japonês ver *Joint Committee on Taxation* (2011, p. 28). Sobre o Reino Unido ver *HM Treasury* (2010).

empresas nacionais, a complexidade e falta de clareza da norma traz ônus adicionais ao contribuinte com *compliance*. Estas características da Lei nº 12.973 também dificultam a atuação do próprio Estado na fiscalização e cobrança dos tributos, aumentando custos com a máquina estatal e, principalmente, aumentando a judicialização das questões tributárias.

Em artigo intitulado “Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras”), elaborado quando ainda vigia a MP nº 2.158/35-01, o problema da judicialização das questões tributárias foi apontado, havendo na época um contingente de aproximadamente R\$ 38,7 bilhões em litígio (BERNARD; MESSIAS, 2012).

A legislação que deveria ser redigida de forma clara, visando evitar confusões conceituais para a sua aplicação, torna ainda mais complexo o sistema tributário nacional, criando novas obrigações ao contribuinte. Esse cenário traz enorme insegurança jurídica do ponto de vista econômico não só para as empresas residentes que inevitavelmente estão submetidas ao regime fiscal brasileiro, como também para aquelas estrangeiras que analisam a possibilidade e conveniência de investir no Brasil.



## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TRIBUTAÇÃO DA RENDA NO BRASIL

### 1.1 Lei nº 9.249/95 e o princípio da universalidade da tributação

Foi em 1995, com o advento da Lei nº 9.249<sup>6</sup>, que o regime de tributação universal da renda foi introduzido no Brasil, passando a ser tributados todos os rendimentos auferidos

<sup>6</sup> 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.

§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:

I - os rendimentos e ganhos de capital serão convertidos em Reais de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que forem contabilizados no Brasil;

II - caso a moeda em que for auferido o rendimento ou ganho de capital não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais;

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;

IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;

IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada.

§ 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada.

§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.

§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.

§ 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

pelas pessoas jurídicas aqui domiciliadas, independentemente da localização da fonte, nacionalidade ou condição jurídica.

No *caput* do art. 25 da Lei nº 9.249/95 foram incluídos no âmbito de incidência do novo regime de tributação estabelecido tanto as atividades diretas exercidas no exterior (“rendimentos e ganhos de capital”), quanto as atividades indiretas, (“lucros”).<sup>7</sup>

Até então vigorava para as pessoas jurídicas o princípio da territorialidade, através do qual somente a renda gerada no âmbito do território brasileiro estaria sujeita à tributação no Brasil, em decorrência do que dispunha o art. 268 do RIR/80, Decreto nº 85.450, de 4 de dezembro de 1980, segundo o qual “o lucro proveniente de atividades exercidas parte no país e parte no exterior somente será tributado na parte produzida no país”.

A nova sistemática de tributação introduzida pela Lei nº 9.249/95, adotando o princípio da universalidade (ou do *world-wide-income*), estabelece que toda a renda da pessoa jurídica, não importando a sua origem nem tampouco de que tipo de atividade decorre, deverá ser tributada no seu país de domicílio, ainda que obtida através de filiais, controladas ou coligadas no exterior.

O legislador brasileiro mudou completamente de rumo quando estabeleceu o novo critério de tributação das pessoas jurídicas ao incluir no âmbito de abrangência da tributação universal os rendimentos e ganhos de capital imputáveis a atividades exercidas diretamente no exterior, ligadas ao objeto social da pessoa jurídica, (renda ativa), e aquelas decorrentes de uma atividade jurídica como juros, royalties, lucros, (renda passiva).

O novo regime de tributação das pessoas jurídicas inaugurou no Brasil o sistema de “Transparência Fiscal Internacional”, com contornos próprios e muito mais amplo do que se observava desde então no Direito Comparado.

Xavier, (2010, p. 373) salientou que o sistema de tributação inaugurado possuía características singulares, na medida em que ia mais longe do que o princípio da

---

§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.

Art. 27. As pessoas jurídicas que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior estão obrigadas ao regime de tributação com base no lucro real.

<sup>7</sup> Conforme Instrução Normativa SRF nº 213/2002:

Art. 1º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.

§ 1º Os lucros referidos neste artigo são os apurados por filiais e sucursais da pessoa jurídica domiciliada no Brasil e os decorrentes de participações societárias, inclusive em controladas e coligadas.

§ 2º Os rendimentos e ganhos de capital a que se refere este artigo são os auferidos no exterior diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

universalidade, pois determinava a adição ao lucro da sociedade domiciliada no exterior, na proporção da participação no capital social destas, ainda que tais lucros não tivessem sido distribuídos, de forma que o imposto brasileiro atingiria renda que não é da própria sociedade, mas de titularidade de pessoa jurídica estrangeira.

A tributação dos lucros auferidos no exterior não dependia, portanto, da disponibilização da renda auferida pela sociedade estrangeira à sociedade brasileira, seja econômica, com o efetivo ingresso desta no patrimônio da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, seja jurídica, mediante a prática de qualquer ato determinando a transferência desses lucros.

Tributando-se renda ainda não distribuída à pessoa jurídica brasileira, a doutrina foi unânime em posicionar-se no sentido de que o novo regime contrariava o art. 43 do Código Tributário Nacional, que delimita a hipótese de incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza à sua aquisição econômica ou jurídica.

Vale lembrar que poucos meses antes da edição da Lei nº 9.249/95 o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre questão análoga, julgando parcialmente inconstitucional a incidência do imposto sobre o lucro líquido instituído pela Lei nº 7.713/88, com base no argumento da impossibilidade de incidência do imposto sobre a renda antes da sua distribuição.<sup>8</sup>

A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88 no que concerne às sociedades anônimas, por entender que a destinação do lucro depende de deliberação em Assembleia Geral, não havendo que se falar em aquisição de disponibilidade

<sup>8</sup> RE 172.058, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1995, DJ 13/10/1995. Extrai-se de excerto do voto os fundamentos utilizados no julgamento e que demonstram a mesma *ratio* da discussão advinda na Lei nº 9.249/95 acerca da necessidade de disponibilização efetiva dos lucros para fins de incidência do imposto de renda: “Ora, a ordem jurídica revela-nos que a aquisição da disponibilidade, quer econômica ou jurídica dos lucros líquidos das pessoas jurídicas, não ocorre, quanto ao sócio, acionista ou quotista, na data da apuração, ou seja, do encerramento do período-base. É que a legislação vigente – Lei nº 6.404/76 – afasta a automaticidade indispensável a que se possa cogitar da aquisição da disponibilidade. À assembleia geral ordinária das sociedades anônimas compete deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição dos dividendos (inciso II do art. 132), sendo que, juntamente com as demonstrações financeiras do exercício, os órgãos da administração apresentarão à assembleia geral ordinária proposta sobre a destinação acertada ao lucro líquido do exercício. Pois bem, diante do contexto legal supra, impossível é dizer da aquisição da disponibilidade jurídica pelos acionistas com a simples apuração, e na data respectiva, do lucro líquido pelas pessoas jurídicas. O encerramento do período-base aponta-o, mas o faz relativamente a situação que não extravasa o campo de interesses da própria sociedade. Ocorre, é certo, uma expectativa, mas, enquanto simples expectativa, longe fica de resultar na aquisição da disponibilidade erigida pelo art. 43 do Código Tributário Nacional como fato gerador.” E concluindo seu voto, afirmou o Ministro: “Descabe, na hipótese, partir para o campo da presunção, equiparando a apuração do lucro líquido à aquisição da disponibilidade pelos sócios. É que o recurso a tal método normativo – da presunção legal – pressupõe harmonia com os princípios norteadores do direito, especialmente do direito constitucional e, mais do que isso, também com os princípios lógicos da identidade, não contradição e do terceiro excluído. Os lucros apurados em balanço de pessoa jurídica integram o patrimônio desta e não dos sócios, já que estes, considerados isoladamente, deles não dispõem, que sob o ângulo econômico, quer até mesmo sob o jurídico”.

econômica ou jurídica deste lucro com a simples apuração do lucro líquido pela sociedade estrangeira.

Schoueri (1996, p. 145) manifestou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo, afirmando a impossibilidade de acrescer ao lucro real da sócia brasileira os lucros auferidos por controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior enquanto não houvesse a efetiva distribuição dos mesmos, salvo se a legislação do país onde se situasse a controlada ou coligada exigisse a automática e integral distribuição dos lucros.

## 1.2 Instrução Normativa nº 38/96

Em junho de 1996, a Secretaria da Receita Federal baixou a Instrução Normativa nº 38<sup>9</sup>, através da qual alterou o que dispunha a Lei nº 9.249/95 acerca do momento em que ocorreria a tributação dos lucros apurados pelas pessoas jurídicas no exterior, para estabelecer que a hipótese de incidência se daria somente quando da disponibilização dos mesmos à pessoa jurídica no Brasil.

É incontestado que a Instrução Normativa foi editada diante da reação causada pela Lei nº 9.249/95 acerca de sua incompatibilidade com o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional. Tanto assim que constou no preâmbulo da referida Instrução Normativa que o Secretário da Receita Federal editava o referido ato normativo no uso das suas atribuições e tendo em vista o que dispõem o art. 43 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN) e os arts. 25, 26 e 27 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

Apesar de ter trazido alguma tranquilidade aos contribuintes quando estabeleceu o marco temporal da “disponibilização” dos lucros para fins de incidência do Imposto sobre a Renda no Brasil, o fato é que se estava diante de uma alteração de lei por simples ato administrativo, o que, por si só, não trazia segurança jurídica.

---

<sup>9</sup> Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.

§ 1º Consideram-se disponibilizados os lucros pagos ou creditados à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior.

### 1.3 Lei nº 9.532/97

No contexto do cenário criado com a Instrução Normativa nº 38/1996, foi editada a Medida Provisória nº 1.602/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.532/97 que, repetindo a hipótese de incidência estabelecida naquele ato normativo, conferiu legalidade ao marco temporal estabelecido para apuração do imposto de renda sobre os lucros auferidos pelas coligadas e controladas no exterior.

Dispõe o seu artigo 1º que “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”.

Em consonância ao disposto no art. 43 do CTN, o §2º do art. 1º da Lei nº 9.532/97<sup>10</sup> dispunha que o evento “disponibilização” ocorreria diante do pagamento ou crédito do lucro em favor da pessoa jurídica brasileira.

No que tange às hipóteses estabelecidas acerca do momento em que os lucros se consideram creditados, Xavier (2010, p. 391) criticou a previsão contida no item 4, “emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior”, afirmando não respeitar o conceito de renda do art. 43 do Código Tributário Nacional como acréscimo patrimonial disponível.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> 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.  
(...)

§ 2º Para efeito do disposto na alínea "b" do parágrafo anterior, considera-se:

a) creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior;  
b) pago o lucro, quando ocorrer.

1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;  
2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;  
3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;  
4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

<sup>11</sup> Em textual: “(...) pois num aumento de capital de sociedade por incorporação de lucros ou reservas não ocorre um acréscimo patrimonial do sócio, cujo investimento mantém inalterado o seu valor, ocorrendo apenas uma substituição de natureza qualitativa de contas do patrimônio líquido na sociedade investida, pela conversão de lucros em capital. Por outro lado, com o aumento de capital, os lucros capitalizados não se tornam disponíveis para o sócio, enquanto este mantiver a titularidade das ações ou quotas decorrentes do respectivo aumento” (XAVIER, 2010, p. 391).

A Lei nº 9.532/97 não manteve algumas hipóteses contidas na IN nº 38/96 acerca do momento em que os lucros auferidos no exterior seriam considerados disponibilizados à pessoa jurídica no Brasil, quais sejam:

- (i) extinção de empresa brasileira e conseqüente transmissão do patrimônio da sociedade estrangeira;
- (ii) encerramento das atividades da controlada ou coligada no exterior;
- (iii) absorção do patrimônio de sociedades estrangeiras por sociedades brasileiras em virtude de incorporação, fusão ou cisão;
- (iv) absorção do patrimônio da controlada ou coligada por empresa sediada no exterior;
- (v) alienação da participação societária em controlada ou coligada no exterior.

Considerando que essas hipóteses afrontam claramente o conceito de renda disponibilizada para efeitos do art. 43 do Código Tributário Nacional, entendeu-se terem sido revogadas pela omissão da lei que visou, justamente, conferir legalidade à Instrução Normativa.

#### **1.4 Medida Provisória nº 2.158/35-01 e a Lei Complementar nº 104/2001**

Em julho de 2001 foi editada a Medida Provisória nº 2.158/35-01, que em seu artigo 74<sup>12</sup> estabeleceu o sistema de tributação automática dos lucros auferidos pelas controladas e coligadas no exterior, firmando a adoção pelo Brasil do Princípio da Universalidade da tributação.

O que houve, na verdade, foi a retomada do intento iniciado com a Lei nº 9.249/95, e que à época não obteve sucesso, posto clara a intenção do legislador, conforme se depreende da exposição de motivos daquele dispositivo:

---

<sup>12</sup> Art. 74. Para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei 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.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes dessa data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

14. Adota-se, com a tributação da renda auferida fora do País, medida tendente a combater a elisão e o planejamento fiscais, uma vez que o sistema atual – baseado na territorialidade da renda propicia que as empresas passem a alocar lucros a filiais ou subsidiárias situadas em paraísos fiscais. Intenta-se, ainda, harmonizar o tratamento tributário dos rendimentos, equalizando a tributação das pessoas jurídicas à das pessoas físicas, cujos rendimentos externos já estão sujeitos ao imposto de renda na forma da legislação em vigor.

É clara a preocupação do legislador brasileiro em evitar a evasão fiscal através da transferência de recursos para o exterior pelas empresas que lá eram constituídas e que migravam seu capital para países de menor tributação, determinando que a incidência do imposto de renda e da CSLL se daria no Brasil, em face da empresa brasileira, dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, no mesmo período em que fossem apurados e independentemente de qualquer ato de disponibilização desses lucros.

A retomada por parte do legislador da tributação automática dos lucros auferidos por controladas e coligadas residentes no exterior foi feita na esteira da inclusão promovida no art. 43 do Código Tributário Nacional pela Lei Complementar nº 104/2001 que dispõe: “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”.

O §2º introduzido ao artigo 43 do CTN não teve o condão, e nem poderia ter, de permitir que o legislador ordinário alterasse o disposto em seu *caput* para afastar-se do requisito da disponibilidade da renda para fins de tributação.

Oliveira (2001, p. 105-115) manifestou-se nesse sentido afirmando, quantos aos dois parágrafos inseridos no art. 43, que não só não lhe modificam como também lhe deve observância, de forma que, “ao serem aplicados não afastam aquela norma, que se impõe sobranceira na compreensão e na aplicação das normas dos dois parágrafos”.

O legislador foi além dos limites a que estava adstrito quando retomou a tributação dos lucros das sociedades controladas e coligadas no exterior na data de apuração em balanço e independentemente de qualquer ato de disponibilização desses lucros à sociedade controladora ou coligada no Brasil.

Xavier (2010, p. 402) analisou o novo dispositivo para concluir que a liberdade outorgada à lei ordinária possibilitaria que o legislador estabelecesse as “condições” e o “momento” em que se dá a disponibilização, que pode decorrer de um procedimento ou ato complexo desdobrado em várias etapas ou fases. E como exemplo cita, dentre outros, a hipótese de os dividendos serem colocados à disposição dos sócios, mas não sejam por estes recebidos, ou que, sendo recebidos, não sejam internados cambialmente em seu país de

residência, ou que lhes tenha sido dado outro destino, por conta e ordem do acionista, antes do seu recebimento.

Bianco (2007, p. 86) também criticou a interpretação dada ao §2º do art. 43 ao afirmar que não se pode admitir, por absoluta incompatibilidade com o sistema, uma interpretação isolada do dispositivo, com excessivo apego à sua literalidade, para concluir que foi dada autorização ao legislador para estabelecer discricionariamente e por ficção um momento aleatório para incidência da tributação.

Ante o claro desrespeito pelo legislador ordinário do requisito da disponibilidade da renda para fins de tributação, houve uma reação em massa da doutrina mais especializada sobre o assunto no sentido da inconstitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória e também do seu afastamento quando se estivesse diante de País com o qual o Brasil tivesse celebrado Tratado para Evitar a Dupla Tributação da Renda, como adiante será enfrentado.

Nesse escopo, o texto legal foi objeto de diversas ações judiciais e, após longos anos, foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A grande questão que surge em torno da nova sistemática de tributação dos lucros auferidos por meio de controlada e coligada no exterior reside no conceito de disponibilidade e, mais especificamente, a disponibilidade jurídica.

### **1.5 Instrução Normativa nº 213/2002**

A Instrução Normativa nº 213/2002 foi editada na sequência da MP nº 2.158/35-01 e a pretexto de regulamentar o artigo 74, reintroduziu as hipóteses de disponibilização anteriormente previstas na IN nº 38/96 e que, como já dito anteriormente, não foram repisadas pela Lei nº 9.532/97.

Todavia, o principal ponto trazido pela IN nº 213/2002 refere-se ao emprego do conceito de equivalência patrimonial para apuração do lucro da sociedade controladora ou coligada no Brasil.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Art. 7º A 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, deverá ser registrada para apuração do lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil.

§ 1º Os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.



Estabeleceu a Instrução Normativa que os lucros das controladas e coligadas estrangeiras deveriam ser adicionados ao lucro líquido da pessoa jurídica no Brasil, proporcionalmente à sua participação no capital social da investida, segundo as contrapartidas do ajuste do valor do investimento no exterior, avaliado pela equivalência patrimonial.<sup>14</sup>

Por outro lado, vedou a compensação dos prejuízos das mesmas controladas e coligadas no exterior com os lucros auferidos pela pessoa jurídica no Brasil, limitando a compensação aos lucros próprios da coligada ou controlada.

Para os investimentos avaliados pelo custo de aquisição, na forma da Lei das S/A, estabeleceu a IN que os lucros deles decorrentes só seriam tributáveis no Brasil quando da sua disponibilização pela sociedade investida.

A previsão do método da equivalência patrimonial como parâmetro para tributação das sociedades controladas e coligadas no exterior foi duramente criticada pela doutrina, tanto pela sua inadequação em apurar o lucro da sociedade controlada ou coligada no exterior, como também porque não havia previsão nesse sentido no art. 74 da MP nº 2.158/35-01, extrapolando a Receita Federal do seu poder de regulamentação.

Some-se a tudo isso a expressa previsão contida nos artigos 22<sup>15</sup> e 23<sup>16</sup> do Decreto-Lei nº 1.598/77 atribuindo neutralidade fiscal ao resultado da equivalência patrimonial.

---

§ 2º Os resultados negativos decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial deverão ser adicionados para fins de determinação do lucro real trimestral ou anual e da base de cálculo da CSLL, inclusive no levantamento dos balanços de suspensão e/ou redução do imposto de renda e da CSLL.

§ 3º Observado o disposto no § 1º deste artigo, a pessoa jurídica:

I - que estiver no regime de apuração trimestral, poderá excluir o valor correspondente ao resultado positivo da equivalência patrimonial no 1º, 2º e 3º trimestres para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

II - que optar pelo regime de tributação anual não deverá considerar o resultado positivo da equivalência patrimonial para fins de determinação do imposto de renda e da CSLL apurados sobre a base de cálculo estimada;

III - optante pelo regime de tributação anual que levantar balanço e/ou balancete de suspensão e/ou redução poderá excluir o resultado positivo da equivalência patrimonial para fins de determinação do imposto de renda e da CSLL.

<sup>14</sup> Art. 8º Os lucros decorrentes de investimento no exterior avaliado pelo custo de aquisição, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira, serão reconhecidos pela pessoa jurídica investidora, domiciliada no Brasil, quando disponibilizados pela investida domiciliada no exterior, mediante pagamento ou crédito.

<sup>15</sup> Art. 22 - O valor do investimento na data do balanço (art. 20, I), depois de registrada a correção monetária do exercício (art. 39), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

Parágrafo único - Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado.

<sup>16</sup> Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.

Em recente julgado, a 1ª Turma do STJ decidiu, por maioria, ser ilegal a tributação na forma estabelecida pela IN 213/2002 que pretendeu tributar no Brasil o reflexo do lucro apurado pela controlada residente no exterior, tendo em vista ser contrária aos dispositivos legais vigentes.<sup>17</sup>

Mas, até hoje, com o advento da Lei nº 12.973/2014, continua sendo teoricamente<sup>18</sup> utilizada pelo legislador brasileiro, não só para justificar a tributação da renda auferida por controladas residentes ou domiciliadas no exterior, como também para justificar a não aplicação dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda.

---

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.

<sup>17</sup> Resp. 1.325.709/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 20/05/2014.

<sup>18</sup> Diz-se “teoricamente” pois como se demonstrará a seguir, a previsão de tributação do resultado positivo de equivalência constante do caput do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 não condiz com as demais regras previstas nos artigos subsequentes da norma que determinam a tributação do lucro individualizado, local GAAP, das empresas residentes e domiciliadas no exterior controladas por empresa brasileira.

## 2 LEI Nº 12.973/2014

Em 11 de novembro de 2013, foi editada a Medida Provisória nº 627, que além de tratar de diversos temas complexos do Imposto sobre a Renda, veio a prever no capítulo VII disposições acerca da tributação dos lucros auferidos por sociedades controladas e coligadas no exterior. Após sofrer mais de 500 emendas, a medida provisória foi convertida na Lei nº 12.973/2014, que revogou o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, estabelecendo um novo regime de tributação dos lucros no exterior, intitulado “Da Tributação em Bases Universais”.

Fica evidente que o novo normativo visou adaptar as pretensões tributárias do governo às diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 2.588/2001, aproveitando em favor da arrecadação pretendida pelo Estado todos os pontos aduzidos pelos Ministros e, no que se refere aos aspectos aparentemente desfavoráveis, cuidou a legislação, como será objeto de estudo desse trabalho, de contornar os pontos de forma a, ainda, assim, criar situações que pudessem lhe beneficiar em termos de arrecadação tributária.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> “Tributário. Internacional. Imposto de Renda e Proventos de qualquer Natureza. Participação de Empresa Controladora ou Coligada Nacional nos Lucros Auferidos por Pessoa Jurídica Controlada ou Coligada Sediada no Exterior. Legislação que considera Disponibilizados os Lucros na Data do Balanço em que tiverem sido apurados (“31 de Dezembro de Cada Ano”). Alegada Violação ao Conceito Constitucional de Renda (Art. 143, III da Constituição). Aplicação da Nova Metodologia de Apuração do Tributo para a Participação nos Lucros Apurada em 2001. Violação das Regras da Irretroatividade e da Anterioridade. MP 2.158-35/2001, Art. 74. Lei 5.720/1966, Art. 43 § 2º (LC 104/2000).

1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158 / 2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados:

- 1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros;
  - 1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir planejamento tributário) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método da Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248);
  - 1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada;
  - 1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização.
2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece:
- 2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-32 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam paraísos fiscais;
  - 2.2. A aplicabilidade do art. 74 da favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (paraísos fiscais, assim definidos em lei);
  - 2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. único, da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001.

O contexto histórico em que a Lei nº 12.973/2014 foi editada era propício para a instituição de um regime fiscal que também visasse evitar a evasão fiscal e o diferimento do imposto através da manutenção propositada de recursos no exterior e da utilização dos mais diversos fatores e arranjos artificiais engendrados pelos contribuintes com vistas a evitar a tributação de suas rendas.

Os relatórios iniciais dos Planos de Ação do Projeto BEPS, os quais abordam quase a totalidade de situações em que há espaço para a erosão das bases tributárias dos Estados e propõem soluções e medidas para os mais diversos cenários que possam se desenhar, já haviam sido publicados e, logo em seguida, em outubro de 2015, foram publicados os relatórios finais.

Os conceitos de planejamento tributário agressivo, propósito negocial, substância econômica, renda ativa e passiva, preços de transferência, instrumentos híbridos, regime fiscal privilegiado, dentre inúmeros outros, estavam mais do que sedimentados no Direito Comparado e já haviam sido incorporados pela legislação interna de diversos países.

Havia uma propensão de instituição pelos países Europeus e pelos Estados Unidos de instituição do regime de transparência fiscal através da criação e aprimoramento das normas “CFC – *Controlled Foreign Companies*”.

Basicamente tais normas excepcionam o princípio de que os lucros auferidos pela investida no exterior só serão tributados pelo Estado de residência do sócio quando da sua distribuição para, ao contrário, tornando “transparente” tal sociedade, conforme descreveu Torres (2001, p. 207), “por recurso a uma *fictione iuris*, segundo a qual, para efeitos tributários, considera-se que o sujeito interposto efetua uma automática e direta distribuição de lucros ao sujeito residente na data do balanço na qual os lucros serão apurados”.

Não obstante o aparente objetivo do legislador brasileiro de seguir o mesmo fluxo das legislações anti-evasivas que se desenhavam no cenário internacional, deixou-se de considerar que a tributação excepcional através da presunção *fictione* e automática de distribuição de lucros obtidos no exterior não deveria ser estabelecida como regra.

O legislador brasileiro não levou em conta que nem sempre as sociedades controladas ou coligadas estão sediadas em países de baixa tributação e, tampouco, têm por objetivo a economia tributária mas, ao contrário, desenvolvem o próprio objeto social de suas

---

Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. único, da MP 2.158/2001.

investidoras e visam unicamente expandir a atuação dessas empresas brasileiras no mercado mundial.

No cenário jurídico já conturbado que se desenhou quando da retomada da tributação automática dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior pelo art. 74 da MP 2.158-35/2001, o legislador trouxe através da Lei nº 12.973/14 alguns desses institutos que se encontravam no Direito Comparado e lá eram tratados como exceção para, a pretexto de adaptar-se a esse cenário, criar regra indistinta de tributação universal da renda.

Ao que parece, tergiversou-se o voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADI 2.588, que reconheceu a importância da instituição de critérios que ensejariam a aplicação das normas CFC, quais sejam, quando a sociedade fosse constituída em país de baixa tributação e quando suas rendas fossem predominantemente passivas, os quais teriam o condão de indicar situações de abuso ou artificialidade que justificariam, em caráter excepcional, a imputação automática da renda da empresa estrangeira ao sócio brasileiro.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> “Da forma como redigido, o texto impugnado excede esse objetivo de modo gravosamente desproporcional, por tratar indiferentemente países com tributação favorecida e países com tributação em patamar normal ou alto. Também estão ausentes do texto impugnado elementos de diferenciação relevantes, utilizados pelas legislações de inúmeros países europeus para identificar desvios de propósito e, com isso, não apenas negócios legítimos. Por exemplo, a legislação francesa permite a tributação ampla se ficar provado que a empresa controlada não passa de um artifício para evitar a tributação nacional. Em janeiro de 2012, o Reino Unido iniciou a preparação de uma série de propostas para atualizar suas CFC Rules. Em especial, essa iniciativa esboçou três princípios que afastam a aplicação do regime das CFC Rules:

a) Capacidade da empresa estrangeira de atuar de forma independente da empresa nacional;  
 b) Existência de propósito negocial nas operações realizadas pela empresa estrangeira, de modo a afastar a conclusão de que o único propósito da relação societária é o benefício tributário  
 c) Atividades no Reino Unido: “essa condição será caracterizada a não ser que o controle ou a administração dos ativos ou dos riscos da empresa estrangeira sejam conduzidos significativamente dentro do Reino Unido” (Controlled Foreign Companies – CFC – reform: a Gateway update. Her Majesty’s Treasury – HM Revenue & Customs. Fevereiro de 2012. Disponível em: <[http://www.hm-treasury.gov.uk/d/condoc\\_cfc\\_reform\\_gateway\\_update.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/d/condoc_cfc_reform_gateway_update.pdf)>).

Da forma como redigida a norma brasileira, presume-se indistintamente que todas as controladas ou coligadas no exterior têm esse propósito elisivo ou evasivo. Penso ser plenamente possível conciliar a garantia de efetividade dos instrumentos de fiscalização aos princípios do devido processo legal, da proteção à propriedade privada e do exercício de atividades econômicas lícitas. A presunção do intuito evasivo somente é cabível se a entidade estrangeira estiver localizada em localizadas em países com tributação favorecida, ou que não imponham controles e registros societários rígidos (“paraísos fiscais”). A lista desses países é elaborada e atualizada pela Receita Federal do Brasil, e atualmente encontra-se na IN 1.037/2010. Não há qualquer dificuldade na atualização dessa lista. Se a empresa estrangeira não estiver sediada em um “paraíso fiscal”, a autoridade tributária deve argumentar e provar a evasão fiscal, isto é, a ocultação do fato jurídico tributário ou da obrigação tributária. Essa argumentação e essa prova fazem parte da motivação do ato de constituição do crédito tributário, que deve ser plenamente vinculado. Ante o exposto, conheço da ação direta de inconstitucionalidade e a julgo parcialmente procedente, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 74 da MP 2.158-35, de modo a limitar sua aplicação à tributação das pessoas jurídicas sediadas no Brasil cujas coligadas ou controladas no exterior estejam localizadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados, normalmente conhecidos por “paraísos fiscais”.”

E nesse ponto, ocorreu justamente aquilo que o próprio Ministro Joaquim Barbosa consignou em seu voto como temerário, no sentido de tornar regra a presunção do propósito evasivo de toda e qualquer sociedade constituída no exterior:

A declaração pura e simples (tout court) de constitucionalidade de texto que permitisse à autoridade fiscal presumir linearmente o intuito de evasão nos levaria a uma posição extremamente arriscada, semelhante àquela sugerida pelo professor da Faculdade de Direito de Columbia Tim Wu: a de que cada um de nós, diariamente, viola sem intenção nem consciência um sem número de normas, devido à complexidade da legislação. Diante desse quadro de inexorável e constante contrariedade legal, prossegue o prof. Wu, há o risco anunciado pelo Justice Jackson, da Suprema Corte dos Estados Unidos, de que as autoridades governamentais acabariam por escolher arbitrariamente seus réus.

Embora toda a argumentação por parte das empresas brasileiras sobre a perda da competitividade no cenário mundial com a sistemática da tributação automática dos lucros no exterior, o que se verifica com a nova Lei é que manteve o legislador o mesmo tratamento dispensado desde a Lei nº 9.249/95, em regime de tributação sem precedentes no Direito Comparado.

A sistemática de tributação automática dos lucros auferidos por controladas foi integralmente mantida e, para a sociedades coligadas, estabeleceu-se um regime de tributação apenas quando da disponibilização dos lucros, o qual só será aplicável quando observadas determinadas condições.

Ainda que se pudesse superar os argumentos pela sua inconstitucionalidade por continuar desrespeitando o conceito de renda estabelecida pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional, o fato é que o legislador estabeleceu uma via de tributação de mão-única, em que os lucros auferidos pelas sociedades no exterior são computados na apuração do lucro da pessoa jurídica brasileira, enquanto que seus prejuízos só podem ser compensados com seus próprios lucros, não produzindo efeito perante a sociedade brasileira.

Infelizmente, o que se percebe é que não houve interesse por parte dos agentes públicos em encontrar uma forma de resolver o tema da tributação dos lucros auferidos no exterior. Ao contrário, o que se verifica pela redação da Lei nº 12.973/2014 no capítulo que trata das “Disposições Gerais sobre a Tributação em Bases Universais” é uma complexidade acima da média, que inevitavelmente aumentará a carga fiscal indireta (*compliance*) e direta, afetando a competitividade das empresas nacionais.

Chama atenção também a nomenclatura utilizada pelo legislador quanto à materialidade tributável estabelecida pela Lei como “parcela do ajuste do valor do investimento” que, ao ver da doutrina, teve por finalidade permitir o descumprimento dos

Tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda e, assim, manter a aplicação irrestrita do novo normativo para toda e qualquer situação de investimento no exterior.

## 2.1 As pessoas sujeitas à tributação – Aspecto subjetivo da Lei nº 12.973/2014

A Lei nº 12.973/2014 estabeleceu tratamento diferenciado, em termos de momento da tributação, para as sociedades controladas e coligadas no exterior.

No que concerne às controladas, a nova lei manteve o regime da legislação que a precedeu e foi por ela revogada, art. 74 da MP 2.158-35/2001, e do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, segundo o qual os lucros das controladas no exterior são automaticamente tributados no Brasil quando da sua apuração em balanço.

Nesse sentido dispõe o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 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, deverão ser computados 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, deduzido o imposto do art. 76.

Já as sociedades coligadas serão tributadas pelo regime de caixa, ou seja, na forma como se dava por ocasião da vigência da Lei nº 9.532/97 para toda e qualquer sociedade no exterior, desde que cumpram alguns requisitos estabelecidos no artigo 84 da mesma Lei.

Semelhante ao previsto na Lei nº 9.532/97, o legislador elencou no parágrafo 1º do artigo 81 as situações em que o lucro auferido pela coligada residente no exterior seria considerado disponibilizado.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> § 1º Para efeitos do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa coligada no Brasil: I - na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior; II - na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros; ou III - na hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço. § 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º, considera-se: I - creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da coligada domiciliada no exterior; e II - pago o lucro, quando ocorrerá) o crédito do valor em conta bancária, em favor da coligada no Brasil; b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária; c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da coligada, domiciliada no exterior.

Esta diferença de tratamento tributário para os lucros gerados por coligadas e controladas residentes no exterior parece ter como motivação o resultado do julgamento da ADI 2.588 e, mais especificamente, as razões do voto da Ministra Ellen Gracie.

Naquele julgamento, a Ministra capitaneou o entendimento de que o tratamento a ser dado às controladas não poderia ser o mesmo conferido às coligadas no exterior, em razão da existência ou não de relação de controle e, por consequência, do poder de deliberação societária.

Assentou a Ministra que a tributação dos lucros auferidos por controladas no exterior deveria se dar de forma automática, ou seja, na sistemática prevista pelo art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, na medida em que nestas o lucro está automaticamente disponível para a controladora no Brasil em razão do seu poder de decisão pela distribuição dos mesmos, pelo que “tem-se verdadeira hipótese de aquisição de disponibilidade jurídica desses lucros no momento de sua apuração no balanço realizado pela controladora”.<sup>22</sup>

A preponderância nas deliberações societárias foi o principal fundamento para a decisão da Ministra aposentada, por entender que a disponibilidade dos lucros auferidos pela empresa controlada depende unicamente da empresa controladora que detém o poder decisório sobre o destino desses lucros.

Em sentido oposto seria a situação das coligadas, em que tal raciocínio não se aplicaria, tendo em vista que a pessoa jurídica brasileira não é titular dos mesmos direitos de sócia controladora.

---

<sup>22</sup> “4.2 – No caso das empresas controladas situadas no Brasil, em relação aos lucros auferidos pelas empresas controladas localizadas no exterior, tem-se verdadeira hipótese de aquisição da disponibilidade jurídica desses lucros no momento da sua apuração no balanço realizado pela controladora. O art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas 9Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997), no seu parágrafo 2º, define empresa controlada como sendo aquela em relação à qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. A disponibilidade dos lucros auferidos pela empresa controlada, assim, depende única e exclusivamente da empresa controladora, que detém o poder decisório sobre o destino desses lucros, ainda que não remetidos efetivamente, concretamente pela empresa controlada, situada no exterior, para a controladora localizada no Brasil. Em consequência, a apuração de tais lucros caracteriza aquisição de disponibilidade jurídica apta a dar nascimento ao fato gerador do imposto de renda, não havendo nenhum descompasso entre o disposto no art. 74, *caput* da medida provisória em questão com o contido no *caput* e no parágrafo 2º do art. 43 do Código Tributário Nacional (acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001) e tampouco com os arts. 146, inciso III, alínea a e 153, inciso III da Constituição Federal.

4.3 – Diferente, no entanto, é a situação em relação às empresas coligadas. O parágrafo 1º do art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas diz que “são coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% ou mais, do capital da outra, sem controla-la”. Não havendo posição de controle da empresa situada no Brasil sobre a sua coligada localizada no exterior, não se pode falar em disponibilidade, pela coligada brasileira, dos lucros auferidos pela coligada estrangeira antes da efetiva remessa desses lucros para a coligada aqui localizada ou, pelo menos, antes da deliberação que se faça no âmbito dos órgãos diretores, sobre a destinação dos lucros do exercício.



Não considerou a Ministra Ellen Gracie em suas razões que o poder de deliberação não se confunde com a aquisição de disponibilidade jurídica da renda a ensejar a tributação pelo Imposto de Renda e CSLL.

A uma por que não são raras as situações em que o acionista controlador renuncia ao direito de distribuir dividendos a fim de melhor atender aos interesses da própria sociedade, visando seu crescimento ou, simplesmente, porque se vê impossibilitado de distribuir esses lucros por regras da legislação local que, a exemplo do Brasil, proíbe tal distribuição no caso da pessoa jurídica estar em débito para com o Fisco.

Acerca desse ponto, vale citar o trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, ao criticar o posicionamento adotado pela Ministra Ellen Gracie:

Para exemplificar, a Lei das Sociedades por Ações permite que os lucros da pessoa jurídica sejam reinvestidos na própria empresa (art. 118, § 5º), parcialmente destinados à formação de reserva estatutária (art. 194, III), parcialmente retidos (art. 196) ou aplicados no resgate ou na amortização de ações (art. 44 da Lei 6.404/1976). Aliás, quanto aos requisitos legais independentes de deliberação do administrador, do sócio ou do acionista, a legislação tributária brasileira expressamente proíbe a distribuição de lucros se a empresa tiver qualquer débito tributário pendente (art. 52 da Lei 8.212/1991 e art. 32 da Lei 4.357/1964, com a redação dada pela Lei 11.051/2004). O encerramento do exercício brasileiro, no último dia de cada ano civil, nada tem de pertinente com o atendimento dos requisitos legais ou com a deliberação da empresa acerca da destinação a ser dada aos lucros. É teoricamente possível que a empresa cruze o ano civil sem distribuir lucros, por restrição legal objetiva ou por lícita deliberação de seus administradores.

No mesmo sentido, Bianco (2007, p. 88-89) lembrou a impossibilidade de conferir ao poder de controle o condão de tornar imediatamente disponível o lucro apurado, na medida em que esse poder é limitado por deveres e responsabilidades perante os demais sócios, empregados e para com a própria comunidade em que atua a pessoa jurídica, não sendo possível reconhecer indistintamente que o sócio controlador já tenha definitivamente incorporado ao seu patrimônio o direito de livremente dispor dos lucros auferidos por empresas controladas no exterior, antes da sua efetiva distribuição e sem um exame de cada caso concreto.

A duas porque o poder potencial de praticar determinado ato que, se vier a ocorrer, ensejará a incidência tributária não foi eleito pelo legislador como suficiente para caracterizar o fato gerador do imposto de renda nem tampouco de qualquer outro tributo existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Ávila (2012) fez duras críticas a esse posicionamento sustentando que não se pode confundir a efetiva disponibilidade dos lucros com o direito de dispor sobre esses lucros,

estando caracterizada a disponibilidade jurídica da renda apenas quando gerado o direito à renda:

Insista-se no óbvio: para que ocorra o fato gerador do imposto sobre a renda, é preciso que tenha surgido o direito incondicional a ela, e não o simples poder abstrato de decidir sobre ter ou não esse direito. Aqui o nó da questão: disponibilidade jurídica sobre a renda não é poder de decidir adquirir o direito à renda; é ter o direito à renda por ter exercido o poder de decidir, mesmo sem ter disponibilidade econômica pelo acesso atual e direto a ela.<sup>2324</sup>

Acerca desse ponto, importante ressaltar que no âmbito do Plano de Ação nº 03 do Projeto BEPS, para fins de aplicação da legislação “CFC”, é consignado não ser todo e qualquer controle societário capaz de gerar disponibilidade econômica e jurídica do lucro auferido pela controlada.

Em razão disso, no relatório final emitido pela OCDE é sugerido no capítulo 4 que sejam realizados conjuntamente testes de controle jurídico e econômico para fins de aplicação da norma CFC.<sup>25</sup>

No entanto, a Lei nº 12.973/14 não trouxe um conceito próprio do que venha a ser considerado controle, nem tampouco testes objetivos para fins de aplicação da tributação por competência aplicável às controladas residentes e domiciliadas no exterior.

<sup>23</sup> Em textual: “É necessário realçar o fundamental: o fato gerador do imposto sobre a renda é a aquisição de disponibilidade jurídica sobre a renda. Assim, ele não surge enquanto o contribuinte não adquirir a disponibilidade, isto é, enquanto ele não tiver o direito de dispor da renda, sem a realização de qualquer condição. O fato de essa condição depender do poder de decisão do próprio contribuinte não altera o argumento, pois antes que essa decisão seja tomada ele ainda não adquire o direito incondicional à renda. A confusão está clara: a disponibilidade jurídica deve ser sobre a própria renda, e não simplesmente sobre a decisão que pode ou não ser tomada com relação ao seu destino. Dispor da renda não é o mesmo que dispor de um poder que, se e quando exercido, possa criar condições para se venha a dispor da renda. Não se pode simplesmente saltar da disposição sobre um poder para a disposição sobre a renda, como se fossem uma só realidade.” (ÁVILA, Humberto. *Lucro de filial no exterior não pode ser tributado*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-07/imposto-lucro-empresa-externo-inconstitucional>>. Acesso em: 2 jun. 2015).

<sup>24</sup> Alberto Xavier manifestou-se no mesmo sentido em Aspectos Inconstitucionais da Lei nº 12.973/2014 em Matéria de Tributação de Controladas e Coligadas no Exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 239, ago. 2015.

<sup>25</sup> “74. This section provides a non-exhaustive list of approaches that CFC rules could use to attribute income that raises BEPS concerns, which may include, among other things, income earned by CFCs that are holding companies, income earned by CFCs that provide financial and banking services, income earned by CFCs that engage in sales invoicing, income from IP assets, income from digital goods and services, and income from captive insurance and re-insurance. These approaches could be applied on their own or combined with each other. CFC rules generally include income that has been separated from the underlying value creation to obtain a reduction in tax. Existing CFC rules use a variety of factors to identify income that raises these concerns. For example, some focus on whether the income is of a type that is more likely to be geographically mobile; some focus on the source of the income; and some focus on the level of activity in the CFC. Depending on their policy priorities, different jurisdictions with CFC rules focus on different factors.” (Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Action 3: 2015 Final Report).

Considerando ser o direito tributário internacional majoritariamente um direito de superposição, que atua sobre as relações jurídicas que se constroem sob a égide do direito privado, para análise do efeito tributário a ser considerado, busca-se na Lei nº 6.404/76 a definição de controle e coligação.

Nos termos do seu artigo 243, sociedade controlada é aquela “na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe asseguram de modo permanente preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Serão consideradas coligadas “as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”, o que se presume quando esta detiver e exercer o poder de participar das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.<sup>26</sup>

Já que no que se refere ao aspecto subjetivo da tributação estabelecida pela Lei nº 12.973/2014, verifica-se a completa dissociação do legislador brasileiro em relação às recomendações da OCDE e ao movimento que se observa no Direito Comparado.

Isso porque a nova lei estabeleceu critério genérico e indistinto de tributação em relação às pessoas às quais se aplica, não havendo qualquer especificidade ou critério de teste quanto ao eventual caráter elusivo/evasivo de uma determinada sociedade para, aí sim, aplicar-se a tributação automática da renda obtida no exterior.

Muito ao contrário, toda e qualquer sociedade controlada no exterior terá seus lucros tributados antes de qualquer ato de distribuição dos mesmos.

## **2.2 A materialidade tributável da Lei nº 12.973/2014 – Objeto da Tributação**

Enquanto na vigência do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, na forma da regulamentação estabelecida pelo artigo 7º, §1º da Instrução Normativa nº 213/2002, tributava-se o resultado

<sup>26</sup> Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

§3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

positivo da equivalência patrimonial, a Lei nº 12.973/2014 estabeleceu como materialidade tributável a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, individualizadamente.

A nova nomenclatura criada - “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada” – nada mais representa do que o próprio lucro das sociedades no exterior, o que se depreende da parte final do artigo 77, em que consta que essa “parcela do ajuste” corresponde aos lucros auferidos antes do imposto sobre a renda, excluída a variação cambial.

O disposto no §1º do mesmo artigo 77 põe uma pá de cal em qualquer dúvida quanto a esse ponto ao estabelecer que “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”.

Ao que parece, a expressão trazida pela lei teve por única finalidade evitar o seu confronto com o artigo 7º dos Tratados firmados pelo Brasil para evitar a Dupla Tributação da Renda, como adiante será analisado.

Xavier (2015, p. 448) chamou tal nomenclatura de arresvesada e eufemística, cujo objetivo é alterar o objeto da tributação, que são os próprios lucros das empresas estrangeiras para, em seu lugar, estabelecer uma tributação sobre o lucro da empresa brasileira decorrente da variação de valor dos investimentos.

A Instrução Normativa nº 1.520/2014 também confirma a materialidade tributável da lei quando prevê em seu artigo 1º que “os lucros auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa”.

Takata (2014, p. 350) resumiu a discussão quanto a esse ponto ao concluir que:

Formalmente não se tributa a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada (correspondente aos lucros por ela auferidos). O que se tributa são os lucros auferidos pela controlada, apurados de acordo com as normas contábeis-comerciais do país de seu domicílio – os lucros de cada controlada, direta e indireta apurados pelo Gaap<sup>27</sup> local de cada uma delas. Isso, como já exaustivamente posto, não é a parcela do ajuste do valor do investimento pela controladora brasileira: essa parcela do ajuste do valor do investimento – que é o mesmo que falar em variação

<sup>27</sup> A sigla GAAP representa as iniciais de *Generally Accepted Accounting Principles*, que é o conjunto de leis, normas e princípios que integram a contabilidade de determinado país e estabelecem, dentre outros, como será apurado e contabilizado o lucro das sociedades. Quando a lei faz referência ao GAAP local quer dizer que o lucro da sociedade no exterior será apurado e contabilizado de acordo com as normas contábeis do seu país de residência.

do valor do investimento (art. 760 – é apurada segundo as normas contábeis-comerciais brasileiras (BR Gaap).

### 2.2.1 A Equivalência Patrimonial e o mecanismo próprio da Lei nº 12.973/14

Quando se manifestou sobre a expressão trazida pela Lei 12.973/2014, Rocha (2016, p. 139) afirmou que a nomenclatura estabelecida ofende o princípio da moralidade, pretendendo criar verdadeira ilusão de alteração substantiva quando segue tributando o mesmo fato econômico já previsto desde o artigo 25 da Lei 9.249/95.<sup>28</sup>

A questão adquire contornos ainda mais complexos quando se considera o disposto no artigo 76<sup>29</sup> que, apesar de não cuidar da tributação dos lucros auferidos no exterior, determina como deve ser a sua contabilização pela controladora no Brasil.

Takata (2014, p. 339) resume bem o imbróglgio pontuando que, em que pese a lei determinar o registro da variação do investimento equivalente aos lucros da investida e das controladas da investida, em subcontas da conta de investimento, “não é esse resultado

<sup>28</sup> Em textual: “A última década trouxe significativas modificações à dogmática tributária brasileira. É possível afirmar que fatos econômicos que antes eram examinados e tributados exclusivamente a partir de uma perspectiva formal passaram a ser avaliados com base em sua substância econômica.

Contudo, um fato que venho afirmando há algum tempo, é que a Receita Federal não adota de modo coerente uma abordagem substancialista ou formalista, mas sim, forma ou substância, o que lhe for mais favorável. Quero afirmar dois pontos aqui: primeiro, que a Receita Federal faz planejamento tributário, ou seja, que busca aumentar a arrecadação mediante alterações legislativas ou interpretações administrativas; segundo, que tal atividade de planejamento pode ser desenvolver de forma constitucional e legítima, mas que em outras, embora não haja nenhum vício formal que possa ser arguido, nota-se que o mesmo é abusivo ou praticado em fraude à Constituição, ignorando o princípio da moralidade.”

<sup>29</sup> Art. 76. 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 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, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta.

§1º Dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto.

§2º A variação no valor do investimento equivalente ao lucro ou prejuízo auferido no exterior será convertida em reais, para efeito da apuração da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, com base na taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data do levantamento de balanço da controlada direta ou indireta.

§3º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em reais”.

contábil (registrado nas subcontas da conta de investimento) a materialidade alcançada pela tributação de IRPJ e de CSLL”.

Embora o artigo 76 fale em variação do investimento equivalente aos lucros, o que poderia sugerir estar-se referindo à equivalência patrimonial, fica claro pela leitura dos artigos que se seguem que a materialidade tributável da Lei nº 12.973/2014 é, como já foi sustentado anteriormente, apenas o lucro da controlada direta e indireta residente no exterior como, aliás, sempre o foi desde o advento da Lei nº 9.249/95.

Neste contexto, apesar de a Lei nº 12.973/2014 ter revogado uma série de artigos do Decreto-Lei nº 1.598/77<sup>30</sup>, em nada alterou o parágrafo único do artigo 23 que determina que as contrapartidas de ajuste do valor investimento derivadas de investimento em sociedades estrangeiras que não funcionem no país não deverão ser computadas na determinação do lucro real.

Ademais, levando-se em conta que a equivalência patrimonial só é aplicável aos investimentos diretos detidos pela controladora brasileira, e agora não só a contabilização como também a apuração dos lucros é feita, inclusive, em relação às controladas indiretas, não haveria como se sustentar ser o método da equivalência patrimonial o critério eleito pelo legislador ordinário para fins de apuração do lucro a ser contabilizado nos resultados da pessoa jurídica controladora no Brasil.<sup>31</sup>

Vale lembrar que o Pronunciamento Técnico CPC 18, aprovado pela Deliberação CVM nº 696, não abrange as controladas indiretas, assim definindo a aplicação do método de equivalência patrimonial:

10. Pelo método da equivalência patrimonial, o investimento em coligada, em empreendimento controlado em conjunto e em controlada (neste caso, no balanço individual) deve ser inicialmente reconhecido pelo custo e o seu valor contábil será aumentado ou diminuído pelo reconhecimento da participação do investidor nos lucros ou prejuízos do período, gerados pela investida após a aquisição. A participação do investidor no lucro ou prejuízo do período da investida deve ser reconhecida no resultado do período do investidor. As distribuições recebidas da investida reduzem o valor contábil do investimento. Ajustes no valor contábil do CPC\_18(R2) investimento também são necessários pelo reconhecimento da participação proporcional do investidor nas variações de saldo dos componentes dos outros resultados abrangentes da investida, reconhecidos diretamente em seu patrimônio líquido. Tais variações incluem aquelas decorrentes da reavaliação de ativos imobilizados, quando permitida legalmente, e das diferenças de conversão em moeda estrangeira, quando aplicável. A participação do investidor nessas mudanças

<sup>30</sup> Vide artigo 117, III da Lei nº 12.973/2014.

<sup>31</sup> No mesmo Silva (2014, p. 465): “Considerando-se ainda que, como mencionado, a disciplina da Lei nº 12.973/2014 abrange igualmente controladas diretas e indiretas, não haveria que se cogitar que a parcela do ajuste do valor do investimento corresponderia à contrapartida de MEP e seria, nesses termos, lucro da empresa brasileira, haja vista que tal método de avaliação contábil somente se aplica a participações diretas”.

deve ser reconhecida de forma reflexa, ou seja, em outros resultados abrangentes diretamente no patrimônio líquido do investidor (ver Pronunciamento Técnico CPC 26 – Apresentação das Demonstrações Contábeis), e não no seu resultado.

Inexistindo relação societária entre a controlada indireta e a controladora no Brasil, ter-se-ia que falar em equivalência patrimonial “*per saltum*”, figura absolutamente desconhecida no Direito Privado (XAVIER, 2014, p. 14).

Outro ponto que ajuda a esclarecer a controvérsia é a inclusão do parágrafo 7º ao artigo 25 da Lei nº 9.249/95, o qual sanou dúvida até então existente quanto à legislação aplicável para fins de cálculo do lucro auferido pela entidade CFC tributável no Brasil, na medida em que estabelece que tais lucros serão apurados segundo a legislação comercial do domicílio da controlada, direta ou indireta.<sup>32</sup>

Ora, para que se admitisse a tributação com base na equivalência patrimonial<sup>33</sup>, ter-se-ia que admitir, da mesma forma, que esses investimentos fossem apurados com base nas normas da legislação brasileira, critério este que, repise-se, foi claramente afastado pelo legislador por meio do citado §7º do artigo 25 da Lei nº 9.249/95.

Por tais razões, fica evidente que a materialidade tributável prevista na Lei nº 12.973/2014 é o lucro da sociedade controlada no exterior, apurado de acordo com a legislação do domicílio desta sociedade, que tende a não corresponder ao lucro dessa mesma sociedade apurado sob os critérios da legislação brasileira para fins de registro nas subcontas vinculadas à conta de investimento.

Em sentido contrário, Barreto e Takano (2014, p. 359) entendem que, apesar da mudança da nomenclatura, segue a lei tributando “o resultado positivo obtido pelo Método da Equivalência Patrimonial”, com a ressalva de que a contabilização na forma desse método não tem o condão de caracterizar qualquer disponibilidade por parte da controladora brasileira sobre um eventual lucro da empresa controlada indireta, “que no máximo representa uma expectativa de renda para a controlada direta”.

<sup>32</sup> Art. 95. O art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte §7º:

Art. 25 (...)

§7º Os lucros serão apurados segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio”.

<sup>33</sup> Utumi (2014, p. 53-54) entende que a equivalência patrimonial continua sendo o método de apuração dos lucros auferidos no exterior: “A Lei 12.973/2014 determinou que a parcela do ajuste do valor do investimento equivale aos lucros auferidos pela controlada de sociedade brasileira. Mediante a leitura dos dispositivos transcritos, percebe-se que, embora a nova lei não mencione expressamente a utilização da equivalência patrimonial para determinação dos lucros auferidos no exterior, esse é o método que deverá ser utilizado. Assim ocorre, uma vez que o art. 76 menciona que a variação do valor do investimento equivale aos lucros ou prejuízos auferidos pela controlada, observada a proporção da participação da controladora brasileira.”

Xavier (2015, p. 450) conclui a controvérsia reconhecendo que a figura é de natureza exclusivamente fiscal, mas que produz reflexos na contabilidade da pessoa jurídica na medida em que elimina os efeitos da consolidação e, ao mesmo tempo, leva ao reconhecimento, ao nível da pessoa jurídica no Brasil, da variação do valor do investimento equivalente ao lucro ou prejuízo da controlada no exterior por um novo sistema, diverso da equivalência patrimonial.

### 2.3 Tributação das Controladas Indiretas e Critérios de Contabilização

A grande novidade trazida pela Lei nº 12.973/14<sup>34</sup> refere-se à tributação direta das sociedades controladas indiretas tendo, por consequência, a “horizontalização” das relações entre controladora e controladas indiretas, independentemente do patamar ou degrau da cadeia vertical em que se situam, como se fossem filiais sem personalidade jurídica (XAVIER, 2014, p.13).

Nos termos do novo regime, deverão ser individualizados os resultados das controladas, diretas e indiretas, pertencentes ou não a uma mesma cadeia vertical de participações, de modo que tais resultados possam ser tributados de forma independente ao nível da controladora no Brasil, com inclusão dos seus lucros na apuração do IRPJ e CSLL e exclusão dos prejuízos, cuja utilização ficará limitada à compensação com os lucros futuros da mesma controlada.

A Instrução Normativa nº 1.520/2014 elucidou como se dará essa contabilização, estabelecendo as regras a serem observadas pelas controladoras brasileiras:

Art. 79. Quando não houver consolidação, nos termos do art. 78, a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela auferidos deverá ser considerada de forma individualizada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas:

<sup>34</sup> Art. 79. Quando não houver consolidação, nos termos do art. 78, a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela auferidos deverá ser considerada de forma individualizada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas:

I - se positiva, deverá ser adicionada ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior; e

II - se negativa, poderá ser compensada 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.



- I – se positiva, deverá ser adicionada ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior; e
- II – se negativa, poderá ser compensada 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.

A exceção a esse novo regime é temporária e aplicável somente em algumas hipóteses estabelecidas pela lei, quando então pode ser feita a consolidação dos resultados das controladas no exterior.

A nova regulamentação trouxe novas perplexidades. No regime de tributação anterior, os lucros das controladas indiretas eram consolidados nas respectivas controladoras intermediárias até que se chegasse ao nível da controladora brasileira, em obediência ao mecanismo da equivalência patrimonial (IN nº 213/02, artigo 1º, §6º<sup>35</sup>).

Enquanto vigentes as disposições da IN nº 213/02, que permitia a consolidação vertical dos resultados, os lucros das controladas indiretas não podiam ser adicionados diretamente ao lucro da sociedade brasileira mas deviam, antes, ser consolidados sucessivamente na cadeia societária vertical até que a consolidação operasse no nível da primeira controlada direta estrangeira e, aí sim, adicionados ao da controladora brasileira.

Nesse ponto o legislador foi muito além do que fora decidido na ADI 2.588 já que o poder de controle detido pela controladora brasileira para justificar a tributação automática dos lucros de suas controladas não existe quando se está diante de controlada indireta.

Salta aos olhos a arbitrariedade dessa forma de tributação na medida em que se tributa o lucro auferido por sociedade (controlada indireta) que sequer pode distribuí-lo à sociedade (controladora indireta brasileira) que teve de submetê-lo previamente à tributação.

A legislação brasileira só autoriza a distribuição de lucros de uma sociedade a quem dela for sócio, tornando nula a deliberação que em desrespeito a essa regra determine a sua distribuição a terceiros.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Art. 1º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa. (...)

§ 6º Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

<sup>36</sup> Código Civil - 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.

Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

Também a lei das sociedades, Lei nº 6.404/76, estabelece em seu artigo 205 que “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”.

Além de toda a problemática já suscitada em torno da disponibilidade jurídica da renda, no que tange à tributação direta das sociedades controladas indiretas, soma-se mais um agravante que é o de tributar-se um lucro que jamais pode vir a ingressar no patrimônio da sociedade brasileira.<sup>37</sup>

Estrada (2015) criticou a nova sistemática de tributação adotada pela Lei, afirmando ser pior que a anterior, já que tributa automaticamente não só os lucros das controladas diretas no exterior, como também os das controladas indiretas (art. 76 e ss).

E cita como exemplo hipótese em que uma empresa brasileira que controle diretamente uma sociedade *holding* na Espanha (país muito utilizado para essas funções, em virtude de extensa rede de tratados tributários e de proteção de investimentos com países latino-americanos), que, por seu turno, controle três sociedades lucrativas (Chile, Colômbia e Argentina) e duas com prejuízos (Equador e Uruguai) (controladas indiretas), será obrigada a tributar automaticamente no Brasil os lucros dessas três empresas lucrativas, mas não poderá compensá-los com as perdas registradas nos dois últimos países.<sup>38</sup>

Embora se discorde em relação à segunda parte da afirmação do citado autor, pois se elegíveis será possível a consolidação dos resultados das controladas diretas e indiretas, o fato é que quando não for mais permitida qualquer consolidação de resultados, esse será o cenário a ser enfrentado pelas sociedades brasileiras que tenham controladas diretas ou indiretas no exterior.

Essa forma de apuração de lucros transfere o eixo da problemática que antes estava centrada no conceito e momento de disponibilidade da renda para outro muito mais elementar, qual seja, o de existência real da renda.

---

<sup>37</sup> Xavier (2010, p. 421-422), antes mesmo da edição da Lei 12.973/2014, manifestou-se contrariamente a essa forma de tributação ressaltando a problemática dela advinda, em textual: “Neste sistema, os lucros das controladas indiretas não podem ser considerados disponibilizados *per saltum* para a controladora brasileira e junto a ela tributados, pois tal tributação poderá estar incidindo sobre um resultado que jamais chegará às mãos daquela controladora. Tal ocorrerá na hipótese de existência de prejuízos ou perdas em sociedades estrangeiras situadas em degraus mais elevados do elo societário, que absorverão referidos lucros, e ainda na hipótese de o controlador brasileiro alienar a participação na primeira controlada estrangeira, quando deixa *ipso iure* de ter qualquer vínculo jurídico com as controladas indiretas legitimador de uma disponibilização, eis que sua relação societária passa necessariamente pela primeira controlada.”

<sup>38</sup> ESTRADA, Roberto Duque. *Brasil só será potência regional com a revisão da tributação de controladas*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/brasil-potencia-regional-revisao-tributacao-controladas>>. Acesso em: 30 maio 2015.

A tributação das sociedades controladas indiretas, como se diretas fossem, gera o absurdo cenário de possível apuração de lucros que poderão jamais vir a ingressar no patrimônio da controladora brasileira.

Impedir a contabilização sucessiva no patrimônio das sociedades que compõe a cadeia societária das rendas passivas gera ficção de lucro que, repise-se, pode nunca vir a ser adquirido.

Basta imaginar, por exemplo, a hipótese de uma das sociedades alienar sua participação em uma investida para terceiros quando, então, jamais receberá os lucros da controlada indireta que, por sua vez, já foram objeto de tributação do Brasil.

Como se não bastasse a tributação automática da renda ainda não disponível jurídica ou economicamente, o legislador, sem qualquer critério de teste, estabelece nova sistemática, mais gravosa ainda, de tributação de lucros inexistentes, pelo que “pode, assim, afirmar-se que se está perante uma modalidade disfarçada e oblíqua de tributação do patrimônio, um novo fato gerador do imposto de renda, não definido pela lei complementar (CF, artigo 146) e em desobediência ao artigo 43 do CTN” (XAVIER, 2014, p. 17).

Barreto e Takano (2014, p. 368) manifestaram-se no mesmo sentido, asseverando que impedir que a sociedade controladora consolide a apuração dos lucros e prejuízos de cada uma de suas controladas é “permitir que se tribute, a título de imposto de renda, algo que renda não é, isto é, um lucro que não está disponível para a controladora brasileira e que poderá nunca vir a pertencer-lhe”.

O novo regime de tributação direta e individualizada dos resultados das controladas indiretas gera, por consequência, como bem pontuou Xavier (2015, p. 458)

Uma inevitável dissociação entre o resultado societário e o resultado fiscal, pois o primeiro continua vinculado imperativamente às normas de Direito Privado que regem a apuração dos lucros na cadeia vertical de participações e que foram desconsideradas pela sistemática da Lei nº 12.973/2014 para efeitos fiscais.

A discussão travada no STF quando do julgamento da ADI 2.588 limitou-se ao conceito/requisito da disponibilidade jurídica da renda, posto que naquela ocasião não havia qualquer dúvida acerca da existência do lucro propriamente dito, ainda que ainda não distribuído à pessoa jurídica brasileira, premissa que não pode ser tida como verdadeira ante a sistemática da nova lei.

Agora está-se diante de situação em que uma pessoa jurídica brasileira, mesmo apurando prejuízo em suas operações internacionais, acaba por pagar imposto no Brasil sobre lucros isolados que sequer podem vir a ingressar em seu patrimônio.

### 2.3.1 Casos Eagle I e II – Precedentes sobre a tributação direta das controladas indiretas

Essa nova forma de tributação dos lucros das controladas indiretas parece estar em consonância com a decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em que se decidiu, ainda sob a égide do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, que os lucros de sociedade controlada indireta deveriam ser apurados diretamente pela controladora indireta no Brasil.

Tratou-se dos casos “Eagle 1” e “Eagle 2” que tiveram decisões diferentes para a mesma estrutura societária. Na situação em julgamento, uma sociedade no Brasil detinha o controle direto de uma sociedade *holding* pura na Espanha. Essa sociedade na Espanha, por sua vez, detinha o controle direto de uma sociedade no Uruguai que havia apurado lucros, e outra na Argentina, que havia apurado prejuízo.

Embora a questão principal do julgamento fosse a aplicação do tratado firmado entre o Brasil e a Espanha, notadamente se esse tratado poderia ser aplicado também em relação às controladas indiretas localizadas no Uruguai e Argentina, países com os quais o Brasil não mantém acordo para evitar a bitributação, a controvérsia identificada e os fundamentos do julgamento refletem bem a problemática hoje existente em decorrência da Lei nº 12.973/2014.

A legislação societária espanhola não determina o registro do investimento em controladas pelo MEP, de forma que, mesmo que fosse decidido pela tributação da sociedade espanhola, não seria possível identificar os lucros tributáveis. Ainda que a sociedade controladora brasileira fosse obrigada a identificar os lucros da sociedade espanhola pelas regras contábeis brasileiras, o resultado apurado incluiria não só o lucro da sociedade uruguaia como também o prejuízo da sociedade argentina.

O caso “Eagle 1” foi julgado favoravelmente ao contribuinte, aplicando-se o Tratado Brasil-Espanha, pelo que não houve tributação dos lucros das sociedades indiretas.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Acórdão nº 101-95.802. A decisão nesse caso decorreu do voto da Conselheira Relatora Sandra Faroni, quando concluiu que: “a tributação com fulcro no art. 74 da MP 2.158-35/2001 incide sobre o lucro das empresas, e não sobre dividendos. Nessa circunstância, tendo em vista o art. 7 da Convenção, não pode haver

Em sentido oposto, o caso “Eagle 2”<sup>40</sup> foi julgado desfavoravelmente ao contribuinte, decidindo-se que o Tratado Brasil-Espanha não se aplicaria às sociedades sediadas em outras jurisdições, com as quais o Brasil não tivesse firmado acordo para evitar a dupla tributação, ainda que se tratasse, como era o caso, de controladas indiretas.<sup>41</sup>

Desta forma, o lucro da sociedade uruguaia foi tributado e o prejuízo da sociedade argentina não pôde ser compensado, não obstante o que dispunha o art. 1º, parágrafo 6º, da Instrução Normativa SRF nº 213/2002, que determinava a consolidação dos lucros das controladas ou coligadas indiretas no lucro da controlada direta.

Além da questão dos tratados, a decisão é importante porque demonstra, como já dito, as dificuldades que os contribuintes brasileiros enfrentam e continuarão enfrentando em decorrência da complicação terminológica e conceitual advinda com a Lei nº 12.973/2014.

Como já apontado anteriormente, o artigo 76 da Lei nº 12.973/2014 determina que a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil registre em subcontas, 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, observada a proporção de sua participação. A redação do artigo 76, embora não faça referência ao MEP, deixa claro que o registro contábil a ser feito deverá, justamente, observar o MEP.

Voltando então ao caso *Eagle*, tem-se que as demonstrações contábeis individuais da controladora brasileira observavam o MEP, na forma exigida pela legislação brasileira vigente à época, mas o resultado da equivalência patrimonial registrado para fins societários não estava refletido na declaração de imposto de renda da controladora.

Essa divergência ocorreu porque a legislação contábil espanhola não exige a aplicação do MEP nas demonstrações individuais da *holding* espanhola, o que até então era permitido com base no art. 6º da IN SRF nº 213/2002, que dispunha que as demonstrações financeiras

---

tributação no Brasil dos lucros auferidos por intermédio da Jalua [empresa situada na Espanha], enquanto não disponibilizados.

<sup>40</sup> EMENTA LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE CONTROLADAS INDIRETAS - Para fins de aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se submete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta, mormente quando esses resultados não foram produzidos em operações realizadas no país de residência da controlada, evidenciando o planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil (Acórdão nº 101.97.070).

<sup>41</sup> Foi nesse caso que se validou a tributação direta e independente das controladas indiretas da pessoa jurídica brasileira, conforme exposto no voto do Conselheiro Relator Valmir Sandri, ao ressaltar que: “para efeito de tributação dos lucros auferidos no exterior, deve-se levar em consideração, de forma individualizada, os lucros auferidos por cada controlada no exterior, seja ela controlada direta ou indiretamente pela empresa brasileira, adicionando-os ao lucro da empresa brasileira para efeito de tributação do imposto de renda”.

das controladas ou coligadas no exterior fossem elaboradas de acordo com as normas da legislação societária do país de seu domicílio.

Com o advento da Lei nº 12.973/2014, foi incluído um §7º ao art. 25 da Lei nº 9.249/95 para estabelecer, no mesmo sentido da IN nº 213/2002, que os lucros da controlada ou coligada no exterior serão apurados segundo as normas da legislação comercial do país de seu domicílio.

Assim como ocorreu no caso Eagle, e já enfrentado anteriormente quando se falou da controvérsia acerca da materialidade tributável da Lei nº 12.973, a determinação de contabilização na forma do art. 76 através do MEP acabará por gerar conflito com o art. 95, que determina a apuração dos lucros das controladas diretas ou indiretas com base na legislação local.

Apurando-se o lucro das controladas com base na legislação do local onde são residentes, na forma do art. 95 da Lei nº 12.973/14, e reconhecendo a participação das controladoras nas controladas através do MEP, art. 76 da mesma lei, é bem possível que haja diferença entre o valor levado à tributação e o valor refletido no balanço da controladora.<sup>42</sup>

Além da dúvida quanto à apuração do lucro tributável no Brasil que possa advir da norma, some-se, ainda, a complexidade contábil gerada com a necessidade de registro em subcontas individuais, para cada controlada direta e indireta, principalmente quando se pensa numa sociedade brasileira que detenha participação em várias outras sociedades no exterior.

Mais uma vez o Brasil segue na contramão da corrente. Enquanto existe uma enorme preocupação quanto ao excessivo custo de *compliance* para cumprir com as regras tributárias e a perda de competitividade das empresas nacionais, cria-se nova regra tributária obscura e complexa, numa demonstração de prevalência do interesse público arrecadatório, litigante e de curto prazo frente ao interesse nacional de desenvolvimento sustentável.

---

<sup>42</sup> No mesmo sentido se manifestou Tersi (2014, p. 600): “Por esse motivo, apesar de o art. 76 exigir a utilização do MEP para registro do lucro atribuído a controladas diretas e indiretas, o valor a ser reconhecido como tal nas demonstrações individuais da controladora no Brasil pode não corresponder ao resultado de equivalência patrimonial que o Pronunciamento Técnico CPC 18 determinaria. E, nisso, os arts. 76 e 95 da Lei 12.973/2014 são totalmente incompatíveis: o art. 76 busca utilizar o MEP como instrumento de apuração do lucro tributável, enquanto o art. 95 utiliza outro instrumento, as declarações individuais da investida em seu país de domicílio, para a mesma finalidade”.

### 2.3.2 Da Possibilidade de Consolidação dos Resultados

No artigo 78 da Lei nº 12.973/14<sup>43</sup> o legislador previu a possibilidade de apurar de forma consolidada (vertical e horizontalmente) os resultados obtidos pelas empresas controladas residentes no exterior até o ano de 2022, desde que as empresas controladas atendam aos requisitos estabelecidos para tanto.

Apesar de não haver uma posição oficial que justifique a estipulação desse prazo, suspeita-se que coincide com o prazo em que os trabalhos do projeto BEPS da OCDE/G20 serão concluídos, o que permitiria às autoridades fiscais uma melhor avaliação do impacto da Lei nº 12.973 na arrecadação federal e seus possíveis conflitos com as orientações e recomendações do Plano de Ação 3.

Fica permitido que os lucros e prejuízos de sociedades controladas diretas e indiretas sejam consolidados, adicionando-se o resultado, se positivo, ao lucro líquido da pessoa jurídica controladora residente no Brasil.

<sup>43</sup> Art. 78. Até o ano-calendário de 2022, as parcelas de que trata o art. 77 poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação 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:

I - estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários;

II - estejam localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ou estejam submetidas a regime de tributação definido no inciso III do caput do art. 84 da presente Lei;

III - sejam controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso II do caput; ou

IV - tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total, nos termos definidos no art. 84. § 1º A consolidação prevista neste artigo deverá conter a demonstração individualizada em subcontas prevista no art. 76 e a demonstração das rendas ativas e passivas na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

§ 2º O resultado positivo da consolidação prevista no caput deverá ser adicionado ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pelas empresas domiciliadas no exterior para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil.

§ 3º No caso de resultado negativo da consolidação prevista no caput, a controladora domiciliada no Brasil deverá informar à RFB as parcelas negativas utilizadas na consolidação, no momento da apuração, na forma e prazo por ela estabelecidos.

§ 4º Após os ajustes decorrentes das parcelas negativas de que trata o § 3º, nos prejuízos acumulados, o saldo remanescente de prejuízo de cada pessoa jurídica poderá ser utilizado na compensação com lucros futuros das mesmas pessoas jurídicas no exterior que lhes deram origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB.

§ 5º O prejuízo auferido no exterior por controlada de que tratam os §§ 3º, 4º e 5º do art. 77 não poderá ser utilizado na consolidação a que se refere este artigo.

§ 6º A opção pela consolidação de que trata este artigo é irrevogável para o ano-calendário correspondente.

§ 7º 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 de suporte da escrituração, na forma e prazo a ser estabelecido pela RFB, mantidas as demais condições.

Não estava claro na lei se a opção pela consolidação dos resultados seria aplicável a todas as controladas diretas ou indiretas ou se poderiam ser selecionadas quais seriam incluídas na consolidação e quais não seriam.

A Instrução Normativa nº 1.520/14 que regulamentou a Lei nº 12.973 esclareceu a questão, prevendo a possibilidade de escolha pelo contribuinte brasileiro de quais sociedades serão incluídas na consolidação.<sup>44</sup>

Não sendo feita opção pela consolidação, os lucros da controlada, direta ou indireta, serão adicionados ao lucro líquido em 31 de dezembro do ano em que tiverem sido apurados pela empresa no exterior.

Ressalte-se que apesar de não constar vedação expressa da lei, a melhor interpretação é no sentido de que o legislador não permitiu a consolidação dos resultados auferidos por empresas coligadas.

Por fim, vale lembrar que de acordo com o parágrafo 4º do artigo 78, os prejuízos remanescentes da consolidação somente poderão ser compensados com os lucros da pessoa jurídica que os gerou.

Logo, em uma estrutura de investimento em que várias controladas diretas ou indiretas geraram prejuízos que foram em parte utilizados para compensar com os lucros gerados por outras controladas diretas ou indiretas, deverá o contribuinte “alocar” de forma proporcional o prejuízo remanescente entre aquelas pessoas jurídicas geradoras do prejuízo. Esta conclusão não está clara na lei, mas é o que dela pode se depreender.

---

<sup>44</sup> Art. 11. Até o ano-calendário de 2022, as parcelas de que trata o art. 9º poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora no Brasil.

(...)

§7º A opção pela consolidação de que trata este artigo:

I – é irretroatável para o ano-calendário correspondente e deve ser exercida no Demonstrativo de Consolidação previsto no art. 37 relativo ao ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pelas empresas domiciliadas no exterior;

II - pode ser aplicada de forma parcial, ou seja, incluindo os resultados das controladas diretas ou indiretas, no exterior, indicadas pela controladora no Brasil no Demonstrativo de Consolidação de que trata o art. 37.

§8º A controladora no Brasil, para cada ano-calendário, somente poderá efetuar uma única consolidação, que deverá envolver os resultados de todas as controladas, diretas ou indiretas, indicadas conforme inciso II do §7º.

§9º Os resultados das controladas, diretas ou indiretas, que não forem incluídos na consolidação deverão ser tributados de forma individualizada.



### 2.3.3 Das Restrições à Consolidação

O legislador também estabeleceu alguns requisitos que devem ser observados pelas sociedades controladoras no Brasil, sob pena de não poderem optar pelo regime de consolidação dos resultados auferidos pelas suas controladas residentes no exterior.

Os requisitos restritivos estabelecidos para opção pela consolidação são usualmente os mesmos utilizados no Direito Comparado em regras de CFC para fins de determinar o lucro CFC, denotando a intenção do legislador brasileiro em trazer para o ordenamento jurídico alguns desses conceitos e critérios.

O primeiro requisito determina que a consolidação não será possível se a controlada estiver situada “em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica em troca de informações para fins tributários”.

O único meio de estabelecer troca de informações fiscais, na forma do art. 199 do CTN, é através dos tratados internacionais. Caberá ao próprio Estado buscar celebrar esses tratados e neles prever cláusulas específicas para troca de informações tributárias, seja através de tratados específicos ou através das convenções para evitar a dupla tributação da renda.<sup>45</sup>

Houve razoabilidade do legislador nessa primeira exigência quando estabeleceu a possibilidade de o contribuinte disponibilizar a contabilidade societária em meio digital e a documentação suporte da escrituração quando não houver tratado ou ato firmado pelo Brasil e o país de sede da controlada para troca de informações.

---

<sup>45</sup> Rocha (2016, p. 165) esclarece a respeito: “Segundo o relatório do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações, nove tratados brasileiros não refletem o padrão internacional de transparência, por não autorizarem a troca de informações para fins de aplicação da legislação doméstica dos Estados contratantes. Este seria o caso dos tratados celebrados com Coreia do Sul, Filipinas, Holanda, Hungria, Itália, Japão, Luxemburgo, República Eslovaca e República Tcheca. Considerando que o artigo 78 da Lei 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 regra de troca de informações. Além das Convenções sobre a Tributação da Renda e do Capital, o Brasil tem celebrado tratados de troca de informações para fins tributários. Em setembro de 2012 o Brasil assinou uma Convenção sobre Troca de Informações em Matéria Tributária com o Reino Unido. Em outubro foi a vez do Uruguai. No início de 2013 foram assinados tratados com as Ilhas Cayman, Guernsey e Jersey. Já no dia 16 de maio de 2013, foi publicado no Diário Oficial o Decreto nº 8.003, o qual promulgou o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, que havia sido assinado em 20 de março de 2007. Em 2015, o Brasil assinou tratado desta natureza com a Suíça. Em 2011 o Brasil assinou a Convenção Multilateral da OCDE/Conselho da Europa sobre Assistência Mútua Administrativa sobre Assuntos Tributários, na parte relativa à troca de informações. A tramitação deste tratado iniciou-se em 2014 e o mesmo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 105/2016. Com a sua entrada em vigor aumentará significativamente a rede de troca de informações brasileira.”

A exigência relativa à troca de informações espelha o esforço mundial de transparência fiscal e vem se aprimorando cada vez mais com uma série de atos assinados pelos Estados para implementar o que atualmente se chama de fisco global.

A segunda exigência refere-se à localização da controlada e o regime de tributação a que está submetida. Se a controlada estiver sediada em país ou dependência com tributação favorecida, for beneficiária do regime fiscal privilegiado de que tratam os arts. 24 e 24 -A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ou se estiver submetida a regime de subtributação definido no inciso III do *caput* do art. 84, não poderá ter seus resultados incluídos na consolidação.

Vale esclarecer que a Lei nº 12.973/2014 trouxe este novo conceito de regime de subtributação que, ao menos por enquanto, convive ao lado do conceito de regime fiscal privilegiado e de país com tributação favorecida. De acordo com a nova lei, regime de subtributação é aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior a alíquota nominal inferior a 20%.

Mas qual a diferença entre este novo conceito e o de país com tributação favorecida? Parece haver duas distinções relevantes: o conceito de regime de subtributação expressamente prestigia o conceito de alíquota nominal e não abrange os países em que a legislação interna não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.

A similaridade entre o novo regime de subtributação e as leis que estabelecem regras sobre países com tributação favorecida, Lei 9.430/96<sup>46</sup>, Lei 9.959/00<sup>47</sup> e Lei 11.312/06<sup>48</sup>, leva

---

<sup>46</sup> Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento.

<sup>47</sup> Art. 7º O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.249, de 1995, não se aplica a investimento estrangeiro oriundo de país que tribute a renda à alíquota inferior a vinte por cento, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País.

<sup>48</sup> Art. 3º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento de que trata o art. 2º desta Lei quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. § 1º O benefício disposto no *caput* deste artigo:

I - não será concedido ao cotista titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, represente 40% (quarenta por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos fundos de que trata o art. 2º desta Lei ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos auferidos pelos fundos;

a crer que a intenção do legislador foi de evitar a limitação das listas taxativas, criando uma regra que pode ser aplicada em qualquer situação, quando sujeita à sua regra matriz (não tributação da renda ou tributação à alíquota nominal inferior a 20%).

Rocha (2016, p. 198) enfrentou esse tema e concluiu que embora não haja previsão expressa na legislação no sentido da obrigatoriedade da sua edição, em observância ao princípio da praticabilidade e visando a segurança jurídica a elaboração dessa lista é justificável, ressalvando, ainda, que a criação do conceito de subtributação pode ter sido “uma tentativa da Receita Federal de aplicar o mesmo tipo base dos países com tributação favorecida, sem a edição de uma lista dos tais regimes de subtributação”.

O terceiro requisito necessário para viabilizar a consolidação dos resultados auferidos pela entidade CFC é que esta entidade não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso II do caput.

Esta terceira restrição guarda relação com a anterior, pois estende a impossibilidade de consolidação no caso de ser a pessoa jurídica controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário favorecido.

Ou seja, a estrutura societária em que o acionista controlador residente no Brasil possua controladas intermediárias residentes em país ou detentoras de regimes tributários que resultem em uma baixa tributação (abrangido neste conceito o de regime fiscal privilegiado, regime de subtributação ou país com tributação favorecida), acabam por “contaminar” toda a cadeia de investimentos ao impedir a consolidação dos resultados das empresas controladas direta ou indiretamente pela entidade CFC “subtributada”.

No cenário internacional costuma-se identificar as jurisdições de baixa tributação com relativa facilidade, seja porque constam de listas editadas pelos diversos países que buscam combater o planejamento tributário agressivo, seja porque divulgam ostensivamente a prática de medidas que asseguram o sigilo bancário, fiscal e societário, assim como a redução drástica da carga tributária direta e dos custos de conformidade.

A situação é mais sensível quando se analisa o regime fiscal privilegiado. Contudo, mesmo quanto a este ponto, a lei traz critérios objetivos para a sua apreciação, ao apontar que se caracterizam por não tributar a renda ou a tributar à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); concedam vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: a)

---

II - não se aplica aos fundos elencados no art. 2º desta Lei que detiverem em suas carteiras, a qualquer tempo, títulos de dívida em percentual superior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido, ressalvados desse limite os títulos de dívida mencionados no § 4º do art. 2º desta Lei e os títulos públicos;  
III - não se aplica aos residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; não tributem, ou o façam em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; ou não permitam o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

Ainda que reste uma carga de subjetividade inerente ao processo natural de interpretação da lei, tal como a análise do que possa ser considerada atividade econômica substantiva, existem marcos legais nos quais se pode buscar referência, tal como a IN RFB nº 1.037/2010 que lista os denominados paraísos fiscais e os regimes fiscais privilegiados, sendo a alíquota nominal de fácil verificação para quem atua nestas jurisdições. Seria mais difícil se a legislação houvesse adotado a alíquota efetiva, o que não ocorreu.

Finalmente, não poderão ser incluídas na consolidação as controladas residentes no exterior que tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total por esta auferida, nos termos definidos no art. 84.

O legislador caracterizou como renda ativa própria a receita obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de (i) royalties, (ii) juros, (iii) dividendos, (iv) participações societárias, (v) aluguéis, (vi) ganhos de capital, (vii) aplicações financeiras e (viii) intermediação financeira.

O conceito de renda ativa própria deveria ter sido relacionado ao conceito de atividade fim da entidade e não simplesmente terem sido listados os tipos de renda que, por exclusão (juros, royalties...), serão consideradas passivas, posto que dependendo de sua finalidade precípua, algumas destas rendas ditas “passivas” poderão não estar inseridas no escopo da norma.

Estrada (2015) mantém sua posição crítica em relação à Lei nº 12.973/14 ressaltando que os requisitos discriminatórios estabelecidos para que se possa optar pela consolidação são de difícil atendimento, seja no plano subjetivo (domicílio da controlada), seja no plano objetivo (natureza das rendas e alíquota nominal mínima de 20%), gerando grande incerteza para os particulares.<sup>49</sup>

Os conceitos de renda ativa e passiva não são pacíficos na literatura do Direito Tributário Internacional comparado, havendo muitas controvérsias em torno do tema, o que se

---

<sup>49</sup> ESTRADA, Roberto Duque. *Brasil só será potência regional com a revisão da tributação de controladas*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/brasil-potencia-regional-revisao-tributacao-controladas>>. Acesso em: 30 maio 2015.

agrava para fins de aplicação das regras de CFC e, via de consequência, à tributação automática dos lucros auferidos pelas sociedades no exterior.<sup>50</sup>

O tratamento mais favorecido às rendas ativas tem por objetivo estimular os investimentos no exterior, de forma que não seja afetada a competitividade das empresas estrangeiras em face das residentes no país de investimento. As rendas passivas, por sua vez, tendem a ser consideradas como contaminadas e passíveis de gerar erosão das bases tributárias mediante diferimento na tributação ou, muitas vezes, nenhuma tributação, visto que são dotadas de grande mobilidade.

Como já mencionado, a OCDE sugere critérios de verificação dessas rendas para fins de tributação automática dos lucros visando combater o abuso e o diferimento do pagamento do imposto, o que não é seguido pelo Brasil que, mais uma vez, segue tributando toda renda automaticamente.<sup>51</sup>

Embora, repise-se, o Brasil só tenha se valido desses conceitos para fins de gozo de benefícios, dentre os quais o da consolidação, mantendo-se a tributação automática dos lucros em qualquer situação, o fato é que a previsão taxativa das rendas que, de qualquer forma, serão consideradas passivas ensejará injustiças em situações concretas, que poderão ofender o princípio da igualdade. Quando se tratar, por exemplo, de uma sociedade que explore *royalties* de modo operacional e, portanto, não deveria ser considerado como renda passiva.

Nesta linha, é curioso notar que o único *safe harbour* previsto no referido artigo 86 da Lei nº 12.973 foi apenas para as instituições financeiras em relação às rendas de juros, aplicações financeiras e intermediação financeira.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> A esse respeito, afirma Maciel, (2007, p. 30-31): “Na determinação do que seja a renda contaminada, as definições legais também são variáveis. De modo geral, pode-se dizer que os países excluem as rendas provenientes do exercício de efetiva atividade empresarial e tributam as rendas passivas (*passive income*) – juros, dividendos, aluguéis, royalties e ganhos de capital – e, em alguns casos, também as chamadas rendas do tipo companhia-base (*base companies income*). Uma das tarefas mais difíceis na aplicação da legislação de TLCE é definir o que seja renda passiva. (...) A dificuldade reside em que os juros e aluguéis, por exemplo, em algumas situações, podem ser rendimentos ativos se a sociedade tiver por objeto atividades financeiras ou locação de bens. O mesmo se diga em relação aos ganhos de capital, que podem ser provenientes da venda de um ativo utilizado na atividade-fim da empresa ou da venda de ações de outra sociedade controlada.

<sup>51</sup> Rocha (2014, p. 114) também defende o mesmo posicionamento: “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 anti elusivo. No Brasil, considerando a sistemática de tributação de lucros auferidos 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. Assim sendo, não podem as referências feitas pela referida lei a rendas ativas e passivas ser compreendidas como alguma forma de alinhamento às práticas aceitas internacionalmente.”

<sup>52</sup> Assim prevê o parágrafo 1º do artigo 84: “As alíneas “b”, “g” e “h” do inciso I não se aplicam às instituições financeiras reconhecidas e autorizadas a funcionar pela autoridade monetária do país em que estejam situadas.”

Ao fim e ao cabo, somente a análise do caso concreto poderá revelar a injustiça da norma, a permitir o seu afastamento. Poderia a lei trazer cláusulas de salvaguarda, (*safe harbour*) mais genéricas, de modo a permitir ao aplicador da norma o seu afastamento naquelas situações onde claramente não se está diante de uma renda passiva por se caracterizar como atividade precípua da entidade localizada no exterior.

Xavier (2014, p. 21) criticou a posição adotada pelo legislador, afirmando ter havido uma transposição cega de conceitos inspirados nos trabalhos da OCDE, contendo catálogo de práticas potencialmente abusivas. Ressaltou, nesse sentido, que a aplicação das regras “CFC” é restrita, em algumas legislações, às rendas passivas obtidas em paraísos fiscais, já que esse tipo de renda é o que permite, em princípio, uma maior possibilidade de diferimento dos lucros dele derivados e, por consequência, não se aplicam às rendas ativas.

Surge daí o ponto fundamental: o que importa em si não é o tipo de rendimento, mas o modo como é gerado. Partindo desse conceito poder-se-ia pensar numa discriminação justa, direcionada pela finalidade da norma, de forma que haveria uma correlação lógica entre a discriminação feita e a desigualdade de tratamento decorrente.

Barreto e Takano (2014, p. 368) fizeram duras críticas a esse respeito, ressaltando que a possibilidade de consolidação vertical não é um benefício fiscal, mas, ao contrário, o reconhecimento de que não há uma participação direta da controladora no Brasil nos resultados da controlada ou coligada indireta. Nesse passo, impedir a consolidação será permitir que se tribute a título de imposto de renda algo que renda não é, e que pode ser que nunca o seja.

Se não houver consolidação, os lucros da controlada direta ou indireta serão adicionados ao lucro líquido da controladora no Brasil em 31 de dezembro do ano em que tiverem sido apurados no exterior, conforme previsão contida no art. 79 da Lei nº 12.973.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Art. 79. Quando não houver consolidação, nos termos do art. 78, a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela auferidos deverá ser considerada de forma individualizada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas:

I - se positiva, deverá ser adicionada ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior; e

II - se negativa, poderá ser compensada 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.

#### 2.3.4 Da Limitação à Compensação de Prejuízos

No parágrafo 2º do art. 77 da lei está disposto que o prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos anos-calendário anteriores à produção de efeitos desta Lei poderá ser compensado com os 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 RFB.

O legislador valeu-se de terminologias desprovidas de técnica e imprecisas como “prejuízo acumulado” e “estoque de prejuízo”, o que certamente ensejará diversas discussões acerca do tema.

Em conformidade com o parágrafo primeiro do artigo 76, deverão ser excluídos do resultado (positivo ou negativo) das controladas diretas ou indiretas os resultados (positivos ou negativos) auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto.

Assim sendo, ao se falar de prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, deverá ser expurgado o resultado de outras controladas por esta detida. Logo, não se pode definir este prejuízo acumulado como prejuízo acumulado constante do balanço da entidade no exterior.

Outra discussão que poderá surgir em razão da falta de precisão da lei é o que fazer com os prejuízos de controladas indiretas supostamente utilizados anteriormente à vigência da lei.

Para fim de elucidar a questão, resgate-se que o contribuinte, seguindo as regras da IN nº 213/02, poderá ter tributado no Brasil o resultado positivo da avaliação na investida direta pelo método de equivalência patrimonial. Consequentemente, terá quem sustente que os prejuízos das controladas indiretas já tenham sido utilizados para fins de tributação no Brasil.

No entanto, a única condição legal imposta pela legislação brasileira para o uso do prejuízo acumulado é que os mesmos sejam “informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB”.

A limitação de compensação dos prejuízos apurados antes da vigência da lei apenas com os lucros da própria sociedade que o auferiu foi sopesada com a falta de limites para essa compensação, ao contrário do que acontece no âmbito interno em que existe o teto legal de 30% do lucro do ano-calendário em que ocorrer a compensação, conforme previsto no art. 42 da Lei nº 8.981/95.

Já com relação aos prejuízos gerados após a edição da Lei nº 12.973/2014, se as empresas forem elegíveis à consolidação, poderá o prejuízo apurado por uma controlada (direta ou indireta) ser compensado com o lucro gerado por outra controlada (direta ou indireta). Autoriza o legislador que esta compensação ocorra vertical ou horizontalmente.

Caso a empresa não seja elegível à consolidação ou o contribuinte não opte pela consolidação, nos termos do artigo 79, II, os prejuízos apurados pela controlada, direta ou indireta, no exterior serão compensados apenas com o lucro futuro a ser gerado pela própria entidade.

A vedação à compensação dos prejuízos e perdas em operações realizadas no exterior com os lucros realizados no Brasil vem desde a edição da Lei nº 9.249/95<sup>54</sup> e foi mantida pela Lei nº 12.973/14.

O sistema adotado pelo legislador, a despeito de se intitular “Tributação em Bases Universais”, determina que os lucros auferidos no exterior sejam imediatamente computados na apuração do lucro da pessoa jurídica brasileira para fins de incidência do IRPJ e CSLL, mas veda a compensação dos prejuízos também auferidos no exterior com os lucros da pessoa jurídica controladora.

Os prejuízos só podem ser compensados com os lucros da própria entidade que os gerou em verdadeiro regime de “compensação compartimentada”, o que é um paradoxo com o regime de tributação global instituído (XAVIER, 2015, p. 508).

Greco (2003, p. 75) apontou o equívoco desse sistema que só admite o cômputo dos lucros enquanto veda a compensação dos prejuízos auferidos no exterior:

O primeiro aspecto a considerar na análise do dispositivo diz respeito a sua compatibilidade com a racionalidade interna do imposto, que supõe busca do atingimento da manifestação de capacidade contributiva correspondente à renda, entendida como acréscimo patrimonial, a teor do artigo 153, III da CF/88 e do artigo 43 do CTN.

Desta perspectiva, uma vez que a premissa em que se apoia a disciplina é a aferição do que configure efetivamente uma ‘renda mundial’, previsão que determina o cômputo dos lucros disponibilizados, mas não permita o cômputo dos prejuízos apurados, atinge a racionalidade interna e deve informar todos os impostos, inclusive o de renda. Como ensina Enrico de Mita, ao tratar da capacidade contributiva como fundamento de coerência lógica dos impostos.

(...)

Racionalidade interna significa não ser admissível a mera justaposição de regras com o intuito de impedir a perda de arrecadação. Se o critério de tributação é submeter à lei brasileira os resultados obtidos em outros Países, pois a manifestação

<sup>54</sup> 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.

(...)

§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.



de capacidade contributiva em seu todo e que deve ser atingida, então a totalidade destes resultados deve ser computada, e não apenas os que apresentem caráter positivo.

### 2.3.5 A inconstitucionalidade da vedação à compensação de prejuízos

A proibição estabelecida pela legislação brasileira quanto ao aproveitamento dos prejuízos auferidos pelas controladas no exterior com os lucros da controladora no Brasil fere a simetria que norteia a isonomia da neutralidade fiscal e distorce a incidência tributária sobre a renda verdadeiramente realizada.

Limitando-se o aproveitamento dos prejuízos auferidos, acaba-se por tributar o contribuinte por um ganho que não foi efetivamente obtido.

Essa vedação legal teve início juntamente com a sistemática de tributação da renda em bases universais, quando da Lei nº 9.249/95, e foi integralmente mantida pela Lei nº 12.973/2014, o que revela, segundo observação feita por Oliveira (2016, p. 775), “que a regra da universalidade da tributação, e da inclusão automática dos lucros das controladas no exterior para cálculo dos tributos devidos no Brasil, aplica-se apenas em mão única, ou seja, apenas quando favorecer a arrecadação tributária”.

A controvérsia que surge a partir dessa questão adquire contornos complexos porque envolve o conceito de renda, cujos parâmetros mínimos e máximos para a sua formação estão estabelecidos na Constituição Federal, apesar da sua inequívoca indeterminação.<sup>55</sup>

Queiroz (2016, p. 776) embora reconheça o grau de indeterminação e a mutabilidade do conceito, afirma que o conceito estabelecido pela Constituição Brasileira de renda e proventos de qualquer natureza “como base tributável, apresenta limites máximos (zona de certeza negativa), que permitem que esse conceito seja diferenciado de outros que igualmente servirão como base tributável (“fato gerador” e “base de cálculo”) de outros impostos.”

Sendo a Constituição Federal o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, por força dessa hierarquia, nenhum ato normativo ou jurídico pode ser com ela incompatível ou elaborado de forma a negar vigência aos princípios que estabelece.

---

<sup>55</sup> Queiroz, (2016, p. 768) afirma a indeterminação que envolve o conceito constitucional de renda: “Há uma importante premissa que informa o que parece ser o uso adequado da expressão conceito: a maior parte dos conceitos é afetada pelo fenômeno da indeterminação ou vaguidade. Esse fenômeno afeta o conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza” (renda).”

A Supremacia da Constituição Federal decorre da superioridade do Poder Constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes, fazendo, segundo Barroso (2010, p. 168), com que o “produto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas”.

Vale lembrar a ressalva feita pelo Ministro Luiz Gallotti em voto que ficou eternizado pela colocação perfeita, nos autos do RE 71.758, cuja discussão referia-se ao imposto de renda:

Sr. Presidente, é certo que podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade. Mas, interpretar interpretando e, não, mudando-lhe o texto, e, menos ainda, criando um imposto novo, que a lei não criou. Como sustentei muitas vezes, ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, nuiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição.

Embora o texto Constitucional não tenha estabelecido conceitos fechados acerca dos tributos, deixando ao legislador derivado a tarefa de complementar esses conceitos e estabelecer, por exemplo, sua base de cálculo e fato gerador, é certo que essa complementação é feita dentro do espaço outorgado e delimitado pelos princípios e parâmetros existentes na própria Constituição.

Sobre o tema, Carraza (2012, p. 794) é categórico ao afirmar que admitir ter o legislador federal total liberdade para estabelecer qualquer fato gerador à hipótese de incidência do Imposto de Renda, sem realizar a devida interpretação constitucional do conceito à luz dos princípios hermenêuticos que o circundam, seria aceitar a possibilidade de o Congresso Nacional ampliar, a qualquer tempo e de qualquer forma, a competência tributária da União Federal definida na própria Constituição.

Conforme ressalta Barroso (2010, p. 168) “dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”.

Da mesma forma, tendo em vista que os princípios são a síntese dos valores basilares da ordem jurídica, Carvalho (2012, p. 63) consigna que para aplicar o direito deve-se interpretá-lo, devendo essa atividade de interpretação ser entendida “como a atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas”.

Não se pode perder de vista, portanto, que a Constituição Federal é apresentada na forma de texto, sendo necessária a leitura compreensiva do diversos conceitos e pressupostos

ali contidos. Não há como perder de vista a vinculação do conceito indeterminado de renda apresentado no texto constitucional com os princípios que o circulam.

Mello (1991, p. 230) definiu:

Princípio, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...) Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Somente a partir da valoração dos princípios é possível interpretar, conceituar e aplicar corretamente a regra jurídica preceituada pela Constituição Federal, de modo que a interpretação, realizada além da disposição literal da regra, não se contraponha à própria Constituição.

Diante dessa percepção, é possível verificar que as normas<sup>56</sup> constitutivas de um ordenamento não estão isoladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos, através dos quais elas se congregam de modo a representar e constituir um bloco sistemático.

No que se refere à tributação, a Constituição Federal estabeleceu como princípios o da Capacidade Contributiva, legalidade, isonomia, anterioridade, mínimo existencial e da vedação ao confisco.

Já no artigo 153<sup>57</sup> há expressa menção aos critérios informadores do Imposto de Renda que, embora não o definam de forma objetiva, estabelecem as premissas ou, como já citado anteriormente, os parâmetros mínimos que devem compor o seu núcleo, quais sejam, da generalidade, universalidade e progressividade.

<sup>56</sup> Na concepção de Ávila (2009, p. 30), “*normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”.

<sup>57</sup> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

III - renda e proventos de qualquer natureza;

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

Ao estabelecer que o Imposto sobre a Renda deve ser informado por tais critérios, o Poder Constituinte estabeleceu o ponto de partida do legislador complementar, pontuando as premissas básicas sobre as quais a ordem jurídica relativa a esse imposto deve gravitar.

Ou seja, o fato de se considerar que o conceito de renda disposto na constituição é um conceito indeterminado – em que existe dúvida tão somente em seu pressuposto (conteúdo), e não no consequente (solução legal) – não importa admitir se tratar de um conceito vazio<sup>58</sup>, na medida em que se faz necessária sua interpretação de acordo com os princípios que o norteiam.

Nesse escopo, as normas relativas ao Imposto de Renda devem ser elaboradas e interpretadas de forma a garantir aplicação dos parâmetros que o informam, sob pena de inconstitucionalidade.

Exsurge da universalidade que a base de cálculo do imposto deve representar o conjunto de todos os fatores que circundam o universo do contribuinte, o que inclui, além dos seus rendimentos positivos, também as suas despesas, custos e decréscimos.<sup>59</sup>

Nesse sentido, o conceito renda e proventos de qualquer natureza deve ser o resultado final da soma, num determinado período de tempo, de todos os fatos acréscimos positivos e também dos fatos negativos relativos a cada contribuinte.

O critério da universalidade exige que a base de cálculo do imposto de renda seja formada pelo resultado de todos os seus componentes, positivos ou negativos, o que pressupõe a consideração das despesas, custos e prejuízos do contribuinte. Xavier (2015, p. 458) pontua, a esse respeito, que o objeto do tributo deve ser uma “situação patrimonial líquida positiva, sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva”.

---

<sup>58</sup> QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Imposto sobre a renda na Constituição e no CTN. In: ANTONELLI, Leonardo Pietro; GOMES, Marcus Livio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. v. São Paulo: Almedina, 2016.

<sup>59</sup> Queiroz, (2016, p. 785) assim descreve o princípio da universalidade como determinante para a construção de um conceito constitucional de renda: “13. Pelo Princípio da Universalidade (corolário da igualdade) o conceito “renda e proventos de qualquer natureza” deve ser resultado da combinação de todo e qualquer fato (positivo e negativo) que possa informar a ocorrência de acréscimo de valor do patrimônio. Ressalta-se, assim, a necessidade de se considerar tanto o aspecto da universalidade – devem-se computar todos os fatos inerentes a uma pessoa que impliquem o aumento ou a diminuição de valor do seu patrimônio -, quanto o aspecto da unidade – pois, ao se cogitar o conceito acréscimo de valor patrimonial, é preciso ter em conta que patrimônio significa conjunto de direitos subjetivos e deveres jurídicos economicamente apreciáveis, isto é, avaliáveis em moeda, que uma pessoa é titular, sendo inadmissível, especialmente em matéria de IR, pensar em: a) uma pessoa como sendo titular de “diferentes patrimônios”; ou b) grupos de diferentes fatos que impliquem o aumento ou a diminuição de valor de “diferentes patrimônios”. Essas situações importariam ofensa direta aos Princípios da Igualdade e da Universalidade, pois possibilitariam o surgimento de privilégios odiosos ou de tratamentos discriminatórios e iníquos, que acabariam por distorcer o conceito “renda e proventos de qualquer natureza”, o que, conseqüentemente, caracterizaria hipótese de flagrante nulidade”.

A dificuldade que surge daí reside na delimitação de quais fatos decréscimos são passíveis de serem computados na apuração da base de cálculo sobre a qual incidirá o imposto.

Para se estabelecer validamente quais desses fatos decréscimos poderão ser computados, o legislador complementar, mais uma vez, não pode se afastar dos critérios informadores do imposto estabelecidos pela Constituição Federal.

A despeito da complexidade que envolve o tema e dada a limitação desse trabalho, importa ressaltar, como conclusão lógica decorrente, principalmente, do critério da universalidade que, se por um lado, o lucro das controladas no exterior é integralmente incluído na base de cálculo do imposto de renda das controladoras no Brasil, por outro, é inevitável que também os seus prejuízos o sejam.

Nesse mesmo sentido Queiroz (2016, p. 788):

Importa, por fim, fazer uma sucinta observação sobre o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 43 do CTN, cujos enunciados foram introduzidos pela Lei Complementar nº 104/2001 nos seguintes termos:

§1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§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.

Esses dispositivos devem ser interpretados à luz do que prescreve a Constituição Brasileira. Assim, a referência a “receita” ou “rendimento” deve ser compreendida como sendo atinente a simples fato-acrécimo ou fatos-acrécimos, que precisam ser combinados com certos fatos-decrécimos, a fim de que se apure a ocorrência ou não do fato renda (acrécimo de valor patrimonial). Desse modo, é certo firmar que por meio do imposto sobre a renda não se pode tributar fatos acréscimos isolados (rendimentos, receitas, ganhos) sempre que for possível à Administração Federal verificar o conjunto dos fatos-acrécimos e dos fatos-decrécimos necessariamente considerados por força do princípio do mínimo existencial).

Caliendo (2016, p. 1040) também se manifestou pela inconstitucionalidade da vedação à compensação dos prejuízos auferidos pelas controladas no exterior, por ofensa ao conceito constitucional de renda, o qual demanda uma conformidade material com o conceito de acréscimo patrimonial:

Não se pode nominar renda o que renda não é, sob pena de ofensa a todo o sistema constitucional. Prejuízo afeta o saldo líquido positivo e assim deve ser considerado. Tributar a renda em bases negativas é estabelecer uma ficção jurídica que ofende ao princípio da capacidade contributiva em seu sentido objetivo e subjetivo; ao princípio da vedação de confisco; da neutralidade e do tratamento isonômico. Agir em sentido contrário cria um tratamento fiscal favorável ao fisco, tão somente, que manterá sua fonte de arrecadação mesmo em momento em que as empresas não possuem lucro efetivo.

Quanto a esse ponto, parece que o regime de tributação da renda em bases universais estabelecido pela Lei nº 12.973/14 padece de inconstitucionalidade por ofensa, ainda que se queira negar a existência de um conceito constitucional de renda, a diversos princípios constitucionais e aos critérios informados pela Constituição Federal quanto ao imposto de renda.

A despeito da discussão anterior quanto a esse ponto da dedução dos prejuízos, relativa à constitucionalidade da Lei por determinar a inclusão automática dos lucros das controladas na base de cálculo dos tributos devidos no Brasil, o fato é que a universalidade estabelecida pela Constituição Federal impõe a inclusão não somente dos lucros, mas também dos prejuízos auferidos pelos contribuintes, a fim de que se chegue, efetivamente, ao seu acréscimo patrimonial real.

#### 2.3.6 Compensação do imposto pago no exterior

A Lei nº 12.973/14 estabelece em seu artigo 85 e seguintes a possibilidade de diversas deduções que objetivam, em comum, evitar a dupla tributação no Brasil dos lucros já tributados no exterior.

Dentre as deduções prescritas a Lei previu a possibilidade de compensação do imposto pago e do imposto retido na fonte no exterior, estabelecendo, quanto a este ponto, tratamento diferenciado para as controladas e coligadas.

No caso das controladas, a compensação do imposto pago no exterior está disciplinada no art. 87<sup>60</sup> da Lei nº 12.973/14 que, não obstante seus onze parágrafos, deixa muitas lacunas acerca de como se dará a compensação em determinadas situações.

---

<sup>60</sup> Art. 87. A pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto sobre a renda pago no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real da controladora no Brasil, até o limite dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas.

§1º Para efeitos do disposto no caput, considera-se imposto sobre a renda o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada, do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem e de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens, desde que comprovado por documento oficial emitido pela administração tributária estrangeira, inclusive quanto ao imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira.

§2º No caso de consolidação, deverá ser considerado para efeito da dedução prevista no caput o imposto sobre a renda pago pelas pessoas jurídicas cujos resultados positivos tiverem sido consolidados.

§3º No caso de não haver consolidação, a dedução de que trata o caput será efetuada de forma individualizada por controlada, direta ou indireta.

A possibilidade de compensação do imposto pago no exterior está prevista na legislação brasileira desde a Lei nº 9.249/95<sup>61</sup>, tendo o §3º do artigo 87 estabelecido que

o saldo do tributo pago no exterior que exceder o valor passível da dedução do valor do imposto de renda e adicional devidos no Brasil, poderá ser deduzido do valor da CSLL, devido em virtude da adição à sua base de cálculo das parcelas positivas dos resultados oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição.

A Lei nº 12.973 reconhece como crédito passível de compensação com o imposto de renda devido pela controladora brasileira tanto o imposto de renda incidente sobre os lucros gerados pela entidade controlada e pagos ao país de sua residência, quanto o imposto de renda

---

§4º O valor do tributo pago no exterior a ser deduzido não poderá exceder o montante do imposto sobre a renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real.

§5º O tributo pago no exterior a ser deduzido será convertido em reais, tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data do balanço apurado ou na data da disponibilização.

§6º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em reais.

§7º 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, a dedução de que trata este artigo deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior, e deverá respeitar os limites previstos nos §§4º e 8º deste artigo.

§8º O saldo do tributo pago no exterior que exceder o valor passível de dedução do valor do imposto sobre a renda e adicional devidos no Brasil poderá ser deduzido do valor da CSLL, devida em virtude da adição à sua base de cálculo das parcelas positivas dos resultados oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição.

§9º Para fins de dedução, o documento relativo ao imposto sobre a renda pago no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

§10º Até o ano-calendário de 2022, a controladora no Brasil poderá deduzir até 9% (nove por cento), a título de crédito presumido sobre a renda incidente sobre a parcela positiva computada no lucro real, observados o disposto no §2º deste artigo e as condições previstas nos incisos I e IV do art. 91 desta Lei, relativo a investimento em pessoas jurídicas no exterior que realizem as atividades de fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral.

§11º O Poder Executivo poderá, desde que não resulte em prejuízo aos investimentos no País, ampliar o rol de atividades com investimento em pessoas jurídicas no exterior de que trata o §10º.

<sup>61</sup>Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.

§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.

§ 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.

retido na fonte incidente sobre o lucro distribuído à controladora brasileira, respeitado o percentual de participação na controlada direta ou indireta.

Considerando a redação do parágrafo 1º do artigo 87 que dispõe sobre a matéria, poderia existir dúvida acerca da possibilidade de utilização pela controladora brasileira dos créditos de imposto de renda retido na fonte incidente na distribuição do lucro gerado por uma entidade CFC para outra entidade CFC.<sup>62</sup>

O artigo 89 vem supostamente esclarecer o tema ao estabelecer que somente será possível a utilização do crédito de imposto de renda incidente na distribuição do lucro gerado por uma entidade CFC para outra entidade CFC, se o país desta outra entidade CFC beneficiária dos rendimentos considerar como tributáveis tais rendimentos recebidos e autorizar o uso do crédito deste imposto de renda retido na fonte para fins de apuração e pagamento do imposto de renda local.

O aproveitamento do crédito do imposto de renda retido na fonte neste caso está limitado ao montante utilizado para fins de pagamento do imposto de renda local. Ao que parece, este é o melhor entendimento para o caso.

Considerando que o crédito do imposto de renda pago no exterior está limitado ao imposto de renda e CSLL devidos no Brasil e não ao total do imposto pago no exterior, existe dúvida sobre a que entidade atribuir o valor do imposto de renda retido na fonte.

Assumindo-se como exemplo uma entidade A controlada por B e esta controlada por C, residente no Brasil. Considere que A tenha realizado um lucro de \$100 que fora tributado no país de sua residência em 30% (ou seja, recolhido \$30 de imposto de renda local) e que tenha distribuído os \$70 remanescentes para B sobre os quais recolheu \$7 a título de imposto de renda retido na fonte.

Considere, ainda, que B tenha apurado um lucro de \$100 sobre os quais não pagou qualquer imposto de renda local. Para fins de recolhimento do imposto de renda a ser pago no Brasil, sobre tais rendimentos seria possível considerar o crédito de \$37, atribuindo os \$7 como crédito da pessoa jurídica beneficiária do rendimento (empresa B), uma vez ser esta a sofrer o ônus do imposto? Ou deve ser considerado apenas o crédito de \$34 para fins de

---

<sup>62</sup> O parágrafo 1º do artigo 87 assim prevê: “§1º Para efeitos do disposto no caput, considera-se imposto sobre a renda o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada, do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem e de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens, desde que comprovado por documento oficial emitido pela administração tributária estrangeira, **inclusive** quanto ao imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira.” (grifos nossos). O uso do termo “inclusive” destacado gera margem ao entendimento de que outros impostos de renda retidos na fonte poderão ser utilizados desde que observados os limites legais.



compensação com o imposto devido no Brasil, uma vez que, por uma interpretação sistêmica, e considerando o disposto no parágrafo 1º do artigo 76, o lucro distribuído deve ser atribuído à empresa geradora do rendimento e, conseqüentemente o imposto incidente sobre o mesmo deve ser atribuído?

A possibilidade de dedução do imposto pago no exterior é o principal argumento utilizado pelo Fisco para defender a inexistência da dupla tributação da renda, principalmente em face dos tratados celebrados pelo Brasil.

Acerca desse ponto, Xavier (2010, p. 429) ressalva que o objetivo do artigo 26 da Lei nº 9.249/95 só restaria atingido com o integral emparelhamento de resultados e tributos em toda a cadeia, pontuando que esse objetivo “é o de conciliar a tributação automática no Brasil dos resultados de sociedade estrangeira consolidados verticalmente com a eliminação unilateral de eventual dupla tributação”.

Este tema também pode ser apreciado por outro ângulo, pois ao se permitir a compensação de imposto pago no exterior em montante superior ao devido no Brasil estar-se-ia concedendo, de forma indireta, um benefício fiscal, assimilável ao *matching credit* e *tax sparing*, institutos que, embora criticáveis pelos países mais desenvolvidos, já foram utilizados pela rede de tratados do Brasil, sendo um importante instrumento de captação de recursos pelos países menos desenvolvidos.<sup>63</sup>

O artigo 87 da Lei nº 12.973/2014 também prevê tratamento diferenciado acerca da compensação do imposto quando houver consolidação e quando a mesma não ocorrer.

<sup>63</sup> Gomes e Cordeiro (2016, p. 125 e 126) esclareceram sobre esses métodos e sua contextualização: “Embora não possam ser consideradas métodos para a eliminação da dupla tributação propriamente ditos, as técnicas do *matching credit* e do *tax sparing* têm conexão direta com o método da imputação e, por isso, devem ser aqui abordadas. Ambas técnicas podem ser encontradas nas convenções tributárias entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento com o objetivo de evitar que os benefícios concedidos por estes últimos para atrair investimentos estrangeiros sejam anulados. Isso porque, no caso de o Estado de Residência aplicar o método da imputação sem a utilização de uma dessas técnicas, o crédito concedido seria reduzido na mesma proporção do benefício outorgado pelo Estado da Fonte. Sendo assim, o efeito pretendido por este último Estado, qual seja, o de reduzir a carga tributária incidente sobre o investimento feito em seu território seria eliminado. Na imputação, quer integral ou ordinária, o crédito considerado toma por base o imposto efetivamente pago no exterior. As referidas técnicas, no entanto, levam em consideração um imposto presumido (*matching credit*) ou fictício (*tax sparing*).

Na técnica do *matching credit*, à qual Heleno Torres se refere como crédito presumido, o crédito considerado na imputação toma por base alíquotas preestabelecidas entre os Estados Contratantes, ainda que diferentes da alíquota efetivamente aplicada. Tal alíquota diferenciada, conforme leciona Alberto Xavier, “consiste na atribuição de um crédito mais elevado do que o que resultaria da aplicação da alíquota convencional ou de direito comum em vigor no país da fonte”. Assim, por exemplo, se o Estado da Fonte aplica uma alíquota de 20% (vinte por cento) para retenção na fonte, o Estado de Residência concede crédito à alíquota de 25% (vinte e cinco), sendo esta última a alíquota acordada na cláusula do *matching credit*.

Já a técnica do *tax sparing* ou crédito de imposto fictício consiste no Estado da Residência permitir o crédito do imposto que seria devido no Estado da Fonte, não recolhido em virtude de benefício fiscal concedido por este último como intuito de atrair investimentos internacionais. Com isso, como mencionado acima, se evita que o benefício concedido pelo Estado da Fonte ao contribuinte acabe por se tornar benefício exclusivo do Estado da Residência, que aumentaria sua arrecadação ao reduzir o crédito decorrente do imposto (não) pago no exterior”.

Havendo consolidação, dispõe o parágrafo 2º do referido artigo que deverá ser considerado como crédito o imposto sobre a renda pago no exterior referente aos resultados positivos que tiverem sido consolidados. Caso contrário, não havendo consolidação, a dedução deverá ser feita de forma individualizada por controlada.

No caso de ter havido consolidação, surge uma primeira situação problemática, eis que, sendo o limite de compensação o montante do imposto sobre a renda e adicional devidos no Brasil, e considerando ainda que a consolidação acarreta a compensação de eventuais prejuízos de controladas diretas e indiretas com lucros de outras sociedades, o resultado será uma redução do lucro que será adicionado à apuração do IRPJ no Brasil.

Como o crédito não pode ser superior ao valor do lucro auferido no exterior efetivamente incluído no lucro real, no caso de uma redução da adição decorrente da compensação de prejuízos haverá uma perda proporcional de crédito referente ao imposto pago no exterior (ROCHA, 2014, p. 126).

Outro ponto da lei que traz possíveis problemas refere-se ao descasamento entre o momento em que ocorre o fato gerador e o pagamento do imposto de renda no Brasil e o pagamento do imposto de renda sobre o mesmo lucro na jurisdição da entidade CFC geradora do lucro.

De acordo com o previsto no §7º do artigo 87 a utilização do crédito do imposto pago no exterior somente ocorre no ano calendário em que ocorrer a tributação no exterior ou em anos subsequentes, observados os limites previstos nos parágrafos 4º e 8º do mesmo artigo.

Considerando que o imposto de renda da pessoa jurídica é pago no Brasil até 31 de janeiro de cada ano referente ao ano calendário anterior, bem como o fato de que, em diversos países, o pagamento ocorre em fevereiro ou março, este descasamento é inevitável.

Além de não dispor sobre a forma de aproveitamento futuro do crédito excedente de imposto pago no exterior, também não esclarece de que forma esses valores serão contabilizados (TERSI, 2014, 600).<sup>64</sup>

Por fim, um ponto importante a ser observado é que, semelhante ao já previsto na IN nº 213/02, a IN nº 1.520/2014<sup>65</sup> manteve o direito de o contribuinte utilizar o crédito do

<sup>64</sup> Em textual: “O art. 76 da Lei 12.973/2014 não esclarece esse ponto. Deveria a contabilidade refletir também o valor do crédito do imposto estrangeiro, isto é, criar uma subconta para o lucro antes do imposto local e uma subconta retificadora para os créditos de impostos pagos no exterior? Nesse caso, a subconta retificadora acompanharia o aproveitamento dos créditos em vez do registro dos lucros? O ponto principal é que as normas contábeis exigiriam, para a formação do resultado de equivalência patrimonial, a consideração do valor líquido do imposto de renda incidente sobre esse lucro, conforme a Interpretação Técnica ICPC 09, e não a segregação dessas grandezas na forma que interessa à fiscalização.”

imposto de renda pago no exterior e não utilizado no Brasil, em razão do prejuízo apurado pela controladora brasileira, com o imposto de renda a ser devido em anos subsequentes.

Por fim, vale acrescentar que o legislador permitiu a utilização de crédito presumido de 9% para ser compensado com o imposto de renda e CSLL devidos no Brasil, tal como previsto no parágrafo 10 do artigo 87 da Lei. Tal crédito será concedido apenas às empresas que preencham os requisitos do disposto no artigo 91 da Lei nº 12.973 e que realizem atividades de fabricação de bebidas, de produtos alimentícios, de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral.<sup>66</sup>

Mas qual a razão para o legislador restringir o direito de crédito às empresas que realizam as atividades listadas no referido artigo? Nenhuma.

Como forma de atenuar o tratamento antiisonômico, em portaria<sup>67</sup> editada pelo Ministério da Fazenda e, com base no parágrafo 11 do mesmo dispositivo legal, as indústrias de transformação; extração de minérios; e de exportação, sob concessão, de bem público localizado no país de domicílio da controlada, passaram a ter benefício semelhante.

## 2.4 Tributação das Coligadas

Conforme já ressaltado anteriormente, o sistema de tributação das coligadas foi diferenciado do tratamento conferido às controladas, filiais e sucursais, em consonância ao julgamento da ADI 2.588 pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>65</sup> “Art. 30. Devem ser observadas as regras contidas nesta Subseção para fins de dedução do imposto sobre a renda pago no exterior de que trata os arts. 25 e 29. (...) § 14. O tributo pago sobre lucros auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subsequentes.”

<sup>66</sup> Art. 87 (...) §10º Até o ano-calendário de 2022, a controladora no Brasil poderá deduzir até 9% (nove por cento), a título de crédito presumido sobre a renda incidente sobre a parcela positiva computada no lucro real, observados o disposto no §2º deste artigo e as condições previstas nos incisos I e IV do art. 91 desta Lei, relativo a investimento em pessoas jurídicas no exterior que realizem as atividades de fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral.

<sup>67</sup> Portaria nº 427/2014. “Art. 1º A controladora domiciliada no Brasil também poderá deduzir até 9% (nove por cento) a título de crédito presumido de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), a que se refere o § 10 do art. 87 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, sobre a parcela positiva computada no lucro real relativa a investimento em controladas domiciliadas no exterior que realizem as seguintes atividades de: I - indústria de transformação; II - extração de minérios; e III - de exploração, sob concessão de bem público localizado no país de domicílio da controlada.

A inconstitucionalidade da tributação automática dos lucros auferidos por coligadas no exterior, inicialmente estabelecida pelo artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, foi defendida pela Ministra Elen Gracie na referida ADI, cujo voto fundamentou-se no poder de controle. Para a Ministra, não tendo a coligada no Brasil poder de controle para deliberar pela distribuição dos lucros auferidos pela coligada no exterior, não haveria que se falar na tributação automática desses lucros no final do exercício em que foram apurados.

Restou decidido na ADI, com efeito vinculante *erga omnes*, que é inconstitucional a tributação automática das sociedades coligadas que não estejam domiciliadas em paraíso fiscal.

Nesse passo, a Lei nº 12.973/2014 estabeleceu duas formas de tributação das sociedades coligadas no exterior: (i) a regra geral de tributação pelo regime de caixa e (ii) a regra especial de tributação pelo regime de competência, assim como ocorre em relação às sociedades controladas.

Como ocorria sob a vigência da Lei nº 9.532/97, a tributação dos lucros apurados pelas coligadas voltou, via de regra, ao regime de incidência tributária apenas quando da sua efetiva disponibilização, desde que inexistentes as hipóteses previstas pela lei e que vedam essa forma de tributação.

O momento em que ocorrerá a incidência tributária está previsto no artigo 81 da Lei nº 12.973/14, que basicamente reproduz o que já dispunha a Lei nº 9.532/97, ao estabelecer que serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

O §2º do artigo 81 esclarece ainda o que se considera como “disponibilização do lucros” para efeitos da inclusão na base de cálculo do lucro real, quais sejam: (i) a data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior; (ii) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros; (iii) na hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa de bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

No que tange ao primeiro item, merece ressalva a falta de propriedade técnica do legislador no que tange ao uso do termo “crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior”.

Ao que parece, quis o legislador referir-se ao crédito contábil e, se assim for, nova discussão será travada acerca do momento de disponibilização dos lucros auferidos por coligadas no exterior, na medida em que não se confundem os lançamentos contábeis com o efetivo momento de disponibilização dos créditos.

O lançamento contábil não tem o condão de tornar disponível a renda se estiver desvinculado da sua efetiva disponibilidade econômica ou jurídica. Schoueri e Neto (1998, p. 133) manifestaram-se nesse mesmo sentido, ressaltando que nessa hipótese devem ser feitas análises pontuais, já que o mero crédito contábil não configura a aquisição de disponibilidade jurídica da renda, havendo casos nos quais o rendimento não está economicamente disponível à controladora ou coligada, tampouco há título garantindo sua disponibilidade jurídica.

A despeito da confusão técnica feita pelo legislador, a interpretação a ser dada ao artigo deve ser no sentido, como aliás está previsto no *caput*, de que os lucros serão considerados disponibilizados quando de fato postos à disposição da coligada brasileira.

#### 2.4.1 Tributação automática dos lucros auferidos pelas Coligadas

Para que seja aplicado o regime de caixa de tributação dos lucros auferidos por coligadas no exterior é necessária a observância de requisitos preestabelecidos no próprio *caput* do artigo 81, quais sejam: (i) não estar sujeita a regime de subtributação, assim entendido aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior à alíquota nominal inferior a 20%<sup>68</sup>; (ii) não estar localizada em jurisdição com tributação favorecida ou ser beneficiária de regime fiscal privilegiado; (iii) não ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica em país de tributação favorecida ou submetida aos referidos regimes fiscais.

Caso algum desses requisitos seja descumprido, os lucros apurados pela coligada no exterior serão considerados disponíveis na data da apuração, nos mesmos moldes do que ocorria na vigência do art. 74 da MP nº 2.158/2001, conforme previsto no art. 82 da Lei nº 12.973/14.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Lembre-se que de acordo com o parágrafo 3º do artigo 84 da Lei, poderá o Poder Executivo reduzir a alíquota nominal de 20% para 15% ou a restabelecer total ou parcialmente.

<sup>69</sup> Art. 82. Na hipótese em que se verifique o descumprimento de pelo menos uma das condições previstas no *caput* do art. 81, o resultado na coligada domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela

Um ponto relevante que envolve o tratamento tributário a ser conferido às coligadas é que apenas os lucros das coligadas diretas de empresa brasileira serão identificados em subcontas apartadas e tributados no regime de caixa ora mencionado.

No que tange às coligadas indiretas, deve-se lembrar que os resultados destas serão incorporados aos lucros da entidade controlada e automaticamente tributados no Brasil.

Este entendimento está em linha com o que dispõe o parágrafo 1º do artigo 76 da Lei que determina a exclusão do lucro das controladas da entidade CFC. *Contrario sensu*, os resultados das coligadas permanecem ali considerados.

#### 2.4.2 Coligadas equiparadas às controladas

A Lei nº 12.973/14 criou a figura jurídica da sociedade coligada que, sob certas condições, é equiparada à controlada para fins de tributação automática dos lucros na forma do seu artigo 77.

Caso seja verificada a condição estabelecida no artigo 83 da Lei, qual seja, quando a pessoa jurídica no Brasil detiver participação societária em coligada no exterior que represente, “em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, mais de cinquenta por cento do capital votante da coligada no exterior”<sup>70</sup>, todas as regras estabelecidas para as sociedades controladas (arts. 77 a 79) aplicar-se-ão às coligadas equiparadas à controlada.

---

apurados deverá ser computado na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas:

I – se positivo, deverá ser adicionado ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior; e

II – se 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.

§1º Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a coligada no exterior mantiver qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no seu balanço para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da coligada no Brasil.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses em que a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil é equiparada à controladora nos termos do art. 83.

<sup>70</sup> O parágrafo único do artigo 83 prevê as hipóteses em que será considerada vinculada à pessoa jurídica no Brasil:

“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 nº 6.404, de 15 de dezembro de 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 nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

III – a pessoa jurídica quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou

## 2.5 Diferimento

Na parte em que a lei dispõe sobre o “Pagamento”, o legislador estabeleceu no art. 90 a possibilidade de diferimento em até 8 anos do imposto de renda e CSLL a pagar, apurados nos termos dos artigos 77 a 80 e 82, na proporção dos lucros distribuídos nos anos subsequentes ao encerramento do período de apuração.<sup>71</sup>

Ainda de acordo com o referido dispositivo, deverá ocorrer um pagamento mínimo equivalente a 12,50% do IR e da CSLL devidos no 1º ano subsequente ao ano-calendário em que o lucro foi apurado.

A partir do 2º ano o saldo remanescente deverá ser corrigido por juros calculados com base na taxa London Interbank Offered Rate – Libor, para depósitos em dólares nos Estados Unidos e acrescida de variação cambial.

A opção pelo diferimento está limitada às controladas que se enquadrem em todas as situações elencadas no artigo 91, quais sejam, (i) não estar sujeita a regime de subtributação; (ii) não estar localizada em país com tributação favorecida nem tampouco ser beneficiária de

---

administrativo comum ou quando pelo menos 10% (dez por cento) 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; e

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 nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, desde que não comprove que seus controladores não estejam enquadrados nos incisos I a V”

<sup>71</sup> Art. 90. “A opção da pessoa jurídica, o imposto sobre a renda e a CSLL devidos decorrentes do resultado considerado na apuração da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, nos termos dos arts. 77 a 80 e 82, poderão ser pagos na proporção dos lucros distribuídos nos anos subsequentes ao encerramento do período de apuração a que corresponder, observado o §8º (oitavo) ano subsequente ao período de apuração para a distribuição do saldo remanescente dos lucros ainda não oferecidos a tributação, assim como a distribuição mínima de 12,5% (doze inteiros e cinquenta centésimos por cento) no 1º (primeiro) ano subsequente.

§1º No caso de infração ao art. 91, será aplicada multa isolada de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do tributo declarado.

§2º A opção, na forma prevista neste artigo, aplica-se exclusivamente, ao valor informado pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil em declaração que represente confissão de dívida e constituição do crédito tributário, relativa ao período de apuração dos resultados no exterior, na forma estabelecida pela Receita Federal do Brasil – RFB.

§3º No caso de fusão, cisão, incorporação, encerramento de atividade ou liquidação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, o pagamento do tributo deverá ser feito até a data do evento ou da extinção da pessoa jurídica, conforme o caso.

§4º O valor do pagamento, a partir do 2º (segundo) ano subsequente, será acrescido de juros calculados com base na taxa *London Interbank Offered Rate – Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 12 (doze) meses, referente ao último dia útil do mês civil imediatamente anterior ao vencimento, acrescida da variação cambial dessa moeda, definida pelo Banco Central do Brasil, *pro rata tempore*, acumulados anualmente, calculados na forma definida em ato do Poder Executivo, sendo os juros dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

regime fiscal privilegiado; (iii) não ser controlada por pessoa jurídica sujeita ao tratamento tributário previsto nos itens anteriores; (iv) ter renda ativa própria igual ou superior a 80% da renda total.

Restam duas ilações. A primeira, a possível intenção do legislador em evitar que as situações indefinidas sejam levadas ao Poder Judiciário, estabelecendo-se, para tanto, a necessidade de firmar termo de confissão de dívida para valer-se do diferimento. A segunda, mais concreta, o objetivo do legislador em evitar a decadência, uma vez que somente após 8 anos (e, portanto, ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos para constituir o crédito tributário) poderá verificar se o tributo foi ou não devidamente quitado.



### 3 DOS TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA

Há muito tempo o Brasil firma tratados internacionais para evitar a dupla tributação da renda<sup>72</sup>, sendo o mais antigo o celebrado em 1967 com o Japão e o último a ser promulgado com a Venezuela em 2014.

Não são necessários maiores esforços para reconhecer quantas mudanças ocorreram na sociedade desde o primeiro tratado celebrado e como elas impactaram a forma de interação entre as nações, em especial seus residentes.

Embora o objetivo de todos os trinta e três tratados firmados até hoje tenha sido evitar a dupla tributação da renda, o que pressupõe a atuação dos particulares em mais de um Estado, é fato incontroverso que o cenário existente à época em que eles foram firmados mudou abruptamente, apresentando-se hoje de forma nunca antes imaginada por conta da economia digital, da mobilidade dos ativos e dos fatores de produção.

O processo de globalização, cujo curso foi e continua sendo impossível para qualquer país conter ou modificar, traz em si diversos problemas que, por sua vez, vão demandando soluções coordenadas por parte dos países em razão da absoluta incapacidade de enfrentá-los isoladamente, no âmbito de seus próprios territórios.

Nesse cenário, os tratados em matéria tributária caracterizam-se como alternativa viável aos Estados na conciliação de seus próprios interesses fiscais e arrecadatórios, de modo a manter hígida sua base de tributação, com a manutenção da competitividade de suas empresas e atração de investimentos, evitando que sofram dupla ou nenhuma tributação de suas rendas.

São diversos os desafios impostos pela globalização, representado pela competição entre as jurisdições para atrair investimentos, assim como pela sofisticação das medidas adotadas pelos contribuintes para evitar o pagamento de impostos e aumentar seus lucros, medidas essas que vêm fazendo com que os Estados adotem outras tantas a fim de manter sua soberania e suas bases tributárias, sem as quais não conseguem fazer frente às demandas sociais a que devem atender.

Na busca dos contribuintes por maximizar seus lucros, os tratados serviram como hábeis instrumentos para atingir tal desiderato e, muitas vezes, foram utilizados de forma

---

<sup>72</sup> Para os fins do presente trabalho nos referiremos a “Acordo para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda”, nomenclatura utilizada nos textos destes instrumentos internacionais celebrados pelo Brasil, como Tratados para Evitar a Dupla Tributação ou Convenções para Evitar a Dupla Tributação, utilizando a sigla “CDT”.

articulada, através de interpostas pessoas jurídicas cuja constituição não tinha outra finalidade que não se valer do acordo celebrado com determinado país para permitir o gozo dos benefícios dele advindos, ainda que a atividade efetivamente exercida se desse em outro Estado não alcançado pelo pacto bilateralmente celebrado.

Os tratados de outrora continuam sendo o melhor mecanismo de estímulo aos particulares que desejam expandir seus negócios para além de suas fronteiras e, por outro lado, também servem para que os Estados orientem suas políticas de incentivo ou desincentivo à determinada prática e com determinado país.

O combate ao planejamento tributário tido como agressivo, foco principal do mundo como um todo na atual quadra e, em especial, pela OCDE através do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), passa pelos tratados para evitar a dupla tributação da renda e, mais recentemente, pelos acordos para intercâmbio de informações relativas a tributos.

Quanto a essa última espécie, chamados no Direito Tributário Internacional por *Tax Information Exchange Agreements* (TIEA), tratam-se de acordos que no Brasil não seguiram o formalismo dos tratados em geral, tendo sido assinados apenas pelas autoridades competentes<sup>73</sup>, de forma que não estão inseridos no ordenamento jurídico com o mesmo status das CDTs.

No Brasil, não obstante os trinta e três tratados firmados e o longo tempo já transcorrido desde a assinatura do primeiro, ainda é controversa a aplicação dos mesmos, notadamente diante da legislação interna que, muitas vezes, parece ser redigida de modo a permitir o afastamento das disposições destas convenções.

A interpretação dos tratados torna-se fator de decisiva importância na aplicação dos mesmos e tem sido objeto de divergência entre os tribunais administrativos e judiciais, o que reflete o cenário de insegurança jurídica e, por consequência, imprevisibilidade legal, não favorecendo um ambiente de estabilidade para os investimentos externos no Brasil e a internacionalização das empresas nacionais no cenário global.

---

<sup>73</sup> Código Tributário Nacional:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Ante a necessária delimitação temática a ser imposta ao presente trabalho, será objeto de estudo o cotejo das CDTs firmadas pelo Brasil com as normas de “*Controlled Foreign Companies*” (CFC).<sup>74</sup>

Num contexto global e sem levar em conta a especificidade da legislação interna de qualquer país, já sobressai um aparente conflito entre esse tipo de norma, cuja finalidade precípua é combater o planejamento tributário, e as CDTs, na medida em que é incompatível a aplicação simultânea dos dois, mesmo quando formalmente se esteja diante de situação que demande a incidência do tratado.

Como já ressaltado anteriormente, a questão adquire contornos delicados e bastante controversos em razão das particularidades da legislação brasileira no que se refere à tributação da renda em bases universais, e que repetem os mesmos problemas já existentes desde a Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

### 3.1 Breves Considerações sobre os tratados no Direito Brasileiro

O procedimento de celebração de acordos no Brasil está previsto na Constituição Federal que, em seu artigo 84, inciso VIII, confere ao Presidente da República competência privativa para a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeita a referendo do Congresso Nacional.

Uma vez promulgado o Tratado por ato do Presidente da República, a veiculação no Diário Oficial torna pública a sua existência, com efeitos *ex-tunc* em relação às datas previstas em seu texto quanto a sua vigência.

---

<sup>74</sup> Maciel (2007, p. 45) explica a origem do regime: “O regime de TLCE teve origem nos Estados Unidos, da década de 30, com as *foreign personal holding companies* de 1934 e as companhias holding estrangeiras de 1937. Mas somente em 1962, quando a administração Kennedy incorporou essas normas à Subpart F do Código Tributário (Internal Revenue Service Code), o regime passou a ser conhecido, no mundo inteiro, como *Controlled Foreign Corporation CFC Subpart F Provisions*, daí que, na literatura fiscal do direito comparado, o regime de TLCE seja muitas vezes referido como *CFC legislation, Subpart F rules ou CFC rules*. Em síntese, as disposições da *Subpart F* determinam o afastamento da regra que prevê a tributação dos lucros das controladas estrangeiras nos Estados Unidos apenas no momento da distribuição para o controlador norte-americano, de forma que, mediante o cumprimento de certos requisitos legais, tais lucros poderão ser tributados independentemente de sua efetiva distribuição. Atualmente, vários outros países incluem normas do tipo CFC em sua legislação tributária, tais como Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Japão, França, Alemanha, Dinamarca, Hungria, Reino Unido, Itália, Espanha, Portugal, Suécia, Noruega, Finlândia, Estônia, Lituânia, Indonésia, África do Sul, Israel e, dentre outros, os latino-americanos, Argentina, Venezuela, México e Brasil.”

Surgem do ato de publicação duas questões de relevante importância relacionadas aos tratados: (i) como são incorporados ao ordenamento jurídico em vigor e (ii) qual a posição que ocuparão em relação às normas internas.

Um aspecto fundamental em relação aos tratados está na voluntariedade de sua celebração, consistindo, pois, no “ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se” (REZEK, 1991, p. 54).

Quando um País decide pela celebração de um tratado e, de acordo com as normas de seu ordenamento jurídico interno, obedece a todas as formalidades estabelecidas para a sua entrada em vigor, obriga-se, por vontade própria, perante o outro País signatário a cumprir e respeitar as cláusulas nele estabelecidas, pelo que não seria coerente invocar suas normas internas para descumprir as disposições nele contidas.

Trata-se do princípio do *pacta sunt servanda*, consagrado no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o qual foi ratificado pelo Brasil somente em 2009, segundo o qual nenhum Estado pode invocar as suas normas internas para justificar o descumprimento do tratado.

Xavier (2015, p. 86) afirma que esse princípio corresponde a uma regra de senso comum, pois de nada valeria celebrar um tratado se um dos países contratantes pudesse, através da elaboração de leis internas, legitimamente modificar ou revogar suas disposições por ação direta e unilateral, “sem obediência aos mecanismos próprios de denúncia ou renegociação previstos no Direito Internacional Público”.

Já sob esse aspecto poder-se-ia deixar de lado a discussão acerca da posição dos tratados em relação às normas internas para concluir-se pela sua superioridade hierárquica. Ocorre que as controvérsias que surgem acerca das CDTs nem sempre podem ser resolvidas pelo critério da superioridade hierárquica, como, por exemplo, quando se tem a coincidência de aplicação, para uma mesma situação, das disposições de um tratado e de um ato normativo interno.

Acerca desse ponto, duas teses se apresentam: (i) a dualista, que afirma que somente após ser transformado em lei interna é que o tratado se incorpora efetivamente ao ordenamento jurídico e (ii) a monista que entende o direito como uma unidade, sendo a ordem interna ou internacional meras manifestações dessa unidade.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> Acerca das duas teorias Xavier (2015, p. 88) esclarece “Para a tese dualista, a diversidade absoluta quanto às fontes, entre direito internacional e direito interno, impedia que a norma internacional vigorasse na ordem indireta, antes de ser transformada em lei interna. Para a construção monista, o direito constitui uma unidade de que a ordem interna, como a ordem internacional, constituem meras manifestações. Esta comportava duas

No que tange à questão hierárquica das convenções internacionais, para a teoria dualista o tratado ocuparia a posição do ato normativo que o transformasse em norma interna; enquanto que para a teoria monista a sua superioridade seria automática na medida em que não podem ser modificados por quaisquer leis supervenientes, senão pelos próprios mecanismos estabelecidos no Direito dos Tratados.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema monista ao reconhecer a validade dos tratados na forma como o são, sem que para sua incorporação ao ordenamento jurídico existente devam ser convertidos em lei interna.

Isso é o que se depreende do disposto no §2º do art. 5º que dispõe que os direitos e garantias contidos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.” A previsão contida no §2º do artigo 5º deixa claro o alcance dos Tratados no sentido de que as normas deles constantes devem prevalecer sobre as normas internas nas matérias a que se referem.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 reforçou tal entendimento ao estabelecer que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, e, dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais” tendo, contudo, delimitado seu alcance aos tratados que tenham por objeto os direitos humanos.

Após a referida emenda restou claro que apenas os tratados que se refiram a direitos humanos e que tenham seguido o rito formal por ela estabelecido é que terão *status* constitucional, restando, quanto às demais convenções, certa lacuna quanto à sua posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A nosso ver, todavia, o disposto no §2º do artigo 5º da Constituição Federal continua alçando os tratados a uma superioridade hierárquica no que se refere aos direitos e garantias que estabelecerem. Confirma esse entendimento acerca da superioridade hierárquica dos tratados sobre a lei interna em matéria tributária o disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional ao estabelecer que “os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

---

variantes, consoante, em caso de conflito entre as ordens interna e internacional, se desse prevalência à norma interna ou à norma internacional. No primeiro caso, falava-se de monismo com primado do direito interno; no segundo, de monismo com primado do direito internacional. Para o monismo de direito internacional, a diversidade entre direito internacional e direito interno não impede a coexistência e vigência autônoma, mas articulada, de ambos, de tal modo que entre eles é possível estabelecer relações sistemáticas. A esta luz, a repercussão na ordem jurídica interna de normas constantes de tratados faz-se a título de vigência plena destas e não já a título da sua transformação material em direito interno, como sustenta a solução dualista.”

Em estudo sobre o disposto no art. 98 do CTN, Rocha (2013, p. 65) afirma que levando-se em conta que o Código Tributário Nacional é lei ordinária com status de complementar que estabelece uma série de limitações ao legislador ordinário, é imperioso reconhecer que essas limitações só serão válidas e eficazes na medida em que forem compatíveis com a Constituição, “e então tornamos a repetir que na Lei Maior não há qualquer previsão que indique a supremacia do Direito das Gentes sobre as regras de direito interno”.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento acerca desse ponto no sentido de que o disposto no artigo 98 do CTN confere aos tratados caráter especial em face da legislação interna e, em razão dessa especialidade, afasta a incidência da norma nas situações sobre as quais se refira.

Ressaltou a corte que a antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional. Assentou que o art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.<sup>76</sup>

Segundo o *decisum*, os tratados não são dotados de superioridade hierárquica em face das normas de direito interno, mas sobre elas se sobrepõe pelo critério da especialidade que, por sua vez, acaba por ensejar a prevalência desses em face da lei interna na medida em que serão sempre mais específicos, pois tratarão de apenas uma, dentre as hipóteses generalizadas abrangidas pela lei.

Já pelo critério cronológico não nos parece correto tal entendimento na medida em que nesse caso, uma norma interna posterior ao tratado teria o condão de revoga-lo, o que definitivamente vai de encontro ao texto constitucional que prevê forma específica de denúncia, sem contar na usurpação de competência do Poder Executivo (*treaty override*<sup>77</sup>).

Ademais, importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça faz distinção entre os tratados-contratos, como o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e a Convenção de Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os tratados normativos, dos quais são

<sup>76</sup> REsp. 1.161.467, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJE 01.06.2012.

<sup>77</sup> *Treaty Override* caracteriza-se pela a edição de legislação nacional pelo legislativo com o propósito de produzir efeitos em clara contradição com as obrigações assumidas em tratados internacionais.

exemplo aqueles celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda. Para os primeiros aplica-se o disposto no art. 98 do CTN no sentido de atribuir-lhes superioridade hierárquica em face da legislação interna.<sup>78</sup>

Em contraposição a esse posicionamento, Xavier (2015, p. 106-107) ressalta a carência de fundamento dessa diferenciação ante a ausência de qualquer distinção pela lei entre os tipos de tratado, valendo a máxima de hermenêutica de que não é lícito ao intérprete distinguir o que o legislador não o fez.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido que atualmente os direitos fundamentais globalizados estão no caminho do impedimento da dupla tributação, a qual vem sendo condenada por “princípios que estão acima até da própria norma constitucional”, manteve-se o entendimento majoritário de que o artigo 98 do CTN permite a distinção entre os tratados-contratos e os tratados normativos.<sup>79</sup>

O Supremo Tribunal Federal se manifestará acerca da superioridade hierárquica dos tratados em matéria tributária no RE 460.320, que já conta com voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de reconhecer que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária, inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e sem sombra de dúvida precisa ser refutada por esta Corte.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> REsp. 37.065, Primeira Turma, Ministro Demóclito Reinaldo, DJE 21.02.94.

<sup>79</sup> TRIBUTÁRIO. REGIME INTERNACIONAL. DUPLA TRIBUTAÇÃO. IRRPF. IMPEDIMENTO. ACORDO GATT. BRASIL E SUÉCIA. DIVIDENDOS ENVIADOS A SÓCIO RESIDENTE NO EXTERIOR. ARTS. 98 DO CTN, 2º DA LEI 4.131/62, 3º DO GATT.

- Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação. Esta vem sendo condenada por princípios que estão acima até da própria norma constitucional.

- O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento (art. 2º da Lei 4131/62, recepcionado pelo art. 172 da CF), legalmente reconhecido no art. 150, II, da CF, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas.

- O art. 98 do CTN permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados, contratos, e não os tratados-leis.

- Sendo o princípio da não-discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países.

- Supremacia do princípio da não-discriminação do regime internacional tributário e do art. 3º do GATT.

- Recurso especial provido. (REsp. 426.945, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 25/08/2004)

<sup>80</sup> O Supremo Tribunal Federal iniciou a análise sobre a obrigatoriedade ou não de pagamento, por empresas da Volvo, de Imposto de Renda (IR) incidente sobre o lucro e dividendos da empresa distribuídos a sócios residentes ou domiciliados no exterior quanto ao ano-base de 1993. A Volvo afirma que Convenção firmada entre Brasil e Suécia impede a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda. A União, por sua vez, contesta decisão do Superior Tribunal de Justiça que acolheu o pedido das empresas da Volvo e assegurou o não recolhimento do IR aos súditos suecos residentes no Brasil e no exterior. Por enquanto, somente o relator da matéria, ministro Gilmar Mendes, votou. Para ele, a decisão do STJ estendeu, indevidamente, a todos os súditos suecos residentes no exterior, benefícios fiscais apenas concedidos aos residentes no Brasil, independentemente

Ressaltou o Ministro que:

Os Estados Modernos são ‘Estados Constitucionais Cooperativos’ (Harberle), que demandam a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, pois seu descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.

A preponderância dos tratados sobre o direito interno foi expressamente reconhecida pelo Ministro Gilmar Mendes, ao explicitar que o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Referindo-se aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, §§2º, 3º, e 4º, da Constituição Federal, aponta que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional. Obtempera que além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II, e §2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal.

Argumenta que especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções

---

de serem estrangeiros ou brasileiros. O julgamento foi suspenso por um pedido de vista do ministro Dias Toffoli. O ministro Gilmar Mendes explicou que o tratamento tributário equivalente a sócio proveniente da Suécia e do Brasil, previsto em Convenção firmada entre Brasil e Suécia, atende ao princípio da isonomia tributária, sobretudo se se considerar a reciprocidade prevista entre as administrações tributárias de cada país signatário da convenção internacional. Ele observou que o elemento de conexão predominante no artigo 24 da Convenção entre Brasil e Suécia, editada para evitar a dupla tributação de impostos sobre a renda, é a nacionalidade, e não a residência, como entendeu o STJ. A convenção foi recepcionada no Brasil pelo Decreto 77.053, de 19 de janeiro de 1976. Antes, contudo, o relator fez uma ampla revisão da evolução da jurisprudência do Supremo no âmbito da aplicação dos acordos internacionais em face da legislação interna. Ele explicou que, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/04, o STF reviu sua orientação sobre a aplicação de tratados internacionais quanto a direitos humanos ao proibir a prisão civil por dívida do depositário infiel. Na ocasião, a maioria do Plenário entendeu que convenções internacionais de direitos humanos têm status supralegal, ou seja, prevalecem sobre a legislação interna submetendo-se apenas à Constituição. No âmbito tributário, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que a celebração de acordos internacionais demandam um extenso e cuidadoso processo de negociação com a participação não só de diplomatas mas de funcionários das respectivas administrações tributárias, de modo a conciliar interesses e a concluir instrumento que atinja os objetivos de cada Estado com menor custo possível para sua respectiva receita tributária. Assim, “Parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária, inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e sem sombra de dúvida precisa ser refutada por esta Corte”. Para ele, o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de lei ordinária ou lei complementar nem ter status paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares. “Dessa forma, à luz dos atuais elementos de integração e abertura do Estado à cooperação internacional tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegia a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel, a meu ver, à Carta Magna”, concluiu. A matéria está sendo debatida no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 460320.



internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos.<sup>81</sup>

A definição da posição dos tratados, em especial a categorização quanto à existência ou não dos tratados normativos no ordenamento jurídico brasileiro, em face da legislação interna, é questão de fundamental importância ante o cenário globalizado que se apresenta atualmente.

A permitir-se que o Brasil deixe de aplicar os tratados para evitar a dupla tributação da renda aos quais se obrigou voluntária e publicamente, num contexto em que os países cada vez mais interagem entre si e buscam estreitar e formalizar suas relações através desses acordos internacionais, será tornar letra morta as convenções e, como será demonstrado adiante, prejudicar o processo de internacionalização das empresas brasileiras no exterior, assim como a posição do país no processo de globalização da economia.

### 3.2 Dos tratados celebrados pelo Brasil

Apesar de o Brasil não ser membro da OCDE, de forma geral, observou a estrutura da Convenção Modelo criada pela Organização em todos os tratados dos quais é signatário, embora com influências do Modelo de Tratado da ONU quanto à tributação na fonte dos rendimentos concernentes aos juros, dividendos e *royalties*, aí incluído o controverso conceito de serviço técnico.

Nos termos do art. 2º, §1º, da Convenção Modelo, os tratados sobre dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda aplicam-se a todos os tributos que revestem tal natureza, seja qual for a denominação que tenham ou a forma como cobrados.

O Brasil repetiu o modelo em seus tratados e discriminou que os mesmos se aplicam ao imposto sobre a renda, excluindo da incidência as remessas excedentes e atividades de menor importância, com a ressalva de que a convenção se aplicará também a quaisquer

<sup>81</sup> “O texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, §§2º, 3º, e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional. Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II, e §2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal. Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos.”

impostos idênticos ou substancialmente semelhantes que forem posteriormente introduzidos, seja em adição aos já existentes, seja em sua substituição.

No que tange às pessoas, os tratados definem no artigo 1º que a convenção “aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados contratantes”, tendo sido eleito o critério da residência como o fator determinante para a sujeição, em substituição ao critério da nacionalidade.

O âmbito de incidência, considerando o aspecto territorial, segue a regra constante do art. 29 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o qual estabelece que “um Tratado será obrigatório para cada uma das partes pelo que respeita à totalidade do seu território, salvo se uma intenção diversa dele se deduz ou dele conste de modo diferente”.

Há algumas convenções que estabelecem limitações em seus territórios no que tange aos efeitos dos tratados, como a celebrada com a Dinamarca, que exclui as Ilhas Faroé e a Groelândia, e também a celebrada com a Noruega, que exclui Sitzbergen, Jan Mayen e os territórios noruegueses fora da Europa.

A denúncia dos tratados é regulada pelo Direito Constitucional e no Brasil, pelo princípio da simetria, segue o mesmo rito para a sua celebração, cabendo ao Presidente da República, com o referendo do Congresso Nacional, conforme o disposto no artigo 84 da Constituição Federal.

### 3.2.1 Da Interpretação dos Tratados

Além da problemática envolvendo a questão da posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico interno, há outro ponto de grande relevância jurídica e prática, que diz respeito à interpretação das disposições contidas nos mesmos.

A interpretação dos tratados passa por diversas problemáticas que se apresentam cada vez mais atuais, agravadas pela sofisticação das relações que se estabelecem entre os particulares, a criação de novos tributos por parte dos Estados e o surgimento de novas figuras, cuja previsão sequer consta dos textos originais das convenções.

Por ser o principal objetivo dos tratados evitar a dupla tributação da renda, o que favorece os particulares no exercício e desenvolvimento de suas atividades num mundo cada vez mais interligado a nível global, é certo que estes buscam orientar suas atuações de forma a se beneficiarem dos seus termos.

Por outro lado, os Estados, embora voluntariamente tenham deliberado pela celebração desses instrumentos, buscam manter suas bases tributárias, cada vez mais ameaçadas, e, nesse desiderato, estabelecem restrições ou criam novos tributos que estejam fora do âmbito dos tratados.

Trata-se de situação bastante conflituosa e que representa linha tênue de tensão entre particulares e Estado, acentuada pela existência de termos vagos, ambíguos e conceitos indeterminados na redação das convenções, deixando-as mais abertas à interpretação do que as leis tributárias internas.

No Brasil a questão adquire contornos especiais diante do regramento estabelecido pela Lei nº 12.973/2014, que estabeleceu a nova sistemática da tributação em bases universais, dos atos administrativos de cunho decisório e interpretativo expedidos pela Secretaria da Receita Federal, pela Procuradoria da Fazenda Nacional e da jurisprudência que vem se firmando acerca do tema no âmbito dos Tribunais Superiores e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. O ambiente é de grande instabilidade e incerteza quanto a conceitos de institutos importantes para aplicação dos tratados.

A interpretação dos Tratados pode se dar de duas formas: (i) pelas próprias partes envolvidas, sendo essa a interpretação autêntica, prevista no art. 25, §3º do Modelo OCDE, reproduzido na quase generalidade dos tratados firmados pelo Brasil<sup>82</sup> e (ii) pelos países signatários, individualmente, no âmbito de seus próprios territórios e no exercício de sua soberania.

Há na Convenção de Viena, da qual o Brasil é signatário, regras de interpretação dos tratados, previstas nos artigos 31 a 33, que estabelecem que deverão ser interpretados de boa-fé, de harmonia com o significado comum a ser dado aos termos no seu contexto e à luz do seu objeto e propósito. O artigo 32 da CVDT estabelece que é legítimo o recurso a meios de interpretação suplementar, incluindo os trabalhos preparatórios e as circunstâncias de sua celebração.

É certo que os próprios tratados trazem em seus textos diversas definições para os conceitos jurídicos neles estabelecidos, como se verifica, por exemplo, no art. 3º do Modelo OCDE que especifica “pessoas”, “empresa de um Estado contratante” e “nacionais”.

O mesmo artigo 3, em seu §2º, prevê que para aplicação da convenção, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão que nele não se encontra definido, a não ser

---

<sup>82</sup> Vide como exemplo o Tratado firmado com o México: “3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes farão o possível para resolver as dificuldades ou dirimir as dúvidas a que possa dar lugar a interpretação ou aplicação da Convenção.”

que o contexto exija de outro modo interpretação diferente, terá o significado que a esse tempo lhe for atribuído pela legislação desse Estado relativa aos impostos aos quais aplica-se, prevalecendo o significado atribuído a esse termo ou expressão pelas leis tributárias desse Estado sobre qualquer significado que lhe atribuam outras leis desse Estado.<sup>83</sup>

Dentro da problemática envolvendo a interpretação dos tratados há um outro ponto, de grande relevância, relativo à qualificação dos conceitos jurídicos neles contidos. É certo que as convenções trazem em seu contexto uma série de institutos que devem ser qualificados diante de um fato concreto para que se chegue à conclusão de sua adequação ou não ao que dispõe o tratado.

Xavier (2015, p. 165-166) destaca essa situação afirmando que o problema da qualificação consiste em verificar se uma certa situação concreta da vida é subsumível num conceito do tratado, para o que é preciso valorá-la à luz de regras jurídicas que permitam ao órgão de aplicação do direito decidir se se está perante um caso de juros, royalties, de pensão, de residência, de pessoa, de pessoa nacional, entre outros.

O mesmo autor enumera uma série de hipóteses em que a problemática envolvendo a qualificação se verifica como, por exemplo, categorização dos juros cuja taxa exceda à taxa corrente de mercado, os quais poderiam qualificar-se como juros ou como distribuição de lucros (disfarçada), a categorização da remuneração de uma debênture com cláusula de participação nos lucros, a qual deveria ser qualificada como juros ou como dividendo, a categorização dos valores restituídos aos sócios em caso de dissolução de uma sociedade, os quais dariam lugar a dividendo ou a ganho de capital, a categorização da remuneração paga ao chefe de orquestra pela execução de um concerto, a qual deveria ser qualificada como royalty ou como remuneração de um trabalho independente, a categorização da remuneração por renúncia a um direito de locação ou arrendamento de bem imóvel, a qual poderia ou não ser qualificada como rendimento imobiliário, a categorização da emissão de bonificações ou ações gratuitas, a qual configuraria ou não rendimento equiparável a dividendo.

A resposta a essas e tantas outras questões que decorrem das situações concretas e cada vez mais sofisticadas muitas vezes não pode ser obtida diretamente do contexto e texto dos tratados, sendo necessária a sua valoração com os conceitos existentes no direito de cada País, ocorrendo inevitavelmente o reenvio.

Surge então o problema da harmonização do direito interno com os objetivos visados no tratado, na medida em que se a qualificação feita por cada País for diferente da do outro

---

<sup>83</sup> Essa redação da versão de 1995 da Convenção Modelo já se encontra refletida nos tratados celebrados pelo Brasil com a África do Sul, Chile, Israel, México, Peru, Portugal, Trinidad e Tobago, Turquia e Ucrânia.

País signatário é possível que se tenha uma dupla ou nenhuma tributação da renda, sendo essas duas situações as que as convenções visam evitar.

Isso acontecerá, por exemplo, se um determinado Estado qualificar um rendimento como royalty sujeito a tributação e o outro Estado o qualificar como remuneração de serviço prestado, também sujeito a tributação. É necessário, então, ter como norte, na forma do que dispõe o art. 31 da CVDT, o objetivo e o propósito do tratado, sob pena de, como citado anteriormente, chegar-se aos extremos da dupla ou nenhuma tributação.

Xavier (2015, p. 174) teoriza acerca do problema, trazendo situações em que as competências para a qualificação estão pontuadas: (i) competência qualificatória exclusiva do Estado da fonte<sup>84</sup>; (ii) competência qualificatória exclusiva da *lex situationis*.<sup>85</sup>

Decorre da regra de competência qualificatória exclusiva do Estado da fonte a obrigatoriedade de o Estado da residência aceitar a qualificação dada pelo primeiro e, na forma do que dispõe o artigo 23 da Convenção Modelo da OCDE, permitir um crédito contra o imposto pago no outro Estado.

Não obstante o disposto no citado artigo 23, presente na generalidade dos tratados firmados pelo Brasil, há situações que não se enquadram no problema da qualificação, mas de interpretação, e acabam fora do âmbito de aplicação do citado artigo, como ocorre, por exemplo, com a interpretação restritiva dada pelo Brasil em relação ao artigo 7º dos tratados quando exclui os serviços do seu âmbito de incidência.

### 3.3 As normas “CFC” e as CDTs

<sup>84</sup> “No que concerne aos conceitos referentes ao conceito-quadro, as convenções consagraram a solução de atribuir competência qualificatória *exclusiva* ao Estado em que se localiza a referida *fonte* de produção ou pagamento. É o que decorre do §3º do art. 10 do Modelo, segundo o qual o termo dividendos abrange os rendimentos de ações ou assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação *tributária do Estado contratante em que seja residente a sociedade que os distribuir*. Embora o Modelo (na versão de 1977) não explicita esta regra para juros (porque pretendeu dar uma definição “cerrada”), as Convenções brasileiras dispõem, em matéria de juros, que este conceito compreende rendimentos que pela *legislação tributária do Estado contratante de que provenham* sejam assemelhados aos rendimentos de importâncias emprestadas. Também em matéria de rendimentos imobiliários, se estabelece que a expressão bens imobiliários é definida de acordo com a *legislação do Estado contratante em que os bens em questão estiverem situados*. Esta última regra (art. 6º, §2º, do Modelo OCDE), longe de ser uma regra excepcional, como pretende a chamada teoria da *lex fori* ou da competência qualificatória cumulativa, insere-se na regra geral, segundo a qual a competência qualificatória em relação aos tipos de rendimentos pertence exclusivamente ao Estado da fonte (XAVIER, 2015, p. 172).

<sup>85</sup> “Das considerações e exemplos precedentes pode, pois, concluir-se que certo tipo de situação que configure um “pressuposto” de aplicação do tratado e que seja descrita por um conceito jurídico deve ser exclusivamente qualificada pela ordem jurídica que com ela tenha mais estrita conexão (*lex situationis*), conexão essa que há de ser descoberta por um esforço interpretativo próprio do tratado” (XAVIER, 2015, p. 174).

Alguns artigos da Convenção Modelo da OCDE apresentam dificuldade de interpretação e conciliação com determinados tipos de normas que vêm ganhando proporção e importância no cenário mundial, que são as normas “CFC” – *Controlled Foreign Companies*.

Apesar da especificidade desse tipo de norma de acordo com cada país que a implementa, e não sendo objeto do presente trabalho um estudo mais aprofundado acerca das mesmas, pode-se estabelecer como característica geral inerente às normas de “CFC” a instituição de um regime especial de tributação em que os lucros auferidos no exterior são imediatamente considerados como auferidos diretamente pela pessoa jurídica residente.

A especialidade dessa forma de tributação decorre da sua aplicação apenas quando presentes circunstâncias específicas que denotam ou tem o condão de indicar abuso por parte dos particulares na realização de seus negócios jurídicos, através do que se denomina planejamento fiscal tido como agressivo, visando evitar a incidência tributária sobre suas rendas e gerando, por consequência, a erosão das bases tributárias dos Estados.<sup>86</sup>

Por serem normas de exceção, e dada a forma como estabelecem a tributação da renda auferida no exterior, quando se estiver diante de situação que atraia a sua incidência e, ao mesmo tempo, de tratado para evitar a dupla tributação da renda, acaba-se afastando esse último em detrimento da primeira.

É desse contexto que emerge a controvérsia relativa à compatibilidade e conciliação dessas normas com os tratados, a qual foi sintetizada por Bianco (2010, p. 148), que apontou os principais pontos dessa problemática: (i) não existe um modelo padrão de legislação sobre CFCs aprovado por todos os países, de forma que o exame da compatibilidade da lei interna com os tratados vai depender do tipo de regime de tributação de cada país; (ii) dependendo da forma como foi instituído o regime de tributação das CFCs, diferentes artigos dos tratados são aplicáveis, dificultando o exame da compatibilidade entre ambos; e (iii) cada país regula a relação entre os tratados e a lei interna de forma diferente.

Nos Comentários da OCDE ao Modelo de Convenção é ressalvada a aplicação das normas “CFC” quando não estiver caracterizado planejamento tributário agressivo, na medida

<sup>86</sup> A autora obtempera que “Na maioria dos países, o tipo de rendimento auferido pela sociedade é relevante para determinar a aplicação das regras de TLCE. Também há dois métodos em relação a esse teste. No primeiro, também chamado de transacional (*transactional approach*), apenas a renda “contaminada” é submetida à tributação. No segundo, ou a totalidade renda auferida pela sociedade (contaminada e não-contaminada) ou nenhuma renda é submetida à tributação (*entity approach*). Na determinação do que seja a renda contaminada, as definições legais também são variáveis. De modo geral, pode-se dizer que os países excluem as rendas provenientes do exercício de efetiva atividade empresarial e tributam as rendas passivas (*passive income*) – juros, dividendos, aluguéis, royalties e ganhos de capital – e, em alguns casos, também as chamadas rendas do tipo companhia-base (*base companies income*) (MACIEL, 2007, p. 30).

em que o objetivo dessas é manter a equidade e neutralidade em um ambiente internacional caracterizado por diferentes cargas fiscais, pelo que não devem ser utilizadas quando os rendimentos forem submetidos a um regime de tributação comparável ao do país de residência do contribuinte.<sup>87</sup>

Não obstante essa problemática, uma coisa é certa: quando um determinado Estado firma um Tratado com outro Estado, está se comprometendo publicamente a observar as disposições nele estabelecidas sempre que configurada a relação societária entre sociedades residentes em ambos os Estados signatários dos respectivos tratados.

Esta afirmação encontra amparo na CVDT, da qual o Brasil é signatário desde 2009, a qual dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, ponto ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 460.320, no único voto proferido até então neste processo.<sup>88</sup>

Essa é a posição que se espera dentro de um ambiente de mínima segurança jurídica e boa-fé de um país signatário de determinado tratado, no sentido de que a forma como será tributada a renda, lucro ou o que mais estiver estabelecido no acordo será observado no âmbito de seu território, quando diante da situação concreta a ele submetida.

Embora o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.588 não tenha decidido sobre a compatibilidade da lei interna (MP nº 2.158/2001) com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, o Ministro Ayres Britto ressaltou expressamente em seu voto a necessária observância dos mesmos, frisando a necessidade do cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bitributação.

Apesar do movimento crescente no Direito Comparado de criação e sofisticação das normas “CFC”, capitaneado pela OCDE através dos planos de ações que visam combater o planejamento fiscal agressivo (BEPS), exsurge fundamental adequar as ações dos Estados na manutenção de suas bases tributáveis com a aplicação e respeito aos tratados.

---

<sup>87</sup> Comentário 26 ao artigo 1º: “States that adopt controlled foreign companies provisions or the anti-abuse rules referred to above in their domestic laws seek to maintain the equity and neutrality of these laws in an international environment characterized by different tax burdens, but such measures should be used only for this purpose. As a general rule, these measures should not be used only for this purpose. As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer.”

<sup>88</sup> (...) o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que, em face da legislação infraconstitucional, principalmente quanto ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.

O que acontece no Brasil, todavia, é que desde que foi instituído o regime de tributação universal da renda, com a edição da Lei nº 9.249/95, a opção legislativa adotada foi no sentido de tratar toda e qualquer situação de investimento no exterior sob as mesmas condições dos investimentos no Brasil, sem critérios de distinção que permitissem selecionar as hipóteses de planejamento tributário agressivo.

Enquanto o movimento que se verifica no Direito Comparado é de sofisticação das normas “CFC” como normas de exceção, aplicáveis somente quando verificadas certas condições que denotam a intenção deliberada de evitar a incidência ou diferimento dos tributos através de estruturas artificiais, no Brasil seguiu-se tributando todo o lucro apurado no exterior, independentemente de sua disponibilização à pessoa jurídica brasileira.

Parte-se do princípio de que se trata de uma opção política do país que, não obstante os argumentos acerca da perda da competitividade das empresas brasileiras no cenário mundial, foi mantida com a edição da Lei nº 12.973/2014, conforme já exposto anteriormente.

A questão que remanesce em decorrência dessa opção refere-se à tributação automática dos lucros da pessoa jurídica no exterior quando a mesma for residente em país com o qual o Brasil tenha firmado tratado para evitar a dupla tributação da renda.

Ante o claro confronto da legislação interna com o disposto no artigo 7º dos tratados, o qual será objeto de análise aprofundada, verifica-se que através de uma interpretação de cunho mais formal, a União tenta fazer parecer que não se está tributando o lucro da sociedade no exterior para afastar a aplicação dos tratados quanto a esse ponto.

Com a edição da Lei nº 12.973/2014 ficou evidente a intenção do legislador em afastar, através da aparente mudança de classificação do rendimento, a incidência dos tratados para manter a tributação automática e irrestrita do lucro das empresas controladas no exterior antes da sua disponibilização à pessoa jurídica brasileira.

Isso é o que se extrai do artigo 77, que prevê a tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto de renda”, cujo intuito é fazer crer que não se tributa o lucro da pessoa jurídica no exterior.

Está fora de dúvida que essa tal parcela do ajuste do valor do investimento é o lucro das empresas estrangeiras. Não houve qualquer alteração na materialidade tributável estabelecida pela MP 2.158-35/2001, que continua sendo o lucro auferido pela controlada no exterior.

Ao que parece, esse ponto é de suma importância dado o cenário que se apresenta, em que o Brasil tem buscado ampliar sua participação nas políticas de combate ao



planejamento tributário agressivo capitaneadas pela OCDE já que, se mantido o entendimento de que é possível tributar de forma automática os lucros auferidos pela pessoa jurídica no exterior antes da sua disponibilização à pessoa jurídica brasileira, quando auferido em país com o qual exista tratado para evitar a dupla tributação da renda, será tornar letra morta o disposto no artigo 7º de todos as convenções firmadas pelo Brasil, o que torna sua posição no contexto mundial bastante contraditória e controversa.

### 3.4 O Artigo 7 (1) dos Tratados

Foi por ocasião da edição da MP nº 2.158-35/2001 que se passou a discutir a compatibilidade da forma de tributação do lucro auferido no exterior com o disposto, dentre outros, no artigo 7º dos tratados para evitar a dupla tributação da Renda firmados pelo Brasil.

Consoante o parágrafo primeiro do citado artigo 7º, reproduzido em todos os tratados firmados pelo Brasil, o direito de tributar os lucros das empresas é exclusivo do Estado Contratante em que as pessoas jurídicas sejam residentes.<sup>89</sup> A primeira parte do artigo 7º estabelece a competência exclusiva do país em que se encontra domiciliada a sociedade controlada e a segunda parte estabelece a competência cumulativa quando não for o caso de pessoa jurídica independente, mas de estabelecimento permanente.

O artigo 7º contém o preceito basilar dos Tratados Internacionais posto que prevê, justamente, a impossibilidade da dupla tributação da renda na fonte do lucro e no local de residência do sócio, tendo Xavier (2015, p. 490) se referido ao mesmo como o “coração dos tratados contra a dupla tributação”.

Não obstante a sistemática da tributação automática dos lucros auferidos no exterior tenha sido inaugurada pela Lei nº 9.249/95, foi somente com a edição da MP nº 2.158-35/2001, art. 74<sup>90</sup>, que de fato estabeleceu-se essa forma de tributação automática, motivo

---

<sup>89</sup> Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante serão tributáveis apenas nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por intermédio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas somente no tocante à parte dos lucros atribuível a esse estabelecimento permanente, v.g., Convenção Entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da África do Sul para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda.

<sup>90</sup> 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”

pelo qual foi a partir daí que as discussões em torno do tema se intensificaram e ganharam aplicação prática, principalmente no que se refere ao artigo 7º dos tratados.

À época da vigência do artigo 74 da MP nº 2.158/2001, sustentou-se majoritariamente na doutrina que o parágrafo 1º do artigo 7º dos tratados afastaria a incidência da MP, ante a evidente incompatibilidade entre a tributação automática dos lucros auferidos por pessoa jurídica no exterior e o citado artigo, quando essa pessoa jurídica fosse residente em país com o qual o Brasil tivesse firmado tratado para evitar a dupla tributação da renda.

Posicionando-se pela compatibilidade da tributação automática dos lucros auferidos no exterior independentemente de sua disponibilização mesmo diante dos tratados, a Secretaria da Receita Federal formalizou, através da Solução de Consulta Interna COSIT nº 18/2013<sup>91</sup>, entendimento de que inexistia qualquer incompatibilidade entre o artigo 74 da MP 2.158-35/2001 e o artigo 7º das convenções porque o que estava sendo tributado no Brasil era o resultado do ajuste da equivalência patrimonial e não o lucro da pessoa jurídica no exterior.

Sustentou-se na Solução de Consulta que o artigo 74 da MP 2.158-35/2001 previa a tributação da renda dos sócios brasileiros decorrente de sua participação em empresas domiciliadas no exterior, de forma que a norma interna estaria incidindo em contribuinte brasileiro, não gerando qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros.

Schoueri (2013, p. 74) criticou o posicionamento sustentado na Solução de Consulta:

O raciocínio assim desenvolvido peca, entretanto, ao não perceber que não é verdade que o artigo 7º se limita a proteger do imposto brasileiro as empresas sediadas no exterior. O escopo do artigo 7º não é subjetivo (as empresas), mas objetivo (os lucros das empresas). Assim, é falso o dilema que examina quem assume o ônus do imposto: a limitação do artigo 7º alcança os lucros de uma empresa de um Estado Contratante. Pouco interessa, *in casu*, indagar quem suporta o encargo. Seja a empresa estrangeira, seja a nacional, o que importa é que nem uma nem outra estão sujeitas ao imposto brasileiro calculado sobre o lucro da empresa localizada no exterior.

<sup>91</sup> LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR. A aplicação do disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.1568-35, de 2001, não viola os tratados internacionais para evitar a dupla tributação. (...) 16. Ao registrar contabilmente o resultado da equivalência patrimonial, a investidora reconhece a parcela dos lucros de suas coligadas e controladas. Sendo assim, verifica-se acréscimo patrimonial correspondente a sua participação no lucro total das investidas. 17. Ressalte-se que o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, se aplica a investimentos avaliados pelo MEP, pois só se pode falar de disponibilidade econômica e acréscimo patrimonial, decorrente de lucro apurado na investida, mas ainda não pago ao investidor, se esse investimento for avaliado pela equivalência patrimonial - já que no caso de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, só há disponibilidade econômica após o recebimento de lucros ou dividendos pela investidora.

Destarte, a opção feita pela tributação da pessoa jurídica brasileira como sujeito passivo da relação jurídica tributária é equivocada, pois o Brasil não teria como exercer sua pretensão arrecadatória diretamente em face do lucro da pessoa jurídica estrangeira.

Outro ponto da Solução de Consulta que merece crítica é o relativo à possibilidade de compensação dos tributos pagos no exterior como suficiente para que se alcance o objetivo visado pelos tratados, que é o de evitar a dupla tributação da renda.<sup>92</sup>

Xavier (2015, p. 493) ressaltou a impropriedade do argumento, já considerando a sistemática adotada pela Lei n° 12.973/2014, ressaltando que o mecanismo de crédito do imposto pago no exterior previsto na lei brasileira não é capaz de eliminar por completo a dupla tributação.<sup>93</sup>

Para justificar seu raciocínio observa que em caso de existência de controladas indiretas, a Lei n° 12.973/2014 permite a compensação do *underlying credit*,<sup>94</sup> mas não dos impostos retidos na fonte em cada uma das distribuições na cadeia vertical de controle, exceto nas relações diretas com o controlador no Brasil. Desta forma, o Brasil acaba por tributar mais do que o controlador brasileiro teria recebido como dividendos se os lucros tivessem sido totalmente distribuídos ao longo de toda a cadeia.

Conforme frisado, com o advento da Lei n° 12.973/2014, estabeleceu o legislador, no novo regime de tributação da renda em bases universais, que a materialidade tributável no Brasil, no que se refere aos rendimentos auferidos no exterior, seria a equivalente à parcela do ajuste do valor do investimento.

Ao prever a inclusão no lucro real da “parcela do ajuste do valor do investimento”, tributa-se, na verdade, o lucro travestido de outro nome para justificar o argumento de que os lucros tributados seriam, de fato, pertencentes à controladora no Brasil e não da controlada no exterior, de modo a afastar-se a incompatibilidade com o artigo 7° dos tratados para evitar a dupla tributação.

Valeu-se o legislador, em deliberada intenção de evitar o conflito entre a tributação prevista para as controladas diretas e indiretas no exterior, e para as coligadas equiparadas às

<sup>92</sup> Solução de Consulta COSIT n° 18/2013: ... 29. É certo que a função primordial dos tratados é promover, mediante a eliminação da dupla tributação, as trocas de bens e serviços e a movimentação de capitais e pessoas. Esse objetivo igualmente alcançado uma vez que o art. 26 da Lei n° 9.249, de 1995, autoriza a compensação dos tributos pagos no exterior, na hipótese de reconhecimento de lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real. Portanto, a aplicação da norma interna brasileira não acarreta bitributação econômica dos lucros decorrentes de investimentos no exterior.

<sup>94</sup> Underlying tax credit é o método utilizado por países para conceder incentivos fiscais aos investimentos externos realizados pelas multinacionais sediadas nos mesmos, através do qual o custo total da tributação em dividendos é limitado à alíquota da taxa do imposto aplicado à empresa no país de origem.

controladas, de nova denominação – parcela do ajuste do investimento – mas que em nada altera a sistemática anterior que se resume à tributação do lucro.<sup>95</sup>

Em análise acerca da compatibilidade do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 com o artigo 7º, Andrade (2015) reafirma os mesmos argumentos já levantados por ocasião da MP nº 2.158-35/2001, eis que nos termos do art. 7º da CMOCDE, reproduzido em todos os tratados celebrados pela Brasil, há renúncia da competência do país de residência do investidor em favor do país de domicílio da subsidiária para a tributação dos resultados auferidos pela referida subsidiária.<sup>96</sup>

Rocha (2016, p. 145) compartilha do mesmo entendimento, tendo ressaltado que a intenção do legislador foi assentar que não haveria incompatibilidade entre a tributação no Brasil e os tratados que possuem regra de isenção de dividendos distribuídos, já que não se estaria tributando lucros ou dividendos, mas sim o reflexo daqueles na pessoa jurídica controladora no Brasil.<sup>97</sup>

Tendo a Lei nº 12.973/2014 mantido como materialidade tributável o lucro da controlada no exterior, sua aplicação deveria ser afastada nos casos em que houver tratado internacional celebrado pelo Brasil, em razão da incompatibilidade da nova norma com o art. 7º das Convenções.

Essa é o posicionamento de Xavier (2015, p. 492) desde a Lei nº 9.249/95, aplicável à Lei nº 12.973/14, no sentido de infração frontal aos tratados, pois qualquer tentativa de aplicação de preceito legal que determinasse a adição à base de cálculo do imposto dos lucros próprios da sociedade controlada domiciliada em outro Estado contratante, significaria o Brasil arrogar-se uma competência tributária cumulativa, quando o tratado é expresso em atribuir ao Estado de domicílio da controlada ou coligada no exterior uma competência tributária exclusiva.

---

<sup>95</sup> Essa também é a posição de Barreto e Takano (2014, p. 371): “Logo se vê ser absolutamente equivocada a interpretação de que a nova legislação não alcança os lucros das controladas e coligadas no exterior, mas apenas o seu reflexo no patrimônio da investidora, pelos resultados positivos da equivalência patrimonial. Trata-se de mero jogo de palavras, em tentativa de se camuflar uma tributação sobre os lucros de empresas no exterior, que conflita com o art. 7º dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação.”

<sup>96</sup> ANDRADE, André Martins de. *Por um interpretação da tributação em bases universais conforme a Constituição*. Disponível em: <[www.andrade.adv.com.br](http://www.andrade.adv.com.br)>. Acesso em: 8 jun. 2015.

<sup>97</sup> Em textual: “Ao se sustentar que não se tributam mais lucros, mas sim 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”, poder-se-ia argumentar que não haveria incompatibilidade entre a tributação no Brasil e os tratados que possuem regra de isenção de dividendos, mas sim o reflexo daqueles na pessoa jurídica controladora no Brasil.

Linha de argumentação nesse sentido, entretanto, partiria de uma desconsideração do fato econômico sujeito à tributação sob a Lei 12.973, que, como visto, corresponde aos lucros auferidos pela controlada no exterior” (ROCHA, 2016, P. 145-146)

No mesmo sentido é o entendimento de Bianco (2007, p. 151) para quem a legislação das CFCs que considere transparente para fins fiscais a sociedade investida no exterior, e exija a tributação de seus lucros antes da efetiva distribuição, é incompatível com o disposto no artigo 7º, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo. E as consequências dessa incompatibilidade deverão ser então examinadas à luz de cada ordenamento jurídico, para determinar-se qual das duas normas deverá prevalecer: se a norma convencional ou se a regra de lei interna.

Schoueri (2001, p. 205) também se posicionou neste sentido ao afirmar que não possuindo a subsidiária um estabelecimento permanente no Brasil, a regra do parágrafo 1º do artigo VII não deixa dúvidas de que seus lucros só podem ser tributados no outro Estado Contratante. O termo “só” utilizado no acordo implica tributação exclusiva naquele Estado, excluindo-se qualquer pretensão tributária brasileira sobre os lucros da subsidiária.

A nosso ver, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 1.325.709<sup>98</sup>, se aplica integralmente à sistemática de tributação dos lucros auferidos

---

<sup>98</sup> “Recurso Especial Tributário e Processual Civil. Mandado de Segurança Denegado na Origem. Apelação. Efeito apenas Devolutivo. Precedente. Nulidade dos Acórdãos Recorridos por Irregularidade na Convocação de Juiz Federal. Não Pre-questionamento. Súmulas 282 e 356/STF. IRPJ e CSLL. Lucros Obtidos por Empresas Controladas Nacionais Sediadas em Países com Tributação Regulada. Prevalência dos Tratados sobre Bitributação Assinados pelo Brasil com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.05d1/80). Empresa Controlada Sediada nas Bermudas. Art. 74, Caput da MP 2.158-35/2001. Disponibilização dos Lucros para a Empresa Controladora na Data do Balanço no qual tiverem Sido Apurados, Excluído o Resultado da Contrapartida do Ajuste do Valor do Investimento pelo Método da Equivalência Patrimonial. Recurso Especial Conhecido e parcialmente Provido, para conceder a Segurança, em Parte.

(...)

A interpretação das normas de Direito Tributário não se orienta nem se condiciona pela expressão econômica dos fatos, por mais avultada que seja, do valor atribuído à demanda, ou por outro elemento extrajurídico; a especificidade exegética do Direito Tributário não deriva apenas das peculiaridades evidentes da matéria jurídica por ele regulada, mas sobretudo da singularidade dos seus princípios, sem cuja perfeita absorção e efetivação, o afazer judicial se confundiria com as atividades administrativas fiscais.

O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras.

A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão de sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (Resp 1.161.467-RS, Rel. Min. Castro Meira, Dje 01.06.2012).

O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países ocidentais, inclusive pelo Brasil, conforme Tratados Internacionais Tributários celebrados com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/80), disciplina que os lucros de uma Empresa de um Estado Contratante só são tributados nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado (dependência, sucursal ou filial); ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé.

por controladas no exterior estabelecida pela Lei nº 12.973/14, valendo ressaltar o exame específico do artigo 7 das Convenções Tributárias firmadas pelo Brasil no voto do Ministro Ari Pargendler no referido REsp.<sup>99</sup>

Desta forma, nenhuma alteração se verifica no regime de tributação estabelecido pela Lei nº 12.973/14, que permanece incompatível com o artigo 7º dos tratados para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil.

Ao que parece, a controvérsia acerca do conflito entre a legislação interna e os tratados firmados pelo Brasil foi o principal fator que motivou a mudança na nomenclatura da materialidade tributável inaugurada pela Lei nº 12.973/2014 que, ao invés de fazer referência ao lucro, determina a adição, na apuração do Imposto de Renda e da CSLL, da parcela do ajuste do valor do investimento.

Se antes a tentativa de evitar o conflito com o artigo 7º dos tratados decorria de Instrução Normativa e Solução de Consulta da Receita Federal, agora decorre do texto legal que, a despeito da mudança formal na nomenclatura, segundo entendimento manifestado nesse texto, continua tributando o lucro.

---

No caso de empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora, nos termos dos Tratados Internacionais, os lucros por ela auferidos são lucros próprios e assim tributados somente no País do seu domicílio; a sistemática adotada pela legislação fiscal nacional de adicioná-los ao lucro da empresa controladora brasileira termina por ferir os Pactos Internacionais Tributários e infringir o princípio da boa-fé na relação exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono.

Tendo em vista que o STF considerou constitucional o caput do art. 74 da MP 2.158-35/2001, adere-se a esse entendimento, para considerar que os lucros auferidos pela controlada sediada nas Bermudas, País com o qual o Brasil não possui acordo internacional nos moldes da OCDE, devem ser considerados disponibilizados para a controladora na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

O art. 7º, §1º da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP 2.158-35/01) a qual objetivou regular; com efeito, analisando-se a legislação complementar ao art. 74 da MP 2.158-35/01, constata-se que o regime fiscal vigorante é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos métodos resultantes de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, concedendo em parte a ordem de segurança postulada, para afirmar que os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributadas apenas nos seus territórios, em respeito ao art. 98 do CTN e aos Tratados Internacionais em causa; os lucros apurados por *Brasamerican Limited*, domiciliada nas Bermudas, estão sujeitos ao art. 74, caput da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial. “

<sup>99</sup> O imposto de renda tributa riqueza.

Do ponto de vista econômico, a norma jurídica, que dispõe que os lucros auferidos por empresas controladas com sede no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das controladoras aqui estabelecidas (L. 9.249/95, art. 25), tributa riqueza já submetida a imposto de renda, ou imposto da mesma espécie, em outro país. Sob o viés jurídico, essa dupla tributação está vedada pelo art. 7º, item 1, do Modelo OCDE, a cujo teor “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só serão tributáveis nesse Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”. Trata-se do princípio da residência, a teor do qual o país do domicílio da empresa, e só ele, tem competência para tributar os lucros desta. Esmiuçando a norma, tem-se: - a regra geral, que proíbe a tributação em mais de um Estado Contratante, com os seguintes elementos: (...)

Quanto a esse ponto, parece existir uma convergência da jurisprudência dos tribunais pátrios quando se estiver diante de país com o qual o Brasil tenha firmado tratado para evitar a dupla tributação, no sentido de respeitar-se a convenção para afastar a aplicação da legislação doméstica acerca da tributação automática dos lucros antes da sua efetiva disponibilização.

Mantida a tributação sobre os lucros da pessoa jurídica controlada no exterior, permanecem válidos os mesmos argumentos da decisão do STJ, e agora do TRF da Quarta Região<sup>100</sup>, de forma que estando a controlada direta sediada em país com o qual o Brasil mantenha tratado para evitar a dupla tributação da renda, haverá que ser afastada a tributação automática dos lucros, na forma do art. 77 da Lei nº 12.973/2014, para que sejam os mesmos tributados apenas quando da sua efetiva disponibilização à controladora brasileira e desde que assim o permitam os arts. 10 e 23 do Tratado.<sup>101</sup>

#### 3.4.1 Posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Foram diversos os casos submetidos ao julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais acerca da compatibilidade dos Tratados para Evitar a Dupla Tributação da Renda com o disposto no artigo 74 da MP 2.158-35/2001.

Em alguns casos entendeu aquele Conselho pela qualificação do objeto de tributação instituído pela Medida Provisória como dividendos, o que importou, em contrapartida, com o cotejo em face do artigo 10 dos Tratados e, em outros casos, entendeu-se que a materialidade tributável era mesmo o lucro e, por consequência, o enfrentamento deveria ser feito em

<sup>100</sup> Tributário. IRPJ. CSLL. Lucros auferidos por empresas controladas sediadas no exterior. Tratados internacionais para evitar a dupla tributação. Conflito de normas. Art. 74, caput, da MP nº 2.158-35/2001. Princípio da especialidade. Prevalência da norma veiculada nos tratados. Tributação exclusiva dos lucros no país de domicílio. Reavaliação positiva dos investimentos em controladas situadas no exterior. Neutralidade do método da equivalência patrimonial para fins fiscais. Art. 23, parágrafo único, do DL nº 1.598/1977. Apelação/Reexame necessário nº 2003.72.01.000014-4/SC, Relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, de 24.99.15.

<sup>101</sup> Rocha (2014, p. 556) entende que nem mesmo com a disponibilização dos lucros deve haver tributação no Brasil: "Ora, se o fato econômico passível de incidência fiscal, sob o regime anterior, era aquele previsto no artigo 25 da Lei n. 9.249/1995, que estabelecia a tributação dos lucros auferidos pela empresa estrangeira; e se o artigo 7 das convenções internacionais tributárias celebradas pelo Brasil estabelece a competência exclusiva do país de residência para a tributação de tais lucros, a conclusão a que se chega é que a aplicação do mencionado artigo 7 leva à não tributação dos lucros estrangeiros no Brasil, não apenas no momento em que foram auferidos, mas a qualquer tempo. Dessa maneira, havendo, posteriormente à apuração do lucro pela empresa estrangeira, sua distribuição para a investidora brasileira, este evento, em si, deveria ser indiferente para fins tributários, uma vez que a distribuição do dividendo não era prevista como fato tributável no regime anterior à Lei 12.973.

relação ao artigo 7 que, como já ressaltado anteriormente, atribui competência exclusiva ao Estado de domicílio da empresa geradora do lucro.

Pela profundidade com que a questão foi enfrentada, vale trazer à colação dois recentes julgados, um primeiro em que restou vencedor o entendimento de que diante de país com o qual o Brasil tenha firmado Tratado deve ser o mesmo aplicado, de forma a afastar a tributação automática dos lucros estabelecida pela MP 2.158-35/2001 e um segundo, em que entendimento diverso foi aplicado, no sentido de afastar o Tratado.

No primeiro caso, cujo julgamento ocorreu em outubro de 2014, relativo ao Processo nº 12897.000193/2010-11, foi decidido pela prevalência do Tratado sobre a legislação brasileira, afastando-se também a discussão relativa ao artigo 10, sob o argumento de que o artigo 74 da MP não recaía sobre dividendos fictos.<sup>102</sup>

O relator Marcos Shigueo Takata iniciou seu substancial voto pontuando os requisitos estabelecidos pelas legislações para que seja aplicado o regime de tributação de CFC, quais sejam: (i) haver controle sobre a sociedade residente no exterior do país pelos

<sup>102</sup> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

IRPJ – LUCROS DE CONTROLADAS NA HOLANDA – DIVIDENDOS FICTOS – LUCROS – TRATADO – ART. 10 OU ART. 7º

1 – A tributação do art. 74 da MP 2.158/01 não recai sobre dividendos fictos. Não se pode empregar ficção legal para alcançar materialidade ou se antecipar seu aspecto temporal quando a Constituição Federal usa essa materialidade na definição de competência tributária dos entes políticos. Ademais, o art. 10 do Tratado Brasil-Holanda trata dos dividendos pagos, não permitindo que se considerem como dividendos distribuídos fictamente. O problema da qualificação de dividendos é resolvido pelo próprio art. 10 do problema da qualificação de dividendos é resolvido pelo próprio art. 10 do Tratado Brasil-Holanda. Inaplicabilidade do art. 10 do tratado.

2 – O regime de CFC do Brasil do art. 74 da MP 2.158/01 considera transparente as controladas no exterior (entidade transparente ou pass-through entity): considera como auferidos pela investidora no País os lucros da investida no exterior; são os lucros em dissídio. Isso é considerar auferidos os lucros no exterior pela investidora no País, por intermédio de suas controladas no exterior. Não é o mesmo que ficção legal: é aparência a consideração do lucro de grupo societário (tax group regime). O art. 7º do Tratado Brasil-Holanda é norma de bloqueio: define competência exclusiva para tributação dos lucros da sociedade residente num Estado contratante a este Estado. Regra específica em face de regra geral. A não aplicação da norma de bloqueio do art. 7º aos lucros em dissídio seria simplesmente desconsiderar, no âmbito de tratado, a personalidade jurídica da sociedade residente na Holanda. No mesmo sentido, bastaria um dos Estados contratantes proceder a uma qualificação a seu talante do que (não) sejam lucros de controlada residente noutro Estado contratante, para frustrar norma de tratado que as partes honraram respeitar. Intributabilidade com o IRPJ dos lucros em discussão, pela aplicação do art. 7º do Tratado Brasil-Holanda.

IRPJ, CSLL – LUCROS DE COLIGADA NA ARGENTINA – ADI 2.588-DF.

No julgamento da ADI 2.588-DF, com trânsito em julgado em 17/2/14, reconheceu-se a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158/01 em relação a lucros de coligadas não situadas em “paraíso fiscal”. Efeitos do julgamento da ADI 2.588-DF sobre os lucros da coligada residente na Argentina.

Intributabilidade, no País, desses lucros.

CSLL – LUCROS DE CONTROLADAS NA HOLANDA – TRATADO

Sofrem incidência da CSLL os lucros das pessoas jurídicas controladas sediadas na Holanda.

MULTA ISOLADA – CONCOMITÂNCIA – MULTA PROPORCIONAL

Apenado o continente, incabível apenar o conteúdo. Penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos. Princípio da consunção em matéria apenatória. A aplicação da multa de ofício de 75% sobre a CSLL exigida exclui a aplicação da multa de ofício de 50% sobre CSLL por estimativa dos mesmos anos-calendário.



sócios ou acionistas residentes no país; (ii) a sociedade ser residente em jurisdição de tributação favorecida (critério ou abordagem jurisdicional); e/ou (iii) os lucros da sociedade no exterior ser formado por rendimentos passivos, como royalties, alugueis, dividendos ganhos de capital etc (critério ou abordagem transacional).

Nesse passo, ressaltou o Conselheiro que o regime de CFC vigente no Brasil, sem paralelo no Direito Comparado, é estabelecido sem previsão de quaisquer requisitos para sua aplicação, o que representa “função diversa ao regime de CFC que se põe em regra, e irradia eventuais efeitos diversos em relação a tratados”.

E tal entendimento se justifica com base na função antielusiva<sup>103</sup> desse tipo de norma que, aplicável diante daqueles requisitos, visa corrigir abusos quanto à utilização de sociedades interpostas em jurisdições de tributação favorecida e/ou auferimento de rendas passivas, como forma de evitar ou simplesmente diferir a incidência tributária.

Em função diversa a essa, o regime de CFC adotado pelo Brasil, que não estabelece requisitos para sua aplicação, não possui função antielusiva ou de correção de abusos.<sup>104</sup>

Em sequência, o Conselheiro relator firma seu entendimento acerca da sistemática de tributação estabelecida pelo art. 74 da MP 2.158-35/01, que em regime de transparência fiscal, considera “como auferidos diretamente pela controladora ou coligada-participantes no Brasil” os lucros apurados por qualquer controlada ou coligada no exterior para, então, concluir pela frontal violação em face do artigo 7º dos Tratados.

Nesse ponto, o Conselheiro foi impecável em suas colocações e, analisando-se hoje a ressalva que fizera antes da edição da Lei n 12.973/2014, parece que antevia a problemática que dela adviria acerca da mudança na nomenclatura da materialidade tributável.

---

<sup>103</sup> O conceito de elusão fiscal, conforme Torres (2003, p. 189-190) compreende as ações por meio das quais o contribuinte, mediante a organização planejada de atos lícitos, mas desprovidos de causa, tenta evitar a subsunção de ato ou negócio jurídico ao conceito normativo do fato típico e o respectivo conseqüente tributário, dissimulando a ocorrência do fato gerador. Segundo o mesmo autor, as normas antielusivas preventivas são aquelas que buscam antecipar ou impedir a conduta elusiva, sendo “formas de tipificação dos atos ou negócios sujeitos a efeitos elusivos, que visam a alcançar o respectivo controle sob a égide do princípio da legalidade, preventivamente, vedando o uso dos benefícios fiscais, ampliando o alcance do conceito de materialidade tributável ou limitando o uso de créditos etc” (TORRES, 200, p. 276)

<sup>104</sup> Em trecho do seu voto o relator resume sua posição a esse respeito: “Como acentuei alhures, o regime de CFC (Controlled Foreign Corporations) adotado pelo Brasil não tem função antielusiva. É um regime de transparência fiscal distinto do incorporado pela quase totalidade dos países que o agasalham. A transparência fiscal instituída pelo art. 74 da MP 2.158/01 c/c art. 25 da Lei 9.249/95 é o de considerar os lucros apurados por qualquer controlada ou coligada no exterior como auferidos diretamente pela controladora ou coligada-participante no Brasil. Logo, o regime de CFC do Brasil, aperfeiçoado pelo art. 74 da MP 2.158/01 é o da tributação dos lucros auferidos no exterior pela pessoa jurídica no País, por meio ou por intermédio de suas controladas ou coligadas no exterior. Por outras palavras, sem rodeios: a tributação do art. 74 da MP 2.158/01 recai sobre os lucros da investida no exterior que são considerados como auferidos diretamente pela investidora no Brasil.

Nesse sentido afirmou o Conselheiro que poderiam os Estados, mediante a simples alteração de uma qualificação do que sejam lucros de controlada ou coligada residente no outro Estado Contratante para que, assim pudessem mudar a “qualificação de lucros para outro tipo de renda ou rendimento, para frustrar norma convencional que as partes firmaram e honraram respeitar!”

Na linha do que já foi exposto até aqui, foi justamente isso que ocorreu por ocasião da Lei nº 12.973/2014 quando o legislador pretendeu parecer que não estaria tributando o lucro da pessoa jurídica no exterior ao estabelecer que o objeto da tributação no Brasil é a “parcela do ajuste do valor do investimento”.

Em sentido oposto ao julgamento proferido no caso anteriormente citado, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, na sessão de 04 de maio de 2016, nos autos do processo nº 16682.720429/2012-77, entendeu pela inexistência de conflito entre o disposto no artigo 74 da MP 2.158-35/01 e o art. 7º dos Tratados.<sup>105</sup>

O Conselheiro designado para redação do acórdão, Marcos Aurélio Pereira Valadão, em seu voto afirma, como ponto de partida, que concorda com a tese da Contribuinte Recorrente no sentido de que prevalecem os Tratados sobre a legislação interna naquilo que forem conflitantes.

No entanto, no entender do Conselheiro, inexistente conflito a ser enfrentado, o que o faz como base nos argumentos aduzidos pelo Fisco Brasileiro quando da Solução COSIT n. 18/2013, no sentido de que o objeto da tributação no Brasil são os lucros auferidos por empresa brasileira e não pela empresa holandesa.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2007

LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO.

Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da CSLL os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior são considerados disponibilizados para a controladora no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados. Lançamento procedente.

LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASIL-PAÍSES BAIXOS DESTINADA A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTO SOBRE A RENDA. ART. 74 DA MP Nº 2.158 35/2001. NÃO OFENSA. Não há incompatibilidade entre a Convenção Brasil-Holanda (Países Baixos) e a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, não sendo caso de aplicação do art. 98 do CTN, por inexistência de conflito.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS NA CONTROLADA NO EXTERIOR COM SEUS PRÓPRIOS PREJUÍZOS. Os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, podem ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada.

Recurso Especial do Contribuinte Negado.

<sup>106</sup> Ao contrário do recorrente, entende-se correto o Ac. Recorrido quando sustenta para efeitos da discussão dos presentes autos que (fls. 2.192 -2.193):

A seu ver, o fato da pessoa jurídica no exterior ser controlada pela pessoa jurídica brasileira importa, por consequência, na imediata aquisição por parte dessa última da disponibilidade jurídica da renda tão logo auferida pela primeira, valendo-se da aplicação do Método da Equivalência Patrimonial para justificar esse entendimento, com base em posicionamento anterior do próprio CARF, em voto da lavra do Conselheiro Alberto Pinto, consubstanciado no Acórdão n. 1302-001.630.<sup>107</sup>

Desta forma, sustenta que o fato gerador tributável é a variação patrimonial positiva identificada na controladora brasileira, que corresponde aos lucros da controlada no exterior, não havendo que se falar na interferência do Fisco brasileiro em território estrangeiro.

Com base nesse argumento sustenta a constitucionalidade da sistemática de tributação instituída pela MP 2.158-35/01 que, a seu ver, reflete prática corrente de tributação internacional, “embora a lei brasileira (art. 74 da MP n. 2.158-35/2001) tenha fugido um

---

*Ora, no caso em tela estamos falando de uma empresa domiciliada no Brasil e de suas receitas de participação nos lucros de uma controlada na Holanda. Ou seja, totalmente inaplicável o art. 7º, pois esse dispositivo só vedaria a tributação, pelo Brasil, de lucros aqui auferidos por empresa holandesa sem estabelecimento permanente no território nacional.*

O recorrente insiste que “os lucros são da empresa estrangeira”. De fato são, ocorre que a empresa estrangeira pertence a uma empresa brasileira e que está sendo tributada.

<sup>107</sup> “14. Verificado quando se deve aplicar o MEP, cabe agora analisarmos a mais importante consequência da sua aplicação, qual seja, o reconhecimento pela investidora dos lucros da investida ao mesmo tempo em que são produzidos, independentemente de terem sido distribuídos. Com isso, antes mesmo de serem recebidos, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP já representam um acréscimo patrimonial na investidora, pois, como bem ensina Modesto Carvalhosa (in Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 4 – tomo II, ed. Saraiva, pág. 50):

“Há assim um registro concomitante do resultado na “sociedade filha” e na ‘sociedade mãe’. Daí dizer que a investidora apropria, com a equivalência patrimonial, o resultado derivado de seus investimentos nas sociedades investidas **por regime de competência, e não por caixa, quando distribuído**”. [grifo nosso]

15. Além disso, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, antes mesmo de serem efetivamente recebidos, podem ser distribuídos pela investidora aos seus acionistas (ou sócios), já que a maneira de evitar tal distribuição que seria pela constituição de uma reserva de lucros a realizar é uma mera faculdade da empresa, se não vejamos como dispõe o art. 197 da Lei n° 6.404, de 1976, com a redação que lhe foi dada pela Lei n° 10.303, de 31 de outubro de 2001:

Art. 197. No exercício em que o montante do dividendo obrigatório, calculado nos termos do estatuto ou do art. 202, ultrapassar a parcela realizada do lucro líquido do exercício, a assembleia-geral poderá, por proposta dos órgãos de administração, destinar o excesso à constituição de reserva de lucros a realizar.

§1º Para os efeitos deste artigo, considera-se realizada a parcela do lucro líquido do exercício que exceder da soma dos seguintes valores:

**I – o resultado líquido positivo da equivalência patrimonial (artigo 248);**

II o lucro, ganho ou rendimento em operações cujo prazo de realização financeira ocorra após o término do exercício social seguinte.

§2º [...]

16. Dessa forma, caso a investidora não constitua reserva de lucros a realizar (o que poderá fazer, já que a formação de tal reserva é uma mera faculdade e, não, uma obrigação) o percentual de dividendos distribuídos poderá incidir sobre a parcela do seu resultado gerada por lucros ainda não distribuídos de investidas avaliadas pela equivalência patrimonial. Isso se deve ao fato de que a Lei das S/A adota o regime de competência, de tal sorte que, mesmo não tendo sido recebido os lucros das investidas (ou seja, de não ter sido financeiramente realizado), eles compõem o resultado da investidora, passível de distribuição aos acionistas (ou sócios). (Grifos e negritos no original) ”.

pouco dos padrões internacionais ao tributar antecipadamente à distribuição tanto os lucros decorrentes de rendas ativas quanto de rendas passivas, de maneira genérica”.

Em seguida, analisando mais especificamente o tema objeto do recurso em julgamento, o Conselheiro Marcos Valadão aponta que o artigo 7º dos Tratados foi criado para evitar que fossem tributados na fonte “receitas remetidas ao país de residência, sem que haja uma presença efetiva da empresa no outro país, a não ser que o rendimento seja abrangido nos outros itens específicos dos tratados”. No caso de haver um estabelecimento permanente ou uma subsidiária, os lucros podem ser tributados também pelo país em que são gerados.

O Conselheiro lembrou, ainda, que na época em que o artigo 7º foi criado, não haviam normas CFC, pelo que refuta o argumento de que esse artigo tem por finalidade evitar a aplicação desse tipo de norma.

Analisando a natureza e finalidade do artigo 7º, o Conselheiro afirma que o mesmo tem por objetivo eliminar a dupla tributação jurídica, assim entendida aquela que incide sobre a mesma pessoa, em relação ao mesmo rendimento, no mesmo período de tempo, por duas jurisdições diferentes, e cita como exemplo a tributação na fonte nas remessas. Por outro lado, afirma que o artigo não visa evitar a dupla tributação econômica<sup>108</sup>, caracterizada quando a tributação incide sobre o mesmo rendimento, por duas jurisdições diferentes, no mesmo período de tempo, nas mãos de duas pessoas diferentes.

Em seguida, continua seu voto no sentido de que o artigo 7º visa disciplinar a tributação dos estabelecimentos permanentes, sustentando que o dispositivo impede a tributação no outro estado, quando lá não houver estabelecimento permanente.

Dessa forma, não havendo discussão acerca da existência ou não de um estabelecimento permanente, mas sim de uma empresa na Holanda controlada por uma sociedade brasileira, deve-se aplicar o disposto no artigo 23, §5º da Convenção Brasil-Holanda.<sup>109</sup>

A nosso ver, está equivocado o entendimento do I. Conselheiro Marcos Valadão acerca da interpretação e alcance do artigo 7 dos Tratados. É claro no dispositivo que o

<sup>108</sup> O fenômeno da dupla tributação jurídica internacional pode ser definido como o resultado da incidência de impostos similares em dois – ou mais – Estados, sobre um mesmo contribuinte, pela mesma matéria imponible e por idêntico período de tempo. (OECD. *Model Convention on Income and n Capital*. Paris: OECD, 2000. v. I. p. I-1). A dupla tributação jurídica distingue-se da econômica já que nesta última uma mesma riqueza sobre a imposição de tributos comparáveis, mas o sujeito passivo da obrigação tributária é diferente.

<sup>109</sup> 5. Quando um residente no Brasil receber rendimentos que, nos termos desta Convenção, possam ser tributados na Holanda, o Brasil permitirá, como dedução do imposto de renda dessa pessoa, um valor igual ao imposto de renda pago na Holanda. Todavia, a dedução não será maior do que a parcela do imposto que seria devido antes da inclusão do crédito correspondente aos rendimentos que podem ser tributados na Holanda.

mesmo abrange duas hipóteses distintas, com tratamentos distintos: (i) uma na parte inicial que dispõe que apenas o Estado Contratante de residência da empresa que auferir os lucros tem competência para tributá-los e (ii) outra a que estabelece a possibilidade de tributação cumulativa por ambos os Estados Contratantes na hipótese de estar-se diante de um estabelecimento permanente.

Fica evidente do contexto do artigo a diferença proposital e justificada de tratamento atribuído às pessoas dotadas de personalidade jurídica própria, caso das controladas, dos entes despersonalizados, como os estabelecimentos permanentes.<sup>110</sup>

Pretender que o artigo 7 só se refira à hipótese de estabelecimento permanente será tornar letra morta a sua parte inicial que, claramente, dispõe sobre impossibilidade de tributação dos lucros auferidos pela empresa residente num Estado Contratante por parte do outro Estado.

Ademais, no que se refere ao argumento de que a sistemática de dedução do imposto pago exterior evita a dupla tributação, vale citar a observação feita por Xavier (2015, p. 493) a respeito, no sentido de que o crédito do imposto pago no exterior previsto na lei brasileira não atinge por completo esse objetivo:

pois, em caso de existência de controladas indiretas, a Lei n° 12.973/2014 permite a compensação do *underlying credit*, mas não dos impostos retidos na fonte em cada uma das distribuições na cadeia vertical de controle, exceto nas relações diretas com o controlador no Brasil. O Brasil acaba por tributar mais do que o controlador brasileiro teria recebido como dividendos se os lucros tivessem sido totalmente distribuídos ao longo de toda a cadeia.

### 3.5 O Artigo 23 dos Tratados

<sup>110</sup> A definição geral do conceito de estabelecimento permanente está prevista no parágrafo primeiro do artigo 5 da Convenção Modelo da OCDE:

*“Para os propósitos desta Convenção, o termo ‘Estabelecimento Permanente’ significa a sede fixa de negócios onde a empresa exerça, no todo ou em parte, as suas atividades”.*

Conforme ressalta Caliendo (2016, p. 589), a definição contida no parágrafo 1 do artigo pode ser identificada como conceito de “Estabelecimento Permanente material”, “em oposição ao conceito de “Estabelecimento Permanente pessoal” tratado no art. 5 (5), que trata dos agentes.”

A Convenção Modelo da OCDE define apenas de forma implícita o conceito de estabelecimento permanente, fornecendo uma exemplificação de casos que o caracterizam como tal, além das hipóteses que não tem o condão de o configurarem. Resumidamente, pode-se identificar os seguintes requisitos para que esteja caracterizado um estabelecimento permanente:

- a) a existência no Estado de um centro de imputação de relações jurídicas, ou seja, de uma instalação;
- b) a estabilidade no tempo e no espaço dessa instalação e a sua conexão com o exercício normal da empresa; e
- c) a capacidade de produção de rendimentos.

Não obstante se entenda, conforme fundamentado anteriormente, que o disposto no artigo 7 de todas as Convenções celebradas pelo Brasil impeça a aplicação da tributação automática dos lucros auferidos por controladas no exterior, ante a clara incompatibilidade com a sistemática estabelecida pela Lei nº 12.973/2014, deve-se atentar para o fato de que em alguns Tratados há ainda um outro artigo que colide frontalmente com a nova lei.

O artigo 23 dos Tratados firmados com a Argentina<sup>111</sup>, Áustria, Equador, Espanha e Índia estabelecem a isenção dos dividendos quando da sua distribuição para o sócio no país.

Tendo o Brasil renunciado expressamente ao seu direito de tributar os dividendos efetivamente distribuídos quando provenientes desses países, não é razoável admitir-se a possibilidade de aplicação da tributação estabelecida pela Lei nº 12.973/2014, ainda que se pretenda admitir o raciocínio da Solução de Consulta COSIT nº 18/2013 no sentido de que o objeto da tributação no Brasil é um “resultado de equivalência patrimonial”.

Tendo a Lei nº 12.973/2014 alterado apenas o momento da tributação, que deixou de ser pelo regime de caixa para o regime de competência, não há raciocínio possível que não seja o de que a receita reconhecida por competência corresponde aos dividendos.

Na medida em que o Tratado veda a tributação do dividendo efetivamente distribuído, não há qualquer razoabilidade em pretender que seja possível a tributação do seu mero reflexo.

Admitindo-se ainda a ideia de que a legislação brasileira é uma norma CFC, mais ainda caberia o seu afastamento ante a opção feita pelo Brasil de não tributar dividendos distribuídos quando provenientes de empresas residentes nesses países, porque não subsiste, sequer, o argumento de evitar o diferimento da tributação.

Dessa forma, assim como ocorre em relação ao artigo 7º, admitindo-se a tributação do lucro ainda não disponibilizado à controladora brasileira, pelo disposto no artigo 23 desses Tratados não haveria que se falar na tributação desse lucro, sob pena de completo esvaziamento desse artigo.

---

<sup>111</sup> **ARTIGO XXIII**

**Métodos para evitar a dupla tributação**

2. Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições da presente Convenção, estarão isentos do imposto no Brasil.

3. Quando um residente da Argentina receber rendimentos que, de acordo com as disposições da presente Convenção, sejam tributáveis no Brasil, a Argentina isentará de imposto esses rendimentos, a menos que sejam considerados provenientes da Argentina.

#### 4 AS NORMAS CFC NO CENÁRIO INTERNACIONAL E A OCDE

Foi nos Estados Unidos que teve início o combate ao planejamento tributário tido como agressivo, através da introdução das *CFC rules* no *Internal Revenue Code* (subpart f regime) e, a partir de então, o mundo como um todo passou a voltar seus olhos para essa prática e as formas como lidar com o problema da erosão das bases tributárias.

Organizações internacionais e supranacionais – fundamentalmente a OCDE e a Comissão da Comunidade Europeia (atual União Europeia) – uniram-se em torno do objetivo central de combater as práticas de concorrência tributária danosa entre os países, notadamente no que se refere aos países de tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.

A redução na arrecadação gerada pelos planejamentos tributários engendrados pelos particulares na busca pela maximização de seus lucros, facilitada pela existência de regimes fiscais privilegiados e as lacunas existentes nas legislações em vigor, passou a ser o cerne da preocupação dos países que se uniram na realização de estudos com vistas a, em primeiro lugar, identificar os efeitos negativos dessas práticas e, em seguida, as medidas que poderiam ser adotadas a fim de evita-las.

A OCDE protagonizou o papel nesse contexto e elaborou 15 planos de ação no intitulado Projeto BEPS que prevê uma séria de medidas propositivas a serem implementadas pelos Países a fim de combater o problema da erosão das bases tributárias.

A concorrência fiscal danosa, segundo a OCDE, é aquela promovida por regimes fiscais vantajosos oferecidos por países ou dependências de tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. Nesse contexto, a Organização indica critérios para a identificação de cada um deles, dentre os quais (i) a imposição de carga tributária real baixa ou nula; (ii) a utilização de regime fiscal total ou parcialmente separado do mercado interno do país que fornece o regime; (iii) falta de transparência das práticas e leis tributárias e (iv) falta de efetiva troca de informações com outras jurisdições fiscais relativas aos contribuintes beneficiários.<sup>112113</sup>

<sup>112</sup> OCDE. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5 - 2015 Final Report, p. 20. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance-action-5-2015-final-report-9789264241190-en.htm>

<sup>113</sup> Moreira (2016, p. 372-373) identifica os “fatores-chaves” relativos aos regimes fiscais privilegiados sendo estes “(i) a baixa ou inexistente tributação sobre a renda relevante; (ii) a restrição deste regime aos não-residentes; (iii) o isolamento, total ou parcial, destes indivíduos da economia doméstica – “ring-fenced regime” -; (iv) a ausência de transparência, de compreensibilidade e de previsibilidade das regras jurídicas; (v) a

Nesse contexto, o regime de transparência fiscal internacional – ou *CFC rules* – é elevado à categoria de principal mecanismo para lidar com as práticas antielisivas, de forma que por meio da sua aplicação, busca-se desconsiderar uma conduta voluntária do contribuinte que tem por motivo exclusivo ou preponderante evitar a incidência da norma que prescreve a hipótese de incidência tributária.

De acordo com o relatório da OCDE, as *CFC rules* deveriam ser elaboradas de forma a se tornarem um mecanismo de combate à concorrência fiscal danosa através da eliminação do benefício do diferimento da tributação devida no país de residência do investidor, em relação aos investimentos localizados em paraísos fiscais ou que se beneficiassem de regimes fiscais privilegiados.<sup>114</sup>

Verifica-se claramente que as *CFC rules* são, ao ver da OCDE, normas de combate às práticas internacionais de concorrência fiscal danosa, possuindo natureza sancionatória. Por consequência, fica também expressamente consignado pela Organização que não devem ser vistas como técnica voltada para fins arrecadatórios, já que a sua aplicação seletiva as transformam em um forte instrumento de combate unilateral de estratégias abusivas de elisão fiscal internacional.

#### **4.1 Plano de Ação nº 03 e os Limites e Requisitos para a tributação x Lei nº 12.973/2014**

No capítulo 3 do relatório final do Plano de Ação nº 3 do Projeto BEPS, restou demonstrado nos relatórios três tipos de limites a serem considerados para fins de tributação, quais sejam: (i) montante mínimo de lucro a ser auferido pela entidade CFC; (ii) aplicação da regra somente para os casos que representam planejamentos fiscais agressivos; e (iii) “*low-taxthreshold*” que significa que apenas os lucros gerados por entidades residentes com tributação inferior à da sua controladora estariam sujeitos à tributação no país da controladora.

---

inexistência da troca efetiva de informação com outros países (vi) a ausência do requerimento de que a atividade econômica nele residente ou de qualquer forma vinculada seja substancial; (vii) a definição artificial da base de cálculo; (viii) a falha no cumprimento dos princípios internacionais de preço de transferência; (ix) a isenção da fonte estrangeira; (x) a possibilidade de negociação entre o fisco e o contribuinte quanto à alíquota e/ou à base de cálculo aplicáveis; (xi) o acesso a uma gama de tratados internacionais em matéria tributária.”

<sup>114</sup> OECD. *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris, 1998. p. 41.



Quanto à definição do que seria este *low-tax threshold* para fins de aplicação da norma CFC, a OCDE recomenda seja utilizada como marco a alíquota efetiva ao invés da alíquota nominal.

Naquele relatório muito se discutiu sobre a utilização de alíquota nominal ou efetiva para fins de distinguir os países de alta tributação dos países de baixa tributação. A aplicação da alíquota nominal simplificaria o enquadramento legal (alta x baixa tributação) pelo aplicador da norma. Esta aplicação, por dispensar qualquer tipo de cálculo para fins de enquadramento, implica na redução de custos de *compliance* para o contribuinte e, ao mesmo tempo, para a fiscalização a ser realizada pelas autoridades tributárias.

Em contraposição, a utilização da alíquota nominal pode não espelhar a carga tributária real a que a empresa está sujeita, levando a conclusões e aplicações equivocadas.

Fazendo-se o cotejo com o que disciplina a Lei nº 12.973/2014, verifica-se, como já mencionado anteriormente, que todo o lucro auferido por entidades controladas (ou filiais da controladora brasileira) residentes no exterior permanece sendo integralmente tributado, sem qualquer critério ou teste quanto ao tipo de renda auferida ou quanto ao regime de tributação do país de domicílio da controlada para fins de sujeição ou não à tributação no Brasil.

Vê-se que a Lei nº 12.973/2014 considerou alguns critérios existentes nas legislações de CFC de outros países, até então inexistentes na legislação doméstica, o que, em princípio, poderia trazer algum alento aos contribuintes brasileiros.

No entanto, tais critérios, dentre os quais o *low-tax threshold*, não são adotados na legislação interna como critério definidor da materialidade tributável, posto que todo o lucro auferido por controlada e filial da controladora brasileira residente no exterior será submetido à tributação no Brasil independentemente da sua localização e do regime fiscal a que está sujeita a empresa estrangeira.

De acordo com a Lei nº 12.973/2014, a localização do país da entidade CFC e o regime fiscal local a que está submetida é considerada, por exemplo, para fins de possibilitar ou não a consolidação (vertical e horizontalmente) dos resultados auferidos pelas controladas ou filiais residentes no exterior.

Da mesma forma, conforme previsto no artigo 91 da Lei, o país de domicílio da controlada e o regime fiscal a que está submetida a controlada estrangeira servirão para determinar a possibilidade ou não de diferimento do pagamento do imposto de renda e da CSLL devidos no Brasil.

A regra brasileira leva ainda em consideração, para fins de diferimento e consolidação (vertical e horizontal), o percentual de renda ativa gerada pela controlada CFC.

Portanto, a norma se inspirou tanto na técnica da *jurisdictional approach*, quando restringe o gozo de determinado benefício para sociedades residentes em países classificados como de baixa tributação e, ao mesmo tempo, aplica a técnica da *transactional approach*<sup>115</sup>, quando exige certo percentual de rendas ativas para possibilitar a consolidação e o diferimento do pagamento do Imposto de Renda e da CSLL.<sup>116</sup>

Esses critérios servirão apenas para permitir (ou não) que as sociedades brasileiras possam optar por certos tratamentos tributários diferenciados, dentre os quais se incluem o regime temporário da consolidação e o regime de diferimento do pagamento do imposto de renda e da CSLL devidos no Brasil, mas nunca para determinar se as rendas auferidas no exterior serão ou não tributadas no Brasil.

Não obstante o avanço verificado nesse sentido, o que continua distinguindo a legislação brasileira da quase totalidade dos países, é que esses critérios de verificação são utilizados no Direito Comparado para determinar se e quais os lucros da sociedade controlada residente no exterior estarão sujeitos às regras de transparência fiscal, enquanto que no Brasil

<sup>115</sup> De acordo com o relatório final do Plano de Ação 3, na página 53: “Best practice would be apply a *transactional approach that looks at specific income streams rather than simply focusing on the entity and effectively treating its income as one block as that is likely to be more accurate at attributing income.*” <http://www.oecd.org/tax/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>. Acesso em 19/02/2016.

<sup>116</sup> Sobre estes conceitos colacionamos a doutrina de Xavier (2010, p. 240): “O exame do Direito Comparado revela que enquanto umas legislações atribuem maior relevância ao fato de a sociedade intermediária estar localizada em território de baixa tributação, independentemente da natureza do rendimento por ela auferido (o chamado *jurisdictional approach*, na terminologia da OCDE), outras (Canadá, Estados Unidos) atribuem preponderância à natureza do rendimento, pretendendo alcançar imediatamente certas classes de renda, especialmente os “rendimentos passivos”, independentemente do local de domicílio da sociedade intermediária (*transactional approach*). O primeiro modelo pressupõe a caracterização dos “territórios-alvo” (*target territories*), via de regra os paraísos fiscais, seja pelo método das listas (*black, White and White/graylists*), seja pela exigência de uma alíquota mínima de tributação efetiva comparável ao do país de domicílio da sociedade controladora. O segundo modelo, por sua vez, pressupõe a determinação dos rendimentos em relação aos quais ocorrerá a imputação automática (os “rendimentos contaminados” ou “*tainted income*”), os quais são via de regra considerados rendimentos passivos (juros, royalties etc.), por oposição aos rendimentos ativos ou empresariais.” MACIEL, (2007, p. 30): “Na maioria dos países, o tipo de rendimento auferido pela sociedade é relevante para determinar a aplicação das regras de TLCE. Também há dois métodos em relação a esse teste. No primeiro, também chamado de transaccional (*transactional approach*), apenas a renda “contaminada” é submetida à tributação. No segundo, ou a totalidade renda auferida pela sociedade (contaminada e não-contaminada) ou nenhuma renda é submetida à tributação (*entity approach*). Na determinação do que seja a renda contaminada, as definições legais também são variáveis. De modo geral, pode-se dizer que os países excluem as rendas provenientes do exercício de efetiva atividade empresarial e tributam as rendas passivas (*passive income*) – juros, dividendos, aluguéis, royalties e ganhos de capital – e, em alguns casos, também as chamadas rendas do tipo companhia-base (*base companies income*). Bianco (2007, p. 26) “(...) A terceira condição é que a CFC esteja sediada em um país de baixa ou nenhuma tributação. Esse tipo de critério é chamado de método jurisdiccional, ou seja, é a partir da jurisdição do país de sede da CFC que irá ser determinada a aplicação ou não do regime de transparência. (...) A quarta condição para a caracterização da CFC refere-se ao tipo de rendimento que é auferido. Esse critério é chamado de método transaccional, ou seja, é a partir do tipo de transação efetuada pela empresa no exterior – ou da natureza do rendimento auferido – que irá ser determinada sua submissão ou não ao regime de transparência.

servem apenas para permitir que as sociedades brasileiras, controladoras ou coligadas, possam fazer jus a benefícios específicos.<sup>117</sup>

Xavier (2015, p. 475) define bem a questão quando afirma que os critérios adotados pela Lei nº 12.973/2014 não tem essa finalidade, na medida em que há sempre a tributação automática da renda, independentemente do território onde se localiza a controlada estrangeira e a atividade que exerce. Desta forma, sendo a lei genérica, “aplicável a todo e qualquer tipo de controlada no exterior, e não de uma lei seletiva com objetivos “antidiferimento” ou “antiabuso”, não reveste a natureza de uma verdadeira CFC”.

No já citado estudo dos impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras, foram apontadas diversas razões que acabam por gerar grave perda de competitividade das empresas em suas operações no exterior, sendo destacado que na origem desses problemas está o fato de a legislação brasileira não estabelecer qualquer distinção entre operações industriais e comerciais legítimas das empresas e operações estruturadas apenas para desviar rendas para o exterior, tratando todas da mesma forma para fins de incidência tributária.<sup>118</sup>

Percebe-se que a aplicação generalizada e indiscriminada do regime de transparência fiscal internacional apresenta vários inconvenientes, em especial o prejuízo à competitividade das sociedades brasileiras que possuem investimentos diretos no exterior em atividades empresariais que geram rendas ativas<sup>119</sup>, ou seja, decorrentes do exercício de seu próprio objeto social.

---

<sup>117</sup> No mesmo sentido Rocha (2016, p. 192) “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 seu caráter antielisivo. No Brasil, considerando a sistemática de tributação de lucros auferidos 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. Assim sendo, não podem as referências feitas pela referida lei às rendas ativas e passivas ser compreendidas como alguma forma de alinhamento às práticas aceitas internacionalmente.”

<sup>118</sup> Embora o texto apresente diversas razões que geram a potencial perda da competitividade das empresas brasileiras em detrimento das demais, cita-se apenas uma, por amostragem, e que permanece válida para o regime de tributação instituído pela Lei 12.973/2014: “Se, por exemplo, a alíquota do país da subsidiária for de 25% - como é o caso do Japão, do Reino Unido e da China -, então para um lucro bruto de 100 que seja reinvestido, o lucro líquido da subsidiária brasileira será de 66,12% inferior à rentabilidade líquida de 75, obtida por uma empresa do próprio país, ou por subsidiárias de empresas residentes em outros países. A perda da competitividade da subsidiária da empresa brasileira é óbvia neste caso” (BERNARD; ROSS; MESSIAS, 2012. p. 23).

<sup>119</sup> A Lei nº 12.973/2014 limitou-se a prever o conceito de renda ativa, tratando as rendas passivas por exclusão. Nos termos no artigo 84, inciso I, renda ativa própria é “aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria”. Nas alíneas do mesmo inciso I estão listadas as rendas eleitas pela lei como passiva, quais sejam: royalties, juros, dividendos, participações societárias, aluguéis, ganhos de capital, salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de dois anos, aplicações financeiras e intermediação financeira.

## 4.2 O lucro da entidade CFC

Nos capítulos 5, 6 e 7 do relatório final do Plano de Ação 3 do Projeto BEPS, define-se qual o lucro que estará sujeito à aplicação das regras CFC, como calculá-lo, qual a lei aplicável e os métodos para evitar a dupla tributação.

Foi retratado que os países possuem dois tipos diferentes de tratamento para fins de definição do lucro CFC: (i) inclusão de todos os lucros da entidade CFC ou (ii) inclusão parcial dos lucros da entidade CFC.

Com relação à inclusão integral dos lucros da entidade CFC, foi ponderado que a adoção deste tratamento vai além do objetivo do BEPS, uma vez que irá alcançar lucros que não geram preocupação de *profit shifting*.

Quanto à definição do lucro sujeito às regras CFC não houve uma recomendação específica do grupo de trabalho, mas apenas discussões que tinham como objetivo auxiliar os representantes dos países envolvidos na discussão para fins de elaboração das suas regras internas.

No entanto, deve-se atentar que o princípio é que a regra CFC seja capaz de atingir as rendas passivas que sejam facilmente transferidas entre entidades ou jurisdições, tais como aquelas relacionadas a dividendos, juros, seguro, royalties e propriedade intelectual.

Um dos principais desafios da regra de CFC é justamente encontrar o ponto ótimo da incidência fiscal de forma a efetivamente submeter à tributação no país da controladora aquele lucro que representa um *profit shifting*. Para tanto, algumas metodologias foram consideradas: (i) análise formal – que considera a natureza e classificação do lucro, se derivado de juros, dividendos e etc. – ou seja rendas que pelas suas características são facilmente transferíveis e (ii) análise substancial, que pode levar em consideração, para fins de tributação, se o lucro gerado pela entidade CFC é resultante das funções desempenhadas pela entidade e/ou pelos seus funcionários.

Na regra trazida pela Lei nº 12.973/2014, como já descrito anteriormente, tributa-se todo o lucro da controlada residente no exterior, mas a análise quanto à natureza da renda – se ativa ou passiva – não é totalmente descartada.

Isso porque no artigo 84 da Lei define-se o que seria considerado como renda ativa e, por exclusão, o que seria renda passiva. De acordo com o referido artigo, renda ativa própria seria aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas de royalties, juros, dividendos, participações

societárias, alugueis, ganhos de capital (salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de dois anos), aplicações financeiras e intermediação financeira.

Ressalva é feita quanto às receitas de juros, de aplicações financeiras e de intermediação financeira auferidas por instituições financeiras reconhecidas e autorizadas a funcionar pela autoridade monetária do país em que estejam situadas. Nesta hipótese, tais receitas devem ser tratadas como renda ativa para os fins da regra tributária brasileira.

Esclarece ainda o legislador pátrio, no parágrafo segundo do referido artigo 84, que os valores recebidos a título de dividendos ou a receita decorrente de participações societárias relativas aos investimentos efetuados até 31 de dezembro de 2013 em pessoa jurídica cuja receita ativa própria seja igual ou superior a 80% (oitenta por cento) poderão ser considerados como renda ativa própria.

Acredita-se que o corte temporal tenha sido a forma encontrada pelo legislador para, de alguma forma, respeitar a segurança jurídica e o direito adquirido dos contribuintes brasileiros. Este tratamento excepcional concedido às estruturas existentes antes de dezembro de 2013 não estava previsto na Medida Provisória nº 627/2013, mas a data estabelecida na Lei nº 12.973 se aproxima da data de publicação da referida Medida Provisória.

A avaliação quanto à natureza da renda - se ativa ou passiva - é extremamente relevante uma vez ser necessária a existência de renda ativa igual ou superior a 80% da renda total para que seja possível, por exemplo, a consolidação dos resultados das controladas residentes no exterior e o diferimento do imposto a pagar no Brasil.

No entanto, ao contrário do que ocorre nas legislações estrangeiras, em que apenas as rendas consideradas passivas são tributadas no país de domicílio da controladora, no Brasil todo e qualquer resultado positivo auferido por controlada no exterior será aqui tributado.

No que diz respeito à lei aplicável para fins de cálculo do lucro tributável, a recomendação do grupo de trabalho, conforme previsto no capítulo 6 do relatório final do Projeto BEPS, é utilizar a regra da jurisdição da empresa controladora.

Para tanto, quatro alternativas foram consideradas: (i) regra da jurisdição da controladora; (ii) regra da jurisdição da entidade CFC; (iii) permitir a escolha pelo contribuinte; e (iv) utilização de um padrão internacional - *International Financial Reporting Standards* (“IFRS”).

A lei brasileira optou por adotar a segunda alternativa, qual seja, a utilização da regra societária do país de residência da controlada, coligada ou filial. No entanto, vale lembrar que

a regra anterior prevista pela IN nº 213/02 determinava a utilização da lei societária brasileira para fins de apuração do lucro da entidade CFC tributável no Brasil.

#### 4.2.1 Regras para eliminar a dupla tributação

Uma das preocupações fundamentais do projeto BEPS é como garantir que estas regras CFC não resultem em dupla tributação, uma vez que o custo excessivo acabaria por desestimular as empresas nacionais a expandirem suas operações no mercado externo.

Algumas situações específicas motivaram esta preocupação: (i) casos em que o lucro já é tributado no país de residência da entidade CFC; (ii) casos em que mais de uma regra CFC atingirá o lucro da entidade CFC e (iii) na hipótese de tributação dos dividendos distribuídos para a sua controladora, tendo o lucro da CFC sido tributado de acordo com a legislação CFC do país de residência da controladora ou na hipótese de ganho de capital quando da alienação da entidade CFC.

A recomendação do grupo de trabalho do projeto BEPS como forma de evitar a dupla tributação para os primeiros dois casos é a permissão do uso do crédito do imposto pago no exterior para fins de apuração do imposto de renda na jurisdição da controladora. Já para a terceira hipótese, a recomendação seria isentar os dividendos e ganhos de capital auferidos na alienação das ações de entidades CFC, desde que os lucros da entidade controlada já tenham sido tributados na jurisdição de sua residência.

#### 4.2.2 Ajustes da base de cálculo do lucro apurado pela Controlada

Transpondo o assunto para a realidade brasileira, o legislador ordinário tratou na seção V da Lei nº 12.973/2014 das deduções possíveis para fins de pagamento do imposto de renda e da CSLL devidas no Brasil.

Inicialmente prevê no artigo 85 da Lei nº 12.973/2014 que a parcela do lucro da empresa controlada oriunda de participações desta em outras pessoas jurídicas controladas domiciliadas no Brasil deve ser deduzida para fins de apuração do lucro tributável.

Ou seja, em estruturas denominadas sanduíches, em que a Controladora residente no Brasil possui, por exemplo, o controle de sociedade estrangeira e esta, por sua vez o controle de empresa brasileira, deverá a entidade controladora expurgar, para fins de tributação no Brasil, os resultados auferidos por sua controlada indireta residente no Brasil.

Obviamente, não poderia prever o legislador de forma diferente pois permitir que o lucro de empresa brasileira seja tributado duas vezes pelo Brasil seria frontalmente inconstitucional.

Além desta exclusão de base de cálculo, deve-se atentar para o que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 76 da Lei nº 12.973, uma vez que prevê mecanismo relevante para evitar a dupla tributação.

De acordo com o referido dispositivo legal, dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o seu controle direto ou indireto. A consequência é que o lucro será sempre atribuível à entidade CFC que efetivamente gerou o lucro.

Tem-se, como exemplo, uma estrutura verticalizada em que inúmeras holdings intermediárias foram interpostas, por razões que não serão consideradas para o caso, entre a controladora brasileira e a entidade CFC operacional e geradora dos rendimentos que serão tributáveis no Brasil. Caso as entidades estrangeiras detentoras diretas e indiretas reflitam nos seus resultados contábeis, de acordo com as respectivas legislações locais, os efeitos das variações positivas e negativas do investimento na entidade CFC operacional e geradora do lucro, tal efeito econômico deverá ser expurgado do resultado das empresas holdings intermediárias para fins de informação nas respectivas subcontas de investimento, de que trata o artigo 76 da nº Lei 12.973.

Adicionalmente, prevê o legislador pátrio a possibilidade de exclusão dos ajustes de preço de transferência espontaneamente realizados pelo controlador no Brasil por meio da adição para fins de IRPJ e CSLL. Ou seja, esta hipótese legal se refere apenas aos ajustes de preço de transferência resultantes de operações praticadas entre o controlador residente no Brasil e a entidade CFC que apurou o lucro. Portanto, ajustes de preço de transferência ocorrido em razão de operações entre partes relacionadas, (empresas estrangeiras irmãs, por exemplo) não foram tratadas pelo legislador brasileiro.

## CONCLUSÃO

São diversas as lacunas existentes na Lei nº 12.973/2014 que vão muito além das controvérsias acerca da constitucionalidade da norma. Conforme abordado ao longo do presente estudo, há pontos fundamentais e de aplicação diária no cotidiano das empresas que estão em aberto, trazendo maior insegurança para um ambiente que já é inseguro por si só.

Seguindo a tradição brasileira e na contramão do que vem sendo sugerido pela OCDE, mais uma vez o legislador complicou conceitos, ampliou obrigações acessórias e tornou ainda mais altos os custos burocráticos das empresas brasileiras que continuarão em desvantagem perante suas concorrentes internacionais.

O art. 76 é um belo exemplo da problemática gerada pela lei. Ninguém sabe do que trata realmente, pois embora pareça que faz referência ao Método da Equivalência Patrimonial, com ele não se compatibiliza.

A fim de tributar tudo e a todo momento, o legislador traz conceitos obscuros como o da “parcela do ajuste do valor do investimento” para tentar escapar de qualquer confronto com os Tratados para Evitar a Dupla Tributação da Renda dos quais o Brasil é signatário, na clara intenção de fazê-los letra morta.

Prejudicam-se não só as sociedades brasileiras, no seu processo de internacionalização, como também o próprio Estado, que não só perde, a longo e médio prazo em arrecadação por conta de suas empresas nacionais, como também por todos os investimentos externos que deixam de ser feitos (Investimento Estrangeiro Direito – IED).

Os conceitos de CFC incorporados na legislação servem apenas para incluir ou excluir entidades e rendas da consolidação, pois continua sendo dado tratamento completamente diferente do que observa no Direito Comparado.

Difícil trazer para a realidade brasileira o Plano de Ação nº 3 do BEPS, pois seus dois objetivos, quais sejam, fortalecer as regras de CFC e manter a competitividade das empresas, foram sepultados pelo legislador brasileiro, ademais de transformar a regra doméstica em alavancagem para o aumento da arrecadação e não como medida antielisiva específica e preventiva.

Acredita-se, assim como sustentou o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto na ADI 2.588, ser possível conciliar os interesses arrecadatórios do Estado com um processo legal



justo e, principalmente, mantendo-se a proteção da propriedade e o desenvolvimento das atividades econômicas, como aliás vem sendo feito no Direito Comparado.<sup>120</sup>

A presunção do intuito evasivo somente é cabível se a entidade estrangeira estiver localizada em países com regimes de baixa tributação ou com ausência de transparência, como os que são acobertados por sigilo bancário, fiscal, societário e empresarial. A lista desses países é elaborada e atualizada pela Receita Federal do Brasil, e atualmente encontra-se na IN SRF Nº 1.037/2010, sem qualquer dificuldade para a sua atualização.

Ao fim e ao cabo, o ônus da prova quanto ao uso do planejamento fiscal tido como agressivo compete à fiscalização. Essa argumentação e essa prova fazem parte da motivação do ato de constituição do crédito tributário.

Enquanto o mundo se preocupa e se une em garantir mecanismos que evitem e inibam apenas os planejamentos fiscais abusivos, o Brasil escolhe o que deve trazer da experiência mundial para o seu ordenamento e o faz apenas para agravar ainda e cada vez mais seus nacionais.

Embora se reconheça a importância da adoção de medidas que visem combater o planejamento fiscal tido como agressivo que permite aos particulares aumentar seus lucros através da criação de estruturas artificiais, que acabam por prejudicar a necessária arrecadação dos Estados e, via de consequência, a sociedade como um todo; também se reconhece a importância de estabelecer um ambiente de segurança e previsibilidade aonde esses mesmos particulares possam exercer suas atividades auferindo lucros e, também por consequência, aumentar a arrecadação estatal.

A Lei nº 12.973/2014 inegavelmente representa um avanço no regime da tributação universal da renda, ainda que remanescentes antigas controvérsias quanto à sua constitucionalidade, já que buscou o legislador, na sua opção política pela neutralidade da exportação de capital, adequar-se ao julgamento da ADI 2.588 pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, ainda que se possa buscar o Poder Judiciário para restaurar a constitucionalidade ou legalidade de situações em que o legislador foi além dos limites a que

---

<sup>120</sup> Em textual: “Penso ser plenamente possível conciliar a garantia de efetividade dos instrumentos de fiscalização aos princípios do devido processo legal, da proteção da propriedade privada e do exercício de atividades econômicas lícitas. A presunção do intuito evasivo somente é cabível se a entidade estrangeira estiver localizada em países com tributação favorecida, ou que não imponham controles e registros societários rígidos (‘paraísos fiscais’). A lista desses países é elaborada e atualizada pela Receita Federal do Brasil, e atualmente encontra-se na IN 1.037/2010. Não há qualquer dificuldade na atualização desta lista. Se a empresa estrangeira não estiver sediada em um ‘paraíso fiscal’, a autoridade tributária deve argumentar e provar a evasão fiscal, isto é, a ocultação do fato jurídico tributário ou da obrigação tributária. Essa argumentação e essa prova fazem parte da motivação do ato de constituição do crédito tributário que deve ser plenamente vinculado”.

estava adstrito, o que se espera é que também o Poder Executivo, cujo Chefe é a pessoa legitimada pela Constituição Federal para celebrar os tratados firmados pelo Brasil, cumpra esses Tratados.

As alterações formais na Lei, notadamente no que se refere ao artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, não devem servir para justificar o descumprimento dos tratados, o que se presta muito mais a reduzir os investimentos no exterior por parte das pessoas jurídicas brasileiras do que aumentar a arrecadação tributária.

O artigo 7º dos tratados firmados pelo Brasil representa o núcleo dos tratados para evitar a dupla tributação da renda. Interpretações que elidam a sua aplicação é tornar sem sentido a própria convenção, abrindo as portas para uma guerra fiscal entre Estados, permitindo que a riqueza tributável em uma delas seja objeto de pretensões fiscais cumulativas de outras, invasivas da soberania.

A opção político-legislativa de não ter uma norma de “CFC” propriamente dita, mas sim de uma regra geral com escopo amplo, aplicável em todos os casos e a todas as situações, não pode ter o condão de permitir o descumprimento dos tratados voluntariamente firmados pelo Brasil.

É inegável que a Lei nº 12.973/2014 estabelece a tributação automática dos lucros auferidos por controladas no exterior e, por consequência, colide com o disposto no artigo 7. Nesse ponto, diante de uma controlada sediada em país com o qual o Brasil tenha firmado tratado para evitar a dupla tributação da renda, inafastável a aplicação da convenção em detrimento da legislação interna.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andre Martins de. Por uma Interpretação da Tributação em Bases Universais conforme a Constituição. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord). *Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartir Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. Os (Des) caminhos da Tributação da Renda no Brasil após a ADI nº 2.588. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, n. 53, set./ out. 2011.

\_\_\_\_\_. *A tributação universal da renda empresarial: uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

APPY, Bernard; ROSAS, Marcos; MESSIAS; Lorreine. Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro: Funcex, n. 113, 2012.

ÁVILA, Humberto. O Imposto de Renda, a Contribuição Social sobre o Lucro e os Lucros Auferidos no Exterior. IN: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 7. v. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *Lucro de filial no exterior não pode ser tributado*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-07/imposto-lucro-empresa-externo-inconstitucional>>. Acesso em 2 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Indisponibilidade Jurídica da Renda por Poder de Decisão ou por Reflexo Patrimonial. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, n. 53, set./ out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. O imposto sobre a renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 6. v. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. A Tributação por Empresas Brasileiras dos Lucros Auferidos no Exterior por suas Controladas ou Coligadas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 17. v. São Paulo: Dialética, 2013.

\_\_\_\_\_. Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei 12.973/2014. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BIANCO, João Francisco. Natureza Jurídica do Resultado de Avaliação do Investimento Relevante por Equivalência Patrimonial. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética e IBDT, n. 20, 2006.

\_\_\_\_\_. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BIFANO, Elidie Palma. *O Mercado Financeiro e o Imposto de Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRAUNER, Yariv. What the Beps? *Florida Tax Review*, Gainesville: University of Florida College of Law, v. 16, n. 2, 2014.

CALIENDO, Paulo. Inconstitucionalidade da limitação de aproveitamento de prejuízos fiscais (“Trava de 30%”). In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.) *50 Anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Noeses, 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, André de Souza; OLIVEIRA, André Gomes de. Planejamento Tributário Internacional. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (Coords.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed. 3 v. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CID, José Manuel A. National report Spain. In: LANG, Michael et al. *CFC Legislation, tax treaties and EC law*. The Hague: Kluwer Law International, 2004 (Eucotax Series on European Taxation, 8. v.).

COSTA, Alcides Jorge. Rendimentos Auferidos no Exterior por Pessoa a Jurídica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996.

DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdã: IBFD, 2008.

DE OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Aspectos Inconstitucionais da Lei nº 12.973 em Matéria de Tributação de Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior. In: ROCHA, Sérgio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional*. Homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

\_\_\_\_\_. O Conceito de Renda – Inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar (a Questão da Disponibilidade sobre Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior). *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 73, out. 2001.

FERNANDES, Edison Carlos. Considerações sobre Planejamento Tributário Internacional. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coords.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP, 2007.

GADEA, Eduardo Sanz. *Transparência Fiscal Internacional*. Madri: Centro de Estudos Financeiros, 1996.

**Comentado [R-11]:** O subtítulo não deve ser diferenciado tipograficamente, apenas o título. Observar nas demais referências.

GALHARDO, Luciana Rosanova; ASSEIS, Pedro Augusto Amaral Abujamra. Lucros no Exterior: um Novo Capítulo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 220, jan. 2014.

GODOI, Marciano Seabra de. O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 6. v. São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES, Edgar dos Santos; CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi. Métodos para evitar a Dupla Tributação e suas Controvérsias. In: ROCHA, Sergio Andre; TORRES, Heleno (Coords.) *Direito Tributário Internacional*. Homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha Santos. As (muitas) controvérsias advindas com a Lei nº 12.973/2014 no regime de tributação das controladas diretas e indiretas. In: ROCHA, Sergio Andre; TORRES, Heleno (Coords.) *Direito Tributário Internacional*. Homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

GOMES, Marcus Lívio; KINGSTON, Renata Ribeiro; PINHEIRO, Renata Cunha Santos. O regime de transparência fiscal instituído pela Lei nº 12.973/2014 e o Action Plan n. 3 do Projeto BEPS da OCDE. In: GOMES, Marcus Lívio; SHOUERI, Luís Eduardo. *A Tributação Internacional na Era PÓS-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Marco Aurélio. Crise do Formalismo no Direito Tributário Brasileiro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo et al. (Orgs.). *Nas Fronteiras do Formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

LANG, Michael et al. *CFC Legislation, tax treaties and EC law*. The Hague: Kluwer Law International, 2004 (Eucotax Series on European Taxation, 8. v.).

LEMKE, Gisele. *Imposto de renda – Os conceitos de Renda e de Disponibilidade Econômica e Jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998.

MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O imposto de renda das pessoas jurídicas e os resultados verificados no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 7. v. São Paulo: Dialética, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inteligência do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 .04 .01. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, v. 1, n. 18, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, p. 230, 1991.

MOREIRA, Clara Gomes. Combate às Práticas Fiscais Danosas e a Soberania Fiscal dos Estados. In: GOMES, Marcus Lívio; SHOUERI, Luís Eduardo. *A Tributação Internacional na Era PÓS-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MOREIRA Junior, Gilberto de Castro. Elisão Fiscal Objetiva no Âmbito Internacional. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coords.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP, 2007.

NUNES, Renato. Tributação de Lucros Auferidos por meio de Coligadas e Controladas no Exterior: Regime de Disponibilização (MP nº 2.158 -35 /01) e Resultados de Equivalência Patrimonial. IN: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartir Latin, 2003.

OECD. *Implementation of the Standard in Practice*. Brazil: Peer Review Reports, Phase 2, Paris: OECD, 2013.

\_\_\_\_\_. *Model Tax Convention on Income and Capital*. Paris: OECD, 2010.

\_\_\_\_\_. *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*. Paris: OECD, 1998.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. A disponibilidade ficta de lucros de coligadas ou controladas no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 6. v. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. O imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 7. v. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior e Aspectos de Elisão e Evasão Fiscal no Direito Brasileiro e Internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 102, mar. 2004.

\_\_\_\_\_. 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 Internacional*, São Paulo: Quartier Latin, n. 3, jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Os importantes Conceitos de Pagamento, crédito, Remessa, Entrega e Emprego da Renda (a Propósito do Imposto de Renda na Fonte de Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior). *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Fórum, n. 22, jul./ ago. 2006.

PEREIRA, Moisés de Souza Carvalho; RISCADO JUNIOR, Paulo Roberto. Jurisprudência Comentada: o Artigo 74 da Media Provisória nº 2. 158 -35/2001 e o Planejamento Tributário com Base na Utilização de Tratados. O Caso Eagle II (acórdão nº 101-97. 070). *Revista da PGFN*, Brasília, n. 2, jul./ dez. 2011.

POLIZELLI, Victor Borges. *O Princípio da Realização da Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

QUEIROZ, Luís César Souza de. *Imposto sobre a Renda: Requisitos para uma Tributação Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Os conceitos de renda e de disponibilidade no art. 43 do CTN. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Noeses, 2016.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROCHA, Sérgio André. A Lei nº 12.973/2014 e os Tratados Internacionais Tributários Celebrados pelo Brasil. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximação e Distanciamento)*. 6. v. São Paulo: Dialética, 2014.

\_\_\_\_\_. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Dupla Tributação da Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014.

\_\_\_\_\_. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

ROLIM, João Dácio; MOREIRA, Gilberto Ayres. Tributação de Lucros Auferidos no Exterior e Limites Relativos de Normas Antielisivas. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo: Quartier Latin, n. 3, jun. 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação dos 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.

\_\_\_\_\_. 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 nº 2.158- 35 – Parecer. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética e IBDT, n. 16, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lucros no exterior e acordo de bitributação: reflexão sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013, RDDT*, 219, 2001.

SCHOUERI, Luís Eduardo; HILÚ NETO, Miguel. Sobre a Tributação dos ‘Lucros disponibilizados’ do Exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda – Alterações Fundamentais*. 2. v. São Paulo: Dialética, 1998.

SILVA, Natalie Matos. Lucros no Exterior, Equivalência e Tributação da “Parcela do Ajuste do Valor do Investimento” à Luz dos Acordos de Bitributação Brasileiros. In: MOSQUERA,

Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis* (Aproximação e Distanciamento). 6. v. São Paulo: Dialética, 2014.

TAKATA, Marcos Shigueo. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis* (Aproximação e Distanciamento). 6. v. São Paulo: Dialética, 2014.

TERSI, Vinicius Feliciano. O Art. 76 da Lei 12.973/2014 e o Mau Uso do Método da Equivalência Patrimonial para a Tributação do Lucro de Controladas no Exterior. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis* (Aproximação e Distanciamento). 6. v. São Paulo: Dialética, 2014.

TÔRRES, Heleno Taveira. Tributação de Controladas e Coligadas no Exterior e seus Desafios Concretos. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. 6. v. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. Lucros Auferidos por meio de Controladas e Coligadas no Exterior. In: \_\_\_\_\_. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas das Empresas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

UCKMAR, Victor et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.

UTUMI, Ana Claudia Akie; PEREIRA, Bruno Alberto Guilherme. Lucros no Exterior, Equivalência e Tributação da “Parcela do Ajusto do Valor do Investimento” à Luz dos Acordos de Bitributação Brasileiros”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis* (Aproximação e Distanciamento). 6. v. São Paulo: Dialética, 2014.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. 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 de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2014.

\_\_\_\_\_. Aspectos Inconstitucionais da Lei nº 12.973/2014 em Matéria de Tributação de Controladas e Coligadas no Exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 239, ago. 2015.